

REVISTA ARAGONESA  
DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



REVISTA ARAGONESA  
DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

36

**Junio**

**Año 2010**

## REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Enviar los originales impresos y en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).  
2. Los epígrafes que subdividan la exposición responderán a la siguiente secuencia: **I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES. 1. Subdivisiones intermedias. A) Subdivisiones finales.** Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de subdivisiones.

3. El trabajo irá encabezado por un **SUMARIO** que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un **RESUMEN** y la identificación de unas *Palabras clave*, ambos en español y en inglés.

4. Los trabajos han de incorporar la **BIBLIOGRAFÍA** citada al final de los mismos ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (libro, artículo de revista, colaboración en libro colectivo):

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Cívitas, 325 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», en *Revista de Administración Pública*, núm. 71, pp. 423-442.

PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione Della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.

5. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán conforme al modelo: GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: p. 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...

6. Los originales se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.

7. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, NIF, número de cuenta corriente (20 dígitos), dirección postal, número de teléfono y dirección de correo electrónico.

8. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista Aragonesa de Administración Pública conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés ([www.derechoaragones.es](http://www.derechoaragones.es)) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324

**Suscripciones:** Revista Aragonesa de Administración Pública, Instituto Aragonés de Administración Pública, Comunidad Autónoma de Aragón, Paseo María Agustín, 36, 50004 Zaragoza

Precio de la suscripción anual: 21,04 € + IVA

Número suelto: 12,02 € + IVA

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón  
Departamento de Presidencia

I.S.S.N.: 1133-4797

Depósito Legal: Z. 730-93

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

## SUMARIO

RArAP núm. 36 (2010)

|  | <i>Páginas</i> |
|--|----------------|
| <i>Lista de colaboradores</i> .....  | 7              |
| ESTUDIOS   |                |
| J. PEMÁN GAVÍN: <i>La política de civismo en los ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica</i> .....  | 11             |
| J.J. DíEZ SÁNCHEZ: <i>La justicia administrativa en Europa</i> .....   | 53             |
| M.A. MARTÍNEZ LAGO: <i>Infracciones y sanciones en materia de subvenciones públicas</i> .....  | 83             |
| J. AGUDO GONZÁLEZ: <i>La «intercambiabilidad» del suelo urbanizable y no urbanizable</i> .....   | 123            |
| B. TRIAS PRATS: <i>Tribunal Constitucional y tarifas portuarias: hacia el desenlace final del llamado «conflicto tarifario»</i> .....  | 177            |
| DEBATES  |                |
| J.E. SORIANO GARCÍA: <i>Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución</i> .....   | 225            |
| A. FANLO LORAS: <i>A propósito de la planificación hidrológica (Consideraciones jurídicas sobre el documento «Esquema provisional de temas importantes» de la Demarcación Hidrográfica del Ebro)</i> ..... | 247            |
| O. HERRÁIZ SERRANO: <i>La asunción por la legislación aragonesa de ordenación del territorio de la categoría de los informes determinantes para el Estado</i> .....  | 269            |
| J.L. CALVO MIRANDA: <i>Abastecimiento de agua potable y saneamiento de las aguas residuales urbanas en España</i> .....  | 295            |
| M.L. ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS: <i>Régimen jurídico-administrativo del derecho de admisión en establecimientos públicos. Especial referencia al caso andaluz</i> .....                                       | 313            |
| F. LÓPEZ PÉREZ: <i>Una visión crítica del régimen de fuera de ordenación</i> .....   | 359            |

SUMARIO

CRÓNICAS

|   |     |
|---|-----|
| <i>Crónica y conclusiones del primer foro sobre la evolución del marco normativo local y las necesidades de reforma (organizado por la Cátedra de Derecho Local de Aragón) (J.M. GIMENO FELIÙ).....</i> | 397 |
| <i>El impacto de la crisis en el presupuesto. Los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010 (O. CARRERAS MANERO) .....</i>   | 401 |
| <i>Variaciones sobre la Constitución y los derechos fundamentales (P. MEIX CERECEDA).....</i>   | 423 |

BIBLIOGRAFÍA

|   |     |
|---|-----|
| BAÑO LEÓN: <i>Derecho Urbanístico Común</i> , Madrid, 2009 (M. CARLÓN RUIZ) ..... | 451 |
|---|-----|

## LISTA DE COLABORADORES

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge:  
Profesor Titular de Derecho  
Administrativo, Universidad  
Autónoma de Madrid.

CALVO MIRANDA, José Luis:  
Abogado, Profesor Asociado  
Doctor de Derecho Administrativo,  
Universidad de Zaragoza.

CARLÓN RUIZ, Matilde:  
Letrada del Tribunal  
Constitucional, Madrid.

CARRERAS MANERO, Olga:  
Profesora Ayudante de Derecho  
Financiero y Tributario,  
Universidad de Zaragoza.

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José:  
Catedrático de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
Alicante.

FANLO LORAS, Antonio:  
Catedrático de Derecho  
Administrativo, Universidad  
de La Rioja.

GIMENO FELIÙ José María:  
Director de la Cátedra de Dere-  
cho Local de Aragón, Acreditado  
como Catedrático de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
Zaragoza.

HERRÁIZ SERRANO, Olga:  
Letrada de las Cortes de Aragón,  
Profesora Asociada Doctora  
de Derecho Administrativo,  
Universidad de Zaragoza.

LÓPEZ PÉREZ, Fernando:  
Abogado,  
Tudela (Navarra).

MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel:  
Catedrático de Derecho  
Financiero y Tributario,  
Universidad Complutense de  
Madrid.

MEIX CERECEDA, Pablo:  
Becario de Investigación,  
Seminario de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
Cantabria.

PEMÁN GAVÍN, Juan:  
Catedrático de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
Lérida.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS,  
María Luisa: Profesora de  
Derecho Administrativo,  
Universidad de Almería.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio,  
Catedrático de Derecho  
Administrativo, Facultad  
de Derecho, Universidad  
Complutense de Madrid.

TRIAS PRATS, Bartomeu:  
Profesor Asociado Doctor  
de Derecho Administrativo,  
Universidad de Islas Baleares.



# **ESTUDIOS**



# LA POLÍTICA DE CIVISMO EN LOS AYUNTAMIENTOS ESPAÑOLES. ENTRE POLICÍA, ACCIÓN SOCIAL Y EDUCACIÓN CÍVICA(\*) (\*\*)

JUAN PEMÁN GAVÍN

*SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.– II. UNA APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA AL TEMA DE LA POLÍTICA DE CIVISMO.– III. LOS PRINCIPALES ELEMENTOS NOVEDOSOS DE LA POLÍTICA MUNICIPAL DE CIVISMO QUE SE HA CONSOLIDADO EN LOS AYUNTAMIENTOS ESPAÑOLES A LO LARGO DE LA ÚLTIMA DÉCADA.– IV. LAS APORTACIONES MÁS SIGNIFICATIVAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS HERRAMIENTAS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS ENTES LOCALES: 1. Los trabajos en beneficio de la comunidad. 2. Las medidas socioeducativas.– V. ALGUNAS OBJECIONES QUE SUSCITAN DETERMINADAS PREVISIONES SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS DE LAS ORDENANZAS DE CIVISMO.– VI. A MODO DE RECAPITULACIÓN: UNA VALORACIÓN GLOBAL SOBRE EL TEMA.– BIBLIOGRAFÍA CITADA.*

*RESUMEN:* El presente trabajo se centra en las actuaciones sobre convivencia ciudadana y civismo que han acometido numerosos Ayuntamientos en nuestro país a lo largo de la última década, en torno a las cuales se ha consolidado una política de civismo que ha ganado fuerza y visibilidad dentro del conjunto de las políticas públicas de responsabilidad municipal. Tras exponer algunas características generales a las que responde esta política, se destacan sus aportaciones más significativas y algunas de las objeciones que suscitan las previsiones sancionadoras de las Ordenanzas cívicas. Sin perjuicio de una valoración global positiva del nuevo impulso dado a la materia por los Municipios españoles, se acaba concluyendo la conveniencia de un mayor desarrollo del marco legislativo estatal sobre determinados aspectos del civismo, de modo que las actuaciones municipales estén dotadas

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 11 de marzo de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 25 de marzo de 2010.

(\*\*) Ponencia presentada al Seminario «Treinta años de Ayuntamientos democráticos, con especial referencia a los derechos de los ciudadanos» celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el 30 de octubre de 2009 bajo la coordinación de los profesores Lorenzo Martín-Retortillo y Tomás Cano Campos. El trabajo se cierra en marzo de 2010 y se integra en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2008-05227/JURI.

de una mejor apoyatura jurídica y se garantice una cierta homogeneidad en el tratamiento de las cuestiones más relevantes.

*Palabras clave:* civismo; potestad sancionadora local; Ordenanzas municipales.

*ABSTRACT: The present study centres on the actions on civil living together and public-spirit that numerous Town halls have undertaken in our country throughout last decade, around which there has been consolidated a política de civismo that has gained force and visibility inside the set of the public policies of municipal responsibility. After exposing some general characteristics to which she answers this policy, are outlined her more significant contributions and some of the objections that provoke the regulations on administrative sanctions of the civic Ordinances. Without prejudice of a global positive valuation of the new impulse started to the matter for the spanish Municipalities, one ends up by concluding the convenience of a major development of the legislative state frame on certain aspects of the public-spirit, so that the municipal actions are provided with a better juridical appoggiatura and a certain homogeneity is guaranteed in the treatment of the most relevant questions.*

*Key words:* public-spirit; sanctioning power of the town halls; municipal Ordinances.

## I. PRESENTACIÓN

El tema del civismo ha dado lugar, como es bien sabido, a una amplia serie de iniciativas y experiencias promovidas por numerosos Municipios españoles en los últimos años, durante los cuales no han sido pocos, en efecto, los Ayuntamientos que han abordado los problemas vinculados a la convivencia ciudadana y al civismo. Problemas que son numerosos y en no pocos casos erizados de dificultades y que difieren además de modo considerable en función de las características de cada Municipio. Y lo han hecho en algunos casos con notables dosis de decisión y de capacidad de innovación en el diseño de las respuestas a tales problemas y en su puesta en práctica (1).

---

(1) Esta preocupación municipal por los temas vinculados al civismo ha tenido lugar no sólo en España sino también en numerosos países europeos, si bien los referentes conceptuales que se utilizan no siempre coinciden (de *civismo* se habla en Francia, Bélgica y Portugal; de *sentido cívico* o *buena vecindad* en Italia; en el Reino Unido se alude a los *comportamientos antisociales*, en Suiza, sencillamente de *respeto* en todos sus aspectos) y el sesgo u orientación que preside las actuaciones que se adoptan es también diverso. Véase sobre ello GALAIS GONZÁLEZ (2008).

Entiendo por ello que constituye un buen tema para adentrarse en la realidad actual de la vida municipal española: un tema testigo para observar el municipalismo en su funcionamiento real y para valorar el juego efectivo que está teniendo en la práctica el principio de autonomía local. Un tema que —adelanto ya mi valoración global sobre el mismo— nos ofrece en su conjunto un ejemplo de uso provechoso de la autonomía municipal, sin perjuicio de que determinadas opciones concretas que se han adoptado resulten cuestionables y hayan suscitado objeciones y controversia, e incluso impugnaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa (2).

Creo en efecto que, pese a la polémica suscitada en algunos casos y a la rectificación judicial de determinadas opciones, la política de civismo se sitúa más bien en la vertiente positiva y fecunda de la autonomía local, frente a otros temas que han sido muy propicios a actuaciones nada ejemplares de los Ayuntamientos (3). Como sucede en todas las esferas de la actividad humana, la libertad crea espacios para lo mejor y para lo peor, y los Municipios no se libran de este contraste agudo: en ocasiones, los Ayuntamientos han sido una excelente escuela de democracia y de civismo, pero en otros casos —por desgracia, no de manera infrecuente— han sido escuela de abusos y de corrupción.

Antes de entrar en consideraciones analíticas sobre el tema, resulta necesario realizar un encuadramiento general de la política municipal de civismo y de las Ordenanzas sobre convivencia ciudadana (epígrafes II y III). Ello nos permitirá contextualizar adecuadamente la materia y nos pondrá en condiciones de abordar algunas cuestiones específicas de particular interés (epígrafes IV y V).

---

(2) Estas impugnaciones han dado lugar ya a algunos pronunciamientos judiciales, a los que tendremos ocasión de referirnos, que anulan determinados preceptos de algunas Ordenanzas de civismo.

(3) Me refiero por supuesto a los casos de corrupción de los que vienen dando cuenta los medios de comunicación, vinculados mayoritariamente con la materia del urbanismo pero no sólo con ella; casos que por desgracia no son nada infrecuentes, pero quizás no tanto como podría parecer, puesto que lo patológico es siempre más mediático que los casos de funcionamiento normal y eficiente de las instituciones.

## II. UNA APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA AL TEMA DE LA POLÍTICA DE CIVISMO

A. En una primera aproximación, podemos decir que buena parte de los temas que hoy vinculamos a al concepto de *civismo* (4) no son ni mucho menos nuevos, sino que conectan con una antiquísima tradición que tiene que ver con la muy arraigada competencia municipal sobre *policía urbana* en sus diversas manifestaciones. Una tradición que se plasmaba en Ordenanzas reguladoras de numerosos aspectos de la convivencia vecinal, muy habitualmente bajo el rótulo genérico de *Ordenanzas de policía y gobierno* o de *policía y buen gobierno*, con una terminología que en nuestros días tiende ya a eludirse y a quedar en desuso (5).

A título meramente ejemplificativo, cabe mencionar —a principios de siglo XX— las Ordenanzas municipales de la ciudad de Valladolid de 1924, extenso Reglamento ordenador de la convivencia urbana cuyos preceptos han ido siendo desplazados por diversas regulaciones sectoriales, pero que puede consultarse todavía en la página web del Ayuntamiento (6). ○

---

(4) Utilizaré el concepto de *civismo* en su acepción usual y oficial de «comportamiento respetuoso del ciudadano con las normas de convivencia pública» (Diccionario de la Real Academia de la Lengua), pero obviamente con una focalización en las normas de convivencia en la ciudad, esto es, en lo que podríamos denominar *civismo urbano*. Es obvio que el *civismo* tiene otros muchos aspectos (pagar los impuestos, respetar los límites de velocidad en las carreteras y las señales de circulación para no generar riesgos innecesarios, etc.) que en esta ocasión no nos van a ocupar.

(5) La expresión «buen gobierno» se ha rescatado últimamente en otros contextos, concretamente para englobar una amplia serie de cuestiones vinculadas con la toma de decisiones de las grandes sociedades mercantiles, de cara a un régimen de transparencia y de ejercicio efectivo de las competencias de decisión y control que corresponden a los distintos órganos sociales y en particular a sus Consejos de Administración. Se habla en efecto al respecto de *buen gobierno* de las sociedades o de *gobierno corporativo* de las mismas. Véase al respecto el «Código unificado de buen gobierno» de las sociedades cotizadas aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 22 de mayo de 2006. En la doctrina, véanse las explicaciones terminológicas de M. OLIVENCIA (2007).

Desde este contexto, la expresión «buen gobierno» se ha retomado recientemente por los Ayuntamientos como rótulo para formular una serie de pautas de actuación relacionadas con los principios de transparencia y de ética pública y un conjunto de medidas para mejorar la gestión local y la calidad de la democracia en este nivel institucional. En esta línea, han sido diversos los Ayuntamientos que han aprobado un «Código de buen gobierno» recogiendo los principios por los que aspiran a regirse, y la propia Federación Española de Municipios y Provincias ha elaborado un «Código de buen gobierno local» (aprobado por su Comisión Ejecutiva en diciembre de 2009) como referente que se ofrece para que, en su caso, sea ratificado por las entidades locales e incorporado a su respectiva normativa.

(6) Se trata de un extenso Reglamento, integrado por 581 artículos, en el que se regulan, entre otros temas, la utilización de los lugares de tránsito público, los mendigos y niños perdidos,

también —a mediados del siglo XX—, las Ordenanzas de policía urbana y gobierno de la Villa de Madrid de 1948, que constituyen una *Ordenanza-omnibus*: un auténtico código regulador de las diversas actividades en el espacio público, así como de las relaciones de convivencia vecinal, integrado por nada menos que 690 artículos (7). Un código todavía vigente por cierto, si bien una parte de las materias reguladas por ella se han ido desgajando de la misma en virtud de la aprobación de Ordenanzas específicas que han derogado los preceptos correspondientes. En otros casos las disposiciones de la Ordenanza se encuentran formalmente en vigor, pero acusan el desgaste o la obsolescencia que derivan del paso del tiempo (8).

B. Pero sin perjuicio de la evidente conexión con esta arraigada tradición, no cabe duda de que en los últimos años —especialmente desde finales de la década de los noventa— las políticas municipales de orde-

---

la limpieza pública, los perros y otros animales, los baños en el río, el lavadero, el uso del tranvía, las ferias y fiestas, los mercados y el matadero, las cuadras y vaquerías.

(7) El contenido de estas Ordenanzas nos traslada a la vida urbana de mediados del siglo XX y su lectura testimonia la rapidez de los cambios sociales y de la vida en la ciudad en las últimas décadas. Se habla allí, por ejemplo, todavía de la prohibición de «criar gallinas, pavos y demás animales de corral», de los puestos de venta de barquillos, con indicaciones precisas sobre la indumentaria de quienes estén al cargo de los mismos; hay reglas sobre la prestación de servicios por limpiabotas y «maleteros»; previsiones sobre los serenos, a los que por cierto se les habilitaba para imponer multas a los que produzcan ruido y escándalos en la vía pública durante la noche (multas de cinco pesetas la primer vez y de diez en caso de reincidencia), si bien los «gritos y cantos desacompañados» están prohibidos también a cualquier hora del día; y hay reglas sobre las caballerías y su manera de circular por la vía pública y sobre las cuadras o encerraderos de caballerías. En materia de ruido preocupa la utilización de los aparatos radiofónicos (no todavía la televisión u otras fuentes emisoras de ruido): «sólo se permitirá el uso de aparatos radiofónicos a una sonoridad media y siempre que no perturbe a los vecinos»; pero se impone una mayor restricción en la producción de ruidos durante el horario nocturno y el que corresponde a la previsible siesta veraniega (de las dos y media a las cuatro de la tarde) o incluso, fuera de estos horarios, se puede solicitar una restricción de los ruidos «por razones de enfermedad, sueño, estudio o investigación que ante la Alcaldía se aduzcan». También se incluye la prohibición de peleas entre perros y «las riñas en general» (se entiende entre personas), así como la obvia prohibición de poner objetos que obstaculicen el paso normal de los tranvías por los carriles.

(8) Por cierto, que esta Ordenanza tuvo influjo en otros Ayuntamientos. Aunque carezco de datos para poder dimensionar con precisión este influjo, puedo aportar como botón de muestra al respecto el caso de las *Ordenanzas de policía urbana y gobierno de la ciudad de Lérida de 1959*, las cuales tienen una estructura y un contenido muy similar a la Ordenanza madrileña, con una redacción idéntica de una buena parte de sus preceptos. En dichas Ordenanzas (que estuvieron en vigor hasta su sustitución por las Ordenanzas de policía y buen gobierno del Municipio ilerdense de 1984), vemos así previsiones coincidentes sobre puestos de venta de helado, sobre serenos («vigilantes nocturnos») y maleteros, sobre apertura de cementerios («de sol a sol»), sobre ruidos que puedan molestar a los vecinos (con el mismo horario que en Madrid para la siesta en verano), etc.

nación de la convivencia vecinal han adquirido un renovado impulso, lo que se ha plasmado en la incorporación de algunos elementos novedosos a tales políticas y en el hecho de que las mismas hayan ganado fuerza y visibilidad dentro del conjunto de las políticas municipales. Es claro que tras la Constitución, a lo largo de los años ochenta y en la primera mitad de los noventa, las cuestiones vinculadas al civismo no fueron en general prioritarias para los Ayuntamientos españoles; no cabe duda en efecto de que los temas «estrella» en aquel período fueron otros, y el protagonismo se situó en cuestiones tales como la creación de zonas verdes y espacios libres o la mejora de los servicios y equipamientos municipales (deportivos, de tercera edad, guarderías, etc.).

¿Qué circunstancias explican este renovado impulso dado a los temas vinculados con el civismo? A mi juicio, entre las razones que cabe identificar, se encuentran las siguientes:

1. En primer lugar cabe apuntar un elemento negativo: el paulatino alejamiento o retirada del legislador estatal de las materias relacionadas con el civismo, en virtud de diversas derogaciones normativas llevadas a cabo en el período comprendido entre finales de los ochenta y 1995. En este proceso de retirada cabe destacar la derogación de numerosas faltas que contenía el anterior Código Penal de 1973 mediante la LO 3/1989, de 21 de junio; concretamente, las faltas contra el «régimen de las poblaciones». Derogación que se completaría con la ulterior eliminación de otras faltas llevada a cabo por el vigente Código Penal de 1995, produciéndose con ello una considerable reducción de las conductas contrarias al civismo o al buen orden de la convivencia ciudadana con relevancia penal. También cabe mencionar la derogación de la Ley de Orden Público de 1959 en 1992 (por la LO 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad ciudadana) y de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970 por el Código Penal de 1995 (9).

En virtud de todos estos cambios, la legislación estatal pasó a ofrecer menos asideros para sancionar diversas conductas que afectan a la convivencia ciudadana en el ámbito urbano y con ello el terreno del civismo quedó más «desocupado» y abierto para su tratamiento por la normativa municipal.

---

(9) Para mayores indicaciones al respecto me permito remitir a PEMÁN GAVÍN (2007 A).

2. También debe tenerse en cuenta en segundo lugar el reforzamiento de la capacidad de actuación de los Municipios que se ha producido en los últimos años —en términos jurídico-formales, pero también materiales o reales—, lo que les permite entrar con más fuerza en esta materia, arbitrando medidas novedosas y abordando temas que en otro tiempo no abordaban.

En particular, es de destacar a este respecto la flexibilización del principio de reserva de ley en materia sancionadora llevada a cabo por el Tribunal Constitucional —especialmente, en virtud de la doctrina contenida en la STC 132/2001, de 8 de junio—, que ha suavizado el efecto limitador sobre la autonomía local derivado de dicho principio. De modo que se ha reconocido la posibilidad de las Ordenanzas municipales de tipificar infracciones y sanciones administrativas en el marco de amplias habilitaciones legales.

Y también debe subrayarse el importante efecto habilitante consecuencia del nuevo Título XI de la Ley de Bases de Régimen Local (relativo a la «tipificación de las infracciones y sanciones por las Entidades Locales en determinadas materias») introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre. Dicho Título —que fue redactado a la vista de los nuevos criterios formulados por la jurisprudencia constitucional a los que se ha aludido— habilita directamente a las Ordenanzas locales, en defecto de legislación sectorial específica, a tipificar infracciones y sanciones en los ámbitos materiales a los que se refiere el art. 139. Tales ámbitos materiales, que se definen con notoria amplitud y están claramente interrelacionadas, son reconducibles a los tres bloques siguientes: 1) *relaciones de convivencia de interés local*; 2) *uso de los servicios, equipamientos, infraestructuras e instalaciones locales*; y 3) *uso del espacio público*.

Como consecuencia de ello —tanto en virtud de la flexibilización de la reserva de ley admitida por el Tribunal Constitucional como del nuevo Título XI de la Ley de Bases—, los Municipios han pasado a desenvolverse en un contexto jurídico más perfilado que les permite introducirse con seguridad y holgura competencial en los temas vinculados al civismo (10).

3. Por otro lado, no puede dejar de tenerse en cuenta también la emergencia en los últimos años de nuevas problemáticas vinculadas al

---

(10) De nuevo me permito remitir, para mayores indicaciones sobre esta cuestión, a PEMÁN GAVÍN (2007 A).

civismo que se plantean en los Municipios españoles, ya sea por la irrupción de fenómenos sociales nuevos [es el caso de la difusión del llamado «botellón» como fórmula habitual de ocio juvenil, o de la actuación de grupos que causan destrozos en el mobiliario urbano y realizan otras formas de vandalismo (11)], por la intensificación de viejos problemas (por ejemplo, el incremento sustancial de la población canina, la generación de desperdicios y suciedad en los espacios públicos, la prostitución callejera en determinadas zonas o barrios) o, en otros casos, por la mayor sensibilidad social hacia determinados temas (como sucede con las cuestiones vinculadas con la «contaminación acústica») (12). O bien simplemente se trata de la persistencia o el rebrote de una mentalidad individualista —de no poco arraigo en nuestro país— nada proclive a percibir lo público como propio y a preocuparse de los espacios colectivos y a cuidarlos (13).

---

(11) Sólo en la ciudad de Barcelona, el Ayuntamiento viene gastando un millón de euros mensuales en la reposición y reparación del mobiliario urbano. En el caso de Madrid, los gastos que había soportado el Ayuntamiento sólo para limpiar las paredes de grafitos y pintadas entre enero y octubre de 2009 superaron los siete millones y medio de euros.

(12) Detrás de algunos de estos fenómenos parece detectarse una menguada capacidad de la sociedad española, a través de la instancia familiar y de la educación escolar, para transmitir hábitos y valores de respeto y de conducta cívica —capacidad que parece haberse reducido respecto a lo que sucedía en otras épocas— lo que hace que los Ayuntamientos tengan que asumir un protagonismo sobre la materia que en otras circunstancias no resultaría necesario. Es llamativo al respecto el contraste que en este punto ofrece la comparación con Alemania, donde un estudio reciente sobre la política de civismo en Europa (GALAIS GONZÁLEZ, 2008, 87-88) subraya que es difícil encontrar ejemplos de políticas municipales promotoras del civismo, al igual que sucede en otros países europeos como Finlandia o Países Bajos. En efecto, en dicho estudio se destaca la vigencia de criterios muy restrictivos en materia de relaciones de vecindad y la ausencia de políticas municipales de civismo de carácter integral o transversal en Alemania, limitándose los Ayuntamientos a establecer algunas medidas concretas en relación con problemas puntuales. La explicación de esta ausencia no resulta difícil de intuir para alguien que haya vivido allí o conozca bien las ciudades alemanas: los comportamientos mayoritariamente cívicos se generan en Alemania, como en otros países europeos, de una manera natural y espontánea en una sociedad muy proclive a generar y transmitir el respeto de unas pautas de convivencia compartidas —en particular en torno al orden, la limpieza y la moderación en los ruidos— y a un control social difuso de su cumplimiento.

(13) El Preámbulo de la «Ordenanza de convivencia ciudadana de la ciudad de Fraga» (aprobada por el Pleno del Ayuntamiento el 5 de octubre de 2006) lo expresa con bastante claridad, al subrayar la necesidad de luchar contra «los tiempos tan individualistas que corren [...] tiempos en los que las personas somos poco ciudadanas y en los que hemos de retomar la idea de que los derechos y los deberes sociales son caras de la misma moneda y que lo que es un deber para una persona es un derecho para sus vecinos y viceversa». Sobre esta base, apuesta por una ciudad «donde el bien común sea prioritario y se le reconozca como base de las sociedades humanas», apuesta por evitar «la ciudad abandonada, maltratada, sucia, con los hogares particulares como refugio» y por conseguir «una ciudad equilibrada, pensada para las personas, enfocada hacia el espacio público, apta para el paseo, para el encuentro, para el juego».

Aunque hay diferencias considerables entre unos y otros lugares, el hecho cierto es que un número muy considerable de Ayuntamientos españoles —cada vez más— se han sentido llamados en los últimos años a abordar toda una amplia serie de cuestiones vinculadas al civismo o la convivencia ciudadana, y muy frecuentemente ese impulso ha tenido una clara continuidad dando lugar a una verdadera *política de civismo* y se ha plasmado en una normativa *ad hoc*: las habitualmente denominadas *Ordenanzas de civismo* que han venido a sustituir a las antiguas Ordenanzas de policía y buen gobierno. De modo que a lo largo de la última década la política de civismo ha adquirido en muchos casos carta de naturaleza dentro de las políticas públicas municipales y las Ordenanzas de civismo han venido a ocupar una posición muy cualificada en el conjunto de la producción normativa local (14).

C. A modo de apunte cronológico en relación con el proceso aludido, me parece oportuno subrayar algunos datos que marcan hitos relevantes dentro de este proceso de consolidación de la política de civismo.

1. En primer lugar, debe recordarse que en la segunda mitad de los años noventa se produjeron algunas iniciativas puntuales en el ámbito del civismo que reflejaban una incipiente preocupación por el tema. Cabe citar al respecto el proyecto «L'Hospitalet por el Civismo: Un proyecto de ciudad» de febrero de 1997, consecuencia de un «Pacto por el Civismo» suscrito por diversas fuerzas políticas con representación en el Ayuntamiento, y que se plasmó en la creación de una Concejalía de civismo con una estructura organizativa propia para llevar a cabo el proyecto (15).

2. Pero fue ya en la primera década del presente siglo cuando se inició la renovación normativa de la materia con la elaboración en algu-

---

(14) Debe notarse que el espectro o abanico de Municipios en los que la política de civismo se ha hecho presente es extraordinariamente amplio. Ciertamente el tema preocupa sobre todo en las grandes ciudades y, aun con matices según los casos, en los Municipios de tamaño medio, pero en algunos supuestos llega también a los pequeños e, incluso, a los muy pequeños. Es ilustrativo al respecto el ejemplo que proporciona el Municipio de Jirueque (Guadalajara), de 78 habitantes empadronados y, por tanto, en régimen de concejo abierto, que tiene su propia Ordenanza de civismo. Vid. al respecto los datos que proporciona IBÁÑEZ PICÓ (2008: 164-166).

(15) El Proyecto incorporaba un plan de comunicación, implicaba la creación de una sección especializada de la policía local (conocida como «policía cívica») y contaba con un plan de educación cívica, dotándose con un Presupuesto de 75 millones de pesetas en 1997 y de 80 millones en 1998. Numerosas entidades ciudadanas se adhirieron al proyecto, creándose un numeroso colectivo de voluntariado cívico, y parece que se alcanzaron unos resultados muy positivos en términos generales.

nos Municipios españoles de Ordenanzas reguladoras de la convivencia ciudadana que sustituyeron a las antiguas Ordenanzas de policía y buen gobierno: a lo largo del primer quinquenio de esta década algunos Ayuntamientos españoles aprueban en efecto una Ordenanza de civismo o de convivencia ciudadana, especialmente a raíz de la promulgación de la reforma de la Ley de Bases mediante la Ley 57/2003, que implicó —como hemos apuntado— un reforzamiento de la potestad normativa local en este ámbito (16).

3. La aprobación de la Ordenanza de civismo de Barcelona («Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia en el espacio público de Barcelona»), aprobada por el Pleno del Ayuntamiento en diciembre de 2005 y publicada a principios de 2006, ofrece sin duda una novedad significativa en este proceso, pues resulta muy innovadora en el lenguaje, en los contenidos y en su sistemática. De gran influjo en numerosos Ayuntamientos españoles, constituye sin duda un referente ineludible en la materia que marca una etapa nueva en la evolución de la misma.

4. Pero ha sido a lo largo del último cuatrienio (2006-2009) cuando se ha producido una muy amplia expansión —incluso generalización— de la producción normativa local sobre civismo (puede hablarse de una etapa de *eclosión*, pues son innumerables las Ordenanzas de civismo aprobadas últimamente) y se ha consolidado una verdadera política de civismo en muchos Ayuntamientos españoles. De modo que la política de civismo ha adquirido sustancia propia y visibilidad dentro del conjunto de las actuaciones administrativas de competencia local.

### **III. LOS PRINCIPALES ELEMENTOS NOVEDOSOS DE LA POLÍTICA MUNICIPAL DE CIVISMO QUE SE HA CONSOLIDADO EN LOS AYUNTAMIENTOS ESPAÑOLES A LO LARGO DE LA ÚLTIMA DÉCADA**

A. A la vista de las iniciativas aludidas, procede preguntarse qué hay de nuevo en este movimiento: si se trata simplemente de un cambio de rotulación y de lenguaje respecto a lo que había venido siendo la tradición

---

(16) Es el caso de los Municipios de Granollers (2000), Prat de Llobregat (2003), Valladolid (2004), San Sebastián (2004), Solsona (2004) y Hospitalet de Llobregat (2005).

en la materia —en cuyo caso se trataría un cambio superficial o meramente «cosmético»— o si, por el contrario, aporta novedades sustanciales.

Personalmente me inclino por la segunda de las tesis apuntadas, pues entiendo que sí hay un *novum* respecto a etapas anteriores. Aparte de la renovación semántica, que resulta ostensible, no puede dejar de subrayarse la emergencia de planteamientos sustantivos novedosos, al menos en los siguientes aspectos.

1. Los temas que se abordan no son los mismos. Algunos sí obviamente —por ejemplo, la limpieza de los espacios públicos o las cuestiones vinculadas a los perros y otros animales domésticos— pero hay temas que se eliminan por obsoletos —así, la regulación relativa a los vigilantes nocturnos o «serenos», las previsiones sobre limpiabotas y maleteros, o las relativas a las caballerías, cuadras y carruajes (17)— y otros nuevos que se incorporan —grafitos y pintadas, consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, prostitución callejera, etc.—. Hay por tanto una renovación temática que aborda las nuevas problemáticas surgidas en torno al civismo, sin perjuicio de que se traten también de forma actualizada temas que vienen de muy atrás.

2. La política municipal de civismo se sustenta en un discurso en gran medida nuevo en el tono y en los contenidos. Un discurso que hace un importante esfuerzo pedagógico en torno al civismo y a la calidad de vida en la ciudad y, en particular, intenta explicitar las razones que justifican las prohibiciones, con un visión positiva de las cosas que pone de relieve los beneficios que derivan para la comunidad de las regulaciones y actuaciones en torno a la materia. Así, se pone énfasis en los fundamentos de las medidas restrictivas que incorporan las Ordenanzas mediante la identificación de los valores o bienes jurídicos involucrados y de los derechos que se protegen en cada aspecto regulado: no sólo se prohíben conductas, sino que también se reconocen derechos (18). En ocasiones, este

---

(17) Debe notarse que las antiguas Ordenanzas de policía y buen gobierno tenían un contenido amplísimo, abordando numerosas cuestiones que hoy son objeto de normativas *ad hoc* de carácter específico en el marco de la correspondiente legislación sectorial. Es el caso, por ejemplo, de la circulación de vehículos y peatones; los mercados y mataderos municipales; las actividades molestas para el vecindario; la salubridad o higiene alimentaria; las licencias de obras, la declaración de ruina y los solares sin edificar; la prevención de incendios o los servicios municipales de cementerio, albergue y casa de socorro.

(18) Por ejemplo, para fundamentar las reglas sobre prohibición de grafitos y pintadas se invoca el *derecho a disfrutar del paisaje urbano* que se considera indisoluble del deber de mantenerlo

esfuerzo comunicativo y pedagógico se refleja también en la presentación formal de las Ordenanzas a través de una edición cuidada de las mismas que resulta visualmente atractiva, mediante una ornamentación del texto o a través de fotos que se intercalan en el mismo (19).

3. Por lo que se refiere el tratamiento de lo sancionatorio —infracciones y sanciones administrativas—, se trata de un aspecto que ocupa inevitablemente un lugar central en las Ordenanzas de civismo y que ofrece también novedades de fuste. Por un lado, es manifiesto el objetivo de precisar de modo exhaustivo las conductas que constituyen infracción administrativa y sus correspondientes sanciones a efectos de cumplir el *mandato constitucional de tipicidad* de las infracciones y sanciones administrativas, lo que contrasta con lo que ha venido siendo la tónica general de las Ordenanzas municipales —muy poco cuidadosas, como es sabido, a la hora de precisar las respuestas sancionadoras frente al incumplimiento de las mismas (20)—. Y desde otro punto de vista, debe destacarse que las

---

en condiciones de pulcritud y decoro a efectos de evitar la *contaminación visual* (véase al respecto el art. 19 de la Ordenanza de civismo de Barcelona o el art. 7 de la Ordenanza de Zaragoza sobre Protección del Espacio Urbano publicada en el BOP de 30 de octubre de 2008); para fundamentar las reglas sobre limpieza del espacio público (arrojar basuras o residuos, orinar o escupir, excrementos de animales) se invoca el *derecho a disfrutar de un espacio público limpio y a un medio ambiente adecuado* (art. 9 de la Ordenanza citada de Zaragoza); para fundamentar la prohibición del uso inadecuado del espacio urbano para juegos (monopatines, juegos de acrobacia con bicicletas, etc.) se invoca la libertad de circulación de las personas, la protección de los peatones y el derecho a disfrutar lúdicamente de los espacios públicos conforme a su naturaleza y destino (art. 30 de la Ordenanza de Barcelona). Son fundamentos que en otro tiempo estaban implícitos en las normas y no se sentía la necesidad de explicarlos.

(19) Es el caso de los folletos editados por los respectivos Ayuntamientos para difundir la «Ordenanza sobre el civismo, reguladora del uso y limpieza de la vía pública y la protección del Paisaje Urbano» de San Sebastián, aprobada el 31 de agosto de 2004, y la «Ordenanza Municipal sobre el Civismo y la Convivencia Ciudadana» de Leganés, aprobada el 9 de mayo de 2006.

(20) Téngase en cuenta en particular que ha venido siendo habitual que las Ordenanzas municipales se limitaran a contemplar la imposición de multas hasta una determinada cuantía como respuesta genérica frente al incumplimiento de las mismas. Véase en este sentido, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 689 de las Ordenanzas de policía y gobierno de la Villa de Madrid, más atrás citadas, o en el art. 50 de las Ordenanzas de policía y buen gobierno de Lérida de 1984 (BOP de 10 de noviembre de 1984, derogadas por las vigentes Ordenanzas de civismo de 2007). Si a este dato se une lo impreciso de algunas de las prohibiciones contenidas en las Ordenanzas (el art. 32.4 de la Ordenanza de Madrid prohíbe, por ejemplo, realizar en la vía pública «cualquier acto que pueda molestar a los transeúntes o que, por su naturaleza, sea indecoroso»), el resultado no resulta desde luego nada satisfactorio desde el punto de vista del principio de tipicidad en materia sancionadora.

Pero si retrocedemos algo más en el tiempo, podemos encontrar previsiones todavía más ambiguas, que chocan abiertamente con nuestra manera de entender actualmente el Derecho Admi-

nuevas Ordenanzas de civismo resultan muy innovadoras en la búsqueda de respuestas a las infracciones a través de fórmulas distintas a la mera aplicación de una multa, incorporando opciones novedosas al respecto: los trabajos en beneficio de la comunidad y las medidas socioeducativas como medida sustitutiva de la multa, la previsión de que los ingresos recaudados mediante la imposición de multas se destinen a financiar actividades municipales vinculadas con el civismo, la mediación como servicio municipal en los conflictos inter-vecinales, o también, la presencia de un componente asistencial o de acción social en algunas de las reacciones que se prevén ante determinadas conductas (así, ante las diversas formas de mendicidad, la prostitución o la venta ambulante) (21).

4. La aprobación de las Ordenanzas de civismo y su aplicación constituye sin duda una pieza importante de las actuaciones municipales sobre la materia —incluso en muchos casos el eje en torno al cual pivotan las mismas—, pero tales actuaciones en modo alguno se circunscriben a ellas; por el contrario, muchos Ayuntamientos han consolidado una línea continuada de actuaciones de variada naturaleza en torno al civismo que permiten hablar de una *política municipal de civismo*. Una política de civismo que no se limita a regular conductas, prever sanciones y, en su caso, a aplicarlas, sino que se materializa también en acciones de otra índole: campañas de sensibilización y difusión, acciones de educación en materia de civismo (planes de educación cívica), medidas de fomento de los comportamientos cívicos (premios, fomento y difusión de buenas prácticas), jornadas y encuentros («día para la convivencia y el civismo»), creación de una sección de la policía local especializada en el tema, apertura de canales de participación para estimular la colaboración ciudadana y el civismo activo, a través de las asociaciones existentes o de

---

nistrativo Sancionador. Es el caso de las Ordenanzas municipales de la Ciudad de Valladolid de 1924, extenso Reglamento cuyos preceptos han ido siendo desplazados por diversas regulaciones sectoriales, pero que pueden consultarse todavía en la página web del Ayuntamiento (donde se inserta su texto íntegro, puesto que, según se dice expresamente, «algunos artículos aún están en vigor»; última consulta, 29 de diciembre de 2009). La Ordenanza se cierra con un artículo 581 —que ciertamente no hay que considerar vigente— en el que se dispone que «los contraventores a estas disposiciones pagarán *las multas que la Autoridad considere justas*».

(21) No cabe duda de que las nuevas Ordenanzas de civismo resultan imaginativas y abren caminos interesantes de experimentación en algunas de las medidas que prevén. Tales medidas (trabajos en beneficio de la comunidad, medidas socioeducativas) son más gravosas para la Administración municipal que la imposición de multas —pues acarrear un coste y no implican ningún ingreso— pero tienen a su favor una presumible mayor efectividad a medio y largo plazo. Véase lo que se indica al respecto en el apartado siguiente.

la creación de un voluntariado cívico (22), ofrecimiento de alternativas para paliar determinadas problemáticas (creación de museo de grafitos, fórmulas de ocio alternativo para jóvenes etc.), incorporación de «agentes cívicos» (23), etc.

En numerosos casos estas actuaciones municipales cuentan con una estructura organizativa *ad hoc* (Observatorio del civismo, Comisión cívica, etc.) y un concejal responsable de las mismas, enmarcándose a veces también en el contexto de un *plan de civismo*, que programa las diversas actuaciones en la materia y las somete a una evaluación periódica. De modo que puede decirse que el civismo se ha convertido en una de las áreas de la acción municipal, sin perjuicio de su conexión con otros sectores de la Administración municipal, dada la transversalidad que es propia de las cuestiones vinculadas al mismo.

5. Por último, debe notarse que la política de civismo así entendida implica una fuerte conexión con otras áreas y servicios municipales, en la medida en que las actuaciones que se contemplan en relación con la convivencia ciudadana no son meramente policiales. En particular, es clara su conexión con el área de medio ambiente, con los servicios sociales y con las áreas de juventud y educación.

Por lo que se refiere en particular a los servicios sociales (24), debe subrayarse en primer lugar que se prevé que determinadas personas que realizan conductas incívicas (así, alguna de las formas de mendicidad, prostitución o venta ambulante) sean reconducidas hacia los servicios sociales para la aplicación de medidas asistenciales en lugar de las de carácter sancionador (25). Y por otro lado debe tenerse en cuenta también que la

---

(22) Se busca con ello una ciudadanía activamente comprometida con el buen orden de la vida urbana y se refuerza la vinculación entre el civismo y los planteamientos participativos, también en auge en nuestra vida municipal.

(23) Se trata de agentes municipales con formación específica y vestuario identificativo que, sin tener la condición de policía o autoridad, están presentes en la calle actuando directamente *in situ*: dan avisos a personas concretas por sus acciones incívicas y en general refuerzan las actuaciones del programa de civismo.

(24) Adviértase que la Ley de Bases de Régimen Local atribuye a los Municipios competencias sobre «prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social» (art. 25.2.k) y que la prestación de servicios sociales, aun sin concreción en cuanto a su contenido, es obligatoria para los Municipios de más de 20.000 habitantes (art. 26.1.c).

(25) Muy claras resultan al efecto las previsiones que contiene la Ordenanza de civismo de Barcelona en relación con las cuestiones aludidas, en las que se pone énfasis en la aplicación de medidas sociales o de contenido asistencial: las prohibiciones y sanciones previstas son más bien

aplicación de determinadas medidas alternativas a la sanción como son los trabajos en beneficio de la comunidad o las medidas socioeducativas conllevan una colaboración con los servicios sociales municipales y con las entidades no gubernamentales de acción social (26).

B. Éstos son algunos de los rasgos generales identificadores de la política de civismo que se ha ido consolidando en muchos Municipios españoles en los últimos años, y que contrasta con la situación existente con anterioridad. A partir de ahí, hay un amplio abanico de planteamientos y

---

una llave de paso hacia la actuación de los servicios sociales y en tales casos la actuación de los agentes de la policía consiste fundamentalmente en conducir a las personas que desarrollan las conductas prohibidas (así, mendicidad o prostitución ostensible en la vía pública) hacia las instituciones públicas y privadas de acción social. De modo que los agentes de la policía actúan no sólo como «policía de seguridad», sino también como «policía asistencial», según la expresión que consagra la legislación especial del Municipio de Barcelona. Por otro lado, debe subrayarse que la Ordenanza contempló, por lo que se refiere a la prostitución, la aprobación de un «Plan para el Abordaje Integral del Trabajo Sexual» y la creación de una «agencia específica»; por lo que se refiere a las personas indigentes, un «Programa de Actuación de las Personas sin techo» dentro del Plan de Inclusión Social; y, finalmente, un Plan de Reinserción Social y Laboral para las personas afectadas por las prohibiciones relativas a la venta ambulante.

Por lo que se refiere específicamente a la prostitución, pueden verse también lo que se dispone en la Ordenanza municipal de civismo y convivencia de la ciudad de Lleida (aprobada por el Pleno municipal el 23 de febrero de 2007), cuyo art. 14.4 (introducido por una modificación adoptada por el Pleno el 30 de enero de 2009) incorpora previsiones similares a las de la Ordenanza de civismo barcelonesa.

Por lo que se refiere a la mendicidad, cabe citar también, a título de ejemplo, lo establecido en el art. 16 de la citada Ordenanza de civismo de San Sebastián, en el que se dispone que los agentes de la autoridad informarán a las personas que lo necesiten de la existencia de Servicios Sociales, municipales o de otras entidades, a fin de que puedan solicitar el socorro y la ayuda necesarios, así como que los Servicios Sociales municipales atenderán a las personas que no dispongan de refugio para pernoctar, especialmente en época invernal. Y como normativa específica sobre mendicidad, cabe citar la «Ordenanza sobre prevención y erradicación de la mendicidad» del Municipio de Cartagena (aprobada por el Pleno del Ayuntamiento el 3 de diciembre de 1996) que gira en torno a la aplicación de un «Plan Municipal para la prevención y erradicación de la mendicidad» aprobado por la Concejalía de Asuntos Sociales: aunque se prevé la posibilidad de imponer multas por la realización de determinadas conductas, el centro de gravedad de la Ordenanza se sitúa en la previsión de mediadas socio-asistenciales.

(26) Resulta así habitual que sean los Servicios Sociales municipales los que determinan la concreta medida alternativa que procede aplicar en cada caso y acreditan su cumplimiento. Y es también frecuente que el cumplimiento de dichas medidas (así, los trabajos en beneficio de la comunidad) se lleve a cabo en una de las entidades de acción social que actúan en el Municipio.

En relación con los menores, la Ordenanza de convivencia de Huesca de 2009 establece que en los casos de infracciones graves o muy graves cometidas por los mismos, se debe dar cuenta a la Delegación de Servicios Sociales para que, a la vista de los hechos y antecedentes del caso, determine (conjuntamente con el órgano sancionador) las medidas a adoptar e, incluso en supuestos excepcionales, se opte por no iniciar el procedimiento sancionador (art. 49).

enfoques que refleja la pluralidad de problemáticas existentes y la diversidad de opciones que se adoptan en cada lugar, sin perjuicio obviamente del considerable influjo de unos Municipios sobre otros e, incluso, del perceptible mimetismo de las regulaciones en vigor.

Así, son muy numerosos —cada vez más— los Ayuntamientos que han adoptado una Ordenanza de civismo para renovar las regulaciones existentes sobre la materia y para vertebrar en torno a ella las acciones sobre la misma, pero no todos adoptan este modelo sino que algunos mantienen una regulación normativa dispersa de las cuestiones vinculadas con la convivencia ciudadana (27). Los temas abordados y el énfasis que se pone en los mismos varían también, como no podía ser de otra manera, en función de la intensidad de las problemáticas que se plantean en cada lugar (28). Y varían también las modalidades de actuación que se contemplan —en particular según estén vinculadas estrictamente a los planteamientos tradicionales de corte meramente policial o incorporen también la previsión de actuaciones positivas de promoción del civismo (29)—, variando asimismo el grado de creatividad o la capacidad de innovación de que hacen gala las políticas municipales sobre la materia.

\* \* \*

---

(27) Es el caso del Ayuntamiento de Madrid, que mantiene en vigor, como hemos indicado, la Ordenanza de policía y gobierno de la Villa de 1948, pero que dispone de Ordenanzas sectoriales sobre diversos aspectos vinculados a la convivencia ciudadana (así, la Ordenanza General de Medio Ambiente Urbano, la Ordenanza de Tenencia y Protección de Animales y la Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y Gestión de Residuos), sin perjuicio de que para abordar algunas cuestiones resulte de aplicación la correspondiente legislación autonómica (consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública). En el mismo sentido puede mencionarse el caso de Toledo, que aborda separadamente las cuestiones vinculadas a la convivencia ciudadana (Ordenanza sobre limpieza de la vía pública y recogida de basuras, Ordenanza sobre Contaminación Ambiental, Ordenanza de Tenencia de Animales, Ordenanza reguladora del consumo de bebidas alcohólicas, fomento de la convivencia y prevención de actuaciones antisociales, etc.).

(28) Justamente ésta es uno de los aspectos positivos que tiene la potestad normativa municipal: la posibilidad de adaptación a las circunstancias de cada localidad, que son muy diferentes en función de las características del Municipio en cuestión y en primer lugar de su tamaño. Son así completamente diferentes los problemas que se plantean en las grandes ciudades (por ejemplo, en los Municipios de Madrid o Barcelona) que los que se plantean en los pequeños Municipios de las zonas rurales.

(29) Caben en efecto diferentes modelos de actuación en la materia: hay Municipios que ponen mucho énfasis en las medidas de sensibilización y educación, buscando más la convicción que la coacción, y otros en cambio, priorizan la aplicación de medidas sancionadoras para hacer frente a las conductas incívicas de determinados grupos minoritarios (gamberrismo y vandalismo) frente a los cuales entienden que las medidas de sensibilización son poco efectivas.

Sentado lo anterior, procede situarse en una perspectiva más analítica y subrayar algunos aspectos de especial relevancia que ofrece la política de civismo que vienen desarrollando últimamente los Municipios españoles. En primer lugar (epígrafe IV), para subrayar algunas aportaciones significativas desde la perspectiva de las herramientas de la acción administrativa local. Y en segundo lugar (epígrafe V), para poner de relieve algunos de los problemas que plantean las innovadoras regulaciones sancionadoras contenidas en las Ordenanzas de civismo.

#### **IV. LAS APORTACIONES MÁS SIGNIFICATIVAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS HERRAMIENTAS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS ENTES LOCALES**

Dentro del amplio conjunto de elementos novedosos que se han introducido, yo subrayaría dos como aportaciones más significativas desde la perspectiva de los instrumentos de la acción administrativa local: los trabajos en beneficio de la comunidad y las medidas socioeducativas como medidas sancionadoras alternativas a la multa. Otras novedades que han quedado apuntadas, como la mediación en conflictos vecinales o la creación de agentes cívicos, se encuentran en un estadio más embrionario y no parece que estén todavía consolidadas. Y en otros casos, como sucede en relación con el denominado «voluntariado cívico» o las fórmulas promocionales o de fomento del civismo (premios, jornadas, difusión de buenas prácticas, etc.), presentan menos interés conceptual. Dedicamos por tanto algunas consideraciones a las dos fórmulas aludidas.

##### **1. Los trabajos en beneficio de la comunidad**

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad está consolidada en el ámbito del Derecho Penal (30), y especialmente en el Derecho Penal Juvenil (31), donde se viene utilizando con habitualidad —en algunos

---

(30) Esta pena se introdujo en el Código Penal de 1995 (véase especialmente su art. 49), pero su regulación fue objeto de una amplia modificación a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre. En la doctrina, véase TORRES ROSELL, 2006.

(31) LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, modificada por LO 8/2006, de 12 de diciembre.

casos, como sucede con las sentencias debidas al juez de menores Emilio Calatayud, de manera muy imaginativa y con amplia repercusión mediática— (32). Desde allí se ha trasladado últimamente al Derecho Administrativo Sancionador, precisamente en el ámbito de la política municipal de civismo (33), pues resulta habitual que las Ordenanzas de civismo incorporen la posibilidad de que, en determinados casos, la sanción de multa sea sustituida por unas prestaciones o trabajos en beneficio de la comunidad, si hay acuerdo por parte del infractor (34).

Inicialmente, las previsiones que contenían al respecto las Ordenanzas de civismo eran muy genéricas y carecían de concreciones sobre los aspectos prácticos y operativos de su aplicación —es el caso de la Ordenanza de civismo de Barcelona—, pero posteriormente se ha producido un proceso de maduración y asentamiento de esta fórmula tanto en el plano normativo (mediante previsiones más detalladas contenidas al respecto

---

(32) Algunos ejemplos extraídos de los medios de comunicación pueden ser los siguientes: a un menor detenido reiteradamente por conducción temeraria y sin permiso, le impuso 100 horas de servicio a la comunidad consistente en acompañar a un policía local así como la prohibición de conducir cualquier vehículo en seis meses; a un pirata informático le condenó a impartir 100 horas de clases de informática; a otros les ha condenado a sacarse el título de graduado escolar, a atender tetrapléjicos internados en un hospital o a la limpieza de espacios ensuciados por los botellones; a un pirómano le impuso el trabajo a repoblar bosques; a un joven agresivo que roba y agrada a otros de su edad, el de atender a los inmigrantes que llegan en patera (en cooperación con Cruz Roja), etc. Parece ser que el juez Calatayud puede exhibir buenos resultados en un porcentaje considerable de casos, entre los que destaca el supuesto de algún antiguo infractor que se ha convertido en educador de menores

(33) También se está aplicando en algunos casos en el ámbito escolar, como se desprende de alguna información aparecida en la prensa escrita. Según informa el «Heraldo de Aragón» de 18 de enero de 2010, en la Comarca de las Cuencas Mineras (Teruel) se está aplicando por segundo año un programa reeducador para los alumnos expulsados del Instituto de Utrillas por mal comportamiento; programa al que se denomina proyecto «Lazarillo» y que consiste en lo siguiente: en lugar de que los alumnos expulsados del centro escolar se queden en su casa durante los días que dure la expulsión, van a la residencia de ancianos para acompañar a éstos en su paseo diario, ayudan a los discapacitados intelectuales en un taller ocupacional, acuden a las oficinas municipales a colaborar haciendo fotocopias o limpiando y otros, finalmente, colaboran con la Cruz Roja en su centro de recuperación de drogodependientes.

(34) No hay sin embargo hasta el momento en el ordenamiento local una previsión legal general que contemple y avale la aplicación de esta medida. Tan sólo está prevista específicamente para Barcelona y Madrid por su legislación especial (en el primer caso Ley catalana 22/1998 y Ley estatal 1/2006 y, en el segundo, Ley estatal 22/2006) y por algunas leyes autonómicas relativas a materias concretas; así, la Ley andaluza 7/2006, de 24 de octubre (en relación con el «botellón»), la Ley madrileña 5/2003, de Residuos de la Comunidad de Madrid y la Ley madrileña 3/2007 (art. 20, en relación con grafitos y pintadas).

en las Ordenanzas, o bien mediante la aprobación de instrucciones *ad hoc* (35) como en el de su aplicación práctica.

El objetivo al que responde esta medida puede deducirse con facilidad de las regulaciones en vigor: al fin correctivo y disuasorio que es propio de toda medida sancionadora (retribución y prevención, según la terminología habitual en la doctrina penalista), se añaden objetivos educativos y de concienciación de los infractores, así como también de reparación de los daños causados a la comunidad. Lo que explica que se ponga énfasis en la correspondencia entre la infracción cometida en cada caso y la medida concreta de prestaciones sociales o trabajos en beneficio de la comunidad que se impone al infractor (36).

El *modus operandi* que se sigue para la aplicación de esta medida responde al siguiente esquema: 1) Hay una relación de entidades —por lo común asociaciones y fundaciones de acción social existentes en el correspondiente Municipio— en las que se pueden realizar las prestaciones en beneficio de la comunidad, en el marco del correspondiente Convenio con el Ayuntamiento (37). 2) En relación con determinadas infracciones se

---

(35) Como ejemplo de la primera de las alternativas aludidas cabe citar la Ordenanza de la ciudad de Zaragoza sobre protección del espacio urbano (cuyo Capítulo IV, sobre «Sustitución de sanciones económicas» se refiere específicamente a la cuestión). Como ejemplo de la segunda, puede mencionarse el caso de Mataró, cuya Ordenanza de civismo de 2005 regula escuetamente el tema (art. 29) remitiendo a dos Anexos para los aspectos de detalle: el Anexo 1 contiene un cuadro de medidas alternativas a aplicar a cada una de las infracciones leves tipificadas en la Ordenanza y el Anexo 2 fija las pautas concretas a seguir en la aplicación de lo que denomina «Sistema de prestación sustitutiva a la sanción económica por infracciones de la Ordenanza de Civismo».

(36) La Ordenanza citada de Zaragoza se refiere en este sentido (art. 25.2) a la realización de «actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, a fin de hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido y ser evitados así en el futuro». A lo cual se añade que «se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos». Por su parte, el art. 29.2 de la Ordenanza de Mataró enuncia una serie de principios generales a los que debe acomodarse la medida alternativa para que tenga un carácter «plenamente educativo»; entre ellos, que se acepte voluntariamente y formalmente por el infractor, que sea adecuada a sus características y actitudes, que sea significativa y coherente con la infracción cometida, que esté dirigida a la reparación de los daños causados, o de daños similares, o a adquirir consciencia de los daños causados, y que el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción hasta la aplicación de la medida alternativa sea lo más corto posible.

(37) Son detalladas al respecto las previsiones del Anexo 2 de la Ordenanza de Mataró, en las que se mencionan una serie de ONGs para realizar los trabajos en beneficio de la comunidad (Asociación de Inválidos, Cruz Roja, Cáritas, asociaciones de tercera edad, etc.), así como organismos y servicios municipales (Policía local, Servicio de Mantenimiento del Ayuntamiento, etc.). Tales organizaciones privadas y públicas deben incorporarse a un Registro *ad hoc* de entidades

contempla la posibilidad de que el infractor solicite la sustitución de la multa que en cada caso proceda aplicar por una medida alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad, bien tras la finalización del procedimiento sancionador o bien en un momento anterior a la misma. 3) El instructor o el órgano sancionador accederá a la solicitud si se cumplen los presupuestos exigidos para ello aplicando las correspondientes previsiones normativas y concretará la medida sustitutiva (38). 4) El cumplimiento de la medida se llevará a cabo en el ámbito organizativo de la entidad colaboradora designada, que deberá acreditar el efectivo cumplimiento de la misma; en otro caso, la sustitución perderá sus efectos y se reactivará el expediente con la exigencia del pago de la multa correspondiente.

En todo caso, como no podía ser de otra manera, las previsiones de orden concreto varían entre Municipios: varía así el colectivo de personas que pueden beneficiarse de la medida alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad —limitado a los menores de una determinada edad en algunos casos, pero no en otros (39)—, varía también la clase de infracciones que pueden dar lugar a la aplicación de medidas alternativas (40),

---

colaboradores y firmar un Convenio con la Sección de civismo del Ayuntamiento con el contenido mínimo que se establece en el mencionado Anexo, asumiendo una serie de compromisos en orden al adecuado desarrollo de las prestaciones sustitutivas.

Por su parte, la Ordenanza de Zaragoza establece que deben ser los Servicios Sociales municipales los que determinen la entidad en la que el interesado debe realizar los trabajos en beneficio de la comunidad y que los Convenios que el Ayuntamiento celebre con las organizaciones de carácter social deben incluir previsiones sobre realización en ellas de medidas de trabajos en beneficio de la comunidad.

(38) Por lo que se refiere a los requisitos exigidos, la Ordenanza de Mataró excluye a las personas que hayan reincidido en la comisión de una misma infracción, a las que se hayan acogido a una medida sustitutiva durante los dos años anteriores y a las personas que hayan obstaculizado la actuación municipal durante la instrucción del procedimiento sancionador. Para la concreción de la medida que procede aplicar la Ordenanza de Zaragoza establece el siguiente criterio general de transformación de multas en trabajos en beneficio de la comunidad: 2 horas de trabajo por cada cincuenta euros de la multa que se conmuta a cumplir en jornadas que tendrán una duración máxima de 4 horas cada una, pero no se concreta el tipo de trabajo que procede aplicar en cada caso. En cambio en Mataró hay un cuadro (Anexo 1) en el que se especifica el tipo de trabajos que procede aplicar a cada una de las infracciones leves tipificadas en la Ordenanza, pero no se establecen criterios sobre la determinación del número de horas (tan sólo se fija un máximo general de 30 horas).

(39) En Zaragoza la posibilidad de aplicar medidas alternativas alcanza en principio a los infractores comprendidos entre los 14 y los 21 años, sin perjuicio de que excepcionalmente pueda aplicarse a personas mayores de esta edad. Pero otras Ordenanzas de civismo contemplan la aplicación de estas medidas sin limitaciones de edad.

(40) Tanto en la Ordenanza de Mataró como en la de Zaragoza se exige que se tratar de infracciones leves, quedando excluidas por tanto las infracciones graves y muy graves. Pero otras Ordenanzas incorporan criterios más abiertos al respecto admitiendo la aplicación de la medida alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad para las infracciones graves o muy graves.

así como las modalidades concretas de trabajos o prestaciones sociales que se contemplan, que en algunos casos incluyen la posibilidad de que se cumplan en el ámbito de determinados servicios de la Administración municipal y en otros no (41).

A la vista de todo ello cabe concluir que la medida de trabajos en beneficio de la comunidad se encuentra consolidada en la normativa sancionadora municipal sobre civismo, insertándose con naturalidad en los discursos de pedagogía cívica en los que descansan dichas Ordenanzas, desde los que adquiere pleno sentido. No obstante se echa de menos una previsión legal de alcance general en el ordenamiento local que dé cobertura a esta medida y que establezca unas pautas mínimas comunes que limiten la heterogeneidad de las regulaciones concretas de esta fórmula que se están desarrollando por las distintas Ordenanzas municipales (42).

## 2. Las medidas socioeducativas

Aunque los trabajos en beneficio de la comunidad tienen una clara dimensión educativa —que combinan con la punitiva y la reparadora—, se contemplan además medidas específicamente educativas consistentes en

---

(41) Como hemos apuntado, esta posibilidad está contemplada en el caso de Mataró (colaboración en tareas de apoyo a la Policía municipal o colaboración con el Servicio de Mantenimiento del Ayuntamiento) pero no se prevé en cambio en Zaragoza.

(42) En algunos casos, es la legislación autonómica la que está cubriendo este vacío al contemplar la medida de trabajos en beneficio de la comunidad en relación con materias concretas. Así sucede en particular en el caso de la Comunidad de Madrid: su Ley de Residuos (Ley 5/2003, de 20 de marzo) prevé (art. 75.3) en relación con las infracciones leves consistentes en el abandono en la vía pública de residuos derivados del consumo privado (sancionables con multa de hasta 601 euros), que los Ayuntamientos de la Comunidad puedan establecer en sus Ordenanzas, como alternativa a la multa, la posibilidad de que el sujeto infractor realice una prestación personal de servicios de limpieza en la vía pública; y su Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración (art. 20), tras prohibir y tipificar como infracción administrativa sancionable con multa la realización de grafitos o pintadas, contempla la posibilidad de que los sujetos infractores puedan solicitar la sustitución de la multa por la realización de trabajos de limpieza de pintadas en la vía pública «en las condiciones que fije el órgano competente para la imposición de sanciones, que serán proporcionadas a la entidad del daño producido».

Estas previsiones han sido asumidas por la Ordenanza sobre Limpieza de los Espacios Públicos y Gestión de Residuos del Ayuntamiento de Madrid de 27 de febrero de 2009 (art. 89), y de la efectiva aplicación de las mismas hay constancia a través de los medios de comunicación: concretamente, éstos han informado sobre grupos de grafiteros que, en lugar de pagar la correspondiente multa impuesta por el Ayuntamiento, limpian fachadas durante varios fines de semana acompañados de educadores sociales.

asistencia a cursos o actividades de formación sobre materias vinculadas con el civismo.

Se trata igualmente de una medida que se había introducido con anterioridad en otros ámbitos, concretamente en el Derecho Penal de menores (43) y, dentro del Derecho Administrativo Sancionador, en la regulación del tráfico y la seguridad vial (44), que se ha ido incorporando también a las Ordenanzas de civismo de numerosos Ayuntamientos. Y de manera análoga a lo que sucede en relación con los trabajos en beneficio de la comunidad, se está produciendo un proceso de maduración respecto de esta medida.

Las medidas socioeducativas se están incorporando en efecto a las Ordenanzas de civismo, que las suelen contemplar de manera conjunta con los trabajos en beneficio de la comunidad, como medida alternativa a la multa que requiere para su aplicación la conformidad por parte del infractor. Es frecuente así que se establezca la posibilidad de que la multa que resulte de aplicación sea sustituida por la participación del infractor en actividades formativas en el ámbito del civismo (45), si bien se suele hacer a través de previsiones muy ambiguas, que se expresan en unos

---

(43) Es concretamente el art. 7 de la LO 5/2000, de responsabilidad penal de los menores (modificada por LO 8/2006), el que contiene la relación de medidas susceptibles de ser impuestas a los menores. Sin perjuicio de que la realización de actividades formativas o educativas por parte del menor se incluya como contenido de diversas medidas que se contemplan en este artículo —así, en las diversas formas de internamiento que se prevén, en la asistencia a centro de día o en la libertad vigilada—, existe una medida específica consistente en la *realización de tareas socio-educativas*, que la letra l del citado art. 7 describe en los siguientes términos: «la persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social».

(44) El Anexo III del RD Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (Texto Refundido de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial), introducido en el mismo en virtud de la Ley 17/2005, de 19 de julio, contempla la realización de «cursos de sensibilización y reeducación vial», en dos modalidades: a) como fórmula para que los conductores que hayan perdido una parte del crédito inicial de puntos asignados puedan recuperar hasta un máximo de cuatro puntos; b) como requisito previo para que los conductores que hayan perdido la totalidad de los puntos asignados puedan obtener un nuevo permiso o licencia. En desarrollo de esta previsión se dictó la ORDEN INT/2596/2005, de 28 de julio, por la que se regulan los cursos de sensibilización y reeducación vial para los titulares de un permiso o licencia de conducción.

(45) Así, en Mataró se habla de participación en «actividades formativas y de reeducación en los valores cívicos», en Barcelona se habla de «sesiones formativas sobre convivencia y civismo», en Leganés (Ordenanza Municipal sobre el civismo y la convivencia ciudadana de 9 de mayo de 2006), de «actividades formativas y de reeducación en valores de convivencia y civismo», en Zaragoza se habla de «programas de formación vinculados con el fomento de la convivencia ciudadana», en Huesca (Ordenanza de convivencia de 2009) de «actividades formativas y de educación en valores de convivencia y civismo».

términos tan abiertos y genéricos que suscitan dudas sobre su grado de aplicabilidad práctica y de eficacia real (46).

Hay sin embargo algún caso excepcional en el que es posible encontrar un grado de concreción importante que evidencia una apuesta decidida por la aplicación efectiva de las medidas de educación cívica y una firme convicción en su factibilidad y eficacia. En particular, resulta ilustrativo a mi juicio al respecto el caso del Ayuntamiento manchego de Mota del Cuervo (provincia de Cuenca) cuya Ordenanza de civismo (47) establece,

---

Por lo que se refiere específicamente a Barcelona, la medida socioeducativa ha sido anulada por el TSJ de Cataluña (sentencias de la sección 5ª de su Sala de lo contencioso-administrativo 1156/2009, de 23 de noviembre, 1157/2009, de 23 de noviembre, y 1165/2009, de 25 de noviembre), por entender que, a diferencia de los trabajos en beneficio de la comunidad (regulados en el Código Penal y en la LO de responsabilidad penal de los menores), la medida consistente en la participación en sesiones formativas carece de cobertura legal. Argumento que no resulta muy convincente si se tiene en cuenta que las medidas socioeducativas tienen la misma cobertura legal en relación con los menores que los trabajos en beneficio de la comunidad (están previstas en la LO de responsabilidad penal del menor). Obsérvese en todo caso que la Ordenanza barcelonesa no exigía el consentimiento del menor para las medidas alternativas, tanto para los trabajos en beneficio de la comunidad como para las sesiones formativas (arts. 84.2 y 93.3). Esta última medida —los trabajos en beneficio de la comunidad—, prevista no sólo en el ámbito penal, sino también en la legislación local específica de Barcelona, es admitida por las sentencias citadas, pero exigiendo el consentimiento previo del menor para su aplicación.

(46) Por ejemplo, en la Ordenanza de Mataró la concreción de la medida socioeducativa se formula en los siguientes términos: se trata de «una actividad formativa con realización de una prueba escrita sobre temas relacionados con el civismo y con los derechos y deberes de los ciudadanos», o bien de la realización de «un trabajo monográfico relacionado con el civismo, la infracción cometida, los derechos y deberes y el marco de convivencia en la ciudad» (Instrucción sobre el sistema de prestación sustitutiva a la sanción económica). En la Ordenanza de Zaragoza nada se concreta sobre el contenido de los cursos de formación sobre civismo, salvo lo relativo a su duración (dos horas de formación por cada cincuenta euros de multa que se condone). Alguna concreción más hay en Municipios como Leganés o Huesca en los que las previsiones de las respectivas Ordenanzas se completan con un «Programa de medidas alternativas a la sanción para la reeducación cívica». En particular, en el caso de Huesca se concretan los objetivos de las actividades reeducativas, sus contenidos y la metodología a seguir; así, se contempla la participación de los menores infractores en una serie de actividades, con sesiones teóricas y prácticas, en función de un «proyecto individual de intervención» para cada persona que se diseñará por la Fundación Municipal de Servicios Sociales en función de tres variables: el tipo de sanción al que sustituye, las características individuales del menor y los recursos disponibles y adecuados en el momento de la aplicación.

(47) Ordenanza del civismo y la convivencia ciudadana de Mota del Cuervo (BO de la provincia de Cuenca de 23 de febrero de 2009). Con una población en torno a los 6.000 habitantes, el Municipio de Mota del Cuervo está situado en pleno corazón de la Mancha (en la provincia de Cuenca, pero en las proximidades de las provincias de Ciudad Real y Albacete), en un lugar de fuertes resonancias quijotescas (muy cerca de la aldea del Toboso y con unos emblemáticos molinos de viento). Por cierto, que el Alcalde de la localidad se llama también Mota (José Vicente Mota de la Fuente, de IU).

en relación con las infracciones cometidas por menores de edad, la posibilidad de que se solicite por parte del infractor o por su representante legal la sustitución de las multas por la participación en un «curso monográfico dirigido a evitar la comisión de futuras conductas incívicas» o bien por la participación en un «aula de valores y habilidades sociales» (art. 84). Pues bien, es esta segunda opción la que se desarrolla con detalle en un documento anexo a la Ordenanza en el que se fijan los objetivos y las características de esta «aula» en conexión con otro documento complementario de la Ordenanza que lleva por título «plan de promoción de hábitos de cortesía entre los jóvenes» (48).

En dicho plan se formulan una amplia serie de pautas de comportamiento para jóvenes —que por lo demás resultan perfectamente aplicables a los adultos en su mayor parte—, en unos términos muy precisos y pedagógicos, que van ciertamente más allá de las exigencias del civismo entendido como respeto a las normas de convivencia pública en la ciudad, para entrar de lleno en otros terrenos como son el del decoro y la higiene personal, el del respeto a los demás y a las exigencias éticas propias de las relaciones interpersonales e, incluso, en el de los valores morales vinculados a la generosidad y al altruismo. Pautas que, por tanto, exceden con mucho del concepto de *cortesía* en un sentido estricto, y que no se conciben obviamente como infracciones sancionables sino como objetivos educativos a lograr (49).

---

(48) Ambos documentos se incluyen en la Disposición Adicional 6ª de la Ordenanza.

(49) Algunas de las 42 pautas de comportamiento fijadas por este plan reprueban las conductas incívicas más evidentes pero otras van ostensiblemente más lejos.

Así, como conductas incívicas a evitar, se incluyen, entre otras, las siguientes:

«7. No provocar ruidos innecesarios en la calle, especialmente durante las horas de descanso (petardos, pitos, gritos, música, escape, etc.). Función: respetar el derecho de todo el mundo al descanso y a vivir en un clima de paz y relajación.

8. No arrojar al suelo desperdicios ni ensuciar el entorno. Función: Respeto al medio ambiente, a los espacios públicos y a las personas que habitan ese entorno o pueden utilizarlo después que yo.

9. No provocar destrozos en espacios, bienes o dependencias públicas. Función: Respeto a la propiedad de todos, no crear gastos innecesarios a la comunidad.

10. No maltratar animales o plantas, ni prestar oídos a quienes se enorgullecen de ello. Función: demostrar sensibilidad hacia la vida y repugnancia por el sufrimiento innecesario».

En otros casos se trata de pautas de respeto y deferencia hacia los demás y de exigencias éticas en las relaciones interpersonales:

«17. No criticar ni murmurar de alguien que no está presente, y si lo está, hacer las críticas con tacto y delicadeza. No inventar ni propagar falsos rumores. Función: Dar la posibilidad de defenderse. No herir sin necesidad. Respeto a la honra y buena imagen de la persona.

Y como instrumento para el refuerzo y la corrección del incumplimiento de las aludidas pautas de comportamiento se crea un *Aula de valores y habilidades sociales* que se concibe además como un «observatorio de la cortesía» entre los jóvenes del Municipio; Aula que viene a ser una suerte de centro de fin de semana con actividades educativas y de convivencia para jóvenes.

La mencionada Aula pretende ofrecer una respuesta educativa para menores incumplidores no sólo de la normativa municipal sobre civismo, sino también de las reglas de convivencia en la familia o en el entorno escolar (50). Concebida para jóvenes entre 12 y 16 años, la estancia en

---

18. No revelar secretos o situaciones íntimas sin el consentimiento de los afectados. Función: Respeto a la privacidad».

«21. Ser puntuales a las citas o encuentros programados. En caso de no poder asistir, avisar lo antes posible. Función: que nadie tenga que esperar por nuestra culpa.

22. Mantener silencio en los espectáculos públicos, reuniones y conferencias (incluye apagar el móvil). Función No molestar a los que quieren oír, consideración a los actores.

23. Devolver los libros, discos y objetos que nos hayan prestado lo más pronto posible y en perfectas condiciones. Función: respeto a la propiedad ajena».

«30. Cumplir nuestra palabra y nuestros compromisos con terceras personas. Función: Fidelidad a nosotros mismos y a aquéllos ante quien nos comprometemos. Ser responsables de nuestras decisiones.

31. Devolver los objetos perdidos. Función: respeto a la propiedad ajena. Deferencia con el desconocido».

Pero también hay pautas que entran claramente en el terreno de la generosidad y el altruismo:

«5. Ayudar al que lo necesita. Ejemplo, echar una mano a la anciana que arrastra una bolsa pesada, agacharnos a recoger del suelo una moneda que se ha caído, abrir la puerta a un repartidor que tiene las dos manos ocupadas, empujar un coche que no arranca, etc. Función: Protección y solidaridad con los que lo necesitan, aliviar el sufrimiento o molestia de los otros».

«24. Mediar en los conflictos, tratar de separar a los que se pelean siempre que no haya grave riesgo para nosotros. Función: Restaurar la comunicación entre las personas, evitar daños físicos o morales, socorrer al que ha perdido la razón».

«39. Tener hospitalidad con los chicos/as de otros pueblos. Función: Gratitud a quien ha elegido venir a nuestro pueblo, solidaridad con el que está aquí por necesidad».

«41. Visitar a nuestros amigos y allegados cuando estén enfermos o sean ancianos. Dedicar un tiempo a charlar con nuestros abuelos. Función: Cuidar a los que queremos y más nos quieren».

(50) En la introducción del documento se formula un diagnóstico que parte de la constatación de que los comportamientos incívicos juveniles «ocasionan situaciones conflictivas que se dan tanto en el ámbito social, en el familiar o en el escolar, donde los sistemas planteados para su corrección no funcionan» y que, frente a ello, el Ayuntamiento sólo puede imponer multas que acaban asumiendo los padres sin que para los jóvenes suponga una lección moral correctora para los comportamientos futuros». Ante estas circunstancias, para impedir que estos comportamientos se incrementen y prevenir futuras situaciones de delincuencia, «la Administración local ha visto la necesidad de articular medidas correctivas que impriman un valor educacional a ese sector de jóvenes que desoyen las

el centro se produce en todo caso a solicitud de los padres y persigue, entre otros objetivos, sacar al joven del contexto social en el que se mueve diariamente e introducirlo en otro distinto, enseñarle a respetar las normas infringidas, dotar de autoridad a padres y madres, así como a los profesores y escuela y al propio Municipio, y reemplazar las sanciones económicas por castigos que aleccionen y supongan una reflexión moral del infractor (51). De ahí el régimen de vida que se contempla durante la estancia en el centro, en el que, además de la participación en las actividades programadas conforme a las instrucciones de los educadores, se exige a los jóvenes la realización de las tareas domésticas básicas (52) y se marcan pautas obligatorias para los tiempos de ocio durante la estancia, excluyéndose la salida del centro durante la misma (53).

A la vista de todo ello, no cabe duda de que, frente al carácter desvaído o desdibujado de las medidas socioeducativas que se prevén en la mayoría de las Ordenanzas de civismo (así, participar en unas charlas o sesiones formativas, o hacer un trabajo monográfico relacionado con el civismo), las medidas educativas previstas en la Ordenanza de Mota del Cuervo quedan más perfiladas e implican una apuesta clara por las mismas.

Se evidencia así que algunos Ayuntamientos están entrando con fuerza en terrenos que en otro tiempo eran privativos de la familia y de la escuela, a través de una acción educativa que coadyuva o complementa a la propia de la institución familiar y de la escuela; una acción educativa que los Ayuntamientos deciden acometer ante la intensidad y persistencia de la problemática asociada a determinadas actitudes y comportamientos

---

normas que la sociedad, la familia y la escuela imponen. Se trata de volver a 'aprender' un código de buen comportamiento para mejorar la convivencia entre la familia, la escuela y, en definitiva, con el conjunto de la sociedad»

(51) Véase al apartado 2.6 del documento. Según se indica en el mismo, se busca también trabajar en contacto con las familias fijando pautas a seguir tras la estancia, a través del consejo de los profesionales (psicólogos o educadores), y dotando a padres y madres de herramientas para continuar el trabajo educativo emprendido en el Aula.

(52) El joven que participe en el Aula deberá realizar «sus propias tareas básicas, como la comida, hacer la cama, lavar la ropa, etc., propiciando la autogestión (por ejemplo, el hecho de no querer hacerse su comida supondrá no comer ese día)».

(53) Se prohíben en particular la televisión, los videojuegos, Internet y el teléfono móvil, y se admite en cambio, la lectura y la práctica de algún deporte en el propio centro durante los tiempos de esparcimiento. También se excluye la salida del centro durante todo el fin de semana y, en consecuencia, la participación en formas de ocio como el botellón o las discotecas.

de su población juvenil (54). Lo cual implica una opción que sin duda es más onerosa para los Ayuntamientos que el mero ejercicio de la potestad sancionadora mediante la imposición de multas. En efecto, las medidas educativas implican no sólo la no generación de los ingresos asociados a las sanciones económicas (55) sino que acarrear unos costes —un esfuerzo gestor y unos gastos inevitablemente asociados a su puesta en práctica—; unos costes que deberán justificarse por la mayor eficacia a medio y largo plazo que presumiblemente es esperable de estas medidas y por la consecución de objetivos educativos de mayor alcance que los que se consiguen a través de la mera aplicación de multas.

## **V. ALGUNAS OBJECIONES QUE SUSCITAN DETERMINADAS PREVISIONES SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS DE LAS ORDENANZAS DE CIVISMO**

Procede en segundo lugar, como hemos anunciado, poner de relieve algunas debilidades que presentan las Ordenanzas de civismo en la regulación de los temas sancionadores, pues sucede en efecto que tales regulaciones plantean dudas y objeciones, especialmente ante lo ambicioso e innovador que resulta el tratamiento que incorporan de algunas cuestiones. Cuestiones en relación con las cuales carecen del rigor técnico necesario o han excedido los márgenes marcados por los principios generales del Derecho Administrativo sancionador y, en primer lugar, por el principio de legalidad.

1. Pese al indudable esfuerzo que en general han hecho las Ordenanzas de civismo por describir con precisión las conductas constitutivas

---

(54) Téngase en cuenta al respecto que la Ley de Bases de Régimen Local reconoce a los Municipios algunas competencias en el ámbito de la enseñanza (art. 25.2.ª), entre otras, la de «participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria». Y al margen de ello, les habilita (art. 28) para realizar «actividades complementarias a las propias de otras Administraciones Públicas» en diversas materias y, en particular, en relación con la educación.

(55) Hay casos en los que el importe recaudado de las multas impuestas por aplicación de las Ordenanzas cívicas se destina a financiar actividades relacionadas con la materia. Así, en Barcelona se establece que el importe de las multas se destinará a mejorar el espacio urbano como lugar de encuentro y convivencia (art. 91). En Mota del Cuervo, la Ordenanza antibotellón (*Ordenanza reguladora de la actuación municipal para impedir la práctica del botellón incívico en los espacios públicos de la Villa de Mota del Cuervo*; BO de la Provincia de Cuenca de 24 de diciembre de 2008) establece que el importe de las sanciones deberá destinarse íntegramente a financiar programas municipales de ocio para jóvenes (art. 10).

de infracción (56), no siempre lo han conseguido, de modo que hay supuestos en los que queda vulnerado el *principio de tipicidad* de las infracciones administrativas; principio que, conforme a una consolidada jurisprudencia constitucional, exige «la imperiosa necesidad de predefinición normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción» (STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7, entre otras muchas).

Así se ha declarado en el caso concreto de la Ordenanza de civismo de Valladolid (57) por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León 2247/2006, de 15 de diciembre, a propósito de dos preceptos de dicha Ordenanza que se limitaban prácticamente a reproducir lo establecido en el art. 140.1.a de la LBRL. Una disposición ésta que no pretende en sí tipificar una infracción administrativa sino más bien fijar pautas generales para que las Ordenanzas tipifiquen las conductas infractoras o, dicho en los términos utilizados por la STC 132/2001, de 8 de junio, fijar unos «criterios mínimos de antijuricidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer los tipos de infracciones» (58).

Dicha disposición enuncia —como puede observarse a continuación— unos valores o bienes jurídicos a proteger en unos términos ciertamente amplios, que son los siguientes:

---

(56) Este esfuerzo es perceptible por ejemplo en la Ordenanza cívica de Barcelona, lo que no ha evitado el cuestionamiento de algunos de sus preceptos desde la óptica del respeto al principio de tipicidad de las infracciones administrativas. Cuestionamiento que se ha producido tanto en el terreno doctrinal (vid. TRAYTER JIMÉNEZ, 2008: 546-547), como en el ámbito jurisdiccional; en efecto algunos de los preceptos de la Ordenanza barcelonesa fueron impugnados con fundamento en la vulneración del principio de tipicidad, impugnación que no ha prosperado (véase el fundamento noveno de la sentencia del TSJ de Cataluña 1157/2009, ya citada).

(57) «Ordenanza municipal sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de actuaciones antisociales», publicada en el BOP de 14 de mayo de 2004.

(58) Véase el FJ 6 de esta Sentencia, en la que esta idea se matiza a continuación en los siguientes términos: «no se trata de la definición de los tipos —ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal— sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción».

«Serán muy graves las infracciones que supongan:

a) Una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o a la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

[...]»

Pues bien, los artículos 23 y 24 de la Ordenanza vallisoletana prácticamente reproducían el precepto transcrito sin introducir elementos de concreción (59), lo que es considerado por la Sentencia citada contrario al principio de tipicidad de las infracciones y en consecuencia se anulan los preceptos aludidos (60).

En algún otro caso, los preceptos incorporados a las Ordenanzas de civismo no han sido objeto por el momento de enjuiciamiento jurisdiccional, pero es claro que no satisfacen las exigencias del principio de tipicidad de las infracciones.

Así sucede a mi modo de ver con alguna infracción descrita de modo genérico en la Ordenanza de civismo de Lérida (BOP de 13 de marzo de 2007). Concretamente, su artículo 103.4 considera infracción grave (sancionable con multa entre 600 y 1.500 euros), entre otras conductas, «la falta de respeto y la *insolidaridad hacia otras personas*».

No cabe duda de que la solidaridad es un principio ético de la máxima importancia —central en cualquier discurso ético de base humanista o personalista— que fundamenta numerosas exigencias morales de la conducta humana y constituye a la vez un valor central de nuestro Derecho que está

---

(59) El texto del art. 23 a de la Ordenanza es el siguiente: «Son infracciones muy graves: a) Perturbar la convivencia ciudadana de forma que incida grave, inmediata y directamente en la tranquilidad y en el ejercicio de derechos legítimos de otras personas, en el normal desarrollo de toda clase de actividades conforme a la normativa aplicable y en la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no tipificadas en la legislación sobre protección de la seguridad ciudadana». Y en términos muy similares se expresa el art. 24 al decir que «constituyen infracciones graves: a) Perturbar la convivencia ciudadana mediante actos que incidan en la tranquilidad y en el ejercicio de derechos legítimos de otras personas, en el normal desarrollo de actividades de toda clase conforme a la normativa aplicable y en la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no tipificadas en la legislación sobre protección de la seguridad ciudadana».

(60) Tomo las referencias a esta sentencia del trabajo de ORTUÑO RODRÍGUEZ (2009, 50-51).

en la base de numerosas instituciones y que irradia sus efectos sobre el conjunto del ordenamiento jurídico (61). Pero su alcance es demasiado ambiguo o impreciso como para constituir en sí el único elemento conceptual de la definición de una infracción administrativa, pues cuáles sean las consecuencias concretas del deber de solidaridad para cada uno y en cada momento es un tema muy abierto que está en función del punto en el que se ponga el nivel o «listón» en las exigencias de la solidaridad. En efecto, el campo de lo que resulta insolidario es muy elástico, especialmente teniendo en cuenta la posibilidad de conductas insolidarias de carácter omisivo, en las que difícilmente podemos dejar de incurrir todos en nuestro comportamiento cotidiano con alguna frecuencia, por más que intentemos evitarlo, ante la abundancia y variedad de situaciones humanas de necesidad con las que podemos encontrarnos. Por ello la insolidaridad no debe constituir de modo genérico una infracción administrativa sancionable: el art. 103.4 citado es un precepto difícil de aplicar —y lo previsible es que no se aplique y resulte por tanto inocuo—, pero entiendo pese a ello que no debería figurar en la relación de infracciones administrativas sino en la identificación de los fundamentos de la normativa sobre civismo (62).

---

(61) Baste recordar cómo la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948) —que como es sabido está en la base de toda la ingente obra de Naciones Unidas sobre derechos humanos—, alude en su preámbulo a la dignidad y los derechos inalienables de todos los miembros de la «familia humana», y establece en su artículo primero el deber de todos los seres humanos de «comportarse fraternalmente los unos con los otros». O repárese también en las diversas menciones a la solidaridad en el texto de nuestra Constitución, desde el propio art. 2, que se refieren en particular su proyección interterritorial. Solidaridad que está también presente implícitamente en el principio de igualdad real o sustancial del art. 9.2 CE y en los diversos derechos de carácter social que se reconocen en la Constitución. Por lo demás, es claro que hay diversos sectores del ordenamiento que pivotan sobre la idea de solidaridad (así, el Derecho tributario, la legislación medioambiental, o la que regula los diversos sistemas de protección social como son la Seguridad Social, el sistema educativo o el sanitario).

(62) Como hemos apuntado, la solidaridad y el altruismo son valores éticos esenciales, pero no pueden imponerse en términos genéricos en preceptos que tengan consecuencias de tipo sancionador.

La insolidaridad es reprochable jurídicamente en no pocos casos: las propias infracciones en materia de civismo son en muchos casos supuestos específicos de conductas insolidarias, o también lo son las vulneraciones de la normativa medioambiental, de las pautas de conducción establecidas en materia de tráfico y seguridad vial, o de las exigencias tributarias. Incluso puede dar lugar a la comisión de delitos tanto por acción (por ejemplo, en materia tributaria o de tráfico de vehículos) como por omisión (omisión del deber de socorro). Pero las conductas insolidarias que se sancionan deben tener alguna entidad y deben estar descritas con un cierto nivel de precisión en la normativa correspondiente.

Puede admitirse sin mayores reparos el hecho de que en algunos casos las normas jurídicas formulen exigencias éticas o mandatos morales de carácter genérico siempre que su incumplimiento

También resulta a mi juicio excesivamente abierta la utilización del concepto de *orden público* —sin ningún otro elemento de concreción— en el art. 103.6 de la Ordenanza leridana, en el que se tipifica como infracción grave «alterar el orden público y el descanso vecinal». El concepto tiene como es sabido amplia tradición en la legislación administrativa española, pero ha tendido a eliminarse de la misma dada su conocida amplitud, de la que en otro tiempo se abusó por las autoridades gubernativas (63).

2. En otros casos puede detectarse la inclusión en las Ordenanzas de infracciones o sanciones administrativas que carecen de la necesaria *cobertura legal*.

Por lo que se refiere a las infracciones, esta carencia de cobertura legal ha sido declarada en relación con la Ordenanza de civismo de Valladolid antes citada en la que se tipificaba como infracción muy grave la conducta consistente en «cazar y matar pájaros y otros animales». Infracción que es anulada por la Sentencia 2169/2006, de 5 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León por entender que no puede ampararse en el art. 140 de la Ley de Bases de Régimen Local (64).

Y por lo que se refiere a las sanciones que se aplican, es preciso tener en cuenta que la legislación general de régimen local tan sólo habilita a las entidades locales a imponer sanciones económicas, es decir, multas (art. 141 LBRL), lo que deja en un terreno problemático otro tipo de sanciones que se prevén en las Ordenanzas de civismo.

Así sucede en primer lugar, con las medidas alternativas a la multa a las que nos hemos referido en el apartado anterior (trabajos en beneficio

---

no tenga consecuencias concretas de tipo sancionador (recuérdese que la Constitución de Cádiz imponía a todos los españoles el deber de «ser justos y benéficos», además de amar a la Patria). Pero si se contempla la aplicación de consecuencias sancionadoras es inexcusable un cierto grado de concreción en la identificación de la conducta sancionable.

(63) Hoy el concepto de orden público es utilizado por el Código Penal para agrupar un heterogéneo conjunto de delitos y de faltas. En cuanto a los delitos (Título XXIII del Libro II: Delitos contra el orden público), se encuentran la sedición, los atentados contra la autoridad así como la resistencia y desobediencia a la misma, el tráfico de armas o y los delitos de terrorismo. En cuanto a las faltas, el Título IV (faltas contra el orden público) incluye una serie de conductas todavía más heterogénea, que incluye conductas tan variadas como incumplir las normas sobre obligatoriedad de los seguros de responsabilidad civil, usar indebidamente uniforme, insignia o condecoración oficiales, o atribuirse públicamente un título académico que no se posee.

(64) Véase de nuevo el trabajo de ORTUÑO RODRÍGUEZ (2009: 50).

de la comunidad y medidas socioeducativas), si bien su configuración como una opción de carácter sustitutivo respecto de la sanción económica —presumiblemente menos onerosa para el infractor— y cuya aplicación resulta voluntaria para el mismo, permite relativizar las consecuencias de esa falta de cobertura legal (65). Lo que no sucede en cambio con otras sanciones previstas en la normativa de civismo (así, la suspensión temporal o revocación de la licencia o del título municipal que autoriza la actividad), que no tienen el aludido carácter sustitutivo respecto a las multas; sanciones que, en la medida en que no tengan apoyo en la legislación sectorial o específica que resulte de aplicación, deben reputarse ilegales por falta de cobertura legal (66). Y otro tanto puede decirse del comiso de los bienes o instrumentos empleados para la comisión de la infracción, con independencia de que se atribuya o no a esta medida el carácter de una verdadera sanción en sentido estricto (67).

3. Hay por otro lado algunos preceptos reguladores de la atribución de responsabilidades por la comisión de infracciones administrativas

---

(65) Quizás como expediente para eludir las consecuencias de esa falta de cobertura legal, son diversas las Ordenanzas de civismo que declaran que las medidas alternativas (por ejemplo, los trabajos en beneficio de la comunidad) no tienen carácter de sanción. Lo que es muy dudoso que pueda admitirse desde la noción básicamente sustancial de sanción administrativa que debe manejarse en el Derecho español: la naturaleza sancionadora o no de una medida administrativa, y la aplicación de las correspondientes garantías constitucionales y legales, ha de estar en función de la configuración y finalidad de la medida y no de una discrecional capacidad calificadoras en manos del legislador. Sobre la problemática construcción del concepto de sanción administrativa, véanse las importantes monografías de Ignacio PEMÁN GAVÍN (2003) y Alejandro HUERGO LORA (2007).

(66) Véanse por ejemplo, los artículos 48 y 49 de la Ordenanza de convivencia ciudadana de Solsona (aprobada por el Pleno en julio de 2004), en los que además de la multa se prevén la amonestación, la reposición del bien a su estado inicial —cuyo naturaleza no sancionadora es clara—, la suspensión o revocación de licencias y el precinto de aparatos, vehículos y otros medios mecánicos, estableciéndose que la multa puede venir acompañada de cualquiera de las medidas citadas. Por su parte, la Ordenanza de Civismo y Convivencia Ciudadana del Ayuntamiento de Granollers (2003) contempla, como sanción accesoria a la multa que sea de aplicación, la revocación de la licencia municipal «cuando en el ejercicio del derecho concedido se produzca una infracción calificada como muy grave» (art. 81); previsión que se incorpora también a otras Ordenanzas, como la citada de Mota del Cuervo (art. 80). Por su parte, la Ordenanza de Lleida prevé como sanciones accesorias a la multa la suspensión o revocación de la licencia municipal, el comiso o sacrificio de animales potencialmente peligrosos, la clausura de establecimientos, la suspensión temporal de la actividad y el precinto de focos emisores (art. 106).

(67) El comiso supone en todo caso la privación de un bien sin indemnización por su relación con una infracción y, por tanto, requiere habilitación legal. Pero su naturaleza jurídica puede variar según los casos, constituyendo en algunos supuestos una verdadera sanción y en otros una medida de policía de carácter preventivo (vid. sobre ello HUERGO LORA, 2007, 355-358).

que establecen una *responsabilidad por hecho ajeno* en términos que no resultan de recibo.

Así sucede en los casos en los que las Ordenanzas de civismo declaran la responsabilidad administrativa de los padres (o tutores o guardadores) por las infracciones cometidas por los menores a su cargo, bien en términos de responsabilidad solidaria junto a los mismos, o bien exonerando de responsabilidad por tales infracciones a los menores. Declaración que es muy frecuente en las Ordenanzas de civismo y que los Tribunales de lo Contencioso-administrativo vienen considerando inadmisibles. Obsérvese al respecto que no se trata de la responsabilidad civil de los padres o tutores por hechos de los menores a su cargo —consagrada con carácter general en el Código Civil y que resulta plenamente justificada—, sino de la responsabilidad administrativa de los padres por actuaciones de los menores. Dicha responsabilidad administrativa está establecida en algún ámbito específico mediante norma de rango legal (así, en materia de tráfico y seguridad vial) e implica en la práctica la atribución a los padres o tutores del deber de prevenir o evitar las infracciones que puedan cometer los menores a su cargo en tales ámbitos, dado que responden no sólo por las infracciones que ellos cometan sino por las que cometan sus hijos menores (68), pero es claro, a la vista de la jurisprudencia aludida (69), que las Ordenanzas no pueden declararla de modo genérico.

---

(68) Téngase en cuenta que la LRJAP contempla de modo genérico la responsabilidad administrativa por hechos ajenos al disponer, con una redacción no muy afortunada, que «serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que el deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores» (art. 130.3, 2º párrafo). De tal previsión se ha hecho uso en la Ley sobre Tráfico y Seguridad Vial (Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo), cuyo artículo 69.1.b establece lo siguiente:

«Cuando la autoría de los hechos cometidos corresponda a un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, en razón de la obligación impuesta a éstos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute los menores.

La responsabilidad solidaria quedará referida estrictamente a la pecuniaria derivada de la multa impuesta».

(69) Se trata de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (sección 5ª) del TSJ de Cataluña 883/2006, de la Sentencia ya citada 2196/2006, de 5 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León, y de la también citada Sentencia 1157/2009 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña, que reproduce y confirma la doctrina sentada por las dos anteriores.

La primera de ellas anula el precepto de una Ordenanza del Ayuntamiento de Gavá en el que se declaraba la responsabilidad de los padres, tutores o guardadores por la comisión de cual-

También resultan objetables desde la óptica de los principios generales del Derecho Administrativo Sancionador otras disposiciones que, con un carácter más singularizado o excepcional, aparecen en algunas Ordenanzas sancionando *comportamientos omisivos*. Es el caso de la infracción (grave) prevista en la Ordenanza de Lérida consistente en «no evitar actos incívicos de los clientes, por parte de los titulares de los diferentes establecimientos» (art. 103.5); disposición que hace responsable a los titulares de cualquier establecimiento abierto al público de las conductas de sus clientes en unos términos tan abiertos y genéricos que resultan del todo inadmisibles (70). También debe mencionarse la previsión contenida en el art. 17.2 de la Ordenanza de civismo de Barcelona en la que se establece que si ciertas conductas infractoras (los atentados contra la dignidad de las personas descritos en el art. 16, entre los que se incluyen los comportamientos discriminatorios) fueran cometidas por grupos de personas, la comisión de la infracción se imputará «a todos los miembros de estos grupos que se encontraran en el lugar de los hechos y participaran, *activa o pasivamente*», en la realización de tales conductas. Lo cual ha sido considerado contrario a Derecho —en cuanto a la comisión de la infracción de manera meramente pasiva— por el TSJ de Cataluña por contradecir el *principio general de culpabilidad* en materia sancionadora, de modo que se ha anulado la expresión «pasivamente» contenida en el precepto mencionado (71).

---

quiera de las infracciones tipificadas en la Ordenanza por los menores a su cargo, por entender que la imputación a título de garante que se contempla en el art. 130.3 LRJAP exige su expresa previsión a través de una norma con rango legal, exigencia que no se cumplía en el caso, dado el rango reglamentario de la Ordenanza. Criterio que se confirma por la misma Sala y Sección en la tercera de las sentencias citadas, en la que se anulan los preceptos de la Ordenanza de civismo de Barcelona que establecen la responsabilidad solidaria de los padres, tutores y guardadores por las infracciones cometidas por los menores a su cargo (fundamento decimoctavo). Por su parte, la segunda de las sentencias citadas razona sobre la base del principio de personalidad de las penas y de las sanciones administrativas asumido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por el art. 130 LRJAP.

(70) Por razones análogas a las esgrimidas por las sentencias citadas en la nota anterior —dado que estamos también aquí ante una responsabilidad por hecho ajeno—, y además en este caso por el propio principio de tipicidad de las infracciones administrativas. Obsérvese a este respecto que la Ordenanza leridana define una infracción grave que pueden cometer los titulares de establecimientos consistente en no evitar los actos incívicos de los clientes (actos que pueden constituir infracción meramente leve o incluso no constituir infracción administrativa), sin ninguna restricción de contenido o de lugar en el que se realiza el acto incívico por parte del cliente (dentro o fuera del establecimiento). La descripción normativa de la conducta infractora resulta, por tanto, claramente insuficiente.

(71) Véase el razonamiento contenido en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 26 de marzo de 2009, que se reproduce en la posterior Sentencia

4. Por último, algunas dudas se han planteado también en relación con las previsiones aplicables a los extranjeros o a las personas no residentes en el territorio español; situación nada infrecuente, como es bien sabido, en no pocos Municipios españoles y especialmente en las grandes ciudades, que genera una problemática específica. En particular, la Ordenanza de civismo de Barcelona incorpora diversas opciones al respecto que han suscitado algunas dudas: por ejemplo, sus previsiones sobre la colaboración de extranjeros en la presentación de denuncias frente a las infracciones de la Ordenanza (72), y la regulación de una medida cautelar específica aplicable a los infractores que no acrediten la residencia en España consistente en el pago anticipado de la cuantía mínima de la multa prevista para la correspondiente sanción (73).

---

de la misma Sala de 23 de noviembre de 2009 (Fundamento undécimo). En particular, se subraya al respecto lo siguiente:

«La inclusión del comportamiento discriminatorio pasivo colisiona con el principio de culpabilidad que rige en materia sancionadora, previsto en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al exigirse que el responsable de las infracciones administrativas sea su autor».

«El comportamiento pasivo respecto de las conductas previstas en el artículo 16 no puede subsumirse en la noción de autor, como aquél que realiza la conducta prohibida por la norma, por sí mismo o utilizando a otros sujetos, sino que entraría en un título de responsabilidad de comisión por omisión que sin embargo carece de anclaje en una tipificación como comportamiento humano prohibido la omisión por el garante del específico deber de cuidado para evitar que se produzcan comportamientos discriminatorios».

Es decir, la sanción de dicha conducta omisiva sólo sería admisible si la norma situara a determinados sujetos en un aposición de garante en relación con el tema, atribuyéndoles un específico deber de cuidado para prevenir y evitar las discriminaciones y atentados a la dignidad de las personas cometidas por otros

(72) Tal colaboración se incentiva por la Ordenanza al establecerse que el reconocimiento de esa colaboración se hará constar por el Ayuntamiento en el correspondiente *informe de arraigo* a los efectos previstos en la legislación de extranjería (art. 13). Y se contempla también que el Ayuntamiento realice las gestiones para que se apliquen los beneficios establecidos a favor de los denunciados extranjeros en dicha legislación (art. 81.7). Véase en un sentido crítico con estas previsiones, TRAYTER JIMÉNEZ, (2008: 551) a las que reprocha el fomento de una delación cuyos fines pueden no ser aceptables.

Respecto a los informes de arraigo contemplados en la legislación de extranjería, véanse los artículos 31.2 de la Ley Orgánica de derechos y deberes de los extranjeros en España (LO 4/200, de 11 de enero) y 45.2.b y 46.2.c del Reglamento de ejecución de dicha Ley.

(73) Véase el art. 83.3 de la Ordenanza, en el que se dispone que dicha medida cautelar será notificada con carácter urgente a la dirección postal en la que la persona esté alojada y que, en el supuesto de que no se realice el ingreso de la cantidad indicada, «se le advertirá si procede, que podría incurrir en responsabilidad penal».

En relación con esta previsión, véanse las observaciones críticas que expreso en PEMÁN GAVÍN, 2007 A, 48-49. La citada Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña (Sentencia 1157/2009) anula la frase entrecuadrada sobre advertencia de que se podría incurrir en

\* \* \*

Todas estas referencias constituyen muestras puntuales de que, aunque se ha hecho un considerable esfuerzo de depuración técnica en la redacción de las Ordenanzas cívicas, dicho esfuerzo no siempre ha sido exitoso. De lo cual se deducen a mi juicio con claridad al menos dos cosas: a) En primer lugar, las notorias dificultades existentes en el terreno del Derecho Administrativo sancionador para alcanzar regulaciones que satisfagan a la vez los postulados de operatividad y eficacia requeridos por los intereses generales en juego en cada caso y, de otra parte, las exigencias garantistas derivadas de los principios generales que enmarcan la potestad sancionadora de la Administración en nuestro Derecho. b) Y junto a ello, salta a la vista también lo limitado e insuficiente de la regulación general de la potestad sancionadora en el Derecho Administrativo español, que carece de una verdadera «parte general», pues tan sólo en medida muy limitada puede decirse que la LRJAP cumpla esa función. Lo cual se echa de menos especialmente en aquellas materias en las que, como sucede en buena parte de las que se integran en las regulaciones de la convivencia ciudadana realizadas por las Ordenanzas cívicas, carecen de una Ley sectorial que incorpore un tratamiento legal de las infracciones y sanciones en la correspondiente materia. Así las cosas, si los Ayuntamientos no abordan ciertas cuestiones en sus Ordenanzas de civismo, hay importantes lagunas y cuestiones operativas que se quedan sin resolver; y si las abordan, como han hecho algunas Ordenanzas de civismo, es difícil que eviten los reparos y objeciones que pueden plantearse desde la óptica del respeto al principio de legalidad y a las demás garantías del Derecho Sancionador.

## **VI. A MODO DE RECAPITULACIÓN: UNA VALORACIÓN GLOBAL SOBRE EL TEMA**

A. Pero a pesar de las numerosas dudas y objeciones que suscitan las previsiones sancionadoras de las Ordenanzas reguladoras de la con-

---

responsabilidad penal; frase que, según los recurrentes, inducía a los servidores públicos a cometer un delito de amenazas. La Sala no acepta este reproche, por entender que la indicada advertencia no puede ser considerada como amenaza alguna, pero entiende que es manifiestamente ilícita puesto que el ordenamiento en vigor no castiga penalmente el impago de las multas administrativas (Fundamento vigésimo de la Sentencia).

vivencia ciudadana, el balance global que yo haría de las acciones en materia de civismo que han venido desarrollando últimamente los Municipios españoles es netamente positivo: a través de la política municipal de civismo se han abordado las diversas problemáticas planteadas en relación con la materia, en no pocos casos con decisión y acierto, y los Ayuntamientos han podido construir modelos de convivencia con perfiles propios en función de los objetivos y valores que quieren realzar.

Creo que puede decirse que, en términos generales, los Ayuntamientos han contribuido a mejorar el nivel medio de conciencia cívica en España, aunque la situación sea todavía por supuesto mejorable, de modo que el espacio colectivo urbano ha dejado ya de verse por muchos como una suerte de *res nullius* para percibirse más como algo propio, aunque comunitario, esto es, como algo que es de todos y entre todos debe cuidarse. Y por otro lado, cabe destacar también que la política de civismo se ha mostrado en los últimos años como un campo propicio a la experimentación de fórmulas novedosas —en algunos casos imaginativas— que han pasado a incorporarse al acervo de modalidades de la acción administrativa en el ámbito local.

Todo lo cual es sano y positivo, y muestra las virtualidades del principio de autonomía, que propicia una fecunda liberación de energías y estimula la capacidad creativa e innovadora de los sujetos y las entidades que se benefician de ella.

B. No obstante, hay datos y circunstancias que conducen a sostener la conveniencia de acotar algo más el espacio propio de la autonomía municipal en esta materia. Existen ya considerables diferencias entre Municipios en las materias vinculadas al civismo y tales diferencias tienden a incrementarse por el propio juego de la autonomía local, sin perjuicio de que los elementos de mimetismo o imitación sean notorios en no pocos casos. Lo que se puede hacer o no en la vía pública de cada núcleo urbano (mendicidad, consumo de bebidas alcohólicas, prostitución, venta ambulante, juegos, etc.) depende cada vez en mayor medida de lo que dispongan las Ordenanzas del correspondiente Municipio, como varía también la mayor o menor contundencia de las respuestas sancionadoras (74).

---

(74) Así, hay Municipios que son muy estrictos y beligerantes en materias como la limpieza de la vía pública o las actividades de «botellón», porque quieren cultivar una imagen de pulcritud que puede ser para ellos especialmente importante, por ejemplo, desde el punto de vista turístico. En otros lugares, en cambio, estas cuestiones pueden resultar menos relevantes.

La diferenciación es consustancial a la autonomía y tiene obviamente sus aspectos positivos —permite a cada Municipio abordar situaciones específicas con criterios propios—, pero más allá de un cierto límite, puede plantear problemas y situaciones indeseables. Problemas en primer lugar desde el punto de vista de la igualdad en el estatus de la ciudadanía, habida cuenta de que los derechos y deberes varían en función del Municipio de residencia; y problemas también desde el punto de vista de los efectos indirectos de las regulaciones de unos Municipios sobre los de su entorno: así, si un Municipio es muy restrictivo en determinadas actividades, como la mendicidad, la venta ambulante o la prostitución, esas actividades tenderán a desplazarse a los de su entorno. Todo lo cual postula a mi modo de ver un mayor desarrollo legal de las materias vinculadas al civismo.

Y sucede por otro lado que la parquedad de las regulaciones legales aplicables sitúa a los Ayuntamientos en un terreno difícil para diseñar una política integral de civismo por lo que se refiere en particular a las previsiones sancionadoras; terreno en el que, como hemos podido comprobar, las Ordenanzas cívicas han sido muy innovadoras y han excedido en algunos casos los límites legales de su capacidad normativa.

C. La situación descrita recibe algunos paliativos por el hecho de que algunas Comunidades Autónomas están aprobando Leyes propias en relación con materias concretas —medidas antibotellón, limpieza de las vías públicas, etc.— que establecen un marco normativo común en la respectiva Comunidad en relación con tales materias. Pero por lo que se refiere al Estado, cabe sugerir un desarrollo legislativo que contribuiría a superar las insuficiencias que hemos puesto de manifiesto. En particular, pienso en un desarrollo legal en los siguientes ámbitos:

a) En primer lugar, una regulación general de la potestad sancionadora de mayor fuste que la que ofrece la Ley 30/1992, en línea con lo que algunos autores han venido sosteniendo. Falta una verdadera parte general del Derecho Administrativo sancionador —que vaya más allá de la óptica meramente «principalista» que incorpora dicha Ley—, cuya ausencia no plantea especiales problemas en los sectores que tienen una Ley específica con una regulación completa y bien trabada de la materia sancionadora (así sucede en el ámbito tributario, en el tráfico y seguridad vial o en lo relativo a las infracciones y sanciones del denominado «orden social»), pero se echa de menos en aquellas materias en las que no existe tal regulación. En particular, a los Ayuntamientos les vendría muy bien el

soporte de una Ley general sobre infracciones y sanciones administrativas en todas aquellas materias en las que, como sucede en buena parte de las que se encuadran dentro de la convivencia ciudadana y el civismo, no existe una Ley sectorial aplicable (75).

b) La propia legislación básica de régimen local debería contener apoyos y determinaciones más precisas de la potestad sancionadora local en el ámbito de la convivencia ciudadana, con un mayor alcance que las escuetas y genéricas previsiones del Título XI LBRL. Por ejemplo, debería fijarse un cuadro más diversificado y abierto de las sanciones que pueden imponerse, que la versión vigente de la LBRL limita a la multa (así, debería incluir la previsión de trabajos en beneficio de la comunidad con la fijación de algunas pautas legales al respecto), y deberían establecerse también algunos criterios básicos sobre las personas responsables (menores, padres, titulares de establecimientos, etc.) o sobre el modo de proceder cuando los infractores no residan en el término municipal (76).

c) En algunos temas específicos la legislación estatal debería establecer determinaciones más precisas, en cuya ausencia los Ayuntamientos se encuentran muy limitados para abordar la problemática correspondiente. Así sucede concretamente en el caso concreto de la prostitución, que es un tema en relación con el cual es llamativo el abstencionismo casi absoluto del legislador estatal que deja a los Ayuntamientos en una situación difícil; diríamos que demasiado solos para abordar una cuestión sin duda delicada y compleja (77).

---

(75) En el caso del País Vasco existe, como es sabido, una Ley general sobre infracciones y sanciones administrativas (la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco), que cubre este vacío.

(76) En la medida en que se elabore esa regulación general de la potestad sancionadora y en la medida en que la legislación de régimen local incorpore esas previsiones más precisas, tendrán las entidades locales un soporte legal sólido para el ejercicio de sus importantes poderes sancionadores. Cosa que en la actualidad sólo sucede en aquellas materias en las que la legislación específica se ocupa de los aspectos sancionadores con algún detenimiento (así sucede en relación con el tráfico de vehículos, las sanciones tributarias o el urbanismo). Hasta entonces los Ayuntamientos están abocados a desenvolverse en un terreno algo precario en todas aquellos ámbitos en los que, como sucede en muchos de los que se encuadran en la convivencia ciudadana y el civismo, no hay una ley sectorial que presida la materia.

(77) Téngase en cuenta que nuestro Código Penal tipifica como delito determinadas conductas de terceras personas relacionadas con la prostitución, pero no la prostitución misma (arts. 187 y 188). Silencio ante el cual algunas Ordenanzas de civismo han tipificado como infracción administrativa la oferta de relaciones sexuales remuneradas en la vía pública (prostitución callejera).

Personalmente entiendo que algunas conductas de quienes ofrecen u obtienen relaciones sexuales a cambio de remuneración deberían estar expresamente castigadas por el la legislación estatal

Estos mayores desarrollos del marco legislativo común estatal tendrían en estos momentos un efecto doble, en ambos casos positivo a mi juicio. Por un lado, acotarían en alguna medida la autonomía local e impondrían un cierto grado de homogeneidad a nivel estatal en determinadas cuestiones. Pero a la vez contribuirían a una mejor «armadura» y clarificación de las potestades municipales, lo que situaría a los Municipios en un marco jurídico más perfilado y de mayor seguridad jurídica. Mientras no se produzcan estos desarrollos legislativos estatales, el espacio abierto para los Municipios seguirá siendo extremadamente abierto —acaso en exceso— y por tanto no exento del riesgo de que los más innovadores puedan incurrir en ilegalidades y tengan que asumir la corrección de los Tribunales.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

GALAIS GONZÁLEZ, C., *Les politiques locals de civisme a Europa*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 2008.

HURGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, lustel, Madrid, 2007.

IBÁÑEZ PICÓ, M., *Municipio y civismo. Las ordenanzas municipales como instrumento para la convivencia*, «Revista de la Administración Local y Autonómica», 307 (2008), pp. 143 y ss.

OLIVENCIA, M., *El buen gobierno de las sociedades y su evolución*, «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», 108 (2007), pp. 209 y ss.

ORTUÑO RODRÍGUEZ, A., *La potestat sancionadora de les entitats locals. Especial referència a les ordenances cíviques*, «Quaderns de Dret Local», nº 20, junio de 2009, 23 y ss.

---

—penal o administrativamente— como sucede en numerosos países. Por lo que se refiere a la oferta, hay diversos países que sancionan penalmente conductas de ofrecimiento o incitación a mantener relaciones sexuales a cambio de remuneración (así sucede en Francia, Reino Unido o Italia) con diferentes matices en cada caso. Pero sin llegar a tanto, cabría que nuestra legislación abordara el tema desde el Derecho Administrativo sancionador, por ejemplo, tipificando como infracción administrativa determinadas conductas relativas a la prostitución en la vía pública, lo que situaría a los Ayuntamientos ante un escenario legalmente más acotado. Por lo que se refiere a la demanda —esto es, los clientes— caben soluciones muy duras como la sueca (que penaliza en todo caso a quienes obtienen servicios sexuales a cambio de remuneración) o bien más matizadas o selectivas, como sucede en Francia donde al cliente sólo se le castiga penalmente en determinados casos, o como sucedería si el tema se abordara entre nosotros desde la legislación administrativa. Vid. sobre ello PEMÁN GAVÍN (2007 B).

- PEMÁN GAVÍN, I., *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, CEDECS, Barcelona, 2003.
- PEMÁN GAVÍN, J., *Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana*, «Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica» 305 (2007 A), pp. 13 y ss.
- PEMÁN GAVÍN, J., *El debate sobre la legalización de la prostitución en España*, «Revista Española de Derecho Administrativo» 136 (2007 B).
- TORRES ROSELL, N., *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Reformas legales y problemas de aplicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *Las Ordenanzas cívicas. Especial referencia a la Ordenanza de convivencia ciudadana de Barcelona*, en el vol. col. *Derechos fundamentales y otros estudios en Homenaje al prof. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO*, I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 537 y ss.



# **LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EUROPA<sup>(\*)</sup> (Anotaciones en torno a su evolución hacia un sistema de plena jurisdicción y sobre otros retos actuales)<sup>(\*\*)</sup>**

JUAN JOSÉ DíEZ SÁNCHEZ

*RESUMEN:* El trabajo es una aproximación al proceso evolutivo seguido por la justicia administrativa en los últimos años, constatando la coincidencia de las transformaciones llevadas a cabo en varios ordenamientos jurídicos con la finalidad de recuperar la plena normalización en el control judicial de las decisiones adoptadas por las Administraciones Públicas. Asimismo, se exponen diferentes cuestiones que constituyen desafíos particularmente problemáticos en orden a lograr que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda cumplir en plenitud su papel de garante del Estado de Derecho.

*Palabras clave:* justicia administrativa; derechos subjetivos; sistema de plena jurisdicción; medidas cautelares.

*ABSTRACT:* This paper is an approach to the evolutionary process followed by the european administrative justice in the last years. The paper focus on the coincidence of the transformations carried out in various legal frameworks with the purpose of recovering the full normalization in the judicial review of decisions taken by the Public Administrations. Also the paper expose different problematic questions considered challenges in orden to ensure that the administrative justice can fully accomplish its role as guarantor of the constitutional rule of law.

*Key words:* administrative justice; subjective rights; system of full jurisdiction; protective measures.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 3 de mayo de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 16 de junio de 2010.

(\*\*) Texto de la ponencia presentada al IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima-Perú), organizado por la PUCP (22-24 abril 2010).

1. La larga travesía del sistema de justicia administrativa hacia su plena normalización parece ya definitivamente asentada en los ordenamientos jurídicos europeos. Al menos eso se deduce de las profundas transformaciones llevadas a cabo en las postrimerías del siglo pasado y/o en los primeros años del actual, en algunos de los ordenamientos europeos y, particularmente en Francia, cuna y origen del singularísimo modelo de control jurisdiccional de la actuación de la Administración Pública (Sobre la concepción de la separación de poderes y sus diferentes interpretaciones, así como sobre el origen de la jurisdicción administrativa no como fruto de la revolución sino como consecuencia de un largo proceso histórico, CASAGNE, 2007, 9 y ss).

El estudio de esas renovaciones en todos sus aspectos esenciales (fundamentos, proceso empleado, novedades institucionales, funcionales, objetivas, con sus correspondientes valoraciones generales), ha sido llevado a cabo de forma magistral por el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA en múltiples trabajos, todos los cuales constituyen referentes inevitables —sin perjuicio de otros tratamientos específicos— para entender los cambios que se han producido, entre otros, en los ordenamientos jurídicos de Inglaterra, Italia, Portugal y por supuesto Francia y España, al margen de la «*premonitaria*» o «*adelantada*» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 180) ley alemana de 1960. Esa luminosa obra doctrinal constituye, por ello, la base de esta modesta aportación, cuya finalidad no puede ser otra que la de representar una aproximación —a modo de crónica o repaso—, sucinta, a ese proceso evolutivo que culmina en lo que convenimos en llamar la consagración de una «*jurisdicción plenaria y efectiva*» (En su momento, sobre el proceso evolutivo de reconducción del poder al Derecho, DíEZ SÁNCHEZ, 1999, 31 y ss; 2004, 327 y ss.). De paso, aprovechamos, para ofrecer, a modo de complemento, el enunciado de algunas de las cuestiones que bien como desafíos, bien como propuestas, bien como problemas de una u otra naturaleza, se plantean doctrinalmente en torno a esta jurisdicción y en relación con el ejercicio de su función.

2. De todos es conocido que únicamente en el **Derecho alemán** se admite expresamente que en la técnica procesal de cualquier recurso contra la Administración pública se están protegiendo verdaderos derechos subjetivos, conforme al art. 19.4 de su Ley Fundamental (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 136). Ese precepto determina que al «núcleo esencial de la Administración del Estado de Derecho en Alemania pertenece la obligación del Estado de garantizar la justicia»; que los «derechos de los

ciudadanos se protegen procesalmente gracias al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», («principal derecho fundamental procesal y, al mismo tiempo, elemento central del principio alemán de control»); que «los principales garantes del derecho de los ciudadanos a un control de hecho efectivo son los tribunales independientes», y que el mismo «no garantiza al ciudadano ningún control general de legalidad de la Administración sino una decisión sobre la tutela judicial individual» (KHAL, 2010,75). Control al que contribuyen con un significado papel, como asimismo se destaca en relación con la actividad de la Administración y a fin de proteger los derechos fundamentales, ciertos derechos procedimentales de los particulares como el trámite de audiencia, el trámite de vista y el derecho de acceso a la información, que les asegura un «*status activus processualis*» (KHAL, 2010, 75).

Con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 21 de enero de 1960, Alemania rompía «el mítico sistema francés» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 182), asumiendo la constitución de un verdadero Estado material de Derecho, reconociendo que la infracción de la legalidad por la Administración de la cual derive un perjuicio para uno o varios ciudadanos, otorga a éstos un verdadero derecho subjetivo a la eliminación de ese perjuicio, a la remoción del obstáculo que impide a ese derecho ser realmente efectivo. Para ello, además, prescribirá que para la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas será de aplicación lo dispuesto para la ejecución de las sentencias civiles por su Ley de Enjuiciamiento Civil, al igual que lo referente a la generalización de las medidas cautelares, instaurando así «el nuevo modelo de justicia administrativa integral y efectiva, al otorgar al juez esos dos grandes poderes, los mismos de que disponen los de otras jurisdicciones» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 180-183; 2007, 138).

Con independencia de que este cambio radical responda o pueda suponer «que se trata de una deliberada rectificación de la condición absolutamente sometida en que los ciudadanos habían sido situados bajo el régimen nacionalsocialista» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 82), es evidente la trascendencia que a los derechos fundamentales ha otorgado el Tribunal Constitucional alemán. En palabras de KHAL, con la sentencia *Luth*, pronunciada en 1958, que constituye la decisión de mayor repercusión hasta el momento, éste elevó los derechos fundamentales a la condición de «*sistema de valores*» con un efecto irradiador sobre todo el derecho legislado, lo que supone además una amplia constitucionalización del Derecho adminis-

trativo, que no ya como tal pero sí en su intensidad, no tiene comparación a nivel mundial, y la misma no sólo significa un aumento de la influencia de la Constitución sino también de los tribunales, y particularmente, del TC en cuanto «*guardián de la Constitución*». De ahí, por otra parte, que la comprensión de los valores basada en la dignidad y libertad de la persona, y la concepción humana de la Constitución, no hayan dejado de producir numerosas y concretas consecuencias para el Derecho administrativo: «así se reflejan en el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos, primero sólo para los destinatarios, más tarde y bajo ciertas condiciones (según la conocida como teoría de la norma de protección), también para los terceros afectados (vecinos)» (KHAL, 2010, 71 y ss.)

Aquella Ley, objeto de diversas modificaciones parciales (la última de ellas en 2008), y en lo sustancial estos trascendentes avances, inspirarán en unos casos, en tanto en otros incluso ejercerán una clara influencia sobre la legislación de aquellos otros países señalados en general, y muy en particular en las nuevas leyes o códigos portugués y francés.

**3.** Las transformaciones de la justicia administrativa a que nos referimos no se han debido a ningún acuerdo promovido por las instituciones comunitarias, ni tampoco en propiedad a una decisión debida a las obligaciones asumidas como consecuencia de un Tratado Internacional, ni menos a un acuerdo entre los Estados entre sí, por lo que puede invocarse el «*misterioso espíritu del tiempo*» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 179) para entenderlas. No obstante, alguna influencia debe otorgarse a la jurisprudencia comunitaria, y notable es la repercusión de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), Roma, 1950, y en concreto, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en aplicación del art. 6 de aquélla.

Como advirtiera el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (1999, 410-411), es difícil que los tribunales de los Estados miembros de la UE dejen de aplicar la jurisprudencia del TJCE, en cuanto tiene de progresiva, cuando estén aplicando «*puro Derecho interno*», aunque sólo les vincule cuando apliquen Derecho comunitario. Cuestión especialmente relevante para los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, que conllevaría «fracturar en dos el modo de razonar en Derecho, generar una verdadera esquizofrenia en el ánimo de los jueces», como sería ser generosos en unos casos (por ejemplo, en materia de medidas cautelares) y, en cambio, negarlos en otros. Por ello, no duda en reconocer que ese proceso

de incidencia de las técnicas *ius comunitarias* sobre los Tribunales de los Estados miembros está produciendo, «como es cada vez más visible, una verdadera convergencia entre los ámbitos y extensión del control de sus tribunales» de lo contencioso.

Ese proceso no se debe, ciertamente, a ninguna disposición expresa, pero lógico resulta pensar que seguirá expandiéndose. En especial, con la incorporación por el Tratado (conocido como Tratado de Lisboa), que modifica el Tratado de la UE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de diciembre de 2007 (en vigor para España desde el 1 de diciembre de 2009), del compromiso de que la Unión se «adherirá» al CEDH —si bien la adhesión no modificará las competencias de aquella—, y la proclamación de que los derechos fundamentales garantizados en dicho Convenio «y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte de la Unión como principios generales». Y ello, sin olvidar que el TC alemán en su sentencia de 30 de junio de 2009, si bien salva el Tratado de Lisboa, ha «inferido un golpe durísimo a la UE misma; con efectos que van más allá del sistema alemán», al precisar en la conclusión general de la misma (que CHITTI «califica de inquietante») lo siguiente: «El proceso de integración europea no es irreversible. La participación de la República Federal Alemana en la Unión Europea depende de que perdure su voluntad de permanecer como miembro. Los confines jurídicos de esta voluntad dependen de la Constitución alemana (parágrafo 329)» (CHITTI, 2009, 4 y ss.).

Más determinante, desde luego, será la influencia de la Convención de Roma. La jurisprudencia del TEDH, aplicando el art. 6 del Convenio, ya provocaría en su momento (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1999, 411; 2007, 100) una completa reforma del sistema de justicia administrativa «*jaún con técnicas de jurisdicción retenida*» que a fines del siglo XX tenían Estados tan progresivos en otras materias, como Holanda y Suecia. La explicación en esos casos y en los demás, no resulta difícil encontrarla en la posición que al ciudadano otorga dicho precepto como «titular de un verdadero derecho a una justicia efectiva» que «exige también en la esfera contencioso-administrativa, una tutela efectiva, en igualdad de armas procesales con la Administración, sin que con la misma pueda producirse indefensión alguna, con todas las garantías... (y) alguna limitada excepción» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 179). De esa consagración derivará, por de pronto, garantizar el derecho de pedir justicia al juez para la protección de un derecho material concreto, derecho que en cuanto tal postula su efectividad

plena y completa, lo que implica que el juez tenga que hacer también de agente necesario para que esa efectividad se cumpla, esto es, que deba contar con el poder no sólo de declarar lo que en Derecho procede, sino también «con la obligación de hacer efectiva esa declaración (que han debido hacer posible previamente poniendo en juego toda una impresionante batería de medidas cautelares) mediante una potestad-función de ejecución forzosa y eficaz, como es consustancial a toda jurisdicción verdadera, incluso usando para ello de poderes coercitivos directos e inequívocos contra una posible (y con frecuencia nada hipotética) resistencia de la Administración» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007,133). Al igual que la de reconocer al recurrente la facultad de pedir al juez medidas cautelares sumamente sofisticadas contra el acto administrativo impugnado con la misma normalidad y amplitud con que el juez civil pueda otorgarlas en procesos civiles entre partes privadas. Con la consecuencia de que el proceso contencioso «se ha situado en el mismo nivel que el proceso civil entre partes privadas, donde nadie puede discutir que se enfrentan dos pretensiones equivalentes en cuanto a la titularidad potencial de los mismos derechos, y respetando el principio básico de todo litigio judicial, que es el de igualdad de armas»(GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007,135, dado el principio consagrado por esa jurisprudencia como incluido en el derecho a un proceso equitativo).

La convergencia esencial, aunque resulte aún muy desigual según el punto de partida y los avances que al respecto incorporan los ordenamientos jurídicos, puede tener, en efecto, esos dos fundamentos, a los que cabe adicionar otros dos, específicos e interrelacionados, que explicarían la generalización del sistema de justicia administrativa: de un lado, una supuesta «conciencia común y aguda en toda Europa sobre la necesidad de acabar de golpe con todas las convencionales e históricas limitaciones que atenazaban una jurisdicción que ha dejado con ello de ser un cuadro teórico y exquisito que no afectaba de manera sustancial al papel manifiestamente prepotente con que se configuró la Administración surgida de la Revolución Francesa» y, de otro, «su perfecta adecuación a los dogmas democráticos del imperio de la Ley y de la responsabilidad por los actos que pretendiesen eludirlo», en tanto «la vieja *maiestas* del poder público, con la que pretendía prevalecer por principio respecto a la libertad de los ciudadanos, se ha esfumado con ella —una vez que esa libertad está calificada formalmente como verdadero derecho fundamental» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 58 y ss.).

**4.** En **Francia**, ya la Leyes de 16 de julio de 1980 y de 8 de febrero de 1985 supondrán una importante reforma del Código de los Tribunales Administrativos y de las Cortes Administrativas de Apelación. Con ellas el recurso se convierte «en una verdadera y plenaria acción procesal de condena de la Administración», permitiendo que la sentencia además de anular el acto impugnado, pueda extraer de esa anulación «una condena de hacer a la Administración derivada del fallo (una *injection*)», hasta entonces excluida en virtud de «la mitificada regla de la separación de autoridades», que el propio Tribunal es capaz de asegurar ya mediante la posibilidad de ordenar cuál ha de ser el contenido mismo de los actos administrativos anulados, ya con todas las medidas coercitivas, y aun si la Administración «se resistiese al cumplimiento de lo ordenado, de sustituir la omisión administrativa directamente por sí mismo o de actuar contra los propios administradores (técnica de las multas coercitivas, reiteradas o *astreintes*)» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 83). El arsenal de poderes con los que los tribunales pueden obtener la efectividad del pronunciamiento o ejecución forzosa de la condena a la Administración, se completará con «un cuadro de medidas ejecutivas a disposición de la jurisdicción contencioso-administrativa, facultándola para poder imponer *injections préventives* para la ejecución de la cosa juzgada, pronunciamientos que a partir de esa fecha se pueden incluir en el fallo mismo de las Sentencias declarativas, sin necesidad, pues, de un incidente de ejecución posterior a las mismas» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 90; 2000, 96 y ss., donde enuncia los distintos poderes judiciales de ejecución forzosa y subrayará que está operando «sorprendentemente, por vez primera en toda la historia del contencioso-administrativo francés, la influencia de un modelo extraño, el alemán»).

La, en general, positiva valoración de estas novedades tan relevantes en un ordenamiento como el francés no fue, sin embargo, suficiente, para culminar la transformación y la definitiva corrección, en todos los planos, de aquella singularidad que surge, a partir de la conocida disidencia revolucionaria plasmada en la Ley 15-24 de agosto de 1790, reafirmada en la Constitución de 1791, que tendrá en ese texto «el primer esbozo de una jurisdicción contencioso-administrativa, evidentemente, retenida en las manos de la propia Administración», y que se formalizará como tal con la primera Constitución napoleónica, la del año VIII, con la creación del Consejo de Estado y, poco más tarde, con la Ley de 28 pluvioso del mismo año, completada con la creación de los Consejos de Prefectura, así como mediante la creación en el seno del Consejo de Estado de una Comisión

de lo contencioso (1806), y el paso al sistema de justicia *delegada* —o *independiente*— y la jurisdiccionalización del propio Consejo, sin perjuicio de mantener separada la función consultiva (Ley de 5 de mayo de 1872) (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 172-174).

El actual *Código de Justicia Administrativa* («*insólito Code*» según GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 177; 2007, 95-96, otras valoraciones en el monográfico de *Actualité Juridique*, n<sup>o</sup> 9, 2009) ha sido obra del legislador y es, en efecto, singular tanto en su origen como en su articulación. Ha sido creado, en su parte legislativa, por la Ordenanza de 4 de mayo de 2000, y en su parte reglamentaria por dos decretos de esa misma fecha: i) decreto 2000-388, para los decretos en Consejo de Estado acordados en consejo de ministros, esencialmente relativos al estatuto de los miembros de las jurisdicciones administrativas, y ii) decreto 2000-389, para los decretos en Consejo de Estado, pero no acordados en consejo de ministros. Aunque conjuntamente entró en vigor el 1 de enero de 2001, previamente había sido ya modificado por la Ley 2000-597 de 30 de junio de 2000 relativa a los «*référé*» ante las jurisdicciones administrativas, y por el art. 51 de la ley 2000-1353, de 30 de diciembre de 2000 relativa a la ley de rectificación de las finanzas, que dio nueva redacción a un precepto (el art. L.911-8). En la primera de esas leyes modificativas se expone que la decisión de proceder a la codificación de los textos que rigen la justicia administrativa fue adoptada en abril de 1996, con la creación de un grupo de trabajo presidido por el vicepresidente del Consejo de Estado. Dicho grupo culminó su tarea en 1998 y la Comisión Superior de codificación aprobó el proyecto de código rápidamente en mayo de 1998. Dicho proyecto no fue objeto de atención por el Parlamento en la XI legislatura y el Gobierno decidió publicarlo por vía de Ordenanza. El Gobierno utilizó la Ley de Habilitación 99-1071 de 16 de diciembre de 1999, que le autoriza a publicarla en los nueve meses siguientes. De ahí asimismo, que un proyecto de ley de ratificación fue enseguida depositado ante el Senado el 29 de junio de 2000, el cual tampoco pudo ser adoptado al finalizar la legislatura en 2002, si bien esa presentación, en aplicación del art. 38 de la Constitución, otorga pleno valor jurídico al Código, pero únicamente a título reglamentario, lo que dificultaba la vigencia de su parte legislativa. Por otro lado, la ley de 30 de junio de 2000 había consolidado como ley la parte de la ordenanza relativa a los *référés* (desarrollada por su decreto de aplicación 2000-1115 de 22 de noviembre de 2000). Por fin, durante la XII legislatura, la ley 2003-591 de 2 de julio 2003 habili-

tando al Gobierno a simplificar el derecho, ratificaría el código a través de su art. 31, en tanto la Ordenanza sería publicada el 24 de diciembre de 2003, no sin antes, a través de su artículo 2, suprimir del código dos arts. (L. 411-1 y L. 522-2).

Con este complejo y tortuoso proceso, definitivamente, dirá GARCÍA DE ENTERRÍA: i) se elimina el protagonismo exclusivo o el monopolio del Consejo de Estado sobre la justicia administrativa («con el que venía dirigiendo y perfeccionando la configuración de esa pieza clave del sistema que era el recurso de anulación basado en su carácter puramente declarativo»; ii) se produce una modificación absolutamente esencial «del sistema mismo construido» por dicho Consejo, en dos «puntos capitales del mismo»: la tutela cautelar «que ha experimentado un desarrollo desconocido en cualquier otro sistema legal europeo, a excepción del alemán», y «sobre todo, el valor de las sentencias estimatorias de los recursos contencioso-administrativos, con la atribución a la propia jurisdicción de un poder jurisdiccional plenario, en la misma medida que las jurisdicciones ordinarias»; iii) con lo que la jurisdicción contencioso-administrativa, pasa ahora a ser «una jurisdicción plenaria y efectiva», con unos Tribunales judiciales que ostentan la competencia plena para ejecutar sus propias sentencias, «lo que les hace ser, en la terminología francesa, Tribunales de plena jurisdicción»; iv) donde «los poderes del juez contencioso-administrativo respecto de la Administración como parte en el proceso pasan a ser exactamente los mismos que los que tiene el juez ordinario en las actuaciones procesales civiles, laborales o penales sobre los ciudadanos ordinarios: el juez contencioso-administrativo ha dejado de ser, pues, un juez limitado y menor»; y v) por lo que Francia inicia con ello una época nueva de la Administración, «como un poder propio de un verdadero Estado Constitucional de Derecho» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 176 y ss.).

Con la Ley de 30 de junio de 2000, se dispone «un sistema extraordinariamente rico y matizado de medidas cautelares, con el que se pone fin al carácter básico y central del principio de ejecutoriedad de las decisiones administrativas» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 179) y que parece establecer un verdadero juez de urgencia a través de los procedimientos de este nombre o del juez administrativo de los «référés», al confiar «incluso a órganos especializados la aplicación de este tipo de nueva tutela judicial (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 95).

El protagonismo indiscutible del Consejo de Estado, la calidad de su jurisprudencia «que dará lugar a una doctrina nueva, a la que se llamará

justamente Derecho Administrativo», y que acertará «a poner en pie un sistema jurídico... que terminará caracterizándose como hoy se reconoce ya universalmente, como una pieza esencial del actual Estado de Derecho» (la justicia administrativa), claramente marcado por el llamado «recurso de anulación, creación enteramente jurisprudencial» que hizo de ese sistema y de ese recurso «el paradigma mismo de la excelencia» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 173 y ss., con referencias que omitimos al «*culto y admiración sin reservas*» de la obra jurisprudencial de ese órgano) queda con esa legislación superado. La arquitectura de ese sistema ha sido completamente alterada por ese conjunto normativo, que ha producido una legalización completa y absoluta de toda la extensión y funcionamiento de esa justicia, «por cierto con una precisión y un detalle como no existen hoy probablemente otros en ningún otro Estado», aunque lo más significativo no es el hecho mismo de esa codificación, sino el simple hecho «de que ese nuevo Código se haya hecho no como una sistematización de la venerada jurisprudencia del Consejo de Estado... sino introduciendo en el sistema un cambio absoluto de los principios básicos sentados por esa jurisprudencia» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 177). La supuesta paradoja que resulta, será clarificada por GARCÍA DE ENTERRÍA al precisar cómo «*el tan enaltecido y admirado sistema francés de lo contencioso*», no «era una verdadera protección jurisdiccional», en tanto no podía afectar al fundamental principio de no interferencia en el funcionamiento administrativo y porque además las decisiones de sus tribunales carecían de verdadera fuerza ejecutiva» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 182; 2007, 85 y ss., donde explica la caída del mito, el sorprendente acuerdo en eliminarlo y la ausencia de recurso ante el Consejo Constitucional, así como los trabajos de dos órganos que se habían hecho eco de las reclamaciones frente a las sentencias de anulación: El defensor del pueblo o *Mediateur*, y la Sección de la Memoria y de Estudios del Consejo de Estado, órgano éste que tenía la función de recibir las quejas frente a la pasividad de la Administración en la ejecución de las sentencias).

**5.** En **Italia**, la Ley nº 205, de 21 de julio de 2000, denominada «*Disposiciones en materia de justicia administrativa*», completa una reforma parcialmente iniciada por el Decreto-Ley 67 de 25 de marzo de 1997 (convertido, con modificaciones, en la Ley 135 de 23 de mayo de 1997), desarrollada a su vez por el Decreto-Ley 80 de 31 de marzo de 1998. Con dicha regulación «se alinea el sistema italiano de justicia administrativa en un orden sistemático y novedoso de tipo europeo», lastrado —en

opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA— por «una imprudente constitucionalización en 1948» de la partición del contencioso entre la tutela de derechos y la tutela de intereses legítimos, y que, aunque defendida doctrinal y jurisprudencialmente, fue en parte corregida por la admisión de un ámbito de «*jurisdicción exclusiva*» atribuido al Consejo de Estado en sede jurisdiccional para conocer, pese a ser competente normalmente en materia de protección de intereses legítimos, de determinadas materias en las que se tutelan derechos subjetivos. De esa división, como se sabe, derivaría que las sentencias en el ámbito de protección de los intereses legítimos quedaban limitadas, como ocurría en el sistema francés «en el que se inspiró», en la anulación del acto impugnado (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 115; 2000, 99, en el que explica el origen del sistema y de la famosa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo. Sobre esta distinción y en general sobre el actual sistema de justicia administrativa, SORACE, 2005, 404 y ss.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, 2001, 501 y ss.; y en particular sobre la tutela del interés legítimo, CARTEI y GARDINI, 2005, 423 y ss.)

La sentencia, en sesión conjunta, de la Corte di Casazione 550/99, admitiría, sin embargo, por vez primera la posibilidad de condenas indemnizatorias por lesión de esos intereses, «rompiendo así la significación y el alcance mismo de la distinción, y poniendo de manifiesto que tales supuestos intereses de segundo nivel son, en realidad, verdaderos derechos subjetivos (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 112-113; 2000, 99, exponiendo el origen de la misma). Lo que la sentencia del TEDH 33804/96, *Mennitto c. Italia*, de 3.10.2000, vendrá a corroborar —aun después de la reforma legal última— al reconocer «que lo que los italianos llaman intereses legítimos entran en la categoría de derechos subjetivos protegibles ex Convenio». Y que aún más recientemente, la Sentencia de la Corte Costituzionale 204/2004, consagrará al no limitar la «*jurisdicción exclusiva*» del Consejo de Estado y la propia de los Tribunales Regionales al solo efecto anulatorio, legitimándoles para pronunciar también condenas indemnizatorias (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 115, señalando que dicha sentencia conmocionó el sistema italiano).

Con dicha Ley, que modifica la distribución de competencias entre el Consejo de Estado y los tribunales administrativos regionales, y atribuye al juez administrativo los instrumentos y los poderes del juez ordinario en sede cautelar, se lleva a cabo una profunda adaptación de la justicia administrativa italiana, ampliamente demandada por la doctrina (en especial tras el pronunciamiento de la Corte de Casación), ante la insuficiencia de medidas

con las que garantizar la tutela judicial en esa sede, tanto de los derechos subjetivos en los supuestos de jurisdicción exclusiva, como de los intereses legítimos en los otros supuestos. La reforma, en lo sustancial, tiene como finalidad la tutela cautelar, y con ella el juez administrativo tiene el poder de adoptar las medidas cautelares que considere más idóneas, según las circunstancias, para asegurar interinamente los efectos de la decisión del recurso. Entre ellas la posibilidad de emitir *ordinanze*, de diferente naturaleza, incluidos los recursos en que se invoque un interés legítimo, al permitir que el juez contencioso imponga sentencias de condena y por supuesto condenas patrimoniales, «en los procesos en que se dilucida un interés de este carácter y a ejecutarlas forzosamente por sí mismo, o a haber impuesto preventivamente a la Administración todo género de medidas cautelares, sin limitación alguna» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 142-143).

La existencia hasta ese momento de la suspensión del acto como prácticamente el único instrumento cautelar existente, y la amplitud de poderes de esta naturaleza atribuidos al juez contencioso, que conlleva «aplicar a los procesos administrativos en materia cautelar el mismo Código de proceso civil en los juicios civiles, con la misma extensión, sin restricción alguna» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 134), da idea clara de la trascendencia de la transformación operada. Completada con aquellas otras que, desde el punto de vista procesal, establecen la prioridad en la fijación de la tramitación o disponen las decisiones judiciales inmediatas en caso de extrema gravedad o urgencia (GNES, 2005, 641 y ss., sobre sus límites), o refuerzan el «*giudizio d'ottemperanza*», como proceso normal de ejecución forzosa de las sentencias condenatorias a la Administración, ahora extendido a sentencias y autos no firmes (CHINCHILLA, 1988, 428 y ss.; MARTÍN DELGADO, 2004, 353 y ss., y MARI, 2008, 647 y ss.), así como la posible fijación, de poder derivarse efectos irreversibles, de la prestación de caución.

Con ello cabe coincidir en que la idea, propuesta por otros ordenamientos, de «una nueva relación entre el ciudadano y el Estado» se asienta en el ordenamiento italiano (FRANZONI, 2009, 78, que la ejemplifica con la afirmación de que quien se equivoca paga, incluso aunque el sujeto equivocado sea una Administración Pública dotada de imperio, y con independencia de la naturaleza de la responsabilidad, en base al *obiter dictum* de la sentencia del Tribunal de Casación nº 157 de 10 de enero de 2003).

6. A través de la «*Human Rights Act 1998*», con vigencia plena a partir del 2 de octubre de 2000, se convierte en norma interna en el **Reino Unido** la totalidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Con esta norma, se produce una «revolucionaria innovación que supone la rectificación en bloque de su tradicional sistema de *Administrative Justice*, que, partiendo del principio básico del *common law* que exige un derecho subjetivo para cada tipo de acción, había dado lugar a ¡más de dos mil! Administrative Tribunals, verdadera reducción al absurdo del sistema» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 181).

El revulsivo, como dirá GARCÍA DE ENTERRÍA, ha sido el ejemplo del contencioso administrativo del continente, en referencia al proceso evolutivo seguido por la legislación británica, plasmada en una técnica positivizada de *judicial review* sobre los actos de la Administración, aunque bastante reducida, en la reforma de 1977-1981, cuyas *rules of Court de 1977* fueron incorporadas finalmente a la *Supreme Court Act de 1981*, ley con la que separó por vez primera el sistema judicial de derecho público del propio del derecho privado. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 119. Con amplio detalle sobre esta evolución, así como sobre el análisis de la nueva Ley, ALONSO GARCÍA y TORRES MUÑOZ, 2000, 5 y ss.).

Con la *Human Right*, el sistema inglés supera y sustituye todo el sistema de los viejos y casuísticos *writs* o acciones singulares «por la definición de un verdadero derecho subjetivo universal al recurso en la materia administrativa» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 58). Es la única ley que ha modificado la jurisdicción de los tribunales, según BRADLEY, que puntualiza: «No necesito explicar ahora con que ingenio se las arregla para ofrecernos la nueva y tentadora zanahoria de la revisión judicial de las leyes, mientras mantiene para nuestra delectación a la vieja y querida soberanía parlamentaria». Asimismo da cuenta de la existencia de opiniones divergentes sobre los efectos de esta Ley, precisando que la Comisión *Holmes de la Cámara de los Lores (Informe 2007)* no albergó duda alguna de que dicha ley había contribuido sensiblemente al reciente desarrollo de tensiones entre el ejecutivo y el judicial (BRADLEY, 2009, 23).

Conforme a dicha ley (objeto de una permanente controversia en el ámbito de los grandes partidos del Reino Unido), se establece la ilegalidad de una actuación de la autoridad pública que contravenga los derechos de la Convención, al igual que si se trata de cualquier persona natural, y permite que cualquier persona pueda elevar un recurso contra dicha

autoridad que haya actuado infringiendo aquella siempre que se vea afectada conforme establece el art. 34 («*victim test*»), estando facultado el tribunal para conceder la reparación o remedio (indemnización de daños y perjuicios) o hacer valer sus decisiones dentro de los poderes que considere justos y apropiados, aunque existen ciertas restricciones a esa capacidad.

A partir de esas previsiones el papel protagonista lo van a desempeñar los jueces, debiendo los tribunales asumir como objetivo esencial asegurar el respeto de los derechos individuales de una manera que tenga en cuenta el marco más amplio de separación de poderes (ALONSO GARCÍA y TORRES MURO, 2000, 35, citando el parecer del principal responsable político de la Ley).

**7.** En **Portugal**, el Código de los Tribunales Administrativos es aprobado por la Ley 15/2002, de 22 de febrero, (que deroga el Estatuto de los Tribunales Administrativos y la Ley del Proceso ante los Tribunales Administrativos aprobado por el Decreto Ley 267/85, de 16 de julio), y modificado puntualmente por la Declaración de Ratificación nº 17/2002, de 6 de abril, por la Ley 4-A/2003, de 19 de febrero y por la Ley 59/2008, de 11 de septiembre.

Este nuevo Código «*inspirado en el precedente alemán*», que sistematiza y ordena una corriente innovativa que se remonta a 1985 y viene a hacer prácticamente tabla rasa de todos los precedentes del sistema de justicia administrativa del país, establece —en el comentario específico que le dedica GARCÍA DE ENTERRÍA—, con encomiable esfuerzo y con una seguridad técnica verdaderamente notable, todo un régimen contencioso-administrativo plenario y nuevo, que pasa a ser uno de los más avanzados y perfilados de todo el continente (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2003, 422). Sobre los antecedentes de la reforma del contencioso administrativo, PEREIRA DA SILVA, 2000, 231 y ss).

Al respecto, destacará: i) su sistemática, muy distinta a la española; ii) la especificación de todas las pretensiones que, ejemplificativamente concretan el derecho a la tutela judicial efectiva y que pueden dirigir los ciudadanos a los Tribunales administrativos, incluidas aquellas que normalmente los tribunales incorporan a su facultad de sustituir el contenido reglado de los actos que han sido objeto de anulación (reconocimiento de situaciones jurídicas subjetivas o de titularidad de cualidades o del cumplimiento de condiciones), o el derecho a obtener una declaración de abstención forzosa

de la Administración si existe una amenaza de lesión futura; iii) los poderes jurisdiccionales de los tribunales administrativos en orden a la ejecución de la sentencia o decisión; iv) la consagración de un estatuto de igualdad efectiva de las partes en el proceso, tanto en lo que se refiere al ejercicio de facultades y al uso de los medios de defensa como en el plano de la aplicación de conminaciones o de sanciones procesales, especialmente por litigios de mala fe; v) el reconocimiento de la legitimación activa y particularmente respecto de la llamada acción popular o pública, más amplia que la española (defensa de valores y bienes constitucionalmente protegidos como la salud pública, el ambiente, el urbanismo, la ordenación del territorio, la calidad de vida, el patrimonio cultural o los bienes de los entes territoriales); vi) la ampliación de la existencia de procesos urgentes (v.gr. al margen de los tradicionales, como el de obtener informaciones, consulta de documentos o emisión de certificaciones); y también la de procesos administrativos especiales (v.gr. «procesos en masa», análoga a la española); vii) El proceso urgente y sumario relativo a las medidas cautelares que especifica que estas medidas pueden ser de conservación del objeto litigioso, de suspensión del acto o norma recurridos, de admisión provisional en concursos y pruebas, de atribución provisional de poder de disposición sobre un bien, de autorización provisional para iniciar o proseguir una actividad, el pago anticipado de deudas u obligaciones de reparación (*référé provision*), la intimación de una conducta a la Administración o a un concesionario; y viii) la distinción a efectos de impugnación de los reglamentos de, por una parte, la ilegalidad material de los mismos, de por otra, la impugnación por vicios propios o derivados de la invalidez de los actos dictados en su respectivo procedimiento de impugnación.

Por el contrario, no le parece tan bien la regulación del procedimiento, que considera más rigurosa y más estricta que la que hoy predomina en otros derechos europeos, y por otro lado, reseña que la legislación portuguesa no admita la ejecución sobre bienes patrimoniales de la Administración condenada —salvo sobre créditos presupuestarios dotados a estos efectos a favor del Consejo Superior de Tribunales Administrativos y Fiscales, o por compensación de créditos—, sin prever lo que proceda hacer en caso de insuficiencia de ese crédito presupuestario, tema que condiciona así totalmente la efectividad de las sentencias condenatorias (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2003, 423 y ss.)

**8.** Previo a estos últimos cambios, como es conocido, en **España**, tendrá lugar la derogación de la LJCA de 1956, en la que debe situarse «el

acta de nacimiento verdadero de nuestro Derecho administrativo, estricta y técnicamente concebido» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 68) con la actual Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que adapta nuestro ordenamiento en la materia a los capitales preceptos constitucionales (arts. 106.1, 117.3 y 118 en relación con el art. 24, y al que se puede añadir asimismo el art. 10.2 CE en cuanto a la vinculación de los Tratados Internacionales, en el caso el CEDH). Antes de esta derogación, diversas leyes (entre otras, a Ley de 17 de marzo de 1973, la Ley 62/1978, de 28 de diciembre, la LOPJ de 1985, la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, la Ley 10/1992, de 30 de abril) y la jurisprudencia constitucional, había ya modificado y/o derogado diversos preceptos de aquélla, para su adaptación a los nuevos requerimientos constitucionales, especialmente en los relativo a las actuaciones excluidas de su conocimiento.

No me detendré en lo que esta Ley aporta como novedades significativas, que son muchas (sustantivas, orgánicas, procedimentales, etc.) aunque no todas ellas objeto de positiva valoración doctrinal. Así, en el plano de organización judicial con la creación *ex novo* de los jueces unipersonales de lo contencioso-administrativo, sin precedentes en esta jurisdicción ni en nuestro país ni en otros ordenamientos con una criticable articulación de las competencias funcionales, objetivas y territoriales (BOCANEGRA SIERRA, 2003, 15 y ss.); o en el plano procesal con la implantación de un procedimiento abreviado. Sin duda, deja traslucir claramente la ley la plenitud de la tutela judicial efectiva al eliminar las limitaciones históricas y con ella las exenciones o inmunidades; superando el carácter meramente revisor con la incorporación de las distintas pretensiones que pueden ejercerse en esa sede (en relación con la actividad jurídica, con las pretensiones de condena de hacer algo o de abstenerse de hacerlo); estatuyendo, pues, un recurso subjetivo o de plena jurisdicción, con el carácter de un auténtico proceso entre partes. Lo que alcanza a la ejecución de los pronunciamientos judiciales con la consiguiente superación de los clásicos privilegios administrativos. Dicha norma, por otra parte, con la previa reforma de la LOPJ (art. 9.4) refuerza la consolidación de la unidad jurisdiccional —en sede de justicia administrativa— de materias hasta entonces dispersas, como es el caso de la responsabilidad civil o patrimonial de la Administración.

A estos efectos, consideramos suficiente con indicar que aunque el modelo es el mismo que los anteriores, en España «*se requiere urgentemente una recepción más efectiva y operativa del paradigma inequívoco del*

*nuevo modelo del Derecho Administrativo efectivamente constitucionalizado y plenario»* (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 183; 2007, 103 y ss.; 1999, 101 y ss). En concreto, en relación con las medidas cautelares y su aplicación, como se ha podido advertir de las apreciaciones realizadas en torno a los ordenamientos comparados. Y, en general, además, si como ha advertido SANTAMARÍA PASTOR tras la experiencia práctica «*cabe detectar importantes razones que determinan un escaso nivel de confianza en la utilidad del sistema*», por entre otras: la generalizada aunque difusa impresión social de que esta jurisdicción en su conjunto, muestra un comportamiento proclive a favorecer la postura de las Administraciones demandadas; la general insatisfacción en cuanto al estado legal y funcionamiento práctico del régimen de recursos contra sentencias; la sensación de que los mecanismos de adopción de las medidas cautelares y de ejecución de sentencias continúan resultando altamente insatisfactorios («obtener una medida cautelar es hoy tan problemático y aventurado como lo era en 1977», y «las dificultades para los recurrentes de ejecución de las sentencias siguen siendo el mismo calvario»). Aun cuando, a su juicio «el problema de mayor envergadura y gravedad se halla en la muy seria congestión de litigios pendientes que padecen la inmensa mayoría de los jueces y tribunales de este orden jurisdiccional», congestión producida por un alza inesperada de la litigiosidad, que lleva a una demora totalmente anormal de la resolución final, con «la producción de sentencias que, en una gran parte, poseen valor puramente histórico» porque se dictan una vez los intereses de las partes han experimentado cambios sustanciales. Panorama, que como subraya, no favorece al sistema judicial, ya contemplado desde la óptica de los particulares o desde la de la Administración, y que contribuye a debilitar el constitucional principio de sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho (SANTAMARÍA PASTOR, 2004, pp. 193-196).

9. Todos estos cambios en los ordenamientos jurídicos europeos, aun con sus lógicas diferencias, permiten, sin duda, apreciar una incuestionable convergencia y un «*cambio de paradigma*» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 125), que no parece descabellado conectar a las previsiones del art. 6 del CEDH y a la jurisprudencia del TEDH, además de al espíritu de los nuevos tiempos.

Son denominadores comunes de esas transformaciones, las soluciones similares que se adoptan por dichos ordenamientos, y que conllevan el «*fortalecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa*», mediante la superación definitiva del carácter meramente declarativo de sus senten-

cias, el reconocimiento a los Tribunales de las facultades de imponer y controlar la ejecución forzosa de sus decisiones, o el poder de graduar y hasta excluir la ejecutoriedad autoritaria de los actos administrativos a través de las medidas cautelares (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 180). En sentido contrario, las «explícitas y contundentes reformas legales», suponen abandonar la «llamada objetividad del recurso», sustituida por la subjetivación definitiva de la justicia administrativa, al proclamar el derecho a la tutela judicial efectiva de cualquier derecho material de que disponga el ciudadano «*como un verdadero derecho fundamental*» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 130 y ss.).

Se superan así, las singularidades, como se arrumban principios y criterios durante mucho tiempo considerados como esenciales de dicha jurisdicción y del Derecho Administrativo, entre ellos los abusivos privilegios del poder público en el terreno de la justicia, por cuanto «el juez contencioso tiene la obligación estricta de tutelar en su plenitud ese espacio sustancial de libertad, sólo desde el cual puede el hombre de hoy ser capaz de construir y proteger una vida personal y primaria, en su integridad». Esa es la definitiva conquista — al decir de GARCÍA DE ENTERRÍA— de «una jurisdicción plenaria y efectiva para garantizar de manera completa y plena, por primera vez en la historia, los derechos y libertades de los ciudadanos, frente a una Administración que había acertado a mantenerse en una inmunidad sustancial última en virtud de viejos y convencionales mitos cuidadosamente presentados como supuestamente derivados de la naturaleza de las cosas, y que escondían, simplemente, la conveniencia práctica de los administradores y su orgullo de titulares efectivos de un verdadero poder público, frente a una ciudadanía de menor rango, a la que correspondía, sobre todo obedecer». En el actual Estado de Derecho la Administración es concebida «como un aparato para el servicio integral de los ciudadanos» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 177 y ss.).

**10.** Seguramente, ni basta ni es apropiado quedarse en el debate acerca de la naturaleza predominantemente objetiva o subjetiva del proceso contencioso-administrativo, sobre al alcance y los límites del derecho a la tutela judicial efectiva y del control judicial del Gobierno y de la Administración, sobre la discrecionalidad administrativa, las medidas cautelares, los poderes del juez para la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración y aspectos conexos. Estos han sido y siguen siendo en buena medida, como se ha dicho (SÁNCHEZ MORÓN, 2001, 294-295), objeto de discusión recurrente, y sin perjuicio de su permanente interés,

dejan al margen otros tan o más necesarios si se «quiere contribuir al perfeccionamiento de la justicia administrativa», aunque de «naturaleza más prosaica», como son conocer cómo funciona o qué efectos reales pueden estar teniendo esas cuestiones en el desempeño de la actuación judicial. De nada sirve, en efecto, encerrarse en la «torre de marfil» del pensamiento teórico, desconociendo esa realidad.

Pero precisamente por no desconocerla, y sin abandonar el plano teórico, es lo cierto que el Derecho Administrativo y la justicia administrativa, tienen aún muchos retos y desafíos que es difícil desconocer y obviar. Algunos de ellos merecen ser siquiera enunciados. Entre ellos, el siempre problemático *alcance del control judicial*, que no deja de ofrecer diferentes aristas. Una de ellas, relativa a la «intensidad» de ese control (DÍEZ SÁNCHEZ, 1999, 265 y ss.), y que tal vez pueda reconducirse a lo que se denomina teoría del «control judicial suficiente». Al respecto, es del mayor interés la reflexión de CASAGNE, relativa a la significación ideológica de la justicia administrativa. A su juicio, consiste en matizar el carácter individualista que tiene como producto del Estado de Derecho en los ordenamientos positivos, resaltando la tensión que genera entre justicia y eficiencia —en cuya virtud el funcionamiento de los sistemas muestra que a mayor justicia menor eficiencia del sistema y viceversa—, considerando evidente que el criterio que mejor concilia con el principio de separación de poderes es el que consagra el control judicial más amplio posible (lo que se denomina «control judicial suficiente» conforme tiene establecido la Corte Suprema argentina). Es difícil no coincidir con dicho autor en que «lo que está en juego, es la protección jurídica de todos los derechos a través de la efectividad de la tutela judicial» (CASAGNE, 2007, 14 y ss.), si bien no dejamos de advertir la potencial ambigüedad de ese concepto y el amplio campo que se puede dejar en manos de los jueces y de la discrecionalidad judicial.

Igualmente complejo es diferenciar los ámbitos de responsabilidad que incumben a los poderes ejecutivo y judicial, en orden a establecer los límites del control judicial. El mismo autor señalará que los límites que surgen de la interpretación constitucional y de los principios generales del derecho público muestran la configuración de un núcleo de competencias administrativas y legislativas que el juez no puede traspasar (aunque sí controlar su constitucionalidad y legalidad) sin afectar al equilibrio entre los poderes, aunque, en definitiva, se trate de un equilibrio relativo y flexible entre órganos, poderes y funciones (CASAGNE, 2007, 26). KHAL

—en el caso alemán, que puede ser aplicado al resto de ordenamientos tratados—, nos recuerda que la Administración, es bajo la Constitución, un poder público independiente y legitimado democráticamente, al que la jurisprudencia ha reconocido, por ello, una esencia no extraíble del ámbito de responsabilidad propio del Ejecutivo, de modo que la libertad de ponderación del Ejecutivo puede considerarse garantizada y, también, en algunos casos, la de la Administración. Lo que no es obstáculo para que exista una doctrina minoritaria favorable a atribuir además a la Administración un margen de discrecionalidad respecto de los conceptos jurídicos indeterminados que residen en el supuesto de hecho de la norma, si bien esa postura es rechazada por la doctrina mayoritaria que, con fundamento en el art. 19.4 de la constitución, mantiene exigir un análisis individual de la norma e incluso una habilitación legislativa para atribuir a la Administración la competencia de la última decisión (KHAL, 2010, 74). En esa misma línea, MUÑOZ MACHADO, al enumerar algunos de los problemas y acechanzas que sufre o a las que se somete el Estado social y democrático de Derecho, advierte de los «nuevos poderes discrecionales» que ostenta la Administración. Sin perjuicio de la tarea llevada a cabo por generaciones de administrativistas y de tribunales de lo contencioso-administrativo al unísono, dedicada a luchar contra la arbitrariedad de la Administración, transformándola, primero, en un poder discrecional legítimo y, después, reconduciendo esa discrecionalidad a límites adecuados para evitar que se abuse de ella, apreciará que «sigue siendo inquietante la absoluta libertad que se reconoce a la administración al aplicar sus potestades sancionadoras, o la falta de remedios útiles frente a algunas formas de inactividad de la Administración, o la resistencia todavía a declarar caducados los procedimientos cuya paralización es imputable a un órgano administrativo, o cómo en el ámbito de la inspección tributaria quedan también hábitos inencontrables en cualquier otro sector de la actividad administrativa» (MUÑOZ MACHADO, 2008, 12).

No menor relevancia presenta la tendencia hacia lo que KHAL denomina «*Estado administrativizado*» referido a su país, y que fundamenta en las importantes determinaciones que han derivado para el Derecho administrativo del «*concepto de Estado de Derecho Ecológico (Estado social ecológico)*», a partir de la reforma constitucional del art. 20 que entró en vigor el 15 de noviembre de 1994 (tras la reunificación), y con la cual el Estado liberal de Derecho es completado con el Estado de Derecho (material) o Estado social (art. 28). Del conjunto observa aquella tendencia, cuyo

principio vital es la expansión permanente y en aumento de un Estado regulador, que conduce masivamente a gravar la libertad del individuo (KHAL, 2010, 77, anotando que ese fenómeno no puede considerarse «*típicamente alemán*», vista la situación interna de otros Estados europeos). A ello, de múltiples formas quizás no tan elocuentes se viene refiriendo la doctrina —a uno y otro lado del Atlántico—. Así, por ejemplo (CASAGNE, 2007, 26-27), precisando la ampliación del ámbito judicial que en el plano objetivo no sólo tiene como objeto la protección judicial de los derechos subjetivos clásicos, sino nuevos derechos constitucionales (participación, salud, medio ambiente, etc.) y nuevas técnicas de legitimación (intereses legítimos, o la justicia cautelar, o ámbitos nuevos debidos a la ampliación del papel del Estado —competencia, protección de los consumidores—) o la ruptura de la prevalencia del derecho nacional (tratados), de donde surge ese significativo activismo procesal y aumento de la judicialización, o reforzar la función de los jueces como poder del Estado, que además no quedan limitados a la mera actividad silogística de aplicar la ley, sino que contribuyen decisivamente a la realización de la justicia material.

Cualquiera de esos elementos y/o presupuestos, tiene, en efecto, notable relevancia y constituye en muchos casos fuente de incertidumbre, entre otras razones, por su problemática determinación o por su diferente tratamiento legal y jurisprudencial. Lo ilustra convincentemente el ya citado profesor alemán, primeramente con las referencias doctrinales y posteriormente con las posiciones jurisprudenciales. La doctrina alemana da cuenta —dirá— de que desde comienzos de los años noventa del siglo pasado, la Administración alemana, y con ella también el Derecho Administrativo, se encuentran en proceso de cambio. Un proceso que aún no ha concluido y que está ligado a distintas palabras clave como europeización, internacionalización, privatización, garantía, regulación, economización, informatización o gestión de riesgos en condiciones de incertidumbre, entre otros. La ciencia jurídica acompaña ese cambio con la exigencia de reorientar los fundamentos metodológicos del Derecho administrativo de modo que se abandone el método jurídico tradicional o clásico a favor de una gobernanza interdisciplinaria. En cuanto al plano judicial, apreciando que si bien la jurisprudencia del TC se caracteriza por una tendencia hacia la desconstitucionalización renunciando al control judicial y entregando al legislador un ámbito de configuración en ciertos derechos (como los económicos en sentido amplio, dinero, mercado y economía), dicha tendencia corre paralela, en gran medida, a la teoría de una más

estricta garantía del contenido de los derechos fundamentales, donde se observa más bien la pretensión contraria de ampliar aún más la dimensión objetiva y con ello el control judicial en interés de la protección frente a las debilidades del poder (KHAL, 2010, 68 y ss.).

El ámbito del Derecho administrativo de la regulación, se presenta al respecto como uno de los grandes frentes. De un lado, porque se postula en ese ámbito «una discrecionalidad y una reducción de la intensidad del control judicial, en consideración a un supuesto tecnicismo o complejidad en la materia» (KHAL, 2010,74). De otro, por la inseguridad derivada de las nuevas disposiciones. A este propósito, por ejemplo, subraya MUÑOZ MACHADO que «*la libertad se amplía pero la seguridad se estrecha*», aludiendo a la ausencia en las normas que menciona (regulaciones por silencio administrativo) de los procedimientos, contenidos y garantías frente a los actos posteriores de verificación y control de la Administración, en contraste con el régimen de las autorizaciones previas en las que a éstas impone el legislador, como requisito, que sean regladas, claras, objetivas, imparciales, transparentes, otorgadas conforme a ordenamientos conocidos, etc. (MUÑOZ MACHADO, 2010, 77). Asimismo, por el estatuto, funcionamiento y potestades de los organismos de garantía o autoridades independientes. Al respecto, se destacan de estos organismos las diversas funciones que desarrollan, que en unos casos cuentan con jueces para solucionar controversias determinadas; en otros se erigen en verdaderos organismos de control de la actividad económica con facultades para sancionar a las empresas controladas; y en otros adoptan o contribuyen a adoptar normas jurídicas de contenido general. Cuando es creador de normas jurídicas, se erige en una autoridad independiente del voto expreso de los ciudadanos, y «*su poder se acerca más al de un déspota iluminado, que al de un político*». Por eso, en algunos sectores de la economía, la producción de Derecho y el nacimiento de los nuevos derechos, constituyen en realidad, el fruto de la tecnocracia, no de la política, tal como ésta ha sido tradicionalmente concebida» (FRANZONI, 2009, 76-77). En este sentido, MUÑOZ MACHADO tras aludir a los logros que en la materia se han conseguido reduciendo las arbitrariedades de los poderes públicos, advertirá de que no debemos dormirnos en los laureles, «*quedan inmunidades inconcebibles, y a cada paso, se abren nuevos frentes de batalla: por ejemplo, el enorme poder discrecional, creciente, imparable e imponente de las agencias, comisiones o autoridades reguladoras de la economía... que adoptan decisiones poco predecibles... habiendo importado tales técnicas de regulación de*

*los mercados, muy rápidamente, al paso veloz en que la economía europea se liberalizaba y la competencia se convertía en su deus ex machina. Sabemos muy poco, sin embargo, de su funcionalidad completa y, sobre todo, de su control. A esto se dedica casi todo el Derecho Administrativo práctico en los países de origen» (MUÑOZ MACHADO, 2008, 13).*

Esta última deducción, da pié a introducir la cuestión —trascendente en cualquier caso pero especialmente en el plano que nos ocupa— de los productos normativos, o más claramente de la calidad de las normas. Gráficas y significativas son las apreciaciones de T.R. FERNÁNDEZ dando cuenta de la banalidad e incoherencia y arbitrariedad de las leyes, lo que permite a la literatura jurídica que cita, hablar por ello de Leyes desechables, de usar y tirar, de neutrones legislativos, porque con frecuencia muchos de los preceptos de este nuevo tipo de leyes carecen de carga jurídica; de derecho en estado gaseoso, de la ley como instrumento de la política-espectáculo, etc., etc. (FERNÁNDEZ, 2008, 40). También las de FRANZONI al indicar que con la excepción de algún caso cualitativamente importante, todos los operadores desconfían de la actividad de un Legislador que, enfrascado en el debate político, no busca la creación de un buen Derecho, por lo que enraiza más la idea de que las exigencias derivadas de la sociedad cambiante se logran mejor mediante la actividad interpretativa desarrollada por los operadores jurídicos, que a través de la creación de un nuevo Derecho estatal (FRANZONI, 2009, 83).

Y, asimismo, ofrece la oportunidad de introducir la especialmente compleja problemática de la incertidumbre que, al decir de ESTEVE PARDO «se presenta como un rasgo característico y hasta definitorio de la época en que vivimos», y que en su expansión sus efectos afectan al «elemento estructural» del sistema jurídico, la seguridad jurídica. El análisis que efectúa del impacto de la incertidumbre en el derecho y de las estrategias que éste desarrolla para afrontarla «y sobre todo para cumplir con su función de decidir», resulta extraordinariamente esclarecedor del reto que la política y el derecho tienen por delante, especialmente cuando la actividad de ambos tiene «en su núcleo un marcado componente científico», produciendo «con una frecuencia creciente y preocupante, decisiones políticas y jurídicas muy relevantes en materias en las que existe una reconocida incertidumbre científica». La certeza y la seguridad jurídica se desvanecen, pero del cerco de la ciencia no puede escapar «el derecho, cargado como está con la responsabilidad de decidir, sobre todo cuando se activan determinados mecanismos administrativos o judiciales». Entre los muchos retos que la

ciencia plantea al derecho, «*el de la responsabilidad por las decisiones adoptadas en situación de incertidumbre*» es uno de los más evidentes, necesitando un «*nuevo marco jurídico que afronte las responsabilidades por las decisiones de un poder jurídico obligado a decidir en situaciones de incertidumbre*» (ESTEVE PARDO, 2009, 10 y ss.)

**11.** Estas cuestiones, sin duda, centrarán los debates y los análisis jurídicos en los ordenamientos europeos, al margen de otros muchos temas novedosos o recurrentes. Algunos de ellos, generalizables, como los debidos a la globalización y cooperación internacional (SCHMIDT-ASSMANN, 2006, 7 y ss, acerca del control judicial de la cooperación administrativa internacional). Otros más o menos comunes, en según qué países, como la lentitud de la justicia administrativa (MOREAU, 2009, 7, en alusión a la justicia francesa y a la responsabilidad judicial derivada de la duración indebida del proceso); las carencias, insuficiencias y deficiencias de la justicia (NIETO, 2007, refiriéndose a la justicia como servicio público; BOCANEGRA SIERRA, 2003, 15 y ss., comentando críticamente la planta judicial española en comparación con la de otros países europeos), o la falta de especialización de los jueces y magistrados (SÁNCHEZ MORÓN, 2001, 306; BOCANEGRA SIERRA, 2003,24). Específicos, al menos de España, seguirán siendo: la politización de la justicia y la judicialización de la política (DÍEZ SÁNCHEZ, 1999, 21 y ss.); la saturación sino el colapso del sistema judicial (MARTÍN REBOLLO, 2009, 1164 y ss., ofrece las dimensiones del problema en el ámbito contencioso-administrativo); las permanentes reformas puntuales de la ley jurisdiccional (la última, profunda en la esfera orgánica, a través de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial); la justificación de los recursos administrativos previos; el enjuiciamiento en única instancia (tras el Instrumento de Ratificación por España del Protocolo nº 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales —BOE, 15 octubre 2009—); o, para concluir, el abuso en la utilización de la ley para encubrir actos administrativos o disposiciones generales, eludiendo el control judicial contencioso-administrativo.

En otra perspectiva, podrán ser objeto de valoración asimismo, nuevas propuestas como la de GONZÁLEZ-VARAS que propone una tercera etapa histórica o evolutiva respecto al sistema procesal subjetivo actual, con la finalidad de «*lograr adecuar de una vez por todas la justicia administrativa a los intereses reales de todas las partes en conflicto*», mediante la implantación de un procedimiento contencioso-administrativo preventivo. En este

sentido, la justicia preventiva, tal y como propugna, consiste en un procedimiento con propia entidad en virtud del cual se realiza un enjuiciamiento de fondo sobre la cuestión litigiosa, dejando ésta resuelta, sin perjuicio de la posibilidad de revisión de la decisión adoptada. Se resuelve en cuanto tal, la cuestión litigiosa de fondo, aunque sea de manera preventiva, es decir, impidiendo que se dicte un acto administrativo o reglamento o se realice una actuación administrativa. Tendría carácter excepcional —en relación con las medidas cautelares en sentido estricto—; sería aplicada a través de procedimientos especiales —que denomina precontencioso judicial—, ya a través de órganos administrativos especializados, órganos mixtos con composición especializada, o directamente en sede judicial mediante la delegación de la sala en jueces especializados. A diferencia de la tramitación de las medidas cautelares, la justicia preventiva no afirma la paralización del proceso principal, sino que más bien, «introduce un procedimiento cuya finalidad es prevenir frente a una futura actuación administrativa, antes de que ésta se haya dictado, a efectos de impedir un resultado fáctico que amenaza consolidarse y que puede frustrar el derecho subjetivo del interesado a pesar de la resolución judicial estimatoria» (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 2004, 42 y ss.).

**12.** Desde luego, la tarea judicial constituye el freno más eficaz contra la omnipotencia legislativa y la arbitrariedad de los funcionarios públicos, así como para combatir la corrupción (CASAGNE, 2007, 28). También frente a, entre otras, las inaceptables medidas o intervenciones públicas que restringen, limitan u ofenden directamente y sin justificación los derechos fundamentales, y las «*más taimadas que sofocan su pleno disfrute o disuaden de su completa utilización*» (MUÑOZ MACHADO, 2008, 13). La justicia administrativa plenamente normalizada, desplegando esa majestuosa potestad plenaria, deberá contribuir a hacer realidad ese derecho fundamental que es la tutela judicial efectiva, frente a los actos del poder. Confiamos en que el reto se afronte sin quebras ni fisuras, y que todos los poderes públicos contribuyan de forma activa y diligente a respaldar el Estado de Derecho, compatibilizando adecuadamente los valores formales y materiales que son consustanciales a su actual concepción como Estado social y democrático.

En el bien entendido, de que el contencioso-administrativo, como en general todo el Derecho, como señala MARTÍN REBOLLO «es una condición necesaria pero no suficiente» para lograr objetivos como el de mejorar el funcionamiento y la prestación de muchos de los servicios públicos que la

Administración tiene encomendados. Pero con todo, el contencioso-administrativo «es un instrumento fundamental. No sólo como elemento de control, garantía individual y técnica de protección, sino también como un factor político de primera magnitud porque, como todo proceso, no se limita a solventar problemas individuales sino que contribuye a moderar los conflictos y a encauzarlos, a jugar un papel simbólico y ejemplificador, y, en ese sentido y por ello mismo, constituye una valiosa técnica de integración social al servicio, como todo el Derecho, de la convivencia ciudadana» (MARTÍN REBOLLO, 2009, p. 1184).

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. y TORRES MURO, I. (2000), «*La ley británica de derechos humanos (Human Rights Act 1998): una evolución a conciencia*», en REDA, nº 105, pp. 5-36.
- BOCANEGRA SIERRA, R. (2003), «*Consideraciones sobre la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa (Modelo español y modelos comparados)*», en RAP, nº 161, pp. 15-52.
- BRADLEY, A.W. (2009), «*Relaciones entre Ejecutivo, Judicial y Parlamento: ¿Alguna evolución?*», (Traducción S. MUÑOZ MACHADO y Marta CARRO MARINA), en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 1, pp. 20-31.
- CARTEI, G.F. y GARDINI, G. (2005), «*La tutela del interés legítimo en el ordenamiento italiano: Nuevas perspectivas para el ciudadano*», en RAP nº 167, pp. 423-439.
- CASAGNE, J.C. (2007), «*El sistema judicialista y la llamada judicialización de la actividad de la Administración Pública*», en REDA, nº 133, pp. 5-28.
- CHINCHILLA, C. (1998), «*La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: il giudizio di ottemperanza*», en REDA, nº 59, pp. 427-444.
- CHITTI, M.P. (2009), «*Am Deutschen Volke (Primera nota sobre la sentencia del BundesVerfassungsGericht, de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa y su aplicación en Alemania)*». Traducción de J. MUÑOZ Cañas, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 7, pp. 4-9.

- DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. (1999), *Razones de Estado y Derecho*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.
- (2004), «Comentarios en torno a la Ley del proceso contencioso-administrativo del Perú», en *RAP*, nº 165, pp. 327-351.
- ESTEVE PARDO, J. (2009), *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Marcial Pons. Madrid.
- FERNÁNDEZ, T.R. (2008), «De la banalidad a la incoherencia. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 0, pp. 38-45
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2001), «Nuevas tendencias de la justicia administrativa en Italia: Hacia algunas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos», en *RAP*, nº 154, pp. 501-540.
- FRANZONI, M. (2009), «Los viejos y los nuevos derechos en la sociedad cambiante». (Traducción de M. Medina Alcoz), en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 1, pp. 70-83.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999), «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea», en *REDA*, nº 103, pp. 401-411.
- (2000), «Contencioso administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista», en *RAP*, nº 152, pp. 93-105.
- (2003), «El nuevo Código portugués del proceso de los Tribunales Administrativos», en *RAP*, nº 162, pp. 421-426.
- (2007), *Las transformaciones de la Justicia administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional ¿Un cambio de paradigma?*. 1ª ed. Thomson-Civitas. Cizur Menor (Navarra).
- (2009), «La formación y el desarrollo en Europa de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva», en *RAP*, nº 79, pp. 167-183.
- GNES, M. (2005), «I limiti del potere d'urgenza», en *Revista Trimestrale di diritto pubblico*, nº 3, pp. 641-704.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2004), «*Hacia un modelo contencioso-administrativo preventivo. El ejemplo de la ejecución de las sentencias anulatorias de un plan urbanístico*», en RAP n° 163, pp. 41-72.
- KHAL, W. (2010), «*La Administración en el Estado de Derecho de Alemania: entre la tradición y el cambio*». (Traducción M<sup>º</sup> J. BOBES SÁNCHEZ), en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 10, pp. 68 a 77.
- MARI, A. (2008), «*Il giudice amministratore: ordine di ottemperare e qualificazione giuridica delle attività conseguenti*», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n° 3, pp. 647-694.
- MARTÍN DELGADO, I. (2004), «*La ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas en Italia*», en RAP, n° 165, pp. 353-377.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2009). *Leyes administrativas*. 15<sup>ª</sup> ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- MOREAU, J. (2009), «*La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de las jurisdicciones administrativas en Derecho francés*». (Traducción M. Delhaye), en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n° 5, pp. 4-11.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2008), «*El Cronista del Estado social y democrático de Derecho. Ideas y propósitos*», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n° 0, pp. 4-15.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2010), «*Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)*», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 9, pp. 70-79.
- NIETO, A. (2007), «*La Administración de Justicia y el Poder Judicial*», en RAP, n° 174, pp. 31-47.
- PEREIRA DA SILVA, V. (2000), «*La Constitución portuguesa y el contencioso-administrativo*», en *Documentación Administrativa*, n° 257-258, pp. 231-261.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2001), «*Sobre la situación de la justicia administrativa en los albores del siglo XXI*», en RAP, n° 154, pp. 293-322.

- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2004), «*Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas*», en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, pp. 179-212.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2006), «*La Ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas*», (Traducción O. Mir Puigpelat), en RAP, nº 171, pp. 7-34.
- SORACE, D. (2005), *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*. 3ª ed., Il Mulino. Bologna.



## **INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE SUBVENCIONES PÚBLICAS(\*)**

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ LAGO

*SUMARIO: I. FUENTES NORMATIVAS Y PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE SUBVENCIONES: 1. La protección de la función de gasto subvencional. 2. Antecedentes y caracteres de la actual regulación de las infracciones en materia de subvenciones. 3. Definición legal y elementos de las infracciones. 4. Los principios de la potestad sancionadora 'también' en materia de subvenciones públicas: A) Legalidad, tipicidad e irretroactividad. B) Responsabilidad. C) No concurrencia. D) Proporcionalidad. 5. Responsables de las infracciones y sanciones subvencionales: A) Autoría de las infracciones; B) Participación en las infracciones y extensión de las sanciones.– II. EL SISTEMA DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES: 1. Clasificación de las infracciones y sanciones. 2. Marco sancionador genérico de las distintas conductas infractoras: A) Infracciones leves. B) Infracciones graves. C) Infracciones muy graves. 3. Graduación de las sanciones: A) Comisión repetida de infracciones. B) Obstrucciones a las actuaciones de control. C) Utilización de medios fraudulentos. D) Ocultación a la Administración. E) Retraso en el cumplimiento de obligaciones formales.– III. PROCEDIMIENTO PARA SANCIONAR LAS INFRACCIONES SUBVENCIONALES: 1. Principios del procedimiento sancionador. 2. Órganos competentes para la imposición de sanciones. 3. Procedimiento sancionador y reintegro de subvenciones. 4. Extinción de la responsabilidad.*

*RESUMEN:* Este trabajo considera la normativa actual para proteger la función de gasto público subvencional, a la luz de principios que informan la potestad sancionadora administrativa y de los antecedentes, así como el derecho supletorio de aquella legislación.

*Palabras clave:* Administración pública; infracciones; sanciones; subvenciones.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de enero de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 19 de enero de 2010.

*ABSTRACT: This paper deals with the current rules to protect the granting public function, in light of principles governing the administrative sanctioning power and its background, as well as the supplementary legal sources.*

*Key words: public Administration; infringements; sanctions; grants; subsidies.*

## **I. FUENTES NORMATIVAS Y PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE SUBVENCIONES**

### **1. La protección de la función de gasto subvencional**

Las infracciones y sanciones en materia de subvenciones forman parte del entramado normativo que suele denominarse «Derecho penal financiero», sólo que, a diferencia de otras figuras más habituales o mejor conocidas en el mismo, como son el delito fiscal en el ámbito penal y las infracciones tributarias en el campo no criminalizado, aquéllas se insertan en el *Derecho sancionador extratributario* (1). Actualmente se ubican en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS), lo que hace que perdure la tradicional disociación entre los ámbitos penal (criminal) y sancionador-administrativo, al igual que sucede con los delitos y las infracciones en materia tributaria.

Entre los delitos contra la Hacienda Pública se tipifican diversas conductas encaminadas a la obtención ilícita o empleo fraudulento de subvenciones, desgravaciones, ayudas públicas o, simplemente, fondos de los Presupuestos de las Administraciones públicas nacionales —pertenecan al Estado, Comunidades Autónomas o Entidades Locales— o de la Unión Europea. En el Código Penal (artículo 308) se castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo a quienes obtengan subvenciones, desgravaciones o ayudas públicas falseando las condiciones requeridas para su concesión, ocultando las

---

(1) En sentido amplio, y por referencia al conjunto de la actividad financiera, se ha definido el «Derecho penal financiero» como una parte del Derecho penal que estaría integrada por el conjunto de normas y principios dirigidos a tipificar los delitos contra la Hacienda Pública, así como las infracciones no criminalizadas del orden jurídico-financiero, estableciendo las penas y sanciones aplicables a ambas categorías de ilícitos. Cfr. SAINZ DE BUJANDA, F.: *Sistema de Derecho Financiero*, tomo I, volumen 2.º, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pág. 662.

que la hubiesen impedido o incumplan las condiciones establecidas al otorgarse la subvención, alterando sustancialmente sus fines. Para que la conducta sea constitutiva de este tipo de *fraude de subvenciones*, se requiere que el objeto de la protección punitiva —esto es: la propia subvención, desgravación o ayuda— supere los 80.000 euros; completándose la regulación con el establecimiento de penas accesorias privativas de derechos —pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años— y previéndose una *excusa absolutoria* similar a la fijada por el artículo 305 del Código para el delito fiscal; sólo que en el delito de subvenciones, la «regularización» de la situación de quien se benefició indebidamente o malversó subvenciones o ayudas públicas, demanda que se reintegren las cantidades que se percibieron, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales.

Al lado de este *tipo básico*, completan el cuadro dispuesto para la protección penal del sistema subvencional, dos delitos y una falta que se relacionan con la defraudación a los Presupuestos comunitarios y la obtención indebida de fondos procedentes de los mismos (artículos 306, 309 y 628 del CP). Los delitos *rebajan* el umbral cuantitativo de los fondos y subvenciones procedentes de la Unión Europea que se han de percibir fraudulentamente, que pasa a ser de 50.000 euros frente a los 80.000 euros señalados para el fraude subvencional nacional (2). En estos supuestos, no aparece contemplada en el Código ninguna excusa absolutoria por arrepentimiento espontáneo. Para la falta dolosa que se prevé si la defraudación a subvenciones y fondos comunitarios supera los 4.000 euros y no llega a los indicados 50.000 euros de los delitos (3), la pena establecida es de multa de uno a dos meses, planteando problemas de delimitación con las infracciones administrativas, aparte del defectuoso encaje que tiene entre las «faltas contra el patrimonio», por lo

---

(2) La cuantía señalada fue establecida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Anteriormente se fijaba en 10.000.000 de pesetas.

(3) La tipificación de dicha falta fue propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista en el debate parlamentario que llevó a la aprobación en 1995 del Código Penal, justificándose en el Reglamento del Consejo (CE) 2988/95, de 18 de diciembre, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

que consideramos que la mejor opción —*despenalizadora* (4)— pasaría por su supresión (5).

La separación entre los delitos y las infracciones administrativas en materia de subvenciones únicamente se funda en criterios formales (según cual sea la norma que procede a tipificar la respectivas conductas) y de índole cuantitativa, aunque también tenga consecuencias en orden a los diferentes órganos competentes —jueces y tribunales en el caso de los delitos, frente a los órganos de la propia Administración en los supuestos de infracciones— y de los procedimientos que han de seguir los mismos, así como el límite que no puede rebasar la Administración pública en orden a la restricción de la libertad personal, porque la Constitución (CE) lo prohíbe (artículo 25.3).

Sin embargo, son unos mismos principios los que informan ambas esferas punitivas. Por un lado están aquellas reglas que dimanán del *derecho fundamental a la legalidad sancionadora* (6) (artículo 25.1 de la CE) y, por otro, las garantías que han de observarse en el procedimiento sancionador, de conformidad con lo expresado por el artículo 24.2 de la norma fundamental (7). Esa unidad de inspiración hace que las sanciones

---

(4) Me he referido en otro lugar a cuestiones generales de delimitación de conductas delictivas o infractoras en el ámbito tributario: *cf.* MARTÍNEZ LAGO, M. A.: «¿Despenalización o desadministrativización de las sanciones tributarias?», *Impuestos*, núm. 7, 1988, págs. 112 y sigs.

(5) Las mismas objeciones deben plantearse en relación a la falta prevista por el artículo 627 del CP, que hace referencia a defraudaciones a la Hacienda de la Comunidad Europea, también de más de 4.000 euros, por cualquiera de los procedimientos empleados para cometer delito fiscal y que describe el artículo 305 del CP. Las cuantías requeridas para ambas faltas están vigentes desde 1 de octubre de 2004, como consecuencia de la aprobación de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Con anterioridad, se cifraba en 4.000 ecus.

(6) Arrancando de la STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2.º, pueden citarse, entre otras muchas, las SSTC 3/1988, de 21 de enero, FJ 4.º; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3.º; 69/1989, de 20 de abril, FJ 1.º; 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 2.º; 83/1990, de 4 de mayo, FJ 2.º; 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3.º; 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2.º; 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3.º; 6/1994, de 17 de enero, FJ 3.º; 306/1994, de 14 de noviembre, FJ 2.º; 145/1995, de 3 de octubre, FJ 3.º; 133/1999, de 15 de julio, FJ 3.º; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4.º; 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3.º; 50/2003, de 17 de marzo, FJ 4.º; 52/2003, de 17 de marzo, FJ 7.º; 100/2993, de 2 de junio, FJ 3.º; 129/2003, de 30 de junio, FJ 4.º; 161/2003, de 15 de septiembre, FJ 2.º; 193/2003, de 27 de octubre, FJ 2.º, y 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4.º.

(7) Pese a los «matices» con que han de aplicarse los principios contenidos en el artículo 24.2 de la CE al procedimiento sancionador administrativo, que pronto detectó el Tribunal Constitucional (STC 18/1981, de 8 de junio), y que se fundarían en su compatibilidad con la naturaleza de dicho procedimiento, las sucesivas resoluciones han ido conformando una doctrina constitucional en la que, sin ánimo de exhaustividad, estarían «... el derecho de defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de

por infracciones subvencionales tengan la misma estructura y naturaleza punitiva que las medidas impuestas por los jueces, sin que aquéllas constituyan un instrumento de *autoprotección* del orden administrativo (8), ni estén fundadas en una hipotética relación de sujeción especial de los beneficiarios o entidades colaboradoras con la Administración (9).

Las sanciones administrativas constituyen un remedio impuesto por el Ordenamiento por la infracción del régimen subvencional. Por la estructura de la norma que las configura, como por su finalidad y forma de aplicarse resultan esencialmente análogas a las penas asociadas a los ilícitos de carácter criminal. La naturaleza de las mismas es netamente represiva, dado que no procuran obtener otro resultado que el castigar al culpable por el hecho ilícito cometido.

Las normas punitivas, tanto si están incorporadas a un texto penal, como si lo están en leyes referidas a otras materias, conforman un único ordenamiento jurídico; unidad que viene corroborada, junto a otras razones, por las exigencias del principio *non bis in idem* que, en sus más primarias aspiraciones, comporta que una persona no pueda ser sancionada dos veces por un mismo hecho, la interdicción sucesiva o simultánea de una pena impuesta por los órganos judiciales y de una sanción aplicada por la Administración, la primacía del poder judicial a la hora de entrar a conocer los hechos que admitan una dualidad sancionadora y la no utilización, con finalidad graduatoria de la pena o sanción, de elementos que hayan sido apreciados en la propia configuración de los tipos infractores. Ni compatibilidad de sanciones, ni independencia en la prueba y en la calificación de unos mismos hechos, ni el empleo de elementos integrantes del propio tipo infractor para agravar después la sanción, resultan

---

la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; o, en fin, el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa, del que deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos» (STC 81/2000, de 27 de marzo, con cita de las SSTC 7/1988, de 13 de enero y 14/1999, de 22 de febrero).

(8) Sobre dicha tipología de sanciones, *cf.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, págs. 148 y sigs.

(9) *Cfr.* FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *La subvención: Concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 433-434. También *cf.* REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones* (dirigidos por G. FERNÁNDEZ FARRERES), Civitas, Madrid, 2005, pág. 600.

posibles si admitimos que unos mismos principios fundamentales —los del Derecho penal— han de encontrar también su aplicación en la esfera de las sanciones administrativas (artículos 55 y 60.3 de la LGS).

## **2. Antecedentes y caracteres de la actual regulación de las infracciones en materia de subvenciones**

Los actuales tipos infractores previstos en la LGS cuentan con el antecedente de la normativa que se introdujo, a través de la Ley de Presupuestos para 1991 (Ley 31/1990, de 27 de diciembre), en el texto refundido de la Ley General Presupuestaria —LGP— (RDLeg 1091/1988, de 23 de septiembre) que resultaría derogado por otra de las leyes (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria) que conformaron el paquete legislativo financiero que se aprobaría con más prisa que gloria por las Cortes Generales en las postrimerías de la segunda legislatura *aznariana*.

La pretérita legislación sobre infracciones y sanciones subvencionales surgió sin apenas resquicio alguno de innovación (10), puesto que los elementos fundamentales de dichos institutos se copiaron de la normativa que contenía la Ley General Tributaria (LGT) de 1963 —en realidad, de la versión de la misma vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley 10/1985, de 26 de abril—. Lo mismo aconteció con la nueva norma, sólo que ésta padece una sorprendente *falta de sincronización* con la Ley General Tributaria aprobada en ese mismo año 2003 (Ley 58/2003, de 17 de diciembre) y conserva, como motivo de inspiración, el sistema de infracciones y sanciones tributarias que incorporó la Ley 25/1995, de 20 de julio.

A diferencia del conjunto de preceptos que actualmente conforman el régimen sancionador subvencional —artículos 52-69 de la LGS (todo el Título IV de dicha ley)—, la modificación operada en la Ley General Presupuestaria de 1988 por la citada Ley de Presupuestos para 1991, sólo contaba con un precepto (artículo 82) encargado de describir cuatro conductas infractoras y de prever, al propio tiempo, la responsabilidad de beneficiarios y entidades colaboradoras, fijando sanciones pecuniarias

---

(10) Sobre la regulación de las infracciones y sanciones subvencionales vigente con anterioridad a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, *cf.* MARTÍNEZ LAGO, M. A.: «Infracciones y sanciones en materia de subvenciones y ayudas públicas», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 73, 1992, págs. 47 y sigs.

proporcionales y de pérdida de facultades de los sujetos infractores, así como las circunstancias para graduar las multas aplicables y señalar los órganos competentes para acordar su imposición a través de un expediente en el que se daría un trámite de audiencia previa a los interesados. La normativa anterior también contemplaba aspectos como los recursos que cabía interponer contra los acuerdos de imposición de sanciones, la posibilidad de condonar las mismas si se acreditaba buena fe y falta de lucro de los responsables, la prescripción de las infracciones, la no concurrencia de procesos judiciales y administrativos de carácter sancionador, así como la responsabilidad subsidiaria de la obligación de reintegro y de la sanción de los administradores de personas jurídicas y de carácter solidario, aunque limitado al valor de la cuota de liquidación, de los socios o partícipes en el capital de sociedades disueltas y liquidadas.

El régimen de infracciones y sanciones comprendido en la LGS se completa por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC); norma que, precisamente, la mayoría de los comentaristas han solido esgrimir como factor de inadecuación de la regulación anterior sobre infracciones y sanciones subvencionales, aunque lo más posible es que lo que faltó fue decisión para aplicar la normativa contenida en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria. Por otro lado, hay que citar el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprobó el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPEPS) y el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, que constituye el Reglamento de la Ley General de Subvenciones (RLGS).

Esta Ley —así como su reglamento— constituyen la *legislación básica* del Estado (11): en materia sancionadora, de conformidad con lo expre-

---

(11) La Exposición de Motivos de la Ley General de Subvenciones lo expresa así: «En materia sancionadora, el Tribunal Constitucional ha señalado que las comunidades autónomas tienen potestad sancionadora en las materias sustantivas sobre las que ostentan competencias y, en su caso, pueden regular las infracciones y sanciones ateniéndose a los principios básicos del ordenamiento estatal, pero sin introducir divergencias irrazonables o desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio, por exigencias derivadas del artículo 149.1.1º de la Constitución (SSTC números 87/1985, 102/1985, 137/1986 y 48/1988). Por ello ha declarado que pueden regularse con carácter básico, de manera general, los tipos de ilícitos administrativos, los criterios para la calificación de su gravedad y los límites máximos y mínimos de las correspondientes sanciones, sin perjuicio de la legislación sancionadora que puedan establecer las comunidades autónomas, que pueden modular tipos y sanciones en el marco de aquellas normas básicas (STC 227/1988)».

sado por la Disposición Final Primera de la LGS, ese carácter lo tienen el Capítulo Primero del Título Cuarto, que se ocupa de precisar el régimen material de infracciones y los artículos 59, 65, 67, 68 y 69 del Capítulo Segundo, dedicados a enunciar las reglas básicas de las sanciones. Quedan fuera del carácter básico los artículos 60 a 64 y 66 de la LGS, todos sobre sanciones; lo que, indirectamente, permitirá la labor tipificadora a las leyes de las Comunidades Autónomas, que podrán modular y regular infracciones, ateniéndose a los principios básicos de la normativa estatal, sin introducir medidas divergentes o desproporcionadas para evitar desigualdades. Una solución ésta que, sin duda alguna, resulta mucho más correcta que la que previó la Ley General Tributaria aprobada en 2003 (12).

### 3. Definición legal y elementos de las infracciones

Si faltaba en el artículo 82 de la anterior LGP una definición de las infracciones en materia de subvenciones —que, no obstante, se paliaba con la mención de cuatro genéricas conductas que giraban alrededor del común denominador de la presencia de dolo, culpa o simple negligencia (13)—, ahora el remedo en que incurre el artículo 52 de la LGS evidencia, con una redacción muy mejorable, que aquéllas estarán constituidas por acciones y omisiones presididas por las notas (o, si se prefiere, principios) de *tipicidad*, *punibilidad* (o sancionabilidad) y *culpabilidad*, bastando para sostener la imputación el nivel más bajo de la

---

(12) Así nos hemos manifestado ya en otro lugar, *cf.* MARTÍNEZ LAGO, M. A.: «Algunas cuestiones problemáticas en el nuevo régimen sancionador tributario», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 274, 2006, págs. 107-108.

(13) Las conductas que aparecían en el artículo 82 de la LGP anterior eran: 1.º «La obtención de una subvención o ayuda falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido o limitado», supuesto que hoy en día se recoge como infracción muy grave en el artículo 58.a) de la LGS; 2.º «La no aplicación de las cantidades recibidas a los fines para los que la subvención fue concedida, siempre que no se haya procedido a su devolución sin previo requerimiento», parcialmente recogida, también como infracción muy grave en el artículo 58.b) de la LGS; 3.º «El incumplimiento, por razones imputables al beneficiario de las obligaciones asumidas como consecuencia de la concesión de la subvención», que hoy se desdobra en diversos comportamientos señalados en el artículo 56 de la LGS como infracciones leves, aunque también comprendería incumplimientos graves de los beneficiarios previstas en el artículo 57.a) y b) de la LGS y hasta muy graves por obstruir las actuaciones de control subvencional [art. 58.c) LGS]; 4.º «La falta de justificación del empleo dado a los fondos públicos», hoy configurada como infracción grave en el artículo 57.c) de la LGS.

*simple negligencia* (14). Puestos a elegir, hubiera sido más conveniente que la definición se acercara a la de las infracciones tributarias, que hoy se contiene en el artículo 183 de la LGT, pero el concepto de infracción subvencional que da la LGS sigue más el precedente que se encontraba en el artículo 77.1 de la LGT de 1963 (15).

Por otro lado, la LGS ha de entenderse completada en este punto por la LRJAPyPAC, cuyo artículo 129 menciona genéricamente «una ley» para la tipificación de las infracciones administrativas y deja a salvo un espacio normativo correspondiente a las Entidades Locales, remitiéndose a la Ley de Régimen Local (16).

El estudio de las infracciones subvencionales comporta diversos puntos de atención: 1.º *Bien jurídico protegido* con la regulación de esta materia y que pasa por proteger la función financiera de realización de gasto público por medio de subvenciones (17). 2.º *Tipo objetivo*, comprendiendo la *acción* (u *omisión*) —que soporta material y antijurídicamente cada tipo infractor y que ha de darse en su plenitud, pues no se admiten las llamadas formas imperfectas de ejecución (18)— y, dentro de la misma, la conside-

---

(14) No aparece en la definición legal de las infracciones subvencionales la nota de la *anti-juridicidad*; elemento que es connatural al concepto de infracción como violación del ordenamiento y que puede entenderse implícitamente recogido en la regulación que el artículo 54 de la LGS hace, describiendo algunas causas de exclusión de la responsabilidad.

(15) Entre los comentaristas de la Ley de Subvenciones, se ha propuesto como definición de las infracciones en la materia: «acciones u omisiones, dolosas o culposas, tipificadas y sancionadas en la LGS o en otras leyes». Cfr. PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, 5.ª ed., Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, pág. 477. También cfr. MANTECA VALDELANDE, V.: «Infracciones en materia de subvenciones públicas», *Actualidad Administrativa*, núm. 9, 2007, pág. 1136. Sin embargo, la conceptualización que proponen estos autores, puede no encajar bien con la aparente tipicidad más estricta que se desprende del enunciado literal del artículo 52 de la LGS, si bien es cierto que el legislador estatal no puede condicionarse a sí mismo de cara al futuro, ni disponer de espacio normativo al legislador autonómico.

(16) La redacción del citado artículo 129 de la LRJAPyPAC proviene de lo dispuesto en el artículo tercero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que también modificó los artículos 139, 140 y 141 —dedicados a la tipificación de las infracciones y sanciones administrativas por las Entidades Locales en determinadas materias— de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

(17) Más ampliamente, cfr. MARTÍNEZ LAGO, M. A.: «Infracciones y sanciones en materia de subvenciones y ayudas públicas», cit., págs. 54-56, con seguimiento de planteamientos de PÉREZ ROYO, F.: *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986 y de ARROYO ZAPATERO, L.: *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

(18) El artículo 4.1 del RPEPS establece: «Sólo se podrán sancionar infracciones consumadas y respecto de conductas y hechos constitutivos de infracciones administrativas delimitadas por Ley

ración de su *objeto* (coincidente, en cada caso, con el deber infringido por el sujeto), así como de las diferentes *modalidades típicas* que pueden darse (cuestión que remite al examen de los diferentes tipos infractores previstos legalmente) y de los *sujetos* que intervienen en su realización y que serán responsables de las infracciones y sanciones impuestas. 3.º *Tipo subjetivo* o grado de culpabilidad mínimo requerido (*simple negligencia*) —esto es, la omisión del cuidado y atención que se debe poner al cumplir con la relación subvencional y que tiene que evaluarse de acuerdo con la situación y circunstancias personales del eventual sujeto infractor— para que pueda entenderse producida una infracción en esta materia. Sobre alguno de estos elementos guarda silencio la LGS y otros han de encontrarse en diversos preceptos de la misma, completando la definición legal de infracción subvencional.

#### **4. Los principios de la potestad sancionadora ‘también’ en materia de subvenciones públicas**

No se mencionan en la Ley de Subvenciones los principios que informarán el despliegue en este campo de la potestad sancionadora administrativa, a diferencia de lo que hacen la LRJAPyPAC (artículos 127 y siguientes) o la LGT (artículo 178). El silencio de la LGS no resulta inadecuado, sin embargo, dado que los *principios* hay que encontrarlos en la propia Constitución y para su interpretación, mejor que conocer el criterio del legislador ordinario de turno, está el recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

De acuerdo con los artículos 25.1 y 24.2 de la CE, tenemos una serie de principios materiales y formales (o del procedimiento sancionador), que representan verdaderos derechos subjetivos fundamentales para los presuntos sujetos infractores. Como *principios materiales* tenemos los de legalidad, tipicidad, irretroactividad, responsabilidad (subjetiva) o culpabilidad, no concurrencia (o *non bis in idem*) y proporcionalidad. Como *principios formales* se encuentran, según la regulación contenida en la LRJAPyPAC, los de garantía de procedimiento, prohibición de indefensión

---

anterior a su comisión y, en su caso, graduadas por las disposiciones reglamentarias de desarrollo». Sobre la necesidad de consumación de las infracciones y que no quepan formas imperfectas, como la tentativa y frustración, *cfr.* PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., pág. 478.

(derecho de defensa), presunción de inocencia y motivación y congruencia de la resolución. El Tribunal Constitucional ha declarado en una reiterada jurisprudencia sobre los primeros que han de aplicarse «con ciertos matices» en el campo de la potestad sancionadora de la Administración (19), entendiendo sobre los principios formales que resultan aplicables al procedimiento sancionador tributario «en la medida necesaria» para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto constitucional, así como la seguridad jurídica (20).

### A) Legalidad, tipicidad e irretroactividad

En el campo de las infracciones y sanciones subvencionales, como en el resto de las infracciones administrativas, el principio de legalidad (21) se garantiza formalmente a través del instituto de la *reserva de ley* —que contempla el rango de la norma tipificadora— y, materialmente, a través del principio de *tipicidad*, que expresa la necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas.

El carácter relativo o limitado que tiene esa reserva legal sancionadora —excesivamente inespecífica y, por tanto, preocupante por la indefinición que genera (22)—, permite un amplio margen de incidencia y *colaboración de los reglamentos* en este ámbito, configurando los comportamientos

---

(19) *Vid.*, entre otras muchas, las SSTC 18/1981, de 8 de junio; 2/1987, de 21 de enero; 3/1988, de 21 de enero; 212/1990, de 20 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 34/1996, de 11 de marzo; 45/1997, de 11 de marzo; 195/2000, de 24 de julio; 123/2001, de 4 de junio; 132/2001, de 8 de junio; 88/2003, de 19 de mayo; 24/2004, de 24 de febrero; 111/2004, de 12 de julio, y 138/2004, de 13 de septiembre.

(20) *Vid.*, también entre otras muchas, las SSTC 18/1981, de 8 de junio; 2/1987, de 21 de enero; 190/1987, de 1 de diciembre; 181/1990, de 15 de noviembre; 145/1993, de 26 de abril; 120/1996, de 8 de julio; 127/1996, de 9 de julio; 194/2000, de 19 de julio; 202/2000, de 24 de julio; 276/2000, de 16 de noviembre; 93/2001, de 2 de abril; 116/2002, de 20 de mayo; 9/2003, de 20 de enero, y 54/2003, de 24 de marzo.

(21) Un exhaustivo recorrido sobre la jurisprudencia constitucional recaída sobre el citado principio puede verse en HUERTA TOCILDO, S.: «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad*, Ed. Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 11 y sigs.

(22) *Cfr.* RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Derecho penal tributario y Derecho tributario sancionador en España», *Revista Iberoamericana de Derecho tributario*, núm. 4, 1997, pág. 70, advirtiendo así de las «incoherencias que... son visibles en lo que se refiere al principio de legalidad, cuyo significado no es el mismo en el ámbito penal que en el administrativo sancionador».

infractores y regulando aspectos de las sanciones administrativas, pero sin que puedan darse las regulaciones reglamentarias independientes.

La colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora puede darse por la amplia interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado de los términos «legislación vigente» contenidos en el artículo 25.1 de la CE; precepto que se opondría, desde luego, a remisiones a reglamentos que hicieran posible —por carecer de todo contenido material propio— regulaciones que no se encuentren claramente subordinadas a las leyes (23). Sin embargo, la garantía formal no impide que la norma legal que define los tipos de ilícito se sirva para ello de *conceptos abiertos* y de remisiones a normas de rango inferior (STC 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3.º) (24). La ley cumple, pues, una función de *cobertura* de la potestad sancionadora de la Administración, lo cual requiere que queden suficientemente determinados, en la *norma primaria*, los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, con el fin de que las *normas secundarias* ni tipifiquen nuevas infracciones, ni tampoco introduzcan nuevas sanciones o alteren el cuadro de las existentes, limitándose a desarrollar y precisar los tipos de infracciones previamente establecidos en la ley (STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2.º) (25). Pese a su carácter relativo, la *cobertura legal* de la potestad sancionadora administrativa es imprescindible y no puede quedar reducida a cumplir un mero papel habilitador a la Administración, infringiendo la Constitución aquellas normas legales vacías de todo contenido material propio (STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3.º) (26). En suma, el límite para la validez de los reglamentos en materia sancionadora estriba en «la existencia de una regulación material propia de las infracciones y sanciones tipificadas, contenida en una ley formal, que permita, a la hora de contrastar la ley con la ulterior norma reglamentaria de desarrollo, apreciar la subordina-

---

(23) Entre otras, *vid.* SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2.º; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3.º; 29/1989, de 6 de febrero, FJ 2.º; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8.º; 83/1990, de 4 de mayo, FJ 2.º.

(24) *Vid.* también, por ejemplo, SSTC 18/1981, de 8 de junio, FJ 3.º; 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7.º; 2/1987, de 21 de enero, FJ 2.º.

(25) *Vid.* también las SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2.º; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10.º; 132/2001, de 8 de junio, FJ 5.º; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4.º, y 97/2009, de 27 de abril, FJ 3.º, entre otras.

(26) *Vid.* también las SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2.º; 3/1988, de 21 de enero, FJ 9.º; 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3.º, entre otras.

ción de ésta respecto de aquélla» (27). De no darse ese contenido material propio, o siendo tan amplias, vagas o indefinidas las formulaciones legales habilitantes de las normas reglamentarias, la potestad sancionadora de la Administración podría entrañar decisiones enteramente libres y eventualmente arbitrarias (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5.<sup>º</sup>).

En la LGS, esa colaboración reglamentaria se contempla en los mismos términos que en la LRJAPyPAC (28), posibilitando la especificación o graduación del cuadro de infracciones (29) —sobre todo de las de carácter leve, en las *bases reguladoras de subvenciones* (30)— y de las correspondientes sanciones.

La tipicidad viene reflejada en la propia definición general de infracciones subvencionales y al describir los distintas clases —leves, graves y muy graves— de las mismas (artículos 52, 56, 57 y 58 de la LGS). Se trata de una consecuencia de la seguridad jurídica (31): no basta que

---

(27) Cfr. RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Derecho penal tributario y Derecho tributario sancionador en España», cit., pág. 75.

(28) Dicha colaboración se halla expresamente prevista en los artículos 127.2 y 129.3 de la LRJAPyPAC. Precisamente, este último precepto señala: «Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes». La misma redacción tiene el artículo 64 de la LGS.

(29) REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., pág. 601, realizan una valoración favorable de la previsión de desarrollo reglamentario que efectúa el artículo 64 de la LGS, entendiéndolo que no vulnerará la reserva de ley y mejorará la tipicidad. Sin embargo, consideran discutible que el desarrollo sancionador lo acometieran las bases reguladoras de las subvenciones que se regularán en órdenes ministeriales, aún cuando quepa el desarrollo directo de una ley por medio de una orden ministerial. Por su parte, PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., pág. 479, considera que el RLGS no se ha ocupado de realizar una descripción más pormenorizada de las conductas infractoras que tienda a reducir la discrecionalidad del órgano sancionador.

(30) El artículo 56 de la LGS comienza señalando que «constituyen infracciones leves los incumplimientos de las obligaciones recogidas en esta ley y en las bases reguladoras de subvenciones cuando no constituyan infracciones graves o muy graves y no operen como elemento de graduación de la sanción...». Entre los comentaristas se resalta su función de deslegalización, no de tipos infractores, sino de obligaciones de beneficiarios y entidades colaboradoras. Pero ello lleva a configurar *ilícitos referenciales*, tipificando de manera indirecta o por remisión, formando tipos de infracción por vulneración de normas reglamentarias. Cfr. PANIZO GARCÍA, A., en *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, 2.<sup>º</sup> ed., Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 479.

(31) Se ha considerado la exigencia de predeterminación normativa como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica. Vid. SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11.<sup>º</sup> y 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5.<sup>º</sup>.

una determinada conducta contradiga una norma jurídica para que pueda considerarse como infracción y resultar así sancionada, sino que es preciso, además, que dicha conducta esté tipificada o prevista legalmente y se enumeren las circunstancias que diferencian y acotan el supuesto fijado en la ley. La ley debe predeterminar —«con el máximo esfuerzo posible» (32)— las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes (STC 97/2009, de 27 de abril, FJ 3.º) (33). Sin embargo, desde la perspectiva del grado de perfección de la técnica tipificadora empleada por el legislador, suele darse el problema de que las conductas infractoras se describan con amplitud y pueda indicarse entonces que carecen de tipicidad (34).

De la tipicidad derivan varias consecuencias, como la prohibición de interpretación extensiva de las normas sancionadoras (35), la interdicción de analogía *in malam partem*, la evitación de tipificaciones imprecisas, ambiguas, abiertas, conceptos jurídicos indeterminados, la reducción de discrecionalidad sin caer en el automatismo y el respeto a las garantías esenciales del administrado. También la irretroactividad absoluta de normas sancionadoras desfavorables, permitiéndose la retroactividad que favorece al sujeto infractor (artículo 128 de la LRJAPyPAC) (36).

---

(32) Vid. STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7.º, c).

(33) Vid., entre otras, las SSTC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 9.º; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3.º; 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4.º, a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3.º; 142/1999, de 22 de julio, FJ 3.º; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4.º; 23/2001, de 4 de junio, FJ 11.º; 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3.º; 100/2003, de 2 de junio, FJ 3.º.

(34) Es criticable, desde luego, el empleo de remisiones genéricas como las que se contienen en los artículos 56.i), 57.f) y 58.e) de la LGS, en relación a conductas tipificadas como infracciones leves, graves o muy graves en la normativa de la Unión Europea en materia de subvenciones. Tampoco ofrece una correcta tipificación el mencionar «entre otras» unas cuantas conductas constitutivas de resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de los órganos de control interno [artículo 56.g) de la LGS], ni el reenvío genérico a las bases reguladoras de las subvenciones del señalamiento de los comportamientos constitutivos de infracciones leves.

(35) Entre otras, vid. SSTC 89/1983, de 2 de noviembre; 75/1984, de 27 de junio; 133/1987, de 21 de julio; 119/1992, de 18 de septiembre; 111/1993, de 25 de marzo, y 34/1996, de 11 de marzo.

(36) Al principio de retroactividad favorable me he referido en otro lugar. Cfr. MARTÍNEZ LAGO, M. A.: «Sobre principios de la potestad sancionadora en materia tributaria», *Crónica Tributaria*, núm. 119, 2006, págs. 98 y sigs.

## B) Responsabilidad

El principio de responsabilidad subjetiva está presente en la definición de infracción subvencional en su nivel mínimo (*culpa levísima*) de la *simple negligencia* —la LRJAPyPAC (artículo 130.1) lo recoge como «simple inobservancia»—, aunque esta «piedra de toque» baste para excluir, desde luego, la responsabilidad objetiva (37) y haga recaer sobre la Administración la carga de la prueba de la culpabilidad —esto se halla implícito en el derecho a la presunción de inocencia plasmado constitucionalmente (artículo 24.2 de la CE) (38)—, derivando también de la culpabilidad el principio de responsabilidad por los hechos («culpabilidad por el hecho», advertido en la STC 150/1991 de 4 de julio), el principio de dolo o culpa (39) y el principio de *personalidad de la sanción*, que debería proscribir la *extensión de sanciones* a quienes no sean autores o hayan participado en la comisión de la infracción (40).

---

(37) La mejor doctrina se ha referido a ese alto valor del principio de culpabilidad y su función en el sistema sancionador administrativo. Baste ahora recordar la polémica suscitada en relación al intento de objetivación del régimen de infracciones y sanciones tributarias que se planteó con la reforma de 1985 de la Ley General Tributaria y que daría lugar, cinco años después, a la STC 76/1990, de 26 de abril que, entre otras cuestiones, se refirió a la relación entre los artículos 77.1 y 38.1 de la LGT (en la redacción dada por la Ley 10/1985, de 26 de abril) y apreció un marco general que gira en torno al principio de culpabilidad.

(38) El derecho a la presunción de inocencia constituye un límite de la potestad legislativa y criterio que condiciona cómo han de interpretarse las normas sancionadoras vigentes. Forma parte de las garantías que el artículo 24.2 de la CE señala para el proceso penal, pero también resulta de aplicación a los procedimientos administrativos sancionadores. La STC 76/1990, de 26 de abril sostuvo que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales o administrativas en general, o tributarias en particular, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el artículo 24.2 de la CE al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones, y en tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: 1.º Que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; 2.º Que la carga de la prueba —necesaria para desvirtuar esta presunción *iuris tantum*— corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y 3.º Que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio. *Vid.* también las SSTC 81/2000, de 27 de marzo; 13/1982, de 1 de abril; 77/1983, de 3 de octubre; 37/1985, de 8 de marzo; 64/1986, de 21 de mayo; 109/1986, de 24 de septiembre, y 44/1987, de 9 de abril, entre otras.

(39) Como es sabido, el dolo implica que se conoce y quiere la acción y el resultado; mientras que la culpa o imprudencia supone no poner medios para conocer y evitar la acción y el resultado.

(40) Sobre el tema, *cf.* MARTÍNEZ LAGO, M. A.: *La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

El elemento subjetivo se completa con el enunciado de los supuestos de exención de responsabilidad que realiza el artículo 54 de la LGS, a saber: falta de capacidad de obrar de quienes incurran en las conductas infractoras (41), que se haya dado fuerza mayor (42) y, si derivan de una decisión colectiva, el haber salvado el voto o la inasistencia a la reunión donde se tomó aquella (43). Estas circunstancias, más inspiradas en el Derecho Civil que en el Penal (44), demostrativas de una falta de acción punible, no constituyen una lista cerrada de casos en que se exonere de responsabilidad. La doctrina alude a las circunstancias previstas penal-

---

(41) Carecen de capacidad de obrar, conforme a reglas generales del Derecho Civil, los menores de dieciocho años, salvo emancipación —aunque, penalmente, fuesen inimputables (artículo 19 del CP)— y los incapacitados. Para la exigencia de responsabilidad penal a los mayores de catorce años y menores de dieciocho, hay que acudir a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de la responsabilidad penal de los menores. La incapacidad de obrar implica que la infracción cometida se impute al representante legal, como prevé el artículo 53.c) de la LGS.

(42) La fuerza mayor se caracteriza por ser imprevisible e inevitable, quedando fuera de la actuación del sujeto. En la jurisprudencia recaída en materia tributaria se ha apreciado esta circunstancia como consecuencia de un incendio en la sede social con la consiguiente destrucción de gran parte de la documentación contable y registral de la empresa (SAN de 20 de septiembre de 2001) y, en cambio, se ha rechazado ese mismo motivo y efecto producido por una riada (STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 1994), al entenderse que la desaparición de los libros de contabilidad no impide expresar con exactitud el volumen total de operaciones y, el no hacerlo así, constituye infracción tributaria. También se ha estimado cuando una grave enfermedad afecte al empresario o profesional individual (STSJ de Galicia de 19 de abril de 1994). En cambio, la enfermedad terminal de un empleado de la empresa, por importante que sea el puesto que desempeñe, no representa motivo de fuerza mayor al poder la propia empresa designar a otros empleados para llevar a cabo ese cometido (STSJ de Cataluña de 21 de marzo de 1997). En el ámbito de la doctrina administrativa, la RTEAC de 15 de diciembre de 1993 no incluyó bajo el concepto de fuerza mayor la existencia de una transitoria dificultad de tesorería. Distinguiendo el concepto más civil de fuerza mayor (artículo 1105 del CC), del penal de fuerza irresistible o caso fortuito (que hoy día no aparece regulado por considerarse innecesario en función de los artículos 5 y 10 del CP), *cf.* PANIZO GARCÍA, A., en *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, cit., pág. 470.

(43) En lo tocante a las decisiones colectivas, para evitar la responsabilidad solidaria prevista por el artículo 133.3 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RDLeg 1564/1989, de 22 de diciembre) —última redacción dada por la Ley 26/2003, de 17 de julio, modificativa de varias leyes con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas—, los integrantes del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, han de probar que no intervinieron en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

(44) Refiriéndose el catálogo de circunstancias de exención de responsabilidad por infracciones tributarias, *cf.* PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 18.ª ed., Civitas, Madrid, 2008, pág. 391, para quien la lista «está conformada pensando en un concepto de responsabilidad que no es propio del Derecho sancionador. Algunos de los motivos de exención parecen pensar en la responsabilidad contractual o extracontractual del Derecho privado». También *cf.* REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., pág. 606.

mente (artículo 20 del CP) (45), también a la *interpretación razonable de la norma* (46) —como recoge la Ley General Tributaria—. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que tanto el beneficiario, como la entidad colaboradora, deben llevar a cabo una serie de actuaciones (solicitud, aceptación...) a partir de las cuales no será posible alegar en todos los casos ignorancia o error. Esas condiciones de acceso a la subvención, por lo general, eliminarán la posibilidad de desconocimiento sobre los deberes y condiciones a cumplir (47).

Por otro lado, en la propia Ley de Subvenciones está prevista la excusa absoluta por el reintegro sin requerimiento previo (artículo 63.1, párrafo segundo, de la LGS), de una forma parecida a la exención de pena en el fraude subvencional: hay delito (o infracción) pero razones político-criminales aconsejan no imponer la pena (o sanción). Los supuestos a los que legalmente se circunscribe la ausencia de sanción si hay espontánea devolución de las cantidades recibidas son dos: el primero, para quien obtenga la subvención y no la aplique a los fines previstos y, el segundo, para la entidad colaboradora que no entregue el dinero a los beneficiarios (48).

---

(45) Sobre la ampliación del ámbito de circunstancias excluyentes de responsabilidad, *cfr.* PANIZO GARCÍA, A., en *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, cit., pág. 469. También, *cfr.* REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., pág. 616, planteando la aplicación de la Disposición Final Quinta del Código Penal a las infracciones subvencionales.

(46) La LGS omite deliberadamente la mención a la diligencia necesaria en el cumplimiento de obligaciones y deberes, aunque no importe porque dicha exención de responsabilidad podrá aplicarse. *Cfr.* REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., págs. 610-611. La razonable discrepancia sobre la aplicación de las normas tributarias ha suscitado una abundante jurisprudencia contencioso-administrativa. Así, del Tribunal Supremo, pueden citarse las sentencias de 16 de marzo de 2002, 28 de enero de 2002, 25 de enero de 2002, 22 de diciembre de 2001, 16 de noviembre de 2001, 23 de octubre de 2001 y 20 de septiembre de 2001, entre otras muchas.

(47) *Cfr.* MANTECA VALDELANDE, V.: «Infracciones en materia de subvenciones públicas», cit., pág. 1137.

(48) En estos casos, como señalan REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., pág. 614, falta la antijuridicidad necesaria para sancionar, concibiendo como una carga (y no como un deber) la actuación que la subvención impone al beneficiario y cuyo incumplimiento sólo comporta la pérdida de la subvención. Estamos de acuerdo con los citados autores en que la renuncia a la subvención no puede sancionarse si se reintegran los fondos. Entonces no tiene sentido la limitación a esos dos supuestos de reintegro espontáneo, debiéndose aplicar también a otras infracciones como las previstas, por ejemplo, por los artículos 57.b), la mayoría del 56 y 57.a) de la LGS, siempre que haya una «espontánea voluntad de devolución».

### C) No concurrencia

El principio «*non bis in idem*», de construcción judicial e implícito en el artículo 25 de la CE, se recoge en el artículo 133 de la LRJAPyPAC —«no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento»— y también en el artículo 55 de la LGS, que otorga preferencia judicial frente a la Administración (49), que ha de pasar el tanto de culpa a la jurisdicción e interrumpir el procedimiento sancionador hasta que finalicen los tribunales. Las penas impuestas por los mismos excluyen las sanciones, sin perjuicio de la posibilidad de reiniciar las actuaciones sobre los hechos probados judicialmente, de no haberse apreciado la comisión de delito.

Como manifestaciones del principio de no concurrencia, en el orden procedimental, un mismo hecho antijurídico no puede ser enjuiciado por órganos administrativos y judiciales (*derecho a la no reiteración de procedimientos sancionadores*, sobre el que ha habido una evolución de la jurisprudencia constitucional desde la sentencia 177/1999, de 11 de octubre hasta la más reciente sentencia 2/2003, de 16 de enero) (50). En el plano material implica la *no duplicidad de sanciones* y que un mismo elemento antijurídico no se utilice para sancionar y graduar la sanción a la vez.

De la literalidad del citado artículo 55.2 de la LGS, parece desprenderse la exclusión absoluta de sanciones cuando los hechos hayan dado lugar a la imposición judicial de una pena, tenga ésta o no que ver con la comisión de conductas relacionadas con el fraude subvencional (v. gr.: estafa, falsedades, etc.), lo cual puede implicar un claro vaciamiento en las posibilidades de aplicación de la Ley de Subvenciones, dada la preferente aplicación de la normativa penal (51).

---

(49) La subordinación de los actos administrativos de imposición de sanciones a la autoridad judicial fue planteada ya en la STC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3.º.

(50) Nos hemos referido ya esa evolución en otro lugar. Cfr. MARTÍNEZ LAGO, M. A.: «Algunas cuestiones problemáticas en el nuevo régimen sancionador tributario», cit., págs. 113-114.

(51) Cfr. REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., págs. 637 y 645, que han dudado del acierto y racionalidad del artículo 55.2 de la LGS. Los autores también se refieren a diversos casos de coincidencia de conductas tipificadas por la LGS y el Código Penal, y no sólo en supuestos previstos por los artículos 306, 308, 309 y 629 del CP, sino también en la estafa común (artículos 248 y 623.4 del CP), utilización de documento falso (artículos 393 y 396 del CP), falsificación de documentos (artículos 392 y 395 del CP)

## D) Proporcionalidad

Cierra el cuadro de principios materiales el de proporcionalidad, recogido en el artículo 60 de la LGS (también en el artículo 131 de la LRJAPyPAC), donde se enuncian los criterios de graduación de las sanciones. Aparte de esta concreta operatividad, el principio de creación judicial aplicable al ordenamiento sancionador (STC 40/2008, de 10 de marzo, FJ 4.<sup>º</sup>) encierra otras derivaciones fundamentales, al prohibir las sanciones administrativas privativas de libertad (artículos 25.3 de la CE y 131.1 de la LRJAPyPAC), requiriendo una motivación adicional de los actos sancionadores respecto de otros que pueda dictar la Administración (STC 49/1999, de 5 de abril).

## 5. Responsables de las infracciones y sanciones subvencionales

En la delimitación de los sujetos responsables de las infracciones y sanciones subvencionales aparecen matices diferenciadores entre esta respuesta de Derecho Administrativo y la que todavía aparece en el Derecho Penal. En efecto, en este último, ha sido tradicional la negación de capacidad de culpa a las personificaciones (52). Sin embargo, la Ley

---

y falseamiento de cuentas anuales u otros documentos societarios (artículo 290 del CP). Como en la mayoría de estos supuestos podrían darse concursos de normas con el fraude de subvenciones, si esta última figura no se diera, por no rebasar el umbral cuantitativo requerido, los anteriores delitos excluirían la sanción por infracción administrativa de subvenciones (*ibid.*, págs. 641 y 643).

(52) Como es sabido, no rige en el Derecho sancionador administrativo el principio *societas delinquere non potest*, ya que la Administración no puede imponer penas privativas de libertad. El Tribunal Constitucional razona que ni el principio de culpabilidad, ni el de personalidad de la pena o sanción —aplicables al ámbito sancionador administrativo—, impiden la admisión de la responsabilidad directa de las personas jurídicas. Éstas tienen, por tanto, capacidad infractora para la Administración, traduciendo así una aplicación distinta de la culpa y de la imputabilidad que proviene de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden las personas jurídicas (STC 246/1991, de 19 de diciembre). Más ampliamente, *cfr.* MARTÍNEZ LAGO, M. A.: *La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias*, cit., págs. 48 y sigs., donde me he referido a la revisión de ese viejo postulado en el ámbito del Derecho Penal, teniendo en cuenta la iniciativa de reforma del Código Penal que se tramitó, aunque no llegó a aprobarse, en el Congreso de los Diputados en la anterior legislatura (el anteproyecto de reforma se aprobó por el Consejo de Ministros el 14 de julio de 2006 y el proyecto de ley se publicó en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» el 15 de enero de 2007). Inspirándose en diversas «Decisiones Marco» del Consejo de la Unión Europea, sobre aproximación de legislaciones y protección de los intereses financieros comunitarios, ha vuelto a tramitarse recientemente aquella iniciativa, aprobándose por el Congreso (vid. «Boletín Oficial de las Cortes Generales», IX Legislatura, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 52-12, de 6 de mayo de 2010) y estando pendiente de que lo haga el Senado. El proyecto de reforma del Código Penal fija por una doble vía la responsabilidad de las personas jurídicas: «junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta,

General de Subvenciones (artículo 53), siguiendo la tónica general de la legislación administrativa, afirma la posibilidad de responsabilidad de personas jurídicas y hasta que éstas sean «públicas» (Administraciones) que, así, pueden ser sancionadas por otras Administraciones (las concedentes de subvenciones). También se contempla legalmente la posible autoría de los entes desprovistos de personalidad (53), que admiten dos tipos, según tengan base personal (asociaciones) o patrimonial (comunidades de bienes). Con esto se evita recurrir a la solución del artículo 130.3 de la LRJAPyPAC —solidaridad de participantes en la infracción o *coautores*— y se sanciona una sola acción infractora del ente sin personalidad.

### A) Autoría de las infracciones

Siguiendo la tradición del Derecho sancionador administrativo frente al penal (que recoge inductores, colaboradores, cómplices) (54), el artículo 53 de la LGS sólo recoge *autores* de las infracciones, aunque los llame *responsables*. Para ello se efectúa una doble «determinación». Por una parte, se hace una mención genérica a las personas físicas, jurídicas, públicas o privadas y entes sin personalidad y se completa con una mención «en particular» (lo que representa una *lista abierta*) de los beneficiarios de subvenciones (artículo 11 de la LGS), miembros de entidades en relación con las actividades subvencionadas que se hubieran comprometido a realizar (artículo 11.2 y 3 de la LGS) (55), entidades colaboradoras (artículo 12

---

y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación».

(53) El artículo 11.3, primer párrafo, de la LGS establece: «Cuando se prevea expresamente en las bases reguladoras, podrán acceder a la condición de beneficiario las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, las comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado que, aun careciendo de personalidad jurídica, puedan llevar a cabo los proyectos, actividades o comportamientos o se encuentren en la situación que motiva la concesión de la subvención».

(54) Sobre la delimitación entre autores y partícipes en el Código Penal, *cf.* MARTÍNEZ LAGO, M. A.: *La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias*, cit., págs. 41 y sigs.

(55) Al referirse a los beneficiarios de subvenciones, la ley incluye, por vía de remisión, la mención de dos supuestos que también darían lugar a su consideración como «sujetos infractores». Por un lado estarían los miembros asociados del beneficiario —persona jurídica— que se comprometan a efectuar la totalidad o parte de las actividades que fundamentan la concesión de la subvención en nombre y por cuenta de la entidad y que, conforme a lo dispuesto por el artículo 11.2 de la LGS, tienen igualmente la condición de beneficiarios. Por otro lado estarían los miembros de agrupaciones

de la LGS), el representante legal de beneficiarios que carezcan de capacidad de obrar y «terceros» obligados a prestar colaboración y facilitar documentación (artículo 46 de la LGS) (56).

## **B) Participación en las infracciones y extensión de las sanciones**

Aunque no se prevea en la LGS, los casos de *coautoría* habrá que resolverlos con la solidaridad propiamente dicha que señala el artículo 130.3 de la LRJAPyPAC. Si se recogen, en cambio, diversos supuestos de *extensión de las sanciones* (exclusivamente pecuniarias) (57) a responsables (artículo 69 de la LGS), coincidiendo con los mismos responsables del reintegro (artículo 40 de la LGS), lo que da muestra de la vinculación del procedimiento sancionador con el de reintegro (58).

Para ser responsable de la sanción no se precisa haber participado en la infracción, lo cual supone postergar las exigencias del principio de personalidad de las sanciones. Téngase en cuenta que recientemente el Tribunal Constitucional ha afirmado la naturaleza materialmente punitiva de esta responsabilidad, exigiendo la aplicación de los principios recogidos en los artículos 25.1 y 24.2 de la CE (59) (STC 85/2006, de 27 de marzo, FJ 4.º, en relación a la derivación de sanciones tributarias) (60).

---

de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sin personalidad, cuyos compromisos de ejecución e importe de la subvención a aplicar por cada uno, han de constar expresamente en la solicitud y resolución de concesión, y que también tienen la consideración de beneficiarios, según dispone el artículo 11.3, segundo párrafo, de la LGS.

(56) El artículo 46 de la LGS enuncia genéricamente el sentido de la colaboración de personas y entidades relacionadas con el objeto de la subvención, así como a la entrega de documentos que les sean requeridos: facilitar el ejercicio de las funciones de control financiero de la Intervención General de la Administración del Estado, así como de los órganos de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales. El mismo precepto señala las facultades de estos órganos de control financiero y la consideración que tiene la negativa al cumplimiento de esa obligación de colaboración, como «resistencia, excusa, obstrucción o negativa» como causa de reintegro, además de constituir un supuesto de infracción leve [artículo 56.h) de la LGS].

(57) Sólo se extienden las sanciones impuestas a los infractores, pero no los intereses y recargos que puedan, en su caso, exigirse por el incumplimiento del deudor principal.

(58) Cfr. MARTÍNEZ GINER, L. A.: *El reintegro de subvenciones públicas*, Iustel, Madrid, 2006, pág. 289.

(59) Cfr. MARTÍNEZ LAGO, M. A.: *La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias*, cit., págs. 145, 293-295 y 387-389.

(60) Frente a dicho planteamiento, el artículo 69 de la LGS viene a contemplar la sanción como una simple deuda que puede ser transmitida. De ahí que REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO

Como supuestos a los que se extienden las sanciones (61) estarían los siguientes: 1.º La responsabilidad solidaria limitada de partícipes de comunidades de bienes u otros entes sin personalidad con patrimonio separado de sus miembros. 2.º La responsabilidad subsidiaria de los administradores y representantes legales de las sociedades mercantiles, cuando posibiliten la comisión de infracciones (62). 3.º La sucesión de socios, partícipes y cotitulares por sanciones de entidades disueltas y liquidadas (responsabilidad solidaria limitada al valor de la cuota de liquidación y solidaridad si la ley no limita la responsabilidad de los miembros).

## II. EL SISTEMA DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES

### 1. Clasificación de las infracciones y sanciones

Tanto por lo que se refiere a las infracciones en materia de subvenciones, como a las sanciones que se impongan por las mismas, tenemos varias posibilidades de sistematización. Así, las primeras pueden ser, siguiendo el criterio legal de tipificación (artículos 129.1 de la LRJAPyPAC y 56, 57 y

---

CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., págs. 624-625, señalan que los responsables sólo lo son «de una obligación pecuniaria que tiene su origen en la comisión de una infracción por otro sujeto», considerando de una forma poco crítica con la solución legal que «propriadamente no se castiga ni se pretende castigar a estos otros sujetos sino que sólo se busca una garantía del pago de las sanciones frente al incumplimiento, la insolvencia o la desaparición de los auténticos infractores». De este razonamiento se alcanzan conclusiones con las que no estamos para nada de acuerdo: «no puede decirse de ninguna forma que el art. 69 tipifique infracciones o formas de colaboración en infracciones ajenas», y «el responsable subsidiario no tiene que ser parte en el procedimiento sancionador ni en éste se discutirá si realmente el administrador o representante legal ha incurrido en las conductas que hacen surgir tal responsabilidad».

(61) No podemos entrar con el debido detalle a comentar los supuestos previstos en el artículo 69 de la LGS. Sin embargo, por su afinidad con los supuestos de extensión de sanciones tributarias que regula la Ley General Tributaria, me permito remitir al lector interesado a un trabajo mío anterior. Cfr. MARTÍNEZ LAGO, M. A.: *La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias*, cit., especialmente págs. 205 y sigs., 271 y sigs, así como 339 y sigs.

(62) La responsabilidad subsidiaria se limita a los administradores y representantes legales de las personas jurídicas, quedando excluidos cualesquiera otros participantes (presidentes, gerentes...). Cfr. MANTECA VALDELANDE, V.: «Infracciones en materia de subvenciones públicas», cit., pág. 1139. Ello representa, desde luego, una clara contradicción con la regulación del Código Penal y de la Ley General Tributaria de 2003, al recoger ambos textos normativos la figura del *administrador de hecho*.

58 de la LGS) (63), *leves, graves y muy graves*. Si la clasificación se hace atendiendo al sujeto infractor, tenemos conductas propias de *beneficiarios*, de *entidades colaboradoras* y de *terceros*. Y, en fin, también podrían distinguirse los comportamientos según que originen o no un *perjuicio económico* para la Administración concedente de la subvención y hasta diferenciar los tipos en función de la *obligación o deber infringidos* en cada caso. En cualquier caso, la clasificación legal entre infracciones leves, graves y muy graves no entraña más diferencias que el de la sanción correspondiente, pero no tiene ninguna consecuencia —a diferencia de la previsión general efectuada en la LRJAPyPAC— de cara a la prescripción y seguimiento de un determinado procedimiento sancionador (64).

Por lo que respecta a las sanciones, que tienen naturaleza punitiva y son independientes de la obligación de reintegro —lo que favorece la compatibilidad de la respuesta represiva con la reacción reparadora tanto en vía administrativa como «jurisdiccional-contable»—, el artículo 59 de la LGS, precepto de carácter básico (65), las clasifica en *pecuniarias* —que son las principales y «necesarias» y que impondrán los Ministros y Secretarios de Estado— y las no pecuniarias, *accesorias* y «potestativas», que sólo puede acordar el Ministro de Economía y Hacienda (artículo 66.1 de la LGS). Las primeras pueden consistir en *multa fija* entre 75 y 6.000 euros y *multa proporcional* —que da sentido a la existencia de un perjuicio económico suscitado por la conducta del infractor— del tanto al triple de la cantidad indebidamente obtenida, aplicada o no justificada.

---

(63) En opinión de PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., pág. 493, la LGS sigue los principios comunes de la LRJAPyPAC y la clasificación de las infracciones parece haber seguido el criterio de la gravedad del perjuicio que se causa al erario público.

(64) En el artículo 132.1 de la LRJAPyPAC se contemplan diferentes plazos subsidiarios de prescripción en función del tipo de infracción: tres años las muy graves, dos años las graves y seis meses las leves, si la legislación específica que las prevea no determina otros plazos. Por otro lado, el artículo 23 del RPEPS señala el empleo del procedimiento sancionador simplificado para las infracciones leves.

(65) Como el artículo 59 de la LGS tiene carácter básico, las leyes de las Comunidades Autónomas no pueden tipificar sanciones distintas de las recogidas en la norma estatal y han de moverse dentro de sus límites cuantitativos. Sin embargo, como ponen de manifiesto REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., págs. 653-654, en la legislación autonómica existen casos de sanciones accesorias anudadas a infracciones leves, a diferencia del criterio de la LGS de señalar su posible aplicación exclusivamente a las infracciones graves o muy graves. Por otro lado, la publicidad de sanciones que también se prevé en algunos casos, podría concebirse como otra modalidad de sanción no prevista por la LGS. Y lo mismo pasaría con la mención a «otros entes públicos» entre los posibles contratantes prohibidos por el artículo 59 de la LGS. En todos estos casos, la normativa estatal *desplazaría* a la autonómica.

Las sanciones no pecuniarias pueden consistir en la pérdida o prohibición de determinadas facultades durante un plazo de hasta cinco años (66); concretamente, de la posibilidad de obtener subvenciones (67), ayudas públicas y avales de las Administraciones públicas u otros entes públicos; de la posibilidad de actuar como entidad colaboradora en relación con las subvenciones reguladas en la LGS y, también, para contratar con las Administraciones públicas. Legalmente se fijan tres presupuestos para la aplicación de estas sanciones accesorias: 1.º Que las infracciones sean graves o muy graves; 2.º Que el perjuicio económico supere los 30.000 euros (68), y 3.º Que se aprecien obstrucciones a las actuaciones de control o utilización de medios fraudulentos como criterios de graduación de las sanciones pecuniarias (artículos 62.2 y 63.2 de la LGS).

## **2. Marco sancionador genérico de las distintas conductas infractoras**

### **A) Infracciones leves**

Las infracciones leves (69) aparecen señaladas en el artículo 56 de la LGS, con una definición legal genérica y un listado ejemplificativo subsidiante. Se conciben como tales los «incumplimientos de las obligaciones recogidas en esta Ley y en las bases reguladoras de subvenciones cuando no constituyan infracciones graves o muy graves y no operen como elemento de graduación de la sanción». Las notas características de las infracciones

---

(66) Resulta un clara defectuosidad técnica el hecho de que sólo se mencione un límite máximo temporal en las sanciones accesorias por infracciones graves o muy graves (tres y cinco años, respectivamente), pudiendo entonces resultar iguales o hasta más duraderas las que se apliquen a infracciones graves que a las muy graves, salvo que se interprete que para las segundas el límite temporal comenzaría donde acaba el de las primeras. Tampoco parece un rasgo de buena técnica el hecho de que la sanción accesoria de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones públicas futuras se entrecruce con la extensión temporal de la misma pena impuesta por los tribunales, al ir ésta de tres a seis años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 308 del CP.

(67) La sanción de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones implica que no podrán obtener la condición de beneficiarios o entidades colaboradoras. El alcance de la prohibición será el que determine la sentencia firme [artículo 13.2.h) y 5 de la LGS].

(68) Para el caso de que las sanciones accesorias se impusieran a infracciones graves, el perjuicio económico debe representar también más del 50 por 100 de la subvención concedida o de las cantidades recibidas por las entidades colaboradoras.

(69) En ocasiones suele caerse en el error de llamarlas «infracciones simples», quizás recordando a la sistemática de la Ley General Tributaria de 1963.

leves son (70), por tanto: 1.º Representan *incumplimientos de deberes formales* por beneficiarios y entidades colaboradoras, de menor gravedad que los restantes tipos infractores; 2.º Se incluye el incumplimiento del deber de colaboración; 3.º No hay perjuicio directo a los fondos públicos, y 4.º Tienen «carácter abierto», residual (71) (que no sean graves o muy graves y no operen para graduar sanciones).

La sanción general de las infracciones leves consiste en multa fija, sin posibilidad de imponer otras medidas accesorias. Además, según prevé el artículo 61 de la LGS, aquélla irá de 75 a 900 euros, salvo en determinados supuestos (agravados), que puede pasar a ser de 150 a 6.000 euros. Ejemplos de mala técnica normativa son la *presentación separada* de las conductas infractoras y su correspondiente castigo —siendo esto común a las otras clases de infracciones— y el hecho de que el precepto que establece las sanciones de las infracciones leves no recoja exactamente las mismas conductas expuestas en los tipos infractores señalados por el artículo 56 de la LGS. Esta diferente redacción de los indicados preceptos favorece que pueda mantenerse la aplicación, en ciertos casos, de la multa fija general (más reducida), pese a la literalidad de la ley, reservando la sanción agravada sólo para los supuestos en que haya una plena coincidencia de términos, pues de lo contrario podría darse una integración análoga que, lógicamente, no beneficiaría al inculpado.

Como conductas infractoras leves tenemos los incumplimientos relativos a la justificación de las subvenciones, obligaciones formales no previs-

---

(70) Cfr. MANTECA VALDELANDE, V.: «Infracciones en materia de subvenciones públicas», cit., pág. 1139. También cfr. GÓMEZ RIVERO, M.º C.: *El fraude de subvenciones*, 2.º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 52, advirtiendo de que en algunas ocasiones, estos incumplimientos meramente formales pueden ser la antesala de fraudes más graves.

(71) El artículo 56 de la LGS constituye una *norma sancionadora en BLANCO* que, como han señalado algunos autores, convierte en típico todo lo antijurídico sin más delimitación, reduciendo a la nada las exigencias de tipicidad, por lo que debería declararse su inconstitucionalidad, lo que reforzaría el valor de la enumeración de infracciones leves, porque la lista dejaría de enunciar ejemplos para señalar tipos. Cfr. REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., págs. 602-603, quienes sostienen dicha inconstitucionalidad «no porque se remita a normas reglamentarias sino por hacerlo genérica e indeterminadamente a ellas y a la propia LGS sin acotar de ninguna forma qué incumplimientos de qué obligaciones son infracciones; es decir, no porque vulnere la reserva de ley sino por no respetar ni las más mínimas exigencias del principio de tipicidad. Es incluso, la máxima expresión de su negación, convirtiendo en infracción toda conducta antijurídica». En opinión de PANIZO GARCÍA, A., en *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, cit., pág. 480, el precepto estaría limitando los supuestos de concurso ideal de infracciones.

tas expresamente en la LGS, obligaciones de índole contable o registral, obligaciones de conservación de justificantes o documentos equivalentes, obligaciones de entidades colaboradoras, obstrucciones a las actuaciones de control financiero, obligaciones de colaboración y, por último, otras conductas tipificadas en la normativa de la Unión Europea.

El primer grupo de conductas se sanciona con la multa fija general de 75 a 900 euros, equiparándose la presentación fuera de plazo, incompleta o inexacta de las *cuentas justificativas* de la aplicación dada a los fondos percibidos. Cualquiera de estos incumplimientos resulta, a su vez, causa de reintegro, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 30.8 y 37.1.c) de la LGS (72). Aunque ni la ley ni el reglamento prevén consecuencias sancionadoras para los casos en que la falta de justificación se refiera al régimen de módulos o por medio de estados contables, su especificación como infracciones leves puede verificarse, como ya se indicó más atrás, por medio de las propias bases reguladoras de las subvenciones. Por otra parte, hay que tener en cuenta el posible concurso entre estos incumplimientos leves y la infracción grave consistente en la falta de justificación del empleo dado a los fondos recibidos una vez transcurrido el plazo establecido para su presentación [artículo 57.c) de la LGS] (73).

En relación con las obligaciones de índole contable o registral, legalmente se prevén cuatro incumplimientos «en particular»: 1.º La inexactitud u omisión de una o varias operaciones en la contabilidad y registros legalmente exigidos; 2.º El incumplimiento de la obligación de llevar o

---

(72) De acuerdo con lo que establece el artículo 30 de la LGS, la *cuenta justificativa* del gasto realizado representa uno de los modos de acreditación de la subvención concedida. Las bases reguladoras de la subvención podrán elegir entre esa fórmula o la *justificación por módulos* o presentando *estados contables*. El Reglamento de la LGS (artículos 69 y siguientes) ha ampliado estas tres formas de justificación, especificando distintas modalidades de la cuenta justificativa —según que la misma se formule con aportación de justificantes de gasto, con aportación de informe de auditor y sin aportación de facturas u otros documentos de valor probatorio equivalente— y previendo también la justificación telemática de subvenciones. El contenido general de la cuenta justificativa (artículo 72 del RLGS) quedará reducido tanto si hay informe de auditor de cuentas (artículo 74 del RLGS), como si se formula de manera simplificada por tratarse de subvenciones de importe inferior a 60.000 euros (artículo 75 del RLGS).

(73) Lógicamente, y dado que sólo puede resultar sancionada una vez la misma conducta, podría pensarse que el comportamiento grave —sancionable con multa proporcional del tanto al doble de los fondos no justificados— comporta un *plus* respecto de la falta de presentación en plazo, constitutiva de la infracción leve. Ese añadido podría ser el que provendría de una actuación de la Administración, una vez vencido el plazo de justificación, requiriendo al beneficiario para que presente aquélla en un «plazo improrrogable de quince días» (artículo 70.3 del RLGS).

conservar la contabilidad, los registros legalmente establecidos, los programas y archivos informáticos que les sirvan de soporte y los sistemas de codificación utilizados; 3.º La llevanza de contabilidades diversas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, no permitan conocer la verdadera situación de la entidad, y, por último, 4.º La utilización de cuentas con significado distinto del que les corresponde, según su naturaleza, que dificulte la comprobación de la realidad de las actividades subvencionadas. En *casi todos* estos casos, la sanción que correspondería imponer sería una multa fija de 150 a 6.000 euros (74).

La importancia que tienen las actuaciones de control financiero de subvenciones se constata perfectamente con la lectura del Título III de la LGS (artículos 44 a 51). A las mismas quedan sometidos los beneficiarios, entidades colaboradoras y organismos y entidades vinculados o dependientes de la Administración. En dicha norma se tipifica como infracción leve la *resistencia, obstrucción, excusa o negativa* a tales actuaciones —que, a su vez, es causa de reintegro [artículo 37.1.e) de la LGS, en relación con los artículos 14 y 15 de la misma ley]—, caracterizando genéricamente estas circunstancias (a saber: «cuando el responsable de las infracciones administrativas en materia de subvenciones, debidamente notificado al efecto, haya realizado actuaciones tendentes a dilatar, entorpecer o impedir las actuaciones de los funcionarios de la Intervención General de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las funciones de control financiero») y fijando unas cuantas conductas que, *entre otras*, revestirían tal connotación, todo lo cual se completa, en precepto aparte, como ya sabemos, con el señalamiento de la sanción agravada para dos supuestos de obstrucción. Los comportamientos para los que el artículo 61.2 de la LGS guarda silencio y, por lo tanto, han de entenderse castigados con la multa fija de 75 a 900 euros, son los siguientes: 1.º La incomparecencia, salvo causa justificada, en el lugar y tiempo señalado; 2.º Negar o impedir indebidamente la entrada o permanencia

---

(74) Esa sanción agravada, prevista en el artículo 61.2 de la LGS, no plantea problemas en relación a los supuestos de las letras a), c) y d), por resultar coincidentes con las infracciones leves tipificadas en el artículo 56.d).1, 3 y 4 de la misma ley. Sin embargo, el precepto sancionador omite en su letra b) cualquier mención a «los programas y archivos informáticos que les sirvan de soporte y los sistemas de codificación utilizados», que sí se señala en el apartado 4 del precepto que tipifica las infracciones leves. Así las cosas, y aunque pudiera sostenerse la *integración* de ambas normas, correspondiendo en todos los casos de omisión total de contabilidad la misma multa fija incrementada, pensamos que es más congruente con las exigencias del principio de tipicidad aplicar, al incumplimiento silenciado en el artículo 61.2.b) de la LGS, la multa fija general de 75 a 900 euros.

en locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que existan indicios probatorios para la correcta justificación de los fondos recibidos por el beneficiario o la entidad colaboradora o de la realidad y regularidad de la actividad subvencionada, y 3.º Las coacciones al personal controlador que realice el control financiero [artículo 56.g.3, 4 y 5 de la LGS]. En cambio, tendría una sanción de 150 a 6.000 euros la falta de aportación de pruebas y documentos requeridos por los órganos de control o la negativa a su exhibición [artículo 61.2.e) de la LGS, que *absorbería* los enunciados en el artículo 56.g.1 y 2 de la misma ley].

El carácter excesivamente abierto, prácticamente careciendo de tipicidad, en que incurre el artículo 56 de la LGS se observa con claridad en la mención que realiza del resto de infracciones leves [las previstas en las letras c), e), f), h) e i) del citado precepto] (75), algunas castigadas de forma aumentada, como las correspondientes a los incumplimientos inherentes a las entidades colaboradoras —que pueden presentar casos de concurrencia con infracciones graves y muy graves [artículos 57.d) y 58.d) de la LGS]— y los referidos a la *obligación general de colaboración* (de beneficiarios, entidades colaboradoras y terceros) con la respectivas Intervenciones de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, así como con los órganos que tengan atribuida por la normativa comunitaria funciones de control financiero (artículo 46 de la LGS).

## **B) Infracciones graves**

El artículo 57 de la LGS ofrece una lista cerrada de conductas constitutivas de infracciones graves, cuya principal nota caracterizadora frente a los comportamientos que acaban de examinarse pasaría por tratarse de incumplimientos que pueden dar lugar a perjuicios en los caudales públi-

---

(75) Citémoslas por ese mismo orden legalmente establecido en el artículo 56 de la LGS: «c) El incumplimiento de las obligaciones formales que, no estando previstas de forma expresa en el resto de párrafos de este artículo, sean asumidas como consecuencia de la concesión de la subvención, en los términos establecidos reglamentariamente. [...]. e) El incumplimiento de las obligaciones de conservación de justificantes o documentos equivalentes. f) El incumplimiento por parte de las entidades colaboradoras de las obligaciones establecidas en el artículo 15 de esta Ley que no se prevean de forma expresa en el resto de apartados de este artículo. [...] h) El incumplimiento de la obligación de colaboración por parte de las personas o entidades a que se refiere el artículo 46 de esta Ley, cuando de ello se derive la imposibilidad de contrastar la información facilitada por el beneficiario o la entidad colaboradora. i) Las demás conductas tipificadas como infracciones leves en la normativa de la Unión Europea en materia de subvenciones».

cos (76). Estas infracciones pueden ser cometidas por los beneficiarios y las entidades colaboradoras.

A los beneficiarios pueden imputarse los incumplimientos relativos a la obligación de comunicar al órgano concedente o a la entidad colaboradora la obtención de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad (77); de las condiciones establecidas, con alteración sustancial de los fines de la subvención —comportamiento equivalente al tipificado penalmente por el artículo 308.2 del CP) y, también, la falta de justificación del empleo dado a los fondos recibidos una vez transcurrido el plazo establecido para su presentación [artículo 57.a), b) y c) de la LGS] (78).

Por su parte, las entidades colaboradoras pueden ser responsables de las conductas consistentes en falsear u ocultar los requisitos requeridos en las bases reguladoras de la subvención para obtener la condición de entidad colaboradora (79) y, también, dejar de verificar el cumplimiento y efectividad de las condiciones o requisitos determinantes para el otorgamiento de las subvenciones, cuando de ello se derive la obligación de reintegro [artículo 57.d) y e) de la LGS] (80).

De conformidad con lo que dispone en el artículo 62 de la LGS, la sanción principal de las infracciones graves sería la multa proporcional del tanto al doble de la cantidad indebidamente obtenida, aplicada o no justificada. Accesoriamente se puede sancionar también con la pérdida o prohibición de posibilidad de obtener subvenciones, ayudas públicas y

---

(76) Cfr. MANTECA VALDELANDE, V.: «Infracciones en materia de subvenciones públicas», cit., pág. 1141. Para REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., pág. 662, las infracciones graves representan incumplimientos sustanciales que pueden dar lugar a perjuicios para los fondos públicos.

(77) De acuerdo con lo que establece el artículo 14.1.d) de la LGS, dicha comunicación ha de efectuarse «tan pronto como se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos».

(78) En opinión de GÓMEZ RIVERO, M.<sup>º</sup> C.: *El fraude de subvenciones*, cit., pág. 53, las conductas señaladas en las letras a) y c) del artículo 57 de la LGS, constituyen «presunciones de fraude».

(79) En relación a esta conducta, tipificada en el artículo 57.d) de la LGS, así como al hecho de que la multa proporcional con que se sancionan las infracciones graves exprese la existencia de un perjuicio económico, se ha señalado que no manifiesta una magnitud a partir de la que se pueda calcular la multa, por lo que ésta devendría inaplicable. Cfr. REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., pág. 665.

(80) Además, el artículo 57.f) de la LGS reenvía a «las demás conductas tipificadas como infracciones graves en la normativa de la Unión Europea en materia de subvenciones».

avales, de actuar como entidad colaboradora y de celebración de contratos con entes públicos que podría extenderse temporalmente hasta tres años y que requiere, para su imposición, que se haya dado un perjuicio económico superior al 50 por 100 de la subvención concedida o de las cantidades recibidas por las entidades colaboradoras y que supere los 30.000 euros. Ello ha de coincidir con la apreciación de resistencia, negativa u obstrucción a las actuaciones de control o utilización de medios fraudulentos al graduar la sanción a imponer.

### **C) Infracciones muy graves**

Llegamos, por último, a las infracciones muy graves, caracterizadas en el artículo 58 de la LGS como conductas muy perjudiciales para la Hacienda Pública, en las que hay uso indebido de caudales públicos y lesión de objetivos de interés general. Las conductas tipificadas son también causa de reintegro (81).

La relación cerrada de conductas infractoras muy graves que proporciona el citado precepto es la siguiente: 1.<sup>ª</sup> Obtención de subvenciones falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido o limitado —incumplimiento especialmente cualificado por las notas de la *ocultación* o *falseamiento*, lo que le hace equivalente al tipo del artículo 308.1 del CP—; 2.<sup>ª</sup> Falta de aplicación, en todo o en parte, de las cantidades recibidas a los fines para los que la subvención fue concedida; 3.<sup>ª</sup> Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de control por parte de beneficiarios y entidades colaboradoras, derivándose la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos (82), o el cumplimiento de la finalidad y de la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, pro-

---

(81) *Cfr.* MANTECA VALDELANDE, V.: «Infracciones en materia de subvenciones públicas», cit., pág. 1142.

(82) Estas obstrucciones a las actuaciones de control financiero pueden dar lugar a situaciones de concurrencia, prohibida por el principio *non bis in idem*, con la infracción leve tipificada por el artículo 56.g de la LGS. Estaremos en presencia del comportamiento muy grave y no leve, cuando se produzca la cualificación por el resultado que requiere el precepto legal, derivándose la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos obtenidos, aunque como ha señalado PANIZO GARCÍA, A., en *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, cit., pág. 491, la conducta del agente no exija mayor culpabilidad que en la infracción leve.

cedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales; 4.º Falta de entrega a los beneficiarios, por parte de las entidades colaboradoras, de los fondos recibidos de acuerdo con los criterios previstos en las bases reguladoras de la subvención (83), y 5.º Otras conductas tipificadas en la normativa de la Unión Europea.

La sanción principal que, de acuerdo con el artículo 63 de la LGS, cabe imponer por las infracciones muy graves es una multa proporcional del doble al triple de la cantidad indebidamente obtenida, aplicada o no justificada. Potestativamente, cabría imponer las mismas sanciones accesorias que en el caso de las infracciones graves, sólo que pueden alcanzar los cinco años de duración y sin que se requiera que el perjuicio económico represente un 50 por 100 de la subvención concedida o de las cantidades recibidas por las entidades colaboradoras. Debe tenerse en cuenta que el reintegro voluntario, sin requerimiento previo, de la subvención e intereses de demora, excluye la sanción correspondiente al beneficiario que no aplicó las cantidades obtenidas a los fines establecidos y de la entidad colaboradora que dejó de entregar los fondos subvencionales a los beneficiarios.

### 3. Graduación de las sanciones

El principio de proporcionalidad fundamenta, con carácter general, tanto en el orden netamente punitivo, como en el amplio campo del Derecho Administrativo sancionador, el recurso a elementos para graduar la pena o sanción a aplicar (84). En el artículo 131 de la LRJAPyPAC se exponen

---

(83) El incumplimiento de esta obligación de entrega de los fondos a los beneficiarios, prevista en el artículo 15.1.a) de la LGS, no será nunca infracción leve, a pesar de que el artículo 56.f) de la LGS parezca incluirla también.

(84) El profesor RODRÍGUEZ BEREJIO, A.: «Derecho penal tributario y Derecho tributario sancionador en España», cit., págs. 79-80, ha señalado que se trata de un principio general del Derecho, informador de la totalidad del ordenamiento jurídico, cuyo empleo se centra, sobre todo, en la materia represiva, dado que constituye uno de los principios constitucionales de garantía penal, comunes a todo el ordenamiento sancionador que opera en un doble sentido: 1.º Como *criterio para la selección de los comportamientos antijurídicos* merecedores de la tipificación como delito o infracciones, postulando en el ámbito que nos ocupa que la tipificación como delito o infracción quede reservada para aquellos supuestos en que el restablecimiento del orden jurídico alterado por el comportamiento ilícito no pueda ser realizado por otros medios; y 2.º Como *límite a la actividad administrativa de determinación de las sanciones* que, por ello, debe considerarse una actividad exquisitamente jurídica en la que no existe discrecionalidad administrativa en sentido estricto, sino una cierta libertad de valoración, comparable a la que se atribuye al juez para que decida, según

los criterios de *intencionalidad, reiteración, naturaleza de los perjuicios causados y reincidencia*. En el artículo 60 de la LGS, que no tiene el carácter de norma básica (85), se recogen cinco criterios de graduación de las sanciones, a saber: *comisión repetida* de infracciones; *resistencia, negativa u obstrucción* a las actuaciones de control; utilización de *medios fraudulentos; ocultación* a la Administración y *retraso* en el cumplimiento de obligaciones formales; a los que hay que sumar el *perjuicio económico* (86),

---

su prudente arbitrio, la multa a imponer dentro de los límites permitidos por la ley. Sobre este principio de proporcionalidad, la STC 65/1986, de 22 de mayo ha señalado que su enjuiciamiento es competencia del legislador, correspondiendo a los tribunales la aplicación de la ley y no verificar si los medios adoptados por aquél para la protección de bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad o si son o no proporcionados en abstracto.

(85) Como ha advertido PANIZO GARCÍA, A., en *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, cit., pág. 496, varias leyes de Comunidades Autónomas ofrecen una regulación diversa de los criterios de graduación de las sanciones por infracciones subvencionales. Por ejemplo, Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha y Murcia señalan los criterios de graduación que recogía el Texto refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988 (buena o mala fe, reincidencia y resistencia, negativa u obstrucción). En Asturias, Madrid, Navarra y Cataluña sólo se recogen la intencionalidad, reincidencia y naturaleza de los perjuicios causados (que son los criterios previstos en el artículo 131 de la LRJAPyPAC). Por su parte, Galicia, Baleares y País Vasco recogen la participación, el beneficio obtenido y la trascendencia social.

(86) En el régimen sancionador tributario se plantearon controversias en relación a este criterio que fue introducido en la Ley General Tributaria por la Ley 10/1985, de 26 de abril, aunque después desapareció del catálogo de elementos señalados para graduar las sanciones, con ocasión de la reforma parcial producida por la Ley 25/1995, de 20 de julio. Para algunos autores supone una doble valoración de un elemento intrínseco a las infracciones de resultado. Entre las diversas posiciones interpretativas que se dieron, bajo la vigencia de la Ley 10/1985, de 26 de abril, cabe citar la de quienes rechazaban la aptitud del perjuicio económico como elemento de graduación por entender que la aplicación porcentual de las multas lo hacía innecesario (cfr. PONT MESTRES, M.: «En torno a las características de la Ley 10/1985, de modificación parcial de la Ley General Tributaria», *Gaceta Fiscal*, núm. 25, 1985, pág. 314). Contrariamente a dicha tesis, se sostenía su viabilidad por denotar un índice de peligrosidad de la conducta del sujeto infractor (cfr. PÉREZ ROYO, F.: *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, cit., págs. 389-390). Aún admitiendo esa función de graduación, se achacaba a la ley un defecto de técnica jurídica por la doble actuación del perjuicio económico a la hora de cuantificar la sanción y graduarla (cfr. CODES ANGUIA, J. L., en *Comentarios a las leyes tributarias y financieras* —coordinada por AMORÓS RICA, N.—, tomo II-A, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1985, pág. 132 y del mismo autor: «Hacia una reforma del régimen sancionador de la infracción tributaria», en *XXXII Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, pág. 479; CLAVIJO HERNÁNDEZ, F.: *El proyecto de ley de represión del fraude fiscal*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984, pág. 33; CARBAJO VASCO, D.: «Los criterios de graduación de las sanciones tributarias en el Real Decreto 2631/1985», *Gaceta Fiscal*, núm. 31, 1986, págs. 95-96). Con la Ley 25/1995, la circunstancia dejó de emplearse con finalidad graduatoria, aunque se mantuvo como elemento determinante de la posible imposición de *sanciones accesorias* por las infracciones graves cometidas, además de cómo condición para proceder a la publicación de la identidad del infractor.

que se emplea para posibilitar la imposición de sanciones accesorias a las infracciones graves y muy graves (artículos 62.2 y 63.2 de la LGS).

También se recogen, en el citado artículo 60 de la LGS, varias reglas a tener en cuenta de cara a la determinación de las sanciones pecuniarias. Así tenemos, por un lado, que los efectos agravantes —ninguna circunstancia sirve para atenuar las multas— sólo se fijan para las sanciones que corresponda imponer por infracciones graves y muy graves. Por otro lado, todas las circunstancias graduatorias —salvo el retraso en el cumplimiento de obligaciones formales (que sólo sirve para graduar sanciones por infracciones leves)— podrán aplicarse simultáneamente. También hay que tener en cuenta que no se podrán emplear con finalidad de graduación de la sanción aquellos criterios que se encuentren contenidos en la descripción de las conductas infractoras (87). Y, por último, la ley se encarga de precisar los límites cuantitativos de las multas: si se trata de sanciones por infracciones leves, será el importe de la subvención inicialmente concedida; tratándose de sanciones por infracciones graves o muy graves, no podrán sobrepasar el triple de la cantidad indebidamente obtenida, aplicada o no justificada. En cualquier caso, y pese a que se establezcan estos *techos* de las sanciones, una vez hayan sido determinadas por el órgano sancionador, cabe estimar que el *recorrido* que éste encuentra para la fijación de la multa —o, si se prefiere, la *discrecionalidad*, aunque en un sentido no técnico (88)— es mayor para el caso de que las infracciones hayan sido leves que si se cometieron infracciones graves o muy graves (89).

---

(87) La LGS se decanta por la regla de la consunción, aplicable en los casos de concurso, al establecer la no concurrencia de una misma circunstancia como criterio de graduación de la sanción y elemento del propio tipo infractor de que se trate.

(88) La discrecionalidad de que goza la autoridad administrativa en la graduación de la sanción es comparable a aquella de que dispone el Juez, cuando, según su prudente arbitrio, decide la multa a imponer en concreto dentro de la extensión permitida por la Ley —Cfr. PÉREZ ROYO, F.: *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, cit., 1986, pág. 380—, por lo que no cabría hablar técnicamente de discrecionalidad administrativa, cuya restricción dentro de límites reducidos se valora como un factor positivo del texto legal aprobado en 2003. Cfr. PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, cit., pág. 389. También cfr. SIMÓN ACOSTA, E.: «Perjuicio económico de la Hacienda Pública», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 635, 2004 (consultado en línea: <www.westlaw.es>, BIB 2004\871). También RODRÍGUEZ BEREJIO, A.: «Derecho penal tributario y Derecho tributario sancionador en España», cit., pág. 80.

(89) En la jurisprudencia constitucional se ha rechazado que la graduación de sanciones pueda ser obra de una «absoluta libertad de criterio» (STC 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 5.º) del órgano con competencia para imponerlas, pues este excesivo arbitrio no favorecería la necesaria previsibilidad que ha de guiar aquella tarea que ha de ejercerse de modo prudente y razonable (STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 9.º). Graduar una sanción, parece innecesario indicarlo, «supone tanto

## A) Comisión repetida de infracciones

Esta circunstancia suele justificarse por el aumento de responsabilidad que se deriva de la mayor peligrosidad que demuestra el sujeto infractor reincidente frente a quien no lo es. Se desvalora la actitud recalcitrante del sujeto que desobedece reiteradamente el ordenamiento sancionador (90), respondiendo así a un juicio ampliamente difundido, conforme al cual, debe aumentarse la sanción de quien, al cometer una infracción, hubiese sufrido la imposición de una sanción por una conducta anterior de características más o menos similares (91).

Para poderse apreciar la comisión repetida de infracciones, habrá de darse una sanción firme previa (92), por infracción grave o muy grave de la misma naturaleza, impuesta dentro de los cuatro años anteriores (93). Los efectos agravatorios de la sanción mínima van de 10 a 75 puntos.

## B) Obstrucciones a las actuaciones de control

De apreciarse en los sujetos beneficiarios y entidades colaboradoras su resistencia, negativa u obstrucción a las actuaciones de control financiero (94) [arts. 14.1.c) y 15.1.d) de la LGS], determinará un aumento de

---

agravar como atenuar la sanción, y ello permite, en consecuencia, no sólo aumentar sino también disminuir la cuantía de las multas» (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 6.º, A) y, sin embargo, la LGS sólo contempla criterios agravantes de las sanciones y ninguna circunstancia atenuante.

(90) Cfr. MORILLO MÉNDEZ, A.: «Tipos infractores vinculados directamente con la lesión del bien jurídico de contribución al sostenimiento de los gastos públicos. Un análisis de los artículos 191, 192 y 193 de la Ley General Tributaria 58/2003», *Carta Tributaria*, Monografías, núm. 14, 2004, pág. 12.

(91) Cfr. CÓRDOBA RODA, J., en el «Prólogo» a la obra de MIR PUIG, S.: *La reincidencia en el Código Penal. (Análisis de los artículos 10.14, 10.15, 61.6 y 516.3)*, Bosch, Barcelona, 1974, pág. 7. Pese a que, en el ámbito penal, la reincidencia haya sido una de las instituciones más controvertidas, el Tribunal Constitucional rechazó los diversos argumentos que se esgrimieron contra la misma y consideró como no arbitraria la opción legislativa de aumentar la pena a imponer para el delincuente reincidente, sin que ello constituya un trato inhumano o degradante, ni conculque el principio de *non bis in idem* (STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 6.º, 7.º y 9.º).

(92) La «base de datos nacional» prevista en el artículo 20 de la LGS contendrá referencia a las sanciones impuestas, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2.º de dicho precepto.

(93) El artículo 131 de la LRJAPyPAC caracteriza la reincidencia como la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza. REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., pág. 673, entienden que también podría aplicarse esta circunstancia para graduar las sanciones por infracciones subvencionales.

(94) Las tareas de comprobación del órgano concedente, así como de las entidades colaboradoras parece que quedan fuera del supuesto regulado en el artículo 60.1.b) de la LGS.

10 a 75 puntos de la sanción mínima. Esta circunstancia resulta coincidente con el tipo infractor leve mencionado por el artículo 56.g) de la LGS, así que sólo podrá aplicarse para graduar sanciones graves o muy graves, a excepción, en relación a estas últimas, del supuesto previsto en el artículo 58.c) de la LGS, con el que también concurre y queda absorbido en el tipo infractor.

### **C) Utilización de medios fraudulentos**

La ley proporciona un listado abierto de medios fraudulentos, constituidos «principalmente» por los comportamientos siguientes, algunos de los cuales pueden concurrir con infracciones graves y muy graves (95): anomalías sustanciales en la contabilidad y en los registros legalmente establecidos; empleo de facturas, justificantes u otros documentos falsos o falseados y la utilización de personas o entidades interpuestas que dificulten la comprobación de la realidad de la actividad subvencionada (96). Los efectos agravatorios que conlleva su apreciación aumentan de 20 a 100 puntos la sanción mínima.

### **D) Ocultación a la Administración**

La ocultación de datos (97) puede materializarse a través de la falta de presentación de la documentación justificativa o la presentación de documentación incompleta o inexacta, impidiendo a la Administración

---

(95) Es lo que sucede con las conductas tipificadas como infracción grave en el artículo 57.d) de la LGS —referida a la obtención de la condición de entidad colaboradora falseando u ocultando los requisitos fijados en las bases reguladoras de la subvención— y de la infracción muy grave del artículo 58.a) de la LGS (obtener la subvención falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido o limitado).

(96) En la versión anterior de la Ley General Tributaria, también aparecía el empleo de medios fraudulentos como circunstancia de graduación de las sanciones tributarias. Sin embargo, en la redacción aprobada en 2003, dicho criterio se ha desplazado desde la determinación del castigo hasta la calificación de las conductas infractoras, sirviendo su apreciación para dar lugar a la tipología de infracciones muy graves. En cualquier caso, los *medios de comisión* señalados por el artículo 184.3 de la LGT, resultan coincidentes con los comportamientos enunciados en el artículo 60.1.c) de la LGS.

(97) El mismo cambio que señalamos en la nota anterior ha tenido también la ocultación a la Administración en el campo de las infracciones y sanciones tributarias, trasladándose a la calificación de las infracciones graves (artículo 184.2 de la LGT).

que pueda verificar la aplicación dada a la subvención recibida (98). Los efectos agravatorios serán de 10 a 50 puntos de la sanción («mínima», aunque la ley no lo señale).

### **E) Retraso en el cumplimiento de obligaciones formales**

Por fin, el retraso en el cumplimiento de obligaciones formales sólo se empleará para graduar sanciones por infracciones leves, sin que se determine legalmente el alcance temporal ni los efectos agravatorios que tendrá su apreciación (99).

## **III. PROCEDIMIENTO PARA SANCIONAR LAS INFRACCIONES SUBVENCIONALES**

### **1. Principios del procedimiento sancionador**

Dada la remisión general efectuada por el artículo 67.1 de la LGS al Capítulo II del Título IX de la LRJAPyPAC (artículos 134-138), marco éste en el que se contienen los principios del procedimiento sancionador, tenemos que citar la garantía de procedimiento legal o reglamentariamente establecido —para evitar una eventual imposición de *sanciones de plano* (STC 18/1981, de 8 de junio)—, en el que haya una debida separación entre las fases de instrucción y resolución, con distinción de órganos en ambos casos. Como derechos del presunto responsable se recogen los siguientes: a ser notificado de los hechos imputados, de las infracciones y sanciones; a conocer la identidad del instructor, de la autoridad competente para sancionar y de la norma que atribuya tal competencia; a formular alegaciones y utilizar los medios de defensa procedentes, así como los demás derechos reconocidos por el artículo 35 de la misma LRJAPyPAC. También se recoge la presunción de inocencia y la garantía de resolución motivada, congruente y ejecutiva.

---

(98) Este criterio de graduación puede originar situaciones de concurrencia, y por lo tanto resultar inaplicable, con varios tipos de infracciones subvencionales, leves [artículo 56.a) y b) de la LGS], grave [artículo 57.c) de la LGS] y muy grave [artículo art. 58.c) de la LGS].

(99) También quedará absorbido este criterio con el tipo de infracción que prevé el artículo 56.a) de la LGS.

## **2. Órganos competentes para la imposición de sanciones**

La competencia de los órganos que podrán imponer sanciones aparece señalada en el artículo 66 de la LGS. Con carácter general, las sanciones «serán acordadas e impuestas» por los Ministros y Secretarios de Estado. Cuando la sanción sea privativa de derechos o facultades, sólo podrá acordarla el Ministro de Economía y Hacienda. Siguiendo con la debida separación de las fases de resolución e instrucción que prevé el artículo 134.2 de la LRJAPyPAC, la Ley de Subvenciones atribuye exclusivamente a los Ministros la facultad de designación del instructor. En el ámbito local, desde la aprobación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, conviven dos situaciones: Municipios de gran población, donde será la junta de gobierno el órgano competente y el resto de Entidades Locales, donde será el Alcalde.

## **3. Procedimiento sancionador y reintegro de subvenciones**

Aparte de la ya advertida remisión a la LRJAPyPAC, el artículo 67 de la LGS realiza también algunas menciones específicas totalmente superfluas, dado que nada añaden a aquella ley. Entre las mismas se encuentran el trámite de audiencia previa antes del acuerdo sancionador; la iniciación de oficio, como consecuencia, de la actuación de comprobación del órgano concedente o de la entidad colaboradora, así como de las actuaciones de control financiero, y que los acuerdos de imposición de sanciones ponen fin a la vía administrativa.

Por su parte, el artículo 102 del RLGS también reenvía al RPEPS, advirtiendo de la naturaleza de documentos públicos de las diligencias e informes que documenten actuaciones de control financiero. También se prevé la tramitación del procedimiento sancionador a propuesta de la Intervención General de la Administración del Estado (artículo 103 del RLGS).

Aunque el procedimiento sancionador sea autónomo del de reintegro, coinciden la mayoría de supuestos de reintegro con conductas infractoras (100). No cabe imponer, desde luego, sanciones en un procedimiento

---

(100) Cfr. MARTÍNEZ GINER, L. A.: *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., págs. 279 y sigs.

de reintegro (provocaría la invalidez de las sanciones), ni tampoco declarar el reintegro en un procedimiento sancionador (101). Por ello, la doctrina ha entendido que «cabe que una misma descripción legal de conductas merezca una interpretación restrictiva si juega como elemento de un tipo de infracción y una interpretación extensiva si aparece como causa de reintegro. En lo que se refiere a los hechos, puede que pruebas admisibles en el procedimiento de reintegro no lo sean en el procedimiento sancionador o hayan de practicarse de manera diferente. Además, el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, que deben regir en el procedimiento sancionador pero que no en el de reintegro, obligan a una valoración diferente de las pruebas. La consecuencia más importante es ésta: lo que quepa y hasta deba darse por probado en un procedimiento de reintegro puede que haya que considerarlo no probado en un procedimiento sancionador» (102).

#### 4. Extinción de la responsabilidad

Finalmente, de la extinción de la responsabilidad por sanciones se ocupa el artículo 68 de la LGS, que prevé el pago (tratándose de sanciones pecuniarias, con arreglo a la normativa presupuestaria, tributaria y de recaudación), el cumplimiento (con el transcurso del tiempo al que se extienda la medida correspondiente, si son sanciones privativas de derechos o facultades), el fallecimiento del infractor (103)—que determina la extinción también de las multas que se encuentren en fase de cobro— y la prescripción (104). Esta última se regula específicamente en el artículo

---

(101) Cfr. REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., págs. 689-690, considerando que ambos procedimientos no aparecen ni siquiera coordinados cronológicamente en la LGS y entendiéndose discutible que se presenten separados.

(102) Cfr. REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., pág. 691.

(103) La muerte del sujeto infractor (persona física) extingue la responsabilidad derivada de la infracción cometida, en base al principio de personalidad de la pena y de la sanción. Sin embargo, tratándose de la disolución y liquidación de sociedades, el artículo 69.3 y 4 de la LGS prevé la transmisión de las sanciones pendientes a los socios, partícipes o cotitulares, con la sola diferencia de si la entidad limita o no la responsabilidad patrimonial de los mismos.

(104) Ha desaparecido la *condonación automática* —por buena fe y falta de lucro personal del responsable— que antes preveía el texto refundido de la Ley General Presupuestaria —cfr. MARTÍNEZ LAGO, M. A.: «Infracciones y sanciones en materia de subvenciones y ayudas públicas», cit., pág. 69—; forma de extinción ésta que, aunque en relación a su operatividad en el ámbito de las sanciones tributarias, fue considerada conforme a la Constitución en la STC 76/1990, de 26 de abril.

65 de la LGS, que prevé un plazo de cuatro años y no los previstos por el artículo 132.1 de la LRJAPyPAC en función de la tipología infractora.

El cómputo de la prescripción de las infracciones se hará desde el día en que se cometieron (105). La prescripción de las sanciones comenzará desde el día siguiente a aquel en que hubiera adquirido firmeza la resolución por la que se impuso la sanción. No interrumpen la prescripción las actividades de comprobación y control financiero (106). Sólo lo harán el comienzo del procedimiento sancionador (107) y la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución de la sanción, tal y como prevé el artículo 132.2 y 3 de la LRJAPyPAC.

Por otra parte, puede darse la caducidad del procedimiento: *de inicio*, si transcurren dos meses sin notificación al interesado (artículo 6.2 del RPEPS) o *de resolución*, si ésta no se produce en el plazo de seis meses desde la iniciación. En cuanto a la *excusa absolutoria por reintegro espontáneo* que prevé el artículo 63.1 de la LGS, habrá de producirse éste antes de que finalice el procedimiento sancionador (108).

---

(105) Para el cómputo de la prescripción de las infracciones, hay que tener en cuenta lo que establece el artículo 4.6 del RPEPS sobre las *infracciones continuadas*: «No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo». Y, «asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión».

(106) Cfr. PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., pág. 514.

(107) Téngase en cuenta que el artículo 132.2 de la LRJAPyPAC prevé la reanudación del cómputo del plazo de prescripción si el expediente sancionador estuvo paralizado (injustificadamente) durante más de un mes por causa no imputable al responsable.

(108) Ya indicamos más atrás que los dos supuestos a los que se ciñe la exención de sanción benefician a quien obtenga la subvención y no la aplique a los fines previstos, así como a entidad colaboradora que no entregue el dinero a los beneficiarios. Para que se aplique la excusa absolutoria, el arrepentimiento (reintegro) espontáneo ha de haberse producido antes de que finalice el procedimiento sancionador. Si éste se ha tramitado antes que el de reintegro y hasta hubiese finalizado, MARTÍNEZ GINER, L. A.: *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., pág. 288, se pregunta si se debería revisar la sanción impuesta si luego se da el reintegro voluntario, contestando negativamente porque la sanción podría ser considerada como requerimiento de reintegro.



# LA «INTERCAMBIABILIDAD» DEL SUELO URBANIZABLE Y NO URBANIZABLE(\*) (\*\*)

JORGE AGUDO GONZÁLEZ

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN AL FENÓMENO DE LA «INTERCAMBIABILIDAD» DEL SUELO NO URBANIZABLE Y EL SUELO URBANIZABLE.– II ANÁLISIS DEL FENÓMENO DE LA «INTERCAMBIABILIDAD» DEL SUELO NO URBANIZABLE Y EL SUELO URBANIZABLE: 1. Los Textos Refundidos de la Ley del Suelo de 1976 y 1992. 2. La Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones. 3. La Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y el vigente Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio: A) Valoración de la nueva regulación legal: la «eliminación» de la clasificación del suelo. B) Confirmación del carácter reglado-discrecional de la clasificación del suelo como SNU en el marco del régimen de situaciones básicas. C) ¿El modelo urbanístico y territorial que inspira la nueva Ley permite hablar de un cambio de orientación hacia modelos sostenibles, frente a los modelos de oferta de suelo imperantes hasta la fecha?– III. ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN.– BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** La clasificación del suelo en el urbanismo español se sustenta sobre criterios discrecionales demasiado amplios precisamente en aquellas clases de suelo donde deben situarse las bolsas de suelo transformable. La discrecionalidad del planificador urbanístico ha dado lugar a una manifiesta «intercambiabilidad» entre el suelo no urbanizable y el suelo urbanizable, la cual ha adquirido una cierta normalización en nuestro Derecho positivo y en la práctica de nuestras Administraciones. Las consecuencias son preocupantes, pues han supuesto la reclasificación de suelos con valores merecedores de protección que deberían haber quedado al margen de los procesos de transformación urbanística, o bien de enormes superficies de suelo no justificadas objetivamente ni en su superficie, ni en su localización. Estos procesos han consolidado a nuestro modelo urbanístico como un modelo de oferta de suelo territorialmente insostenible. En este trabajo se lleva a cabo un análisis de las causas

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 24 de mayo de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 3 de junio de 2010.

(\*\*) Trabajo enmarcado en el proyecto «Gobernanza territorial y urbana: Hacia una gestión participada del territorio» (SEJ2007-68102-C05-01/GEOG), dirigido por el profesor Rafael MATA OLMO.

del fenómeno de la «intercambiabilidad» desde los orígenes de nuestro Derecho urbanístico hasta la actualidad, evidenciándose que los procesos que la generan se confirman bajo la vigencia de cualquiera de las Leyes urbanísticas estatales, incluso con la legislación vigente, a pesar de que sus intenciones fueran muy distintas.

*Palabras clave:* reclasificación; transformación del suelo no urbanizable; sostenibilidad; oferta de suelo.

*ABSTRACT: Soil zoning in the Spanish land planning is maintained on too broad discretionary criteria just in those kinds of soil where the territory can be transformed into new urban structures. Discretionary powers of the urban planner have originated a phenomenon, the 'exchange' between the soil that should remain in its natural situation and the one that could be transformed into new urban areas. This phenomenon has been commonly admitted in our law and in the practice of our Administrations. Consequences are very important because it has supposed the diminution of 'greenfield' sites without an objective justification both in the affected area, and in its location. These processes have consolidated our urban legal system as a model of soil offer and so territorially unsustainable. This work analyses the causes of this phenomenon from the origins of our modern urban Law until nowadays, showing that processes that generate that phenomenon are confirmed under all urban Laws, even with the current legislation, despite the fact that its intentions were very different.*

*Key words:* zoning; 'greenfield'; sustainability; soil offer.

## **I. INTRODUCCIÓN AL FENÓMENO DE LA «INTERCAMBIABILIDAD» DEL SUELO NO URBANIZABLE Y EL SUELO URBANIZABLE**

La clasificación del suelo constituye la técnica jurídica urbanística por antonomasia del Derecho urbanístico español. No en vano, la clasificación urbanística sigue siendo (a pesar del legislador estatal de 2007) determinante de todo el régimen jurídico del suelo. Por otro lado, y por ello mismo, la clasificación del suelo también es determinante de la definición del modelo territorial, puesto que lleva implícita la predeterminación y el direccionamiento de las acciones urbanísticas hacia los terrenos "aptos" para ser transformados urbanísticamente (suelo no urbanizable *versus* suelo urbanizable).

Uno de los problemas de nuestro sistema urbanístico es que la clasificación del suelo se sustenta sobre criterios discrecionales demasiado amplios (1), precisamente en aquellas clases de suelo donde deben situarse

---

(1) GALLEGO ANABITARTE (1993: p. 23).

las bolsas de suelo transformable. De hecho, el halo impreciso de la discrecionalidad del planificador urbanístico ha dado lugar a una mani-fiesta “intercambiabilidad” entre el suelo no urbanizable (SNU) y el suelo urbanizable. Los motivos para la consolidación de este fenómeno son múl-tiples, pero tal vez los más relevantes sean los siguientes: 1<sup>ª</sup>) Los cambios legales que promovieron la “liberalización” del suelo y la consolidación de un modelo urbanístico de oferta de suelo; 2<sup>ª</sup>) La inexistencia de cri-terios impeditivos o limitadores de la (re)clasificación de SNU; y 3<sup>ª</sup>) La ausencia generalizada de planes territoriales que operen como freno a la expansividad del urbanismo, mediante el establecimiento de parámetros vinculantes que eviten el consumo desordenado del territorio.

En este escenario, el fenómeno de la “intercambiabilidad” se ha afian-zado y ha logrado una cierta normalización en nuestro Derecho positivo y en la práctica de nuestras Administraciones (2) con manifestaciones muy graves en la práctica: 1<sup>ª</sup>) La consolidación de una práctica administrativa que ha “legitimado” (re)clasificaciones de terrenos clasificados como SNU que, aun no contando con una protección oficial derivada de la legislación o planificación territorial o sectorial que pudiera conllevar su clasificación como SNU especialmente protegido (SNUEP), contaban con valores produc-tivos, paisajísticos, culturales y ecológicos merecedores de protección (3); 2<sup>ª</sup>) Cuando esos terrenos carecían de valores merecedores de protección, esa misma práctica administrativa ha legitimado la generación de oferta de suelo en superficies y localizaciones que no siempre estaban justificadas en criterios objetivables; y 3<sup>ª</sup>) Como efecto general puede afirmarse que todas esas prácticas han favorecido la consolidación de nuestro sistema urbanístico como un modelo de oferta de suelo.

---

(2) Lo mismo cabría decir en relación con la doctrina especializada, pues no es infrecuente que los autores utilicen expresiones que describen este proceso casi como algo «normal»; así, se utilizan expresiones como la «conversión» del suelo rústico en suelo urbanizable, o bien que el SNU «pasa a ser» suelo urbanizable, o bien la alusión al «traspaso» de suelo rústico a suelo urbanizable.

(3) Estas prácticas han fomentado el incremento de la artificialización de los denomina-dos «espacios intermedios», esto es, ámbitos naturales y rurales localizados entre los protegidos «oficialmente» y los terrenos urbanizados, pero que pueden contar con valores merecedores de protección y que, como se podrá imaginar, ocupan el mayor porcentaje de territorio de España. La desconsideración generalizada de estos espacios se ha basado en la concepción «elitista» de la protección jurídica de los espacios naturales que ha dominado en nuestro Derecho hasta fechas recientes y que ha supuesto la centralización de la protección en las áreas mejor conservadas, con el consiguiente desprecio de otros valores innatos en otros muchos terrenos como los paisajísticos, cuya consideración ahora resulta fundamental tras la ratificación del Convenio Europeo del Paisaje [véase, AGUDO GONZÁLEZ (2007a: *in toto*)].

Como podrá deducirse con facilidad, estas prácticas descubren que el elemento decisivo para la determinación del estatuto de la propiedad no ha sido la "aptitud" física y real para la urbanización de unos terrenos específicos (4), ya que la "intercambiabilidad" a la que venimos haciendo referencia ha permitido que prácticamente todos los terrenos en origen rústicos puedan "convertirse" en suelo urbanizable. Es imposible admitir por tanto que en estas circunstancias las características físicas del suelo hayan sido realmente las determinantes de la clasificación del SNU y del suelo urbanizable, pues es manifiesto que el destino discrecionalmente elegido por el planificador ha sido el elemento verdaderamente definitivo. En fin, en estos términos, si el suelo susceptible de transformación se nutre de SNU reclasificado, entonces no queda más remedio que admitir que ha existido y existe una relación inseparable entre SNU y suelo urbanizable y que la distinción de su régimen jurídico depende de criterios sobrevenidos marcados por la obtención de rentabilidad que ha caracterizado a nuestro urbanismo.

No se descubre nada nuevo si se afirma por tanto que la clasificación del suelo no opera con la precisión y objetividad que requeriría el entendimiento de la propiedad inmobiliaria como un conjunto de estatutos variables y diferenciados, cuya premisa es precisamente dicha clasificación (5). Esto, lógicamente, supone una incoherencia difícilmente superable. No basta con tratar de justificar esa incoherencia en una incorrecta y errática práctica administrativa, pues vista la experiencia de más de cinco décadas de Derecho urbanístico, esto sería tanto como asumir un carácter patológico inherente a las reglas de nuestro sistema urbanístico. Muy probablemente sea más cercano a la realidad afirmar que la normalidad patológica de nuestro urbanismo en materias como la comentada, se debe a que nuestro Derecho no es lo suficientemente claro y determinante como para impedir o reducir el número de supuestos anómalos.

Este planteamiento pone en tela de juicio la distinción radical de esas dos clases de suelo y evidencia la discriminación que sufren los propietarios de SNU no reclasificado. Llama aún más la atención esta conclusión, si consideramos la "igualación" que ha supuesto la reconducción del SNU común y del suelo urbanizable a la misma situación básica (rural) operada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo [y ahora el vigente Decreto

---

(4) Como bien señala PARADA VÁZQUEZ (1988: p. 285), todos los terrenos son «aptos» para soportar construcciones.

(5) MENÉNDEZ REXACH (1994: p. 100).

Legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRLR de 2008, en adelante)]. Dejando a un lado los suelos protegidos o con valores merecedores de protección, *a priori* todos los terrenos integrables en esa enorme bolsa de suelo parten de una situación objetiva similar. Partiendo de esta premisa, el problema evidente que una eventual reclasificación de suelo genera es el diferente tratamiento jurídico que ella confiere a unos propietarios, pero no a otros. Aquí, el problema es sencillamente de reconducción de las decisiones discrecionales de la Administración a criterios objetivos controlables que motiven la inexistencia de desigualdades injustificadas.

El problema es distinto en aquellos terrenos de SNU común que sí posean valores merecedores de protección, algo que lógicamente es extensible al SNUEP. En estos casos, el problema no es de discriminación en los términos que acabamos de exponer, sino de compensación. En tales supuestos, se pone de manifiesto lo criticable que es la conclusión lógica que se deriva del reconocimiento de diversos estatutos de la propiedad (art. 7 del vigente TRLR de 2008), esto es, la desigualdad gratuita que nuestro Derecho urbanístico imputa a la diferente clasificación del suelo (6). Dejando a un lado esta antigua problemática, en relación con estos suelos la clasificación del suelo debería ser en todo caso la adecuada a la situación física del suelo, ya por propia iniciativa del planificador (en el caso del SNU común con valores), ya con base en decisiones previas que son imponibles al planificador urbanístico (SNUEP). Aquí *a priori*, y a pesar de que la práctica administrativa antes descrita no siempre haya actuado así, no se puede justificar objetivamente que los terrenos sean "aptos" para ser transformados urbanísticamente. Por ello mismo, toda reclasificación de estos terrenos debería considerarse contraria a Derecho por arbitraria, pues desconoce que el destino de esos terrenos es la prestación de servicios ambientales a la sociedad, lo que implica necesariamente una adscripción permanente a dicho destino, salvo pérdida acreditada, como consecuencia de procesos naturales, de los valores que habilitan su adscripción a la prestación de tales servicios. Así pues, estos terrenos sólo podrían ser reclasificables si se acreditara la pérdida de los valores que motivaron su clasificación como SNU, en los términos de las SSTS de 17 de febrero de 2003 (Az. 2891), 25 de octubre de 2006 (Az. 764 de 2007) o de 3 de julio de 2007 (Az. 3753), entre otras.

---

(6) La corrección de la desigualdad en estos supuestos ha sido reclamada por autores como PARADA VÁZQUEZ (1988: pp. 284 y ss.) o LOBATO GÓMEZ (1989: p. 602).

La no corrección jurídica de estas situaciones (desigualdad y falta de compensación), explica que las premisas de nuestro sistema urbanístico provoquen e inciten una “carrera” hacia la “conversión” del SNU en suelo urbanizable. Efectivamente, el hecho de que conforme a la concepción estatutaria de la propiedad urbana el monopolio de los aprovechamientos urbanísticos se genere exclusivamente en el suelo urbanizable, permite entender que los propietarios de SNU y los promotores tengan un fuerte incentivo para incidir en el proceso de decisión urbanística a favor de sus intereses, con el ánimo de que sean sus terrenos los incluidos dentro de la línea que delimita el suelo urbanizable.

Como quiera que en esta materia las decisiones administrativas están dominadas por un amplísimo margen de discrecionalidad, la clasificación del suelo se ha identificado más con una “lotería” (7) que con una decisión objetiva y razonable. Esta “lotería del planeamiento” genera un “efecto comparación” entre quienes se ven favorecidos por las decisiones administrativas y quienes ven como su propiedad mantiene su carácter rústico y, por ello, sigue vacía de aprovechamientos rentables. Como los propietarios no beneficiados por las decisiones urbanísticas ven mermado el contenido patrimonial inherente a su derecho, es fácil entender que entre sus principales objetivos se encuentre lograr que sus terrenos pasen al estadio siguiente, “convirtiéndose” en suelo urbanizable. En fin, podríamos decir que el concepto estatutario de la propiedad genera un “efecto psicológico” favorable a la generación de nueva oferta de suelo, ya que sólo así el propietario de SNU conseguirá que su estatuto jurídico sea rentable.

Las causas del fenómeno de la «intercambiabilidad» serán precisamente el objeto de nuestro estudio. Dicho análisis se llevará a cabo desde los orígenes de nuestro Derecho urbanístico moderno hasta la actualidad, poniendo de relieve que los procesos que generan ese fenómeno se confirman bajo la vigencia de cualquiera de las Leyes urbanísticas estatales (8), incluso con la legislación vigente, a pesar de que sus intenciones fueran muy distintas.

---

(7) Por ejemplo, PARADA VÁZQUEZ (1988: p. 273).

(8) Esto se corrobora con independencia de cuál fuera el régimen jurídico de la clasificación del suelo. Desde este punto de vista, cabe distinguir al menos tres modelos urbanísticos: 1º) Un primer modelo basado en el criterio de residualidad del SNU (Ley del Suelo de 1956 y los TRLS de 1976 y 1992); 2º) Otro basado en la residualidad del suelo urbanizable (Ley 6/1998); y 3º) Por último, un tercer modelo que renuncia a la clasificación como técnica jurídica determinante y en el que no existe un criterio de residualidad definido (Ley del Suelo de 2007 y TRLS de 2008).

## **II. ANÁLISIS DEL FENÓMENO DE LA «INTERCAMBIABILIDAD» DEL SUELO NO URBANIZABLE Y EL SUELO URBANIZABLE**

### **1. Los Textos Refundidos de la Ley del Suelo de 1976 y 1992 (9)**

El art. 80 del TRLS de 1976 estableció las bases del régimen de la clasificación del SNU que en parte todavía perduran en las Leyes urbanísticas autonómicas vigentes. Así, a la residualidad del suelo rústico prevista ya por el art. 65 de la Ley del Suelo de 1956, el TRLS de 1976 añadiría además las que luego han sido las dos tipologías básicas integrables en este tipo de suelo. En concreto, el citado precepto estableció dos reglas fundamentales en el régimen de la clasificación del SNU: 1ª) Como decíamos, mantuvo la regla de la residualidad del SNU, es decir, la consideración como SNU común de todos aquellos terrenos que el planeamiento general no hubiera clasificado como suelo urbano o como suelo urbanizable [art. 80.a)]; como es fácilmente imaginable, el suelo rústico residual estaba constituido por una enorme bolsa de suelo que en principio carecía de valores jurídicamente destacables, no tanto porque ello pudiera ser así en virtud de las circunstancias fácticas que definían a esos terrenos, como porque la propia Ley no otorgaba a esos suelos ninguna relevancia ambiental, paisajística, cultural...; 2ª) La distinción entre SNU común u ordinario, integrado por todo el SNU residual, y el SNUEP, esto es, según la letra b) del art. 80, todos aquellos espacios que el planeamiento «determine para otorgarles una especial protección, a los efectos de esta Ley, en razón de su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, de sus valores paisajísticos, históricos o culturales o para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico». Es decir, sólo en esta clase de suelo la Ley reconocía especiales valores susceptibles de protección (10).

---

(9) Se nos permitirá que por el carácter supletorio del TRLS de 1976 comencemos nuestro repaso con esta norma. En cualquier caso, a lo largo de este estudio se harán cumplidas citas de la Ley del Suelo de 1956.

(10) Los mismos criterios fueron seguidos por el TRLS de 1992. Su art. 12 estableció que tendrían la condición de SNU «los terrenos que el planeamiento general no incluya en ninguna de las clases de suelo anteriores» (regla de la residualidad); del mismo modo dicho precepto mantuvo la distinción del SNUEP frente al SNU común residual «los espacios que dicho planeamiento determine para otorgarles una especial protección en razón de su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, de sus valores paisajísticos, históricos o culturales, o para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico». La STC

La dualidad entre SNU común y SNUEP tiene una enorme trascendencia en lo que atañe a la oferta de suelo. Por lo que se refiere al SNUEP esto es evidente, aunque en principio sólo suponga la contención de un mínimo insoslayable de la oferta de suelo vinculada a los espacios «oficialmente» protegidos. No en vano, en esos ámbitos la clasificación como SNUEP viene predeterminada por actos jurídicos previos (declaración de espacios naturales protegidos, afectación al dominio público natural, etc.) que condicionan necesariamente la labor del planificador urbanístico, el cual sólo puede clasificar esos terrenos en la única tipología compatible con aquella decisión precedente, es decir, como SNUEP. Así pues, se puede afirmar que la clasificación del suelo en la categoría de SNUEP atiende a las condiciones fácticas y reales del suelo, predeterminadas por el régimen jurídico protector otorgado a esos terrenos (11).

Esto no quiere decir que la distinción entre SNUEP y SNU común impidiera al planificador otorgar un régimen de protección a otros suelos clasificados como SNU, aun no habiendo sido objeto de una protección «oficial» específica. Es decir, dicho dualismo no excluía una ponderación original por el propio planificador urbanístico de los valores identificados por los conceptos jurídicos indeterminados citados en el art. 80.b) del TRLS de 1976 (o en el art. 12 del TRLS de 1992), otorgando una protección especial a tales terrenos (12), justamente aquellos que hemos calificado como «espacios intermedios». Centralizada la protección del SNUEP en los terrenos protegidos «oficialmente», sólo la iniciativa del planificador urbanístico podía evitar la promoción de actuaciones urbanísticas (y, por tanto, la generación de oferta de suelo) en los vastísimos «espacios intermedios».

Ahora bien, en defecto de esa protección adicional otorgada por propia iniciativa del planificador, se ha de observar que la única «protección» dispensada a esos «espacios intermedios» ha sido la derivada de la contemporización de su posible transformación urbanística en virtud de su

---

61/1997 (FJ 16) se encargó de confirmar la constitucionalidad de la previsión de un tipo especialmente protegido de SNU por el legislador estatal con base en el art. 149.1.23 CE. Sin embargo, la sentencia consideró que la categoría del SNU común excedía de lo estrictamente medioambiental, reconduciendo esa categoría de suelo a la competencia del Estado ex art. 149.1.1 CE. Esto mismo fue luego reiterado por la STC 164/2001 (FJ 14 y 32).

(11) MENÉNDEZ REXACH (2006: pp. 177 y 178) y AGUDO GONZÁLEZ (2004: pp. 411 y ss.).

(12) Creando incluso tipologías de SNU protegido distintas a las expresamente previstas en el TRLS de 1976, como así establece la STS de 28 de septiembre de 1998 (Az. 6948).

consideración como SNU común residual. De hecho, se puede decir que el SNU común residual operaba como una bolsa de suelo potencialmente transformable más (conjuntamente con el suelo urbanizable programado, pero también con el suelo urbanizable no programado), eso sí, sujeta a trámites cualificados (la alteración del planeamiento para reclasificar el suelo).

Como es fácilmente deducible, la diferente «excelencia» de los terrenos conllevaba asimismo una muy diferente facultad del planificador para clasificar suelo en una u otra categoría de SNU. Así, mientras la clasificación se debía considerar reglada cuando la categoría era la de SNUEP, en aquellos casos en los que la protección otorgada derivaba de la propia iniciativa del planificador urbanístico, esa decisión era discrecional. Y por lo que se refiere a la clasificación de terrenos como SNU común residual, la jurisprudencia vino admitiendo que el planificador urbanístico gozaba de una considerable discrecionalidad (13), en la medida en que la clasificación de esta clase de suelo dependía exclusivamente de la clasificación del suelo urbanizable, siendo que en este caso la jurisprudencia reconocía plena discrecionalidad al planificador (14).

Las diferentes facultades de la Administración urbanística al clasificar SNU evidenciaban que, por lo que se refiere a la oferta de suelo, tanto la regla de la residualidad del SNU común, como la propia iniciativa del planificador al proteger terrenos con valores merecedores de protección, eran las dos manifestaciones con mayor trascendencia. De hecho, el carácter reglado del SNUEP más que garantizar la contención de la oferta de suelo, tendría como vocación salvaguardar aquellos espacios cuya transformación sería absolutamente incompatible con los valores que les caracterizan y con la normativa que les protege. Ahora bien, precisamente porque el control de la oferta de suelo se ha remitido a aquellas categorías de SNU de clasificación discrecional, puede decirse que contuvieron la oferta de suelo con bastante debilidad. Esto es manifiesto en el caso de terrenos protegidos por el planificador, sencillamente debido a la inexistencia de límites legales a la reclasificación de esos espacios, del mismo modo que

---

(13) Esto no quiere decir que no hubiera límites. La STS de 1 de febrero de 2000 (Rec.-2209/1994; Pte.- GARZÓN HERRERO) es un buen ejemplo. La sentencia se pronuncia a favor de la clasificación como SNU de ciertos terrenos por su proximidad a otros espacios protegidos.

(14) En este sentido, las SSTs de 9 de febrero de 1994 (Az. 1443), 22 de enero de 1996 (Az. 208) o de 26 de marzo de 1996 (Az. 2210), entre otras muchas.

en el caso del SNU residual, donde la discrecionalidad en el ejercicio del *ius variandi* (15) se manifiesta en toda su intensidad. En estos términos, la contención del suelo urbanizable fue solamente relativa (16), evidenciando plenamente el fenómeno de la «intercambiabilidad» (17).

## **2. La Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones**

Uno de los objetivos confesos de la Ley 6/1998 fue el incremento de la oferta de suelo urbanizable. La Exposición de Motivos de la Ley señalaba en este sentido que la Ley pretendía «facilitar el *aumento de la oferta de suelo* haciendo posible que todo el suelo que todavía no ha sido incorporado al proceso urbano en el que no concurren razones para su preservación, pueda considerarse como susceptible de ser urbanizado»; añadía a continuación que «*la reforma del mercado del suelo en el sentido de una mayor liberalización que incremente su oferta* forma parte de la necesaria reforma estructural de la economía española». La Ley presumía por tanto que cuanto mayor fuera la oferta de suelo transformable, menor sería su precio y, en consecuencia, también menor sería el precio del producto final (la vivienda). En aras de lograr ese resultado, la Ley 6/1998 introdujo un cambio radical en la regla de residualidad del SNU establecida por la Ley del Suelo de 1956, otorgando ese carácter al suelo urbanizable (art. 10 de la Ley 6/1998).

---

(15) Por todas la STS de 23 de abril de 1998 (Az. 3102).

(16) Ese fenómeno se confirma en los resultados de artificialización del territorio de los años posteriores a la aprobación del TRLS de 1976 y sobre todo tras la aprobación del TRLS de 1992. Véase, el estudio dirigido por JIMÉNEZ HERRERO (2006: *in toto*).

(17) A pesar de que los resultados no son muy favorables, lo cierto es que el TRLS de 1976 ha sido valorado positivamente en la medida en que permitió frenar la transformación del suelo rústico legitimada con base en los arts. 66 y 69 de la Ley del Suelo de 1956 [PAREJA LOZANO (2006: pp. 298 y ss.)]. En esta clase de suelo concurren dos procesos que contribuyeron a que la aplicación de la Ley no fuera compatible con la naturaleza de esos terrenos: 1º El otorgamiento *ex lege* de la facultad de edificar (art. 69.1.2º), que contribuyó a la aparición de numerosos núcleos urbanos sobre todo de segunda residencia en los años sesenta [PARADA VÁZQUEZ (1988: pp. 277 y 278)]; y 2º La doctrina jurisprudencial que aceptaba la aprobación de Planes Parciales sin previo Plan General, entendidos como planes de expansión urbana [por todas, la STS de 13 de noviembre de 1975 (Az. 4356)]. El TRLS de 1976 puso coto a ambos procesos, prohibiendo la aprobación de Planes Parciales sin previo Plan General [art. 13.1.c)], y sustituyendo la atribución legal de edificabilidad por un régimen de usos autorizables.

Sin embargo, para que la pretendida liberalización del suelo hubiera merecido realmente tal calificativo, y la oferta de suelo urbanizable hubiese sido de tal magnitud como para responder realmente a esa idea de liberalización, hubiera sido preciso que los avatares sufridos por la Ley 6/1998 no desactivaran de forma relevante sus intenciones (18). En realidad para que esa liberalización hubiera sido tal, hubiese sido necesario: 1ª) Que la generación de oferta de suelo hubiera sido inmediata y no demorada en el tiempo; aquí los problemas surgidos tenían que ver con los términos abiertos del régimen transitorio de la Ley (19); 2ª) Que la clasificación del SNU hubiera sido realmente reglada y por tanto constreñida a aquellos terrenos en los que concurrían razones para su preservación; aquí los inconvenientes tienen que ver con los cambios sufridos por el art. 9 de la Ley y, por ello, con los términos en que la Ley previó la clasificación del SNU común (20); y 3ª) Que las Leyes de las CCAA hubieran o bien solven-

---

(18) En esta línea, MENÉNDEZ REXACH (2006: p. 179), PORTO REY (2007: p. 34) o SÁNCHEZ GOYANES (2007a: pp. 35).

(19) La D.Tran. 1ª de la Ley 6/1998 estableció un régimen transitorio para cada categoría de suelo que resultaba ser contradictorio con los deseos expresados por la Ley en la Exposición de Motivos. La D.Tran. 1ª.a) establecía que el régimen jurídico aplicable al suelo clasificado como SNU a la entrada en vigor de la nueva Ley, sería el del SNU establecido en la Ley 6/1998. Es decir, hasta que no se procediera a la revisión del plan, al suelo clasificado como SNU se le aplicaría el régimen jurídico establecido en el art. 20 de la Ley 6/1998. Esta solución suponía la no generación de nueva oferta de suelo urbanizable de forma inmediata, algo que tampoco fue corregido por las posteriores Leyes autonómicas, pues ni todas las CCAA establecieron plazos para adaptar el planeamiento urbanístico al nuevo régimen legal, ni aquellas que los establecieron fueron diligentes en su cumplimiento. De hecho, allí donde fueron previstos esos plazos, lo cierto es que en la práctica se han incumplido de forma generalizada.

(20) La STC 164/2001 se encargó de confirmar el modelo de clasificación establecido por la Ley 6/1998 con una doctrina que desactivaba en buena medida el contenido directivo de la Ley estatal, tanto en lo relativo a los criterios determinantes de la clasificación del suelo como SNU, como en lo que afectaba a la generación de oferta de suelo transformable. En el marco del art. 9.1º de la Ley 6/1998 (SNUEP), la STC 164/2001 (FJ 14) afirmó que la clasificación del suelo sólo sería reglada si así se derivaba de la legislación autonómica urbanística y sectorial, así como de la valoración que el planificador hiciera de tales normas. Cosa distinta es que en muchos casos ya la propia legislación sectorial autonómica impusiera directamente la clasificación del suelo como SNUEP. En definitiva, un ejercicio de coherencia parecía confirmar, coincidiendo con nuestra legislación urbanística tradicional, que la clasificación del SNUEP debía ser reglada, como por otro lado confirman las SSTs de 3 de julio de 2007 (Az. 3753) y de 3 de julio de 2009 (Rec.- 909/2005; Pte.- TESO GAMELLA).

Por lo que se refiere al art. 9.2º de la Ley 6/1998, la STC 164/2001 (FJ 14) confirmó que la clasificación del suelo como SNU común depende de una valoración discrecional que sólo corresponde al planificador, en atención a los condicionantes legales establecidos por la legislación aplicable. Aparte de esta consideración, la sentencia añadía un inciso final en el mismo fundamento jurídico que constituía un aviso a navegantes: «*es la concurrencia de los dos criterios del art. 9.2 LRSV, en*

tado los errores del legislador estatal en los dos aspectos señalados (cosa que no hicieron), o bien que al menos no hubiesen reeditado las faltas de la Ley 6/1998 (cosa que en algunas CCAA sí que sucedió), o bien que no hubieran ampliado los criterios para clasificar SNU (en la mayoría de las CCAA la situación fue precisamente la contraria a la deseada por el legislador estatal, pues las CCAA aprovecharon los desajustes de la Ley para dejar en entredicho el volumen de suelo ofertable).

Efectivamente, tras la STC 61/1997, no es de extrañar que antes del periplo iniciado por el art. 9.2º de la Ley 6/1998, algunas CCAA procedieran a incluir entre los criterios de clasificación del SNU diversos conceptos integrables en el general de «inadecuación para el desarrollo urbano» (21) al que aludía el inciso final del art. 9.2º en su redacción original. Todos estos criterios, no es necesario decirlo, ampliaban los valores y conceptos mencionados en el art. 9 de la Ley estatal 6/1998 (22). Es más, hasta la modificación del art. 9.2º por Ley 10/2003, cabría afirmar que algunos de los elementos definitorios del SNU empleados por la legislación autonómica entraban en directa confrontación con el tenor literal de la Ley

---

*la concreta redacción de 1998, lo que lleva a rechazar el reproche de inconstitucionalidad». Es decir, la no imposición por parte del Estado de un modelo urbanístico a las CCAA dependía de que el art. 9.2º mantuviera el tenor literal con el que fue aprobado originalmente incluyendo su inciso final, justamente aquel que confería una considerable discrecionalidad al legislador autonómico para ampliar el suelo clasificable como SNU. El comentario del Tribunal era en realidad una llamada de atención, pues antes de ser dictada la STC 164/2001, aquel inciso del art. 9.2º había sido eliminado a través del Real Decreto-Ley 4/2000, con el fin de acotar, o mejor eliminar, cualquier atisbo de discrecionalidad. Ahora bien, en virtud de la jurisprudencia de la STC 164/2001 (FJ 15), sólo considerando la clasificación del SNU común como una facultad discrecional, la regulación del art. 9.2º de la Ley 6/1998 podría considerarse conforme con el sistema constitucional de competencias [igualmente, la STS de 24 de julio de 2008 (Az. 4443)]. Por este motivo, el mismo precepto fue posteriormente modificado por Ley 10/2003, de 20 de mayo, incorporando un inciso final que ampliaba el tenor del inciso derogado por Real Decreto-Ley 4/2000, sistematizando de forma resumida el sentido que las Leyes autonómicas aprobadas habían venido otorgando al precepto estatal en su primera versión.*

Llegados a este punto, cabe señalar que a pesar de los avatares del art. 9.2º, lo cierto es que incluso en su redacción modificada por Real Decreto-Ley 4/2000, el precepto confería facultades discrecionales. En esta dirección, las SSTs de 11 de mayo de 2007 (Az. 8321), 21 de julio de 2008 (Az. 4439), 30 de julio de 2008 (Az. 307004), 1 de junio de 2009 (Rec.– 895/2005; Pte.– CALVO ROJAS) o de 30 de septiembre de 2009 (Rec.– 3920/2005; Pte.– YAGÜE Gil), y con anterioridad AGUDO GONZÁLEZ (2004: pp. 411 y ss.).

(21) Tales como la improcedencia de su transformación por razones de sostenibilidad o la inadecuación de los terrenos para su desarrollo urbano, entre otros criterios.

(22) Un repaso de la legislación en AGUDO GONZÁLEZ (2004: pp. 423 y ss.), así como en SÁNCHEZ GOYANES (2007d: pp. 398 y ss.).

estatal, sin perjuicio de su constitucionalidad sobrevenida con base en la posterior STC 164/2001. Más tarde, cuando los acontecimientos dieron la razón a las CCAA, el legislador estatal tuvo que dar marcha atrás y aceptar los «hechos consumados» de la legislación urbanística autonómica, asumiendo una redacción condicionada en buena medida por los criterios incorporados en las Leyes autonómicas aprobadas a partir de 1998.

Esta aparente «confrontación entre legisladores» tuvo resultados positivos en lo que hace a la potencial oferta de suelo, pues la labor «desactivadora» de algunas CCAA contribuyó a objetivar criterios de protección del SNU común mediante la identificación de valores y otros criterios, como los riesgos que afectan al territorio, ampliando de forma considerable el SNU protegido, no sólo por estar protegido «oficialmente» y que, por tanto, debía ser integrado en alguna de las categorías de SNUEP previstas por el legislador estatal y autonómico, sino también con base en la propia valoración discrecional del planificador urbanístico a la hora de identificar aquellos valores susceptibles de protección previamente identificados por el legislador (23). En otras palabras, el «choque» de la legislación estatal y autonómica permitió la objetivación de la protección del SNU con base en criterios que nada tienen que ver con la pura discrecionalidad derivada de la regla de residualidad del SNU ordinario de la legislación estatal desde 1956 a 1992 (24).

A pesar de la «desactivación» parcial de las intenciones liberalizadoras de la Ley 6/1998, la evolución de los procesos de artificialización a partir de la entrada en vigor de esta Ley adquirieron tintes nefastos. Así pues, si bien no pudo hablarse de una liberalización en sentido estricto, sí que es cierto que el criterio de la residualidad del suelo urbanizable tuvo una repercusión muy importante en la generación de suelo transformable, aunque no necesariamente de suelo urbanizado (25).

---

(23) Esto es justamente lo que afirma la STS de 29 de mayo de 2009 (Rec.- 283/2006; Pte.- YAGÜE GIL) en relación con la Ley 6/1998.

(24) Este efecto positivo, no es preciso decirlo, no es imputable en la misma medida a todas las CCAA, pues del mismo modo que en algunos casos la trascendencia de esta acción legislativa ha sido muy importante, en otros ha sido sencillamente inexistente, por la sencilla razón de que el legislador autonómico optó por reiterar o asumir sin desarrollo alguno las determinaciones de la legislación estatal.

(25) Esta conclusión se ha confirmado recientemente tanto en el nuevo informe promovido por el OSE, titulado «Sostenibilidad en España 2007», como en el informe del Ministerio de Fomento, «Estadísticas de Edificación y Vivienda, Licencias municipales de obra 1990-2007». En esta línea, es imprescindible igualmente la lectura de MATA OLMO (2007: *in toto*).

Sin embargo, a pesar de esos datos, lo más llamativo es que el modelo territorial resultado de la Ley 6/1998 no tuvo ningún reparo de inconstitucionalidad desde el punto de vista de la sostenibilidad. De hecho, para la STC 164/2001 (FJ 15) el modelo legal instaurado en 1998 no era incompatible con el art. 45 de la Constitución y, por tanto, no vulneraba el principio de sostenibilidad ínsito en dicho precepto (STC 102/1995) (26):

*«... se ha cuestionado también la primacía que el art. 10 LRSV habría dado a los objetivos de desarrollo económico, frente a la protección ambiental garantizada por el art. 45 CE. Los argumentos ya expuestos en el apartado anterior conducen derechamente a la desestimación de este motivo de inconstitucionalidad. Hemos dicho, en primer lugar, que la clasificación residual del suelo como urbanizable sólo actúa en defecto de la expresa clasificación como suelo no urbanizable, opción esta última que sustancialmente corresponde a cada Comunidad Autónoma. Y hemos dicho también que la clasificación residual del suelo como urbanizable, en la forma en que lo hace el art. 10 LRSV, no impone ni el cómo ni el cuándo de la transformación del suelo: la conformidad del suelo urbanizable con el medio ambiente resultará de las decisiones (autonómicas y, complementariamente, locales) sobre volumen edificatorio, usos e intensidades. A partir de estas premisas, en forma alguna se puede identificar en el art. 10 LRSV una preterición de los valores ambientales a favor del desarrollo económico».*

Merece la pena releer el último inciso, pues de él sólo puede llegarse a la conclusión de que el modelo de la Ley 6/1998 era también un modelo sostenible desde la perspectiva constitucional. Entonces, si la Ley estatal en sí misma no estableció un modelo territorial insostenible ¿quiénes pueden ser identificados como los «culpables» de la deriva del urbanismo hacia un modelo insostenible? Considerando las palabras del Tribunal Constitucional, sólo cabe culpar a las CCAA y a las CCLL, pues eran ellas quienes debieron trasladar primero a sus Leyes y luego a sus planes criterios que permitieran concretar la protección del suelo rústico, limitando el fenómeno de la «intercambiabilidad» y, consecuentemente, la oferta de suelo real en su territorio (27).

---

(26) A pesar de la comprensible opinión en contra de autores como PAREJA LOZANO (2006: pp. 311 y 312) o MENÉNDEZ REXACH (2006: p. 183).

(27) Sin embargo, la ejecución de proyectos de dudosa sostenibilidad ha sido común en todas las CCAA, algo sorprendente considerando que todas las Leyes urbanísticas mencionan a la protección del medio ambiente y a la sostenibilidad como principios rectores de la acción pública en la materia. Sobre esta cuestión, AGUDO GONZÁLEZ (2008: primera parte *in toto*).

### **3. La Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y el vigente Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio**

La aprobación de la Ley 8/2007, y posteriormente del TRLS de 2008, ha tenido como objetivo frenar el modelo urbanístico instaurado en los años 90 y que nos abocaba a la más inmediata insostenibilidad. El análisis de la nueva legislación, en la misma medida que para los precedentes legales, se limitará al estudio de los efectos de la nueva normativa en la oferta de suelo susceptible de transformación. Pues bien, desde esta perspectiva, nuestro estudio pondrá de relieve que la nueva normativa tampoco zanja el tradicional fenómeno de la «intercambiabilidad» de nuestro Derecho urbanístico (28).

#### **A) Valoración de la nueva regulación legal: la «eliminación» de la clasificación del suelo**

La Ley 8/2007, y el vigente TRLS de 2008, establecen sólo dos tipos básicos de suelo («situaciones básicas» en la terminología que utiliza la Ley): suelo en «situación básica rural» y suelo en «situación básica urbanizado». La Ley no alude en ningún momento a la técnica de la clasificación del suelo y por ello se elimina la tradicional distinción entre suelo urbano, urbanizable y no urbanizable. El motivo de esta eliminación se encuentra en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, en la que se señala que *«con independencia de las ventajas que pueda tener la técnica de la clasificación y categorización del suelo por el planeamiento, lo cierto es que es una técnica urbanística, por lo que no le corresponde a este legislador juzgar su oportunidad»*.

Se podría estar de acuerdo con el legislador estatal en que la trilogía tradicional de la clasificación del suelo propia de nuestro Derecho urbanístico no se encuentra en la naturaleza de las cosas. Ahora bien, eliminar cualquier regulación de la clasificación del suelo aludiendo a que se trata

---

(28) Antes de comenzar debemos hacer un comentario extrajurídico que puede resultar determinante: tras la aprobación de la Ley, España está sufriendo los graves efectos de una crisis inmobiliaria sin precedentes. Resulta evidente que los efectos en la generación de oferta de suelo y en la sostenibilidad de la nueva Ley no se deben imputar exclusivamente a las bondades de la regulación de la nueva legislación estatal, sino también a esa crisis brutal que deberá reestructurar y reconducir el sector hacia niveles sostenibles.

de una técnica urbanística de la que no cabe «juzgar su oportunidad», es algo que desconoce no sólo que nos encontramos ante una técnica bien arraigada en nuestro Derecho, sino que además su «oportunidad», por utilizar los términos de la Exposición de Motivos de la Ley, ya había sido valorada favorablemente por las SSTC 61/1997 y 164/2001 (29).

Por otra parte, la clasificación del suelo es una técnica que se puede amparar sin problemas bajo el paraguas del art. 149.1.1 CE. De hecho, la STC 61/1997 [FJ 14.b)] ya había señalado que la clasificación del suelo es «*el presupuesto de la misma propiedad del suelo*», sin la cual «*no sería posible regular condición básica alguna del ejercicio del derecho de propiedad urbana (...) puesto que constituye la premisa a partir de la cual se fijan las condiciones básicas*». Todo ello, siempre y cuando a través de esas condiciones básicas «*no se puede configurar el modelo de urbanismo que la Comunidad Autónoma y la Administración local, en el ejercicio de sus respectivas competencias, pretendan diseñar, ni definir o predeterminar las técnicas o instrumentos urbanísticos al servicio de esas estrategias territoriales, aunque, como se verá, puedan condicionar indirectamente ambos extremos*» [STC 61/1997 (FJ 9)].

En fin, si la clasificación del suelo es una técnica que se puede encuadrar con naturalidad en el art. 149.1.1 CE, y si además la regulación de esta técnica realizada tanto por el TRLS de 1992, como por la Ley 6/1998, no se puede decir que suponga, en los términos establecidos por las SSTC 61/1997 y 164/2001, «*definir o predeterminar las técnicas o instrumentos urbanísticos*», entonces, no se puede estar de acuerdo con la afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007 cuando indica que la clasificación del suelo es sólo una «técnica urbanística». Es obvio que la clasificación del suelo es una técnica urbanística, ahora bien, también lo es que la clasificación del suelo es un instrumento para la configuración

---

(29) Valga en este sentido lo afirmado por la STC 164/2001 (FJ 12): «*El art. 7 LRSV tiene perfecto encaje en la competencia del Estado ex art. 149.1.1 CE, en los términos ya expresados en la STC 61/1997, FF. 14 b) y 15 a). Entonces amparamos la clasificación tripartita del suelo por su carácter instrumental respecto de la regulación de las condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad urbana. Y añadimos también entonces que del simple establecimiento de una clasificación tripartita del suelo no podía deducirse la prefiguración por el legislador estatal de un concreto modelo urbanístico. Pues bien, de nuevo el art. 7 LRSV se sirve de la clasificación tripartita del suelo como instrumento técnico para la configuración de los distintos estatutos de la propiedad urbana. El carácter instrumental e indispensable de esta clasificación (respecto de los tres estatutos básicos de la propiedad urbana), permite enmarcar al art. 7 LRSV dentro de la competencia del Estado ex art. 149.1.1 CE.*»

del régimen jurídico de la propiedad urbana. Desde este punto de vista, es sorprendente que el legislador estatal proclame que no puede «juzgar la oportunidad» de regular esta técnica urbanística, máxime si dos sentencias del Tribunal Constitucional ya la habían considerado totalmente oportuna. Lo realmente paradójico es que en realidad las nuevas situaciones básicas no son más que un eufemismo para denominar aquello que no se juzga oportuno regular pero que, del mismo modo que la clasificación, sirve para establecer distintos estatutos jurídicos de la propiedad urbana.

Los motivos que fundamentan este cambio legal podrían sistematizarse del siguiente modo: 1º) El cumplimiento escrupuloso, y habría que decir más allá de lo previamente admitido por el Tribunal Constitucional, del sistema constitucional y estatutario de competencias (30); 2º) Fundamentar el régimen jurídico del suelo en función de la situación fáctica real de los terrenos y no por su destino (en el caso prototípico del suelo urbanizable), distinguiendo un suelo transformado o en situación básica urbanizado, y otro no transformado o en situación básica rural; 3º) El fortalecimiento de la concepción estatutaria de la propiedad que el art. 7.1 de la nueva Ley recoge y proclama expresamente. La idea que fluye bajo el cambio legal es distinguir dos tipos de suelo según sus características fácticas, con el ánimo de confirmar que los derechos y facultades urbanísticas son diferentes según la categoría de suelo, además de que en ningún caso pueden considerarse inherentes al derecho de propiedad inmobiliario. Así se encarga de ratificarlo el art. 7.2 del TRLS de 2008 (31), con la recepción expresa de la disociación del derecho de propiedad y el «*ius aedificandi*» (32); y 4º) Las consecuencias del protagonismo reeditado del

---

(30) En esta línea, BASSOLS COMA (2009: p. 16). No obstante, el mismo autor pone de relieve cómo la pretensión de liberar de técnicas urbanísticas a la Ley no se cumple (pág. 16), pues como señala FERNÁNDEZ TORRES (2007: p. 26), por mucho que nos empeñemos, es una obviedad que la Ley 8/2007 es una Ley urbanística.

(31) PAREJO ALFONSO (2007: pp. 21 y 22).

(32) Debemos recordar que la nueva legislación del suelo distingue entre el concepto de «construcción» y el de «edificación», reservando el segundo para hacer alusión a las edificaciones vinculadas a actuaciones de naturaleza urbanística [art. 8.1.a) y b) del TRLS de 2008]. Esto permite abundar en la afirmación de que el «*ius aedificandi*» sólo es atribuible por el plan en aquellos terrenos susceptibles de transformación urbanística y no en los suelos rústicos. Sin embargo, la distinción entre los conceptos de «construcción» y de «edificación» parecería responder una vez más al fenómeno del recurso al eufemismo, que a una distinción determinante que permita no imputar a los propietarios de SNU un «derecho a edificar», aunque sí un «derecho a construir». Así se confirma a la vista de la falta de sintonía entre aquel precepto con el art. 2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (LOE), para el que bastantes de las «construcciones»

concepto estatutario de la propiedad tiene también sus derivaciones en el régimen de valoración del suelo. La Ley 8/2007 modifica el sistema de valoración del suelo desvinculando clasificación y valoración. Según la Exposición de Motivos de la Ley «debe valorarse lo que hay, no lo que el plan dice que puede llegar a haber en un futuro incierto»; dicho de otro modo, no se deben tener en cuenta las expectativas urbanísticas que genera la clasificación urbanística (33).

La realidad dispositiva de la nueva Ley sin embargo está lejos de las pretensiones del legislador. No en vano, las líneas básicas recién comentadas del nuevo régimen legal, no siempre tienen una transición definitiva a su articulado: 1<sup>ª</sup>) En primer lugar, el nuevo régimen legal «sólo» nos acerca un poco más a la ruptura definitiva de la unidad de mercado, aunque de momento no haya tenido grandes consecuencias; 2<sup>ª</sup>) No es cierto que las dos categorías de suelo identificadas por la Ley atiendan únicamente al estado actual de esos terrenos y que no respondan a una categorización de acuerdo con el destino del suelo. Al menos en el caso del suelo rural es obvio que su delimitación en unos casos se hace considerando sus características actuales y sus valores, pero también lógicamente atendiendo a su destino, esto es, la conservación y protección de

---

del TRLS de 2008, tendrían el carácter de «edificación». Además, esa divergencia se manifiesta claramente en contra de los precedentes legales del TRLS de 2008, pues tanto el art. 85.1 del TRLS de 1976, como el art. 16.3 del TRLS de 1992, utilizaron también esa dualidad conceptual para diferenciar entre las «construcciones» destinadas a explotaciones agrícolas, así como las vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas, de las «edificaciones» de utilidad pública e interés social, así como de los edificios aislados destinados a vivienda familiar, siendo que todos esos «aprovechamientos urbanísticos» se materializaban en SNU. Bajo esta perspectiva, difícilmente puede justificarse que una vivienda unifamiliar aislada en SNU no sea calificable jurídicamente como «edificación» a la vista del art. 2 de la LOE, pero también con base en la legislación autonómica vigente. Aún más llamativo es que las Leyes autonómicas aprobadas tras la Ley 8/2007 o después de la entrada en vigor del TRLS de 2008, incurran en la misma paradoja [art. 30.2 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo de Aragón; o el art. 114 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, según la redacción otorgada por Ley 2/2009, de 3 de julio].

(33) En el suelo en situación básica rural se abandona el método de comparación porque, como justifica la Exposición de Motivos, muy pocas veces concurren los requisitos necesarios para asegurar su objetividad y la eliminación de la especulación. Es decir, el sistema que se pretende implementar tendrá en cuenta el valor real del suelo rústico, con las inversiones e iniciativas que se hayan realizado, pero sin que se retribuyan valores especulativos. Para ello se recurre a la capitalización de rentas como método de valoración. Con este nuevo sistema, suelos susceptibles de ser urbanizados, pero sin urbanización material, podrían valer igual que otros que jamás serán susceptibles de urbanización porque han de ser preservados o protegidos. Esto lógicamente nada tiene que ver con la tasación que hace el mercado de unos y otros terrenos.

sus valores y la prestación de servicios ambientales; por su parte, en otros casos esa delimitación se hace en atención a la «aptitud» de los terrenos para integrarse en los procesos de transformación urbanística (suelo en situación básica rural no preservado y potencialmente transformable), de modo que el destino del suelo en estos casos es determinante (34); 3ª) Por ello mismo, las categorías básicas de suelo definidas por la Ley, como no podía ser de otro modo, no excluyen la existencia de un suelo transformable o urbanizable, ya que la categoría del suelo en situación básica rural no es estática e incluye aquellos terrenos cuyo destino es ser transformados urbanísticamente (35). En fin, aunque la nueva legislación parte de una igualación fáctica de todos los suelos transformables, lo cierto es que esa previsión legal no evita la «lotería del planeamiento»; 4ª) El nuevo régimen legal tampoco tiene consecuencias generales y en muchos casos ni siquiera significativas en la limitación de la reclasificación del suelo rústico o en la clasificación del suelo urbanizable, como así confirman las adaptaciones de las Leyes autonómicas hasta ahora aprobadas; y 5ª) El cambio que se antojaba más trascendente era la valoración del suelo, pero la propia Ley incorpora previsiones que pueden contradecir sus presupuestos. Por un lado, hay que advertir que previsiones similares a las ahora establecidas fueron ya introducidas en el TRLS de 1992. No obstante, en aquel momento tales pretensiones fueron bloqueadas por los Tribunales, bajo la excusa de que la expropiación exige una indemnización integral que no se alcanzaba con la valoración legal, de ahí que los jueces utilizaran criterios estimativos para determinar la valoración real como sustitución íntegra del bien expropiado. Aquí la gran novedad es la modificación del art. 43.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, incluyendo una nueva letra a) que establece que el régimen estimativo «no será en ningún caso de aplicación a las expropiaciones de bienes inmuebles, para la fijación de cuyo justiprecio se estará exclusivamente al sistema de valoración previsto en la Ley que regule la valoración del suelo». Eso sí, con todo ello se ha garantizado un resultado paradójico: a) Si nos atenemos a la

---

(34) MUÑOZ GUIJOSA (2009: pp. 290 y 291), insiste, en coherencia precisamente con la concepción estatutaria de la propiedad, que el destino del suelo sería un elemento inherente al propio derecho, en virtud de su propia funcionalidad, esto es, en función de su inclusión o exclusión de los procesos de desarrollo urbano.

(35) GONZÁLEZ PÉREZ (2007c: p. 346), MENÉNDEZ REXACH (2007: p. 75), FERNÁNDEZ TORRES (2007: p. 28), PORTO REY (2007: p. 34), GUTIÉRREZ COLOMINA (2009: p. 409). Buena parte de los autores citados concluyen, en buena lógica que la eliminación de la clasificación del suelo es más retórica que real.

literalidad de la Exposición de Motivos, con el nuevo régimen legal lo que se permitiría es que las expropiaciones de SNU sean realmente baratas y que las Administraciones y los agentes urbanizadores puedan adquirir suelo a bajo precio; b) Mientras que la primera posibilidad (que sea la Administración la beneficiaria de la expropiación) puede ser entendible debido a los fines de utilidad pública o interés social que motivarían la expropiación, en el caso del agente urbanizador, no sólo sus operaciones no tienen por qué coincidir con los intereses generales [por mucho que estén avaladas por una *causa expropriandi* (36)], sino que además es también criticable que sean los únicos que se beneficien de las plusvalías generadas. Como la nueva Ley no elimina las plusvalías derivadas de las actuaciones urbanísticas, esto significa que el promotor-urbanizador es quien se ve favorecido por las mismas y no el propietario (37), quien sufrirá el abaratamiento del valor del suelo en favor del agente urbanizador de turno (38); y c) Por último, no parece del todo cierto que la valoración del suelo en situación básica rural deba hacerse sin considerar expectativas urbanísticas. El art. 23.1.a) del TRLS de 2008 establece que el valor del suelo rural obtenido por aplicación del método de capitalización de rentas puede ser corregido hasta en un 100% en función de factores como la «renta de posición». Este inciso, por mucho que el art. 23.2 del TRLS de 2008 señale que no podría suponer «considerar expectativas urbanísticas», sin embargo responde a las tesis de la doctrina jurisprudencial que ha venido admitiendo la incorporación de expectativas de esa naturaleza en SNU, en función de la ubicación de los terrenos y de la previsibilidad

---

(36) La combinación de la expropiación con el fomento del modelo empresarial en la actividad urbanizadora, tiene efectos muy importantes en la propiedad privada. En este sentido, el informe sobre la misión de investigación en Madrid, la Comunidad Valenciana y Andalucía del 27 de febrero al 3 de marzo de 2007, de los parlamentarios europeos Marcin LIBICKI y Michael CASHMAN, o el informe de la parlamentaria europea Janelly FOURTOU sobre las alegaciones de aplicación abusiva de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística (LRAU) y sus repercusiones para los ciudadanos europeos, o el informe de la europarlamentaria Margrete AUKEN, aprobado el 12 de febrero de 2009, sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario. Por otro lado, resulta paradójico que frente a otras Leyes autonómicas dictadas para adaptar su normativa urbanística a la nueva legislación estatal, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de Madrid, afirme que una de las novedades de la Ley «es la supresión de la figura del agente urbanizador, que durante su existencia no ha demostrado su eficacia y cuyas funciones podrían entrar en colisión con el derecho de propiedad de numerosos ciudadanos».

(37) En el mismo sentido, FERNÁNDEZ TORRES (2007: p. 29).

(38) PORTO REY (2007: p. 35).

de que en un tiempo razonable esos terrenos puedan ser incorporados al proceso urbanístico (39).

Como se deduce de nuestro discurso, el régimen de situaciones básicas, a pesar de su aparente novedad, en realidad no ha aportado grandes cambios. Siendo la clasificación del suelo una técnica urbanística, como así señala la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, se extrae como consecuencia fundamental que deberán ser las CCAA quienes, si así lo estiman oportuno, decidan implementar esta tradicional técnica determinante del régimen del suelo. No obstante, a pesar de tan grandilocuente aseveración, la sensación final es que el resultado no diverge tanto del hasta ahora vigente. De hecho, el cambio es fundamentalmente nominativo, sustancialmente poco relevante y encierra un intento de evitar cualquier invasión competencial, siquiera semánticamente. No en vano, también en la Ley de 2007 hay un suelo en situación rural preservado, hay un suelo rural de reserva o no protegido y por tanto susceptible de ser objeto de «actuaciones de urbanización», así como hay un suelo urbanizado consolidado o no por la urbanización. En otras palabras, es un sistema dual de clasificación, pero del que subyace un tercer tipo de suelo, el rural no preservado susceptible de actuaciones de urbanización, esto es, el suelo urbanizable.

Por otro lado, las coincidencias recién mencionadas permiten afirmar que ese régimen dual de situaciones básicas, al igual que la clasificación del suelo, responde «a los estados básicos en que puede encontrarse el suelo según sea su situación actual» (Exposición de Motivos de la Ley 8/2007 al referirse a las situaciones básicas del suelo). Esto mismo se deducía de la STC 61/1997 al referirse a la clasificación del suelo, cuando afirmaba que *«esta clasificación no implica la prefiguración por el legislador estatal de modelo urbanístico alguno, pues el único contenido imperativo del precepto consiste en deferir al titular de la potestad de planeamiento la división del ámbito territorial municipal en todas o algunas de las siguientes hipótesis básicas: suelo consolidado urbanísticamente, suelo apto para el proceso urbanizador y suelo preservado de tal proceso; supuestos básicos a los solos efectos de anudar determinadas facultades dominicales y unos criterios de valoración»*. Más tarde la misma sentencia confirma que la clasificación tiene un carácter instrumental, de ahí que la

---

(39) CHINCHILLA PEINADO (2007: pp. 608-612).

tipología clasificatoria disponga tan solo «*la existencia de tres supuestos básicos por relación con el derecho de propiedad urbana, a fin de distinguir otros tantos regímenes jurídicos fundamentales*».

Tampoco hay novedades en lo que atañe al sentido jurídico de las situaciones básicas del suelo. Parece una obviedad señalar que las nuevas situaciones básicas responden al mismo objeto que tradicionalmente se ha imputado a la clasificación urbanística, esto es, ser un «*instrumento técnico para la configuración de los distintos estatutos de la propiedad urbana*» (STC 164/2001). ¿Acaso las nuevas situaciones básicas no constituyen una premisa indispensable para la configuración de los distintos estatutos de la propiedad inmobiliaria en los términos de las SSTC 61/1997 y 164/2001? La respuesta a este interrogante es obvia: la distinción de situaciones básicas predetermina los destinos y la utilización del suelo (40), es decir, justamente lo mismo que la clasificación del suelo (41).

En conclusión, ¿qué datos nuevos aporta la nueva tipología de situaciones básicas a la contención de la oferta de suelo? Lo cierto es que pocos: si lo que se pretendía era una ampliación del suelo rústico en comparación con su antecesora la Ley 6/1998, quizás se podría haber recuperado la tradicional regla de la residualidad del SNU estableciendo límites tajantes a la reclasificación que evitaran que, como sucedió bajo la vigencia de la Ley de 1956 y los TRLS de 1976 y 1992, la conservación de la situación rural de dichos suelos sólo se garantizara de forma transitoria y bajo criterios totalmente discrecionales. Sin embargo, los términos en que la Ley 8/2007 (y lógicamente el vigente TRLS de 2008) ha previsto el régimen de las situaciones básicas del suelo tampoco garantizan ese objetivo.

---

(40) PAREJO ALFONSO y ROGER FERNÁNDEZ (2007: p. 163).

(41) Así se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007: «En lo que se refiere al régimen urbanístico del suelo, la Ley opta por diferenciar situación y actividad, estado y proceso. En cuanto a lo primero, define los dos estados básicos en que puede encontrarse el suelo según sea su situación actual —rural o urbana—, estados que agotan el objeto de la ordenación del uso así mismo actual del suelo y son por ello los *determinantes para el contenido del derecho de propiedad*, otorgando así carácter estatutario al régimen de éste».

## **B) Confirmación del carácter reglado-discrecional de la clasificación del suelo como SNU en el marco del régimen de situaciones básicas.**

Otro dato que pone de relieve que las cosas no han cambiado tanto con la Ley 8/2007 es que la tradicional distinción entre SNUEP de clasificación reglada, SNU protegido discrecionalmente por iniciativa del planificador urbanístico y SNU común de clasificación discrecional, sigue siendo inherente al nuevo modelo legal, llámese como se llame ahora a esas categorías de suelo. Esto también significa que sigue siendo consustancial al nuevo modelo legal la tradicional discrecionalidad en la determinación del suelo urbanizable. Es decir, el supuesto recurso a las condiciones fácticas actuales de los terrenos que caracteriza a las nuevas situaciones básicas no ha servido para evitar la clasificación discrecional del suelo en función de su destino y reconducirla a criterios objetivos y razonables que justifiquen el diferente régimen jurídico otorgado a algunos de los terrenos integrados en situación básica rural.

La Ley 8/2007 y el TRLS de 2008 distinguen dos tipos de suelo en situación básica rural: un suelo rural preservado y otro no preservado. Comenzando con el primero, el suelo en situación básica rural preservado, es regulado en el art. 12.2.a) del TRLS de 2008 (42). La consideración de un terreno en esta situación básica tiene lugar por imperio de la Ley y debe ser respetada por «cualquier sujeto, público o privado, incluidos los poderes públicos con competencia en materia de ordenación territorial y urbanística» (43). No se puede poner en duda que de una afirmación tal, subyace la idea de que la clasificación del suelo que deba llevarse a cabo de conformidad con el sistema en su caso establecido por cada Comunidad Autónoma, queda constreñida y condicionada por la nueva Ley estatal cuando describe los suelos que se encuentran en tal situación básica. Ahora bien, trayendo a colación la jurisprudencia constitucional,

---

(42) Dice así el precepto: «En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística».

(43) PAREJO ALFONSO y ROGER FERNÁNDEZ (2007: pp. 164 y 165).

no parece que pudiera afirmarse que el legislador estatal pueda imponer de forma reglada la clasificación de esos suelos como SNU (44). En definitiva, una eventual imposición reglada de la clasificación como SNU de todo terreno calificado en situación básica rural preservado podría ser tan inconstitucional como lo era el art. 9.2º de la Ley 6/1998 tras su reforma por Real Decreto-Ley 4/2000. Por ello mismo, sólo una interpretación como la que aquí se va a mantener parecería ser adecuada tanto al tenor de la propia Ley, como al sistema competencial constitucional y estatutario.

Es obvio que la categorización del suelo en situación básica rural preservado exige una clasificación, en los términos de las vigentes Leyes autonómicas, coherente con su necesaria preservación. A tales efectos, se puede decir que existe un paralelismo evidente entre los terrenos en situación básica rural preservada y su consiguiente clasificación como SNU, aunque no necesariamente como SNUEP, pues como más adelante señalaremos, esta situación básica no se identifica exclusivamente con el SNUEP. Siguiendo con nuestra argumentación, podría decirse en consecuencia que la relación existente entre la categorización de un terreno en situación básica rural preservado y como SNU sería unidireccional. ¿Podría afirmarse que esa relación reclamaría en todo caso una clasificación reglada del suelo en esa categoría? No, en realidad la nueva situación no es muy distinta a la tradicional.

La eventual clasificación reglada del suelo en situación básica rural preservada sólo se mantendría para las categorías de SNUEP establecidas por la legislación autonómica, algo que se deduce también del tenor literal del art. 12.2.a) del TRLS de 2008 (45). Por otro lado, se ha de tener en cuenta que la descripción de los terrenos que se encuentran en situación rural preservada se hace depender en algunos supuestos de la estimación de circunstancias que otorgan un amplio margen de apreciación y de discrecionalidad al legislador y al aplicador del Derecho, tales como la apreciación de la concurrencia de valores que reclamen la preservación

---

(44) Recordemos que la STC 164/2001 se pronunció sobre el art. 9 de la Ley 6/1998 advirtiendo que las pretensiones del legislador estatal de reducir la discrecionalidad del legislador autonómico a la hora de concretar la tipología clasificatoria del SNU realizada en el año 2000 podría ser inconstitucional. En otras palabras, sólo la conjunción de los dos criterios clasificatorios (incluido el derogado por Real Decreto-Ley 4/2000) permitía mantener la constitucionalidad de la regulación estatal, precisamente porque así se mantenía un margen suficiente a las CCAA para ordenar un modelo urbanístico propio.

(45) En la misma línea, SÁNCHEZ GOYANES (2007d: pp. 373 y ss.).

de esos espacios. Aquí nos moveríamos en el ámbito tradicional del SNU común, incluyendo además el SNU protegido por iniciativa del propio planificador, categoría que, como ya se ha expuesto, no es desconocida en nuestro ordenamiento.

En fin, el carácter impositivo de la preservación de estos suelos y, por ello, la obligación de clasificarles como suelo no susceptible de transformación urbanística (clasificación reglada), operaría siempre y en todo caso en el primer supuesto, es decir, en casos similares a los que tradicionalmente han caracterizado al SNUEP. En estos supuestos la literalidad del art. 12.2.a) del TRLS de 2008 es exacta. Cáigase en la cuenta de que el precepto comienza afirmando que estarán en esta situación básica «*en todo caso*» el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, «*que deberá incluir, como mínimo*», los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación sectorial, territorial y urbanística. Consecuentemente, cuando las CCAA deban determinar qué clases de suelo se integran en esta situación básica, siempre y en todo caso deberán encontrarse los clasificados como SNUEP, pues es imposible no categorizar a estos terrenos como suelos en situación básica rural preservada.

Sin embargo, no se puede decir que quepa admitir una rigidez similar para el resto de los terrenos en situación básica rural preservada, esto es, aquellos cuya categorización depende de una valoración acerca de la concurrencia de alguno/s de los valores mencionados por el art. 12.2.a) del TRLS de 2008, así como y sobre todo con base en otros valores que «prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística», en los términos del inciso final de ese mismo precepto. En estos otros supuestos la Ley descubre amplios márgenes de apreciación y valorativos a favor del legislador y del planificador urbanístico. Por tanto, la categorización de estos otros terrenos en situación básica rural preservada sigue dependiendo de una decisión discrecional, exactamente igual que en relación con el SNU común protegido por decisión del planificador urbanístico. En fin, las cosas siguen más o menos igual al panorama descrito bajo la vigencia de la Ley 6/1998 (46).

---

(46) La mejor confirmación de lo que señalamos se encuentra en la escasa relevancia que ha tenido la nueva Ley en las Leyes urbanísticas en lo que hace a la clasificación del SNU en general. Así, o bien las CCAA ni siquiera han modificado sus Leyes para adaptar su sistema de clasificación al de las situaciones básicas (todo sigue igual), o bien cuando lo han hecho, o no han introducido ningún precepto al respecto, o sencillamente sus modificaciones han sido inocuas. Así, por ejemplo, el Decreto-Ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística de Cataluña,

**C) ¿El modelo urbanístico y territorial que inspira la nueva Ley permite hablar de un cambio de orientación hacia modelos sostenibles, frente a los modelos de oferta de suelo imperantes hasta la fecha?**

La gran pregunta que quedaría por plantear una vez realizado el repaso precedente es en qué medida la Ley 8/2007 y el vigente TRLS de 2008 reformulan el modelo urbanístico y territorial imperante en España, inspirando un cambio de orientación hacia modelos sostenibles, incompatibles con los modelos de oferta de suelo vigentes hasta la fecha. La idea es, en definitiva, si la nueva Ley es una respuesta eficaz a las dinámicas de oferta de suelo pretendidas por la Ley 6/1998, estableciendo una reducción de los suelos que pueden ser susceptibles de transformación urbanística, limitando, consecuentemente, el fenómeno de la «intercambialidad» del SNU y el suelo urbanizable. En esta dirección, uno de los objetivos expresos de la Ley es invertir los términos en la generación de suelo urbanizable, fomentando el reconocimiento efectivo de los valores innatos en los «espacios intermedios» (47).

---

por el que se modifica el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, incorpora una nueva D.Ad. 15ª al TRLS de 2008 cuyo primer apartado establece que se encuentran en situación básica rural los terrenos clasificados como SNU, pero sin que ello afecte en nada al régimen de clasificación del suelo. En el caso de la Comunidad de Madrid, la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, ha modificado parcialmente la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de Madrid, para adaptarse a la nueva Ley estatal 8/2007, resultando que el régimen del suelo predeterminado por la tipología clasificatoria del suelo no ha sufrido ningún cambio. Lo mismo ha sucedido en Galicia, donde la Ley 6/2008, de 19 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo, ha modificado la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística, sin tocar el régimen del suelo, o bien en Islas Baleares, donde la Ley 4/2008, de 14 de mayo, de medidas urgentes para un desarrollo territorial sostenible, ha sido dictada para, entre otras cosas, adaptar el ordenamiento balear a la Ley 8/2007, sin que ello haya tenido repercusión en el régimen de clasificación del suelo. Finalmente, lo mismo se puede decir en relación con la legislación aragonesa. De hecho, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo de Aragón, afirma lo siguiente: «Suelo urbano, urbanizable y no urbanizable se mantienen en esta Ley, que ratifica las previsiones de la Ley 1/2008, de 4 de abril (por la que se establecieron medidas urgentes para la adaptación del ordenamiento aragonés a la Ley 8/2007) como las tres clases de suelo que puede establecer el planeamiento». Es decir, la Ley estatal no ha significado ningún cambio en la clasificación del suelo.

(47) A ello se refería la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007: «El suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada, sino, supuesta una clasificación responsable del suelo urbanizable necesario para atender las necesidades económicas y sociales».

La exteriorización de la integración del desarrollo sostenible como principio rector de las políticas del suelo es una de las aportaciones destacadas de la Ley de Suelo de 2007. En este sentido, la Exposición de motivos de la Ley, siguiendo las directrices de la Estrategia Territorial Europea (48) (ETE), aboga por un cambio de orientación:

*«... la del urbanismo español contemporáneo es una historia desarrollista, volcada sobre todo en la creación de nueva ciudad. Sin duda, el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente. La Unión Europea insiste claramente en ello, por ejemplo en la Estrategia Territorial Europea o en la más reciente Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano, para lo que propone un modelo de ciudad compacta y advierte de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos».*

En coherencia con este planteamiento, el art. 2.1 de la Ley menciona el principio de sostenibilidad entre las directrices básicas de la acción de los poderes públicos en relación con el territorio y el suelo: *«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».* Pues bien, esta cita a la utilización de los recursos naturales conforme al interés general y al principio de desarrollo sostenible ha sido interpretada por muchos autores como una auténtica «resintonización» o «reorientación» de toda política pública con repercusión territorial hacia modelos sostenibles (49). Sucede, no obstante,

---

(48) Esto no es una novedad, pues ya la Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje de la Comunidad Valenciana, asumió las recomendaciones de la ETE con cita expresa en su Exposición de Motivos. Lo mismo cabría decir en relación con la Ley 2/2004, de 27 de septiembre, por la que se aprueba el plan de ordenación del litoral de Cantabria. Sin perjuicio de no citar expresamente a la ETE, habría que añadir que también la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo del País Vasco, y el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, apuestan claramente por esta orientación.

(49) GONZÁLEZ PÉREZ (2007a: pp. 99 y ss.), PAREJO ALFONSO y ROGER FERNÁNDEZ (2007: p. 84), PAREJO ALFONSO (2007: pp. 16 y ss.), ALLI ARANGUREN y ALLI TURRILLAS (2008: pp. 86 y 157 y ss.), FERNÁNDEZ DE GATTA (2007: pp. 54 y ss.), MORENO MOLINA (2008: p. 94), SÁNCHEZ GOYANES (2007b: pp. 141 y ss.).

que a pesar de las buenas intenciones demostradas por el legislador, las novedades que ofrece la Ley en realidad no son tantas (50).

Quizás el mayor avance sea, y tal vez no sea poco, que una norma estatal sistematice de forma expresa y general unos principios comunes para todo el territorio nacional en la línea de la sostenibilidad anunciada. Directrices y principios que, dicho sea de paso, no son nuevos, pues desde hace años debían ser la base de cualquier política del suelo en España, como así se deduce tanto de la jurisprudencia constitucional, como de todas las Leyes urbanísticas autonómicas. Por lo que se refiere a la doctrina constitucional, el principio de desarrollo sostenible es un principio constitucional reiteradamente reconocido por el Tribunal Constitucional (desde la STC 64/1982) que debería haber dirigido la gestión de todos los recursos naturales desde hace años, mucho antes de que lo dijera la Ley 8/2007. Por otra parte, este principio o directamente la cita del art. 45 CE o alguna referencia a los términos del precepto constitucional, ha sido acogida mayoritariamente, por no decir unánimemente, por las Leyes urbanísticas autonómicas al establecer los principios que rigen las políticas del suelo.

El mérito que quizás pueda ser imputado a la Ley estatal sería reiterar con carácter general y expreso algo que ya era común desde hace años en las distintas Leyes de las CCAA. Ahora bien, y esto ya fue comentado páginas atrás, incluso el modelo establecido por la Ley 6/1998 fue considerado por la STC 164/2001 conforme con el art. 45 CE. Es decir, tan potencialmente sostenible parecía ser aquel modelo, como lo pretende ser ahora el instaurado en 2007. Quiere esto decir que el avance hacia un modelo sostenible no se consigue con la mera cita de un principio general, sino que necesariamente ha de venir acompañado de medidas concretas que puedan ser trasladadas al planeamiento y a la gestión del suelo (51). Sin embargo, como vamos a poner de relieve, la Ley 8/2007 está llena de principios, pero las medidas eficaces reales no son demasiadas.

El art. 2.2 del TRLS de 2008 desarrolla el significado del principio de sostenibilidad en las políticas del suelo. Aunque las directrices que acoge sean bienvenidas, lo cierto es que son bastante genéricas y similares a otras ya incorporadas en muchas de las Leyes urbanísticas vigentes. Por

---

(50) Por ello, algunos autores consideran exagerado afirmar que estamos ante un cambio de paradigma: MENÉNDEZ REXACH (2008: p. 145) o AGUDO GONZÁLEZ (2008: pp. 21 y ss. y 41 y ss.).

(51) Al respecto, AGUDO GONZÁLEZ (2008: pp. 30 y ss.).

otro lado, lo escueto de esas directrices tiene que ver claramente con la autorrestricción asumida de las competencias estatales. Por este motivo, el último párrafo del art. 2.2 establece que «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» (52).

A pesar de ello, no se puede negar que la Ley incluye algunas medidas destacables en desarrollo de los principios que informan la nueva norma. Sucede no obstante que en relación con la contención de la oferta de suelo, la mayoría de esas medidas ni son novedad, ni tampoco suponen un avance definitivo. A este respecto, analizaremos la trascendencia de tres tipos de medidas: 1ª) Las relativas a los criterios básicos de utilización del suelo (art. 10); 2ª) Las que tienen que ver con la evaluación de la sostenibilidad del desarrollo urbano (art. 15); y 3ª) Las derivadas del régimen de situaciones básicas del suelo.

#### *1) Criterios básicos de utilización del suelo relacionados con la limitación de la oferta de suelo urbanizable*

El art. 10 del TRLS de 2008 se refiere a los «criterios básicos de utilización del suelo». Alguno de esos criterios aluden expresamente a la contención de la oferta de suelo transformable. En este sentido, es cita común en todos los estudios publicados hasta la fecha sobre la nueva legislación del suelo la letra a) del art. 10.1 del TRLS de 2008, considerado por muchos como precepto clave. Según este artículo, para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el Título I de la Ley, las Administraciones competentes en la materia deberán: «Atribuir en la ordenación territorial y urbanística un destino que comporte o posibilite el paso de la situación de suelo rural a la de suelo urbanizado, mediante la urbanización, al suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen, impedir la especulación con él y preservar de la urbanización al resto del suelo rural».

---

(52) Este reconocimiento nos devuelve a un escenario no muy diferente al anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2007, ya que la implementación del nuevo modelo territorial sigue dependiendo abiertamente de la interpretación que el legislador autonómico y la Administración urbanística hagan de estos principios rectores que, por otro lado, teóricamente eran los que venían dirigiendo la legislación urbanística, esto es, sin que ello haya servido para acercarnos progresivamente a la sostenibilidad territorial, sino todo lo contrario.

No se añade nada si se pone de relieve que los límites derivados de este precepto se basan en una sucesión de conceptos jurídicos indeterminados dirigidos a evitar el «paso» de grandes superficies de suelo en situación básica rural a situación básica urbanizada. Para ello, el límite básico es justificar que el suelo urbanizable sea el «preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen, impedir la especulación con él y preservar de la urbanización al resto del suelo rural». La primera pregunta que debemos hacernos es si la clasificación del suelo como suelo urbanizable no debería haber presupuesto desde siempre una ponderación así dimensionada.

Es bien cierto que el carácter discrecional asumido por la jurisprudencia de la clasificación del suelo urbanizable ha permitido que en la práctica se haya obviado o no se haya controlado adecuadamente la generación de suelo transformable. Ahora bien, como toda decisión discrecional, parece razonable presuponer que esa clasificación debería haber estado motivada con base en criterios parecidos a los que ahora prevé el art. 10.1.a) del TRLS de 2008. En este sentido, cabe reproducir un precepto todavía vigente supletoriamente que evidencia cómo ya desde la entrada en vigor del TRLS de 1976 cabe afirmar que la clasificación del suelo urbanizable (por entonces programado, luego sectorizado o delimitado) se ha basado en pautas que no son muy distintas a las que ahora se pretenden explicar como novedades.

Nos estamos refiriendo al art. 23.2 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico (RPU) aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, el cual establece que «para la clasificación de suelo como urbanizable programado y para el establecimiento del correspondiente Programa *deberán tenerse en cuenta criterios de ponderación que valoren dentro de cada etapa:* a) La situación existente; b) *Las características del desarrollo urbano previsible;* c) *La necesidad de producir un desarrollo urbano coherente en función de la estrategia a largo plazo del plan;* d) *La adecuada proporción entre los nuevos asentamientos y el equipo urbano;* e) *Las previsiones sobre inversión pública y privada*» (53). En otras palabras, en ámbitos donde la

---

(53) Hay que añadir que el art. 23.4 del RPU establece que «se clasificará como suelo urbanizable no programado aquel que deba ser reservado, de acuerdo con el modelo de utilización del territorio adoptado por el Plan General, *para su posible urbanización y que no sea necesario para la realización de las previsiones del programa*». Recordemos que el Programa de Actuaciones del Plan General establecía una programación en dos etapas de cuatro años para el desarrollo de los sectores delimitados por el plan [arts. 19.1.c) y 22.2.a) del RPU].

clasificación siempre ha sido calificada como una decisión discrecional, en todo caso tales decisiones deberían haber estado mediatizadas por criterios de racionalidad y proporcionalidad (54). Es decir, desde siempre debería haber sido preciso ponderar parámetros objetivos que en el fondo respondían a criterios de sostenibilidad aunque no se llamaran así (55), y sobre todo desde siempre debería haber sido necesario justificar el volumen de suelo urbanizable clasificado.

El problema por tanto no ha sido que no existieran reglas parecidas a las ahora previstas en el art. 10.1.a) del TRLS de 2008, sino que el control judicial ejercido en esta materia se ha teñido por el velo difuso de la discrecionalidad del planificador (56), legitimando decisiones que en muchos casos difícilmente respondían a criterios objetivos y razonables como los del RPU. La pregunta es si vistos estos precedentes (57), la nueva legislación del suelo ha sentado unas bases claras y determinantes para que

---

(54) De la misma opinión, CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA (2009: pp. 215 y 216).

(55) Siendo el RPU una norma aprobada en 1978, es fácil comprender que la preocupación por el medio ambiente todavía se encontrara en una fase embrionaria. Recuérdese que la Declaración de Estocolmo data de 1972. Por otro lado, la noción de desarrollo sostenible fue producto del Informe BRUNDTLAND de 1987. Ahora bien, no se puede negar que las determinaciones del art. 23.2 del RPU respondían a criterios similares a los del principio 13º de la Declaración de Estocolmo: «A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo, de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población». Téngase en cuenta además que el art. 3.2.e) del TRLS de 1976 establece que «la competencia urbanística en orden al régimen del suelo comprenderá» el aseguramiento del «uso racional del suelo en cuanto al mantenimiento de una densidad adecuada al bienestar de la población».

(56) Frente a la laxitud de la mayoría de la jurisprudencia, criterios tan básicos como los mencionados en el art. 23 del RPU sirvieron para que algunas sentencias afrontasen con seriedad el control de la clasificación del suelo urbanizable. Así, por ejemplo, las SSTs de 21 de enero de 1997 (Az. 1865) o de 1 de febrero de 2000 (Rec.- 2209/1994; Pte.- GARZÓN HERRERO), la STSJ de Andalucía, sede de Granada, de 24 de marzo de 2003 (Az. 130290), la STSJ de Baleares de 2 de diciembre de 2003 (Rec.- 223/2001; Pte.- DELFONT MAZA), o las SSTSJ de Castilla y León, sede de Burgos, todas de 10 de junio de 2002 (Rec.- 378/1999; 106/2000; y 154/2000; Pte.- MORENO-LUQUE CASARIEGO).

(57) U otros establecidos por algunas Leyes urbanísticas autonómicas como los siguientes: 1º) El art. 14.2 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo del País Vasco; 2º) El art. 33 del Decreto Legislativo 1/2005 de Cataluña; 3º) También cabe citar el art. 12.1 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana. Esta previsión debe completarse con las establecidas en los arts. 44.1.c) y 45.1.c) de la misma Ley valenciana, sobre directrices de sostenibilidad del planeamiento acerca de la incorporación de nuevos terrenos al proceso de urbanización, en coherencia con el art. 13 de la Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje de la Comunidad Valenciana, sobre utilización racional del suelo.

se produzca un cambio en la jurisprudencia. Sin embargo, la respuesta no parece que sea definitiva en un sentido favorable, lo que permite presumir que, en lo que hace a la oferta de suelo, la situación legal instaurada con la Ley 8/2007 puede no ser muy distinta a la vigente con la Ley 6/1998: el margen de discrecionalidad para clasificar suelo urbanizable puede seguir siendo bastante elevado (58) y por ello también el fenómeno de la «intercambiabilidad».

Estas conclusiones se confirman a la vista de la literalidad de la Ley. En concreto, cuando el art. 10.1.a) del TRLS de 2008 dispone que la oferta de suelo urbanizable ha de ser la precisa «para satisfacer las necesidades que lo justifiquen, impedir la especulación con él y preservar de la urbanización al resto del suelo rural», lo cierto es que se imponen límites demasiado difusos, más incluso que los utilizados por el RPU de 1978. Además, es sorprendente que la Ley no utilice criterios ya consolidados en nuestro Derecho como el de capacidad de carga o de acogida como criterio básico para la contención de la oferta de suelo y así vincularlo directamente con la evaluación ambiental estratégica (EAE) de planes urbanísticos (59). Claro está que si esos criterios se pudieran considerar

---

(58) En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ (2007c: p. 335) y SÁNCHEZ GOYANES (2007c: p. 305).

(59) La Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, atribuye a este instrumento de control preventivo la operatividad necesaria como para convertirse en el instrumento adecuado a través del cual fijar límites racionales de consumo de territorio y de recursos naturales. Y es que para que una evaluación ambiental pueda ser calificada como estratégica, debe contener información suficiente como para reconocer el medio ambiente de la zona objeto de planificación y establecer su capacidad de carga, entendida como la aptitud del territorio y los recursos naturales para soportar de forma sostenible un nivel determinado de usos, aprovechamientos, actividades o actuaciones. En este sentido, la D.Ad. 5º.5 letra e) de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja, establece que los «estudios de impacto ambiental» de los planes urbanísticos deberán incluir un «*estudio de la capacidad de acogida del territorio* frente a las acciones propuestas». En concreto, la capacidad de carga o de acogida del territorio y de los recursos naturales es un indicador determinante para coartar nuevos desarrollos urbanísticos insostenibles: no porque exista suelo susceptible de ser transformado esto significa que necesariamente pueda urbanizarse, máxime si ello implica una consunción no regenerable de los recursos naturales. La idea es por tanto ir más allá de la pura excepción de los procesos urbanísticos de los suelos con valores naturales, medioambientales, etc., y definir la capacidad de carga del territorio y los recursos naturales con dos perspectivas: 1ª) Desde una orientación negativa, como impedimento a la urbanización indiscriminada, delimitando el suelo apto para ser urbanizado en función de las necesidades sociales y de los intereses generales; desde este punto de vista la capacidad de carga constituye un límite general del que se podría derivar una «congelación» del suelo urbanizable disponible; y 2ª) Desde una perspectiva positiva, es decir, como parámetro para la delimitación de suelos aptos para ser urbanizados de conformidad con un consumo equilibrado de los recursos naturales. Sobre esta cuestión, AGUDO GONZÁLEZ (2008: pp. 151 y ss.).

demasiado técnicos como para ser regulados por el legislador estatal, se podrían haber utilizado nuevos eufemismos con referencia al incremento poblacional y de la actividad productiva, al estado de los servicios públicos y de los recursos naturales, así como su evolución según las previsiones de crecimiento; en fin, cualquier parámetro que hubiera permitido fijar pautas básicas y mínimas sobre indicadores de sostenibilidad que definieran la capacidad de carga del territorio.

Además, afirmar que el suelo a urbanizar sólo debe ser el preciso «para satisfacer las necesidades que lo justifiquen» (60), permite entender sin demasiadas consideraciones que la motivación de la transformación de suelo podrá ser fundamentada sin demasiadas dificultades (¿qué necesidades son esas que justifican la transformación del suelo?). Por poner algún ejemplo, ¿es que acaso desde ahora no se podría clasificar nuevo suelo urbanizable con base en proyectos de interés regional o supramunicipal (de denominación variable según CCAA)? Con la literalidad de la Ley estatal en la mano, y la práctica reciente así lo confirma, es obvio que no habría ningún problema, pues la necesidad que justificaría el proyecto podría basarse desde la creación de puestos de trabajo, al desarrollo económico de zonas rurales o al fomento del turismo, pasando por el reequilibrio territorial, etc. Pero aún más, en coherencia con la reserva del art. 10.1.b).II (61), ¿acaso, por ejemplo, el art. 10.1.a) impide la delimitación de reservas de suelo en SNU, previstas en buena parte de las Leyes urbanísticas, para la constitución o ampliación de los Patrimonios Públicos de Suelo con fines que pueden ir desde la promoción de actuaciones públicas en materia de vivienda a la promoción de un parque temático? La respuesta también es negativa. Es decir, la discrecionalidad que se otorga con una formulación legal tan abierta (62), nos devuelve a un escenario parecido al que hemos venido viviendo, dependiente tanto de la diligencia del legislador autonó-

---

(60) Otras medidas establecidas en el art. 10 redundan en la ahora comentada: 1ª) El art. 10.1.b) del TRLS de 2008 se refiere al deber de las Administraciones de «destinar *suelo adecuado y suficiente* para usos productivos y para uso residencial», incluyendo la reserva para vivienda en algún régimen de protección pública; 2ª) La letra c) del art. 10.1 se refiere a la limitación de los efectos de la ordenación de los usos del suelo en el medio ambiente. En la misma línea cabe citar el art. 15.4, el cual se refiere al contenido de la memoria de sostenibilidad económica que debe incluir la documentación de los planes urbanísticos, señalando que justificará «*la suficiencia y adecuación del suelo destinado a usos productivos*».

(61) Este precepto establece una reserva mínima del 30% de la «*edificabilidad residencial*» destinada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública.

(62) SÁNCHEZ GOYANES (2007c: pp. 303 y 304).

mico a la hora de atajar esa discrecionalidad, como del buen hacer del planificador municipal, confirmando que la distinción entre SNU y suelo urbanizable puede seguir siendo bastante difusa.

Hay quienes opinan sin embargo que la literalidad de la Ley es clara y que realmente impone límites estrictos a la clasificación del suelo urbanizable (63). Se ha llegado a afirmar que la nueva Ley aparte de exigir una justificación expresa de la clasificación del suelo urbanizable programado, sectorizado o delimitado en función de las necesidades existentes (algo que ya hemos dicho en verdad está vigente sin éxito desde 1978), afectará de forma definitiva a las previsiones de suelo urbanizable no programado, no sectorizado o no delimitado, pues en la medida en que la previsión de este tipo de suelo no atiende a las necesidades reales y actuales del Municipio, sencillamente sería contraria a la legislación estatal. Sin embargo, los acontecimientos pasados y actuales no parecen dar pie a una interpretación en este sentido. En cuanto a los hechos pasados, porque afirmar esto sería casi tanto como reglar la clasificación del suelo urbanizable, lo que conjuntamente con la clasificación reglada del suelo urbano y del SNUEP, podría ser considerado como una predeterminación del modelo territorial incompatible con las competencias exclusivas autonómicas en materia de urbanismo (SSTC 61/1997 y 164/2001). Y respecto a los sucesos actuales, lo cierto es que ninguna Comunidad Autónoma ha modificado su Ley para eliminar la categoría de suelo urbanizable no programado, no sectorizado o no delimitado (64).

Lo que quizás sí podría deducirse de los nuevos criterios legales, sería una obligatoria ordenación cronológica en la oferta de suelo urbanizable en función de su programación, delimitación o sectorización (65). Es decir, el suelo urbanizable no programado, no delimitado o no sectorizado, y con más motivo el SNU común, no deberían funcionar como bolsas de

---

(63) PORTO REY (2007: pp. 36 y ss.).

(64) El caso de Cantabria es llamativo. La Ley 7/2007, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Contenido Financiero de Cantabria, modificó el art. 104.2 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación del territorio, urbanismo y suelo, confirmando el carácter residual del suelo urbanizable no delimitado.

(65) Esto tampoco es nuevo, pues esa idea está implícita ya en el art. 23.4 del RPU. Dicho precepto establece que *«se clasificará como suelo urbanizable no programado aquel que deba ser reservado, de acuerdo con el modelo de utilización del territorio adoptado por el Plan General, para su posible urbanización y que no sea necesario para la realización de las previsiones del programa»*. Cosa distinta es que la práctica no haya sido ésta, sobre todo tras la eliminación de la programación en la generación de suelo operada por la normativa estatal de los años 90.

suelo cuya oferta pudiera materializarse en cualquier momento, sino sólo cuando el suelo urbanizable programado, delimitado o sectorizado se hubiese agotado o estuviera en vísperas de estarlo. Sólo así se entiende que el art. 10.1.a) establezca que la transformación de suelo debe ajustarse a «las necesidades que lo justifiquen» y al mismo tiempo «preservar de la urbanización al resto del suelo rural». En este sentido, la Ley 7/2007, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Contenido Financiero de Cantabria, ha modificado el art. 104.2 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación del territorio, urbanismo y suelo, incluyendo precisamente una regla en esta dirección, si bien en términos ciertamente relativos: «Los terrenos que no sean incluidos por el plan en la categoría a que se refiere el apartado anterior (suelo urbanizable delimitado) tendrán la consideración de suelo urbanizable residual, *pudiendo desarrollarse aquellos destinados a uso residencial una vez agotado mayoritariamente el suelo urbanizable delimitado*».

Es decir, en cierta medida podría deducirse que la Ley estatal 8/2007 impondría una «programación» de la oferta de suelo entre aquellos terrenos que cubren necesidades actuales, y aquellos otros que cubrirán futuras necesidades una vez cubiertas las definidas en primer lugar. Consecuentemente, la posibilidad de reclasificar SNU se limitaría sustancialmente, pues sólo debería ser viable cuando nuevas necesidades sobrevenidas no pudieran ser satisfechas en el suelo urbanizable todavía no transformado. Esto que decimos podría ser un avance, en realidad tampoco es nuevo, pues ésta debería haber sido la forma lógica y coherente de entender esta clase de suelo. Aquí de nuevo el problema ha sido la flexibilidad del control judicial, que sólo hasta fechas recientes ha contribuido a esa confusión. En este sentido, la doctrina de algunos Tribunales Superiores de Justicia ya se ha pronunciado sobre este extremo en esta misma dirección (66): sólo cuando el suelo urbanizable programado, delimitado o sectorizado haya sido desarrollado y transformado, es posible recurrir a ofertar suelo urbanizable no programado, no delimitado o no sectorizado. La razón es sencilla, sólo así es posible cumplir con los parámetros de crecimiento establecidos en el planeamiento general, evitando así un crecimiento incontrolado, desordenado e insostenible. Por otra parte, aquel supuesto avance está condicionado de tal manera por los términos en

---

(66) GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ (2007: p. 436). También véase AGUDO GONZÁLEZ (2010: pp. 71 y ss.).

que sea acogido por la legislación autonómica que, como posteriormente pondremos de relieve, no puede decirse que, salvo algunas excepciones, aquella presunción sea real.

## 2) *Medidas en relación con la evaluación de la sostenibilidad del desarrollo urbano*

No cabe duda de que la EAE de planes urbanísticos es el instrumento más eficaz y útil contra la insostenibilidad ambiental. Ahora bien, no es mérito de la Ley 8/2007 su aplicación a los planes urbanísticos, sino que trae causa de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, sin perjuicio de otros precedentes (67). La puesta en práctica de este instrumento será definitiva en el ámbito urbanístico, sobre todo porque no es concebible una EAE que no considere uno de los criterios de sostenibilidad básica: la capacidad de carga del territorio y de los recursos naturales. Sin embargo, debemos reiterar que nada de todo esto se plasma expresamente en el vigente TRLS de 2008. Aunque quizás pudiera pensarse que cabe llegar a soluciones similares con la utilización de principios y directrices como los ya comentados del art. 10, lo cierto es que hubiera sido deseable y mucho más efectivo aludir directamente a indicadores de sostenibilidad determinados antes que acudir a una sucesión de conceptos jurídicos indeterminados que, como hemos puesto de relieve, generan bastante confusión.

Esto no quita para que la Ley 8/2007 haya introducido algunas novedades en el régimen de EAE que son destacables. Las novedades en la materia que nos interesa son tres: 1<sup>ª</sup>) La exigencia de que el informe de sostenibilidad ambiental incluya un mapa de riesgos (art. 15.2 (68)) (69); 2<sup>ª</sup>) El informe de seguimiento ambiental y económico de

---

(67) Véase AGUDO GONZÁLEZ (2004: pp. 256 y ss.).

(68) Igualmente, el art. 46 de la Ley 4/2009, de 22 de junio, de Ordenación del Territorio de Aragón.

(69) No es del todo exacto decir que el mapa de riesgos es una novedad de esta Ley, pues como señala PORTO REY (2007: p. 41), el mapa de riesgos naturales forma parte de la información urbanística de los Planes Generales. Dicho esto, no cabe duda de que la práctica no siempre ha sido tan disciplinada y que la formalización y generalización de esta medida ha de ser aplaudida. Por otro lado, aunque la previsión legal comentada no alude a ningún tipo de riesgos, no se puede desconocer que tiene mucho que ver con el riesgo por inundación. Así lo confirma que la Directiva 2007/60, de 23 de octubre, de valoración y gestión del riesgo por inundación, prevea en sus arts. 6 y ss. la obligación de los Estados miembros de aprobar mapas de riesgos de inundación.

la actividad urbanística previsto en el art. 15.5; y 3ª) Los límites a las facultades de modificación del planeamiento urbanístico, requiriendo a la legislación urbanística para que establezca «en qué casos el impacto de una actuación de urbanización *obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación* del Municipio o del ámbito territorial superior en que se integre, por trascender del concreto ámbito de la actuación los efectos significativos que genera la misma en el medio ambiente» (art. 15.6). Esta medida se concreta en la D.Tran. 4ª señalando que, en caso de que las Leyes autonómicas no concretasen los citados límites en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 8/2007, se entenderá que es precisa la revisión del planeamiento y no la mera modificación, «cuando la actuación conlleve, por sí misma o en unión de las aprobadas en los dos últimos años, un incremento superior al 20 por ciento de la población o de la superficie de suelo urbanizado del Municipio o ámbito territorial» (70).

Por lo que se refiere a la oferta de suelo, las tres medidas pueden ser importantes. La primera, porque permitirá evitar la generación de oferta de suelo en zonas de riesgo. La segunda, porque según establece el art. 15.4, la memoria de sostenibilidad económica debe justificar «*la suficiencia y adecuación del suelo* destinado a usos productivos». Aquí de nuevo alguna alusión al concepto de capacidad de carga o la cita de algún indicador de sostenibilidad hubiera sido más que interesante. Y tercero y último, por las limitaciones al ejercicio del *ius variandi*, aunque esta previsión en realidad más que suponer un límite real a la generación de oferta de suelo,

---

(70) Entre esas novedades no aludimos al art. 15.3 del TRLS de 2008, el cual dispone que «los informes a que se refiere este apartado (aguas, costas y carreteras e infraestructuras) *serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que solo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada*». La utilización del calificativo «determinante» relacionado con informes administrativos alude a los arts. 42.5.c) y 83.3 de la LRJPAC, los cuales prevén la posibilidad de suspender el plazo legal para resolver los procedimientos administrativos en curso, en el caso de que deban solicitarse informes preceptivos y «determinantes» para la resolución del procedimiento. Ahora bien, si ésta es toda la repercusión del precepto analizado, lo cierto es que poco se habría ganado con la LRJPAC en la mano, pues parece evidente que pocos informes hay tan «determinantes» como los citados en el art. 15.3. Además, se ha de caer en la cuenta de que ese carácter determinante se predica respecto de la memoria ambiental de la EAE del plan, esto es, una decisión que, salvo disposición autonómica en contrario, no es vinculante a los efectos de la aprobación definitiva del plan. Por último, se prevé que la propia memoria ambiental pueda separarse de los citados informes, lo que respecto de los informes vinculantes (costas y carreteras) podría ser interpretado como una devaluación de su eficacia. Sobre todas estas cuestiones, véase AGUDO GONZÁLEZ (2009: pp. 45 y ss.).

conllevará la imposición de reconducir la alteración de planeamiento a un procedimiento en el que efectivamente se evalúe y controle las pretensiones relacionadas con la nueva oferta de suelo (71).

Esta última cuestión es realmente trascendente, sobre todo para atajar la práctica común de acudir a la modificación puntual de planeamiento para introducir nuevos proyectos previa reclasificación de SNU. Esta práctica en principio legítima, se torna sospechosa cuando se utiliza para introducir terrenos, a veces con alto valor ecológico, en los procesos de transformación urbanística, en muchos casos cuando todavía existe suelo urbanizable no transformado y en algunos casos incluso reiterando sucesivas modificaciones, hasta el punto de que el modelo urbanístico originalmente diseñado se distorsiona por completo dando lugar a un nuevo y distinto plan (72).

Sin embargo, no se puede decir que esta previsión legal pueda ser aplicada al desarrollo de actuaciones urbanísticas ya aprobadas en los planes en vigor por mucho que supongan un aumento de más del 20 % de la población o de la superficie de suelo urbanizado. Dicho de otra manera, estas limitaciones no son aplicables al planeamiento de desarrollo a aprobar para pormenorizar la regulación de sectores ya aprobados por el Plan General con dimensiones superiores a las mencionadas (73). Esto

---

(71) Hay quienes han puesto el acento no tanto en el hecho de que con la aplicación de estas medidas se logre un mayor control que filtre y evite decisiones inadecuadas, como en que con ello se logrará que esos proyectos se sometan a EAE. Sin embargo, la realidad es que el objetivo fundamental de esta medida es evitar ciertas artimañas que se producen en los procedimientos de modificación puntual (IGLESIAS GONZÁLEZ y AGUDO GONZÁLEZ (2007: pp. 54 y ss.). Por otro lado, con base en la Ley 9/2006 de EAE, lo cierto es que modificaciones como las que estamos comentando ya se someterían a EAE, pues difícilmente se podrían integrar entre las excepciones previstas en la Ley y referidas a «zonas de reducido ámbito territorial» y a «modificaciones menores». En la misma línea, PAREJO ALFONSO y ROGER FERNÁNDEZ (2007: p. 202). Sobre esta materia, véase AGUDO GONZÁLEZ (2007b: pp. 105 y ss.). En esta dirección, téngase en cuenta, por ejemplo, el art. 52 bis apartado 1º.b).4º de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, según ha quedado redactado por Ley 4/2008, de 15 de septiembre, de medidas sobre urbanismo y suelo.

(72) En muchos Municipios españoles se pueden contabilizar decenas de modificaciones puntuales. Son famosas las sentencias que estudian las modificaciones operadas por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes como por ejemplo la STS de 11 de febrero de 2005 (Az. 2013) que afirma que «las modificaciones operadas en el Plan General de San Sebastián de los Reyes (OP/1, OP/2 y OP/3) constituyen una auténtica revisión de ese Plan General y no meras modificaciones. En conclusión, las modificaciones debieron haberse tramitado como una revisión del plan y no «troceando» esa revisión en varias modificaciones parciales.

(73) Sin embargo, para algunos autores como PORTO REY (2007: p. 54), sí que parece que la D.Tran. 4ª sea aplicable a los planes en vigor.

quiere decir que la aprobación de un Plan Parcial o un Plan de Sectorización (PAU o similar) para desarrollar las previsiones de un Plan General, no implicaría la revisión del planeamiento general, aunque la actuación superara los parámetros de la D.Tran. 4<sup>º</sup>.

Esta afirmación no parece que pueda discutirse. Como ha puesto de relieve la jurisprudencia, la revisión es un concepto privativo del planeamiento general, ajeno, por tanto, al planeamiento de desarrollo (74), que por definición aplica y desarrolla el modelo territorial establecido en el Plan General. Si esto es así, en la medida en que las disposiciones legales comentadas aluden claramente a la revisión de planeamiento, con toda certeza sólo se pueden referir a la revisión de aquellos planes que pueden ser objeto de revisión. En otras palabras, la aplicación de estas normas a los planes de desarrollo no tiene sentido. Esto es lo que se deduce palmariamente del art. 15.6 referido a los supuestos en que la Administración urbanística tiene la obligación de «*ejercer de forma plena la potestad de ordenación*», en clara alusión a la revisión de planeamiento. Asimismo, la literalidad de la D.Tran. 4<sup>º</sup> sólo puede ser interpretada por relación con el art. 15.6, de modo que cuando alude a la obligación de «*ejercer de forma plena la potestad de ordenación, esta nueva ordenación o revisión...*», claramente redundante en la distinción entre modificación y revisión de planeamiento para optar por la segunda en los casos señalados (75).

Esta interpretación es confirmada por los parámetros subsidiarios establecidos por la D.Tran. 4<sup>º</sup>. Esta disposición se refiere al «incremento» de la población o de la superficie de suelo urbanizado en un porcentaje superior al 20%. Es decir, dicho incremento sólo se puede producir a través de la alteración del plan, pues si las previsiones de crecimiento de suelo urbanizable ya estuvieran previstas en el Plan General aprobado definitivamente, ningún incremento en las previsiones ya vigentes se produciría (76). En fin, si esto es así, todos los Planes Generales en vigor aprobados bajo la

---

(74) Por todas, en este sentido, véase la STS de 22 de enero de 1988 (Az. 334).

(75) En el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ (2007d: p. 756), SÁNCHEZ GOYANES (2007e y 2007f: pp. 503 y 931) y ALLI ARANGUREN y ALLI TURRILLAS (2008: pp. 433 y 434).

(76) Confirma esta tesis alguna de las normas autonómicas aprobadas para adaptar su legislación urbanística a la Ley 8/2007. Tanto en la Comunidad Valenciana, como en Aragón se prevé la adaptación del planeamiento no para los desarrollos ya previstos, sino sólo en relación con nuevos desarrollos no acogidos por el Plan General. Por ejemplo, es el caso de la D.Ad. 2<sup>º</sup> del Decreto-Ley 1/2008, de 27 de junio, de la Comunidad Valenciana, y del art. 39.1.d) de la Ley 3/2009, de urbanismo de Aragón.

vigencia de la Ley 6/1998 y los planes que se aprueben en desarrollo de los mismos no se verían afectados por las disposiciones analizadas, salvo que el legislador autonómico amplíe también a estos casos su aplicación (77). Hilando con esta última posibilidad, quizás esta alternativa sea la más razonable (78), sin perjuicio de las eventuales responsabilidades derivadas de esa forma de actuar.

### 3) Medidas derivadas del régimen de situaciones básicas del suelo

Para confirmar si el nuevo sistema legal realmente permite hablar de contención en la oferta de suelo, de reducción del fenómeno de la «intercambialidad» y de control objetivo de la reclasificación de SNU, parece lógico analizar detalladamente los términos en que las situaciones básicas de suelo han sido reguladas. Para ello, nada mejor que la comparación del art. 12.2 del TRLS de 2008 con los arts. 9 y 10 de la Ley 6/1998, así como con la legislación autonómica aprobada tras la aprobación de la Ley 8/2007 y del TRLS de 2008.

---

(77) Lo que sucede es que, muy al contrario de lo que pudiera presumir el legislador estatal, algunas CCAA más que ampliar la aplicación de la disposición de la norma estatal, la han reducido. Así, por ejemplo, el art. 77.2.b) de la Ley 3/2009 de urbanismo de Aragón, o el art. 93.5 del Decreto Legislativo 1/2005 de Cataluña, según la redacción otorgada por Decreto-Ley 1/2007. Estos preceptos han adoptado porcentajes muy distintos a los previstos en la D.Tran. 4<sup>ª</sup> del TRLS de 2008 y no siempre en relación con los mismos parámetros (incrementos de población o de suelo urbanizado). En la misma línea cabría citar el art. 33.1 del *Decreto 105/2008, de 3 de junio, de medidas urgentes en desarrollo de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco*, o el art. 57.1 de la Ley 5/1999 de Castilla y León, según ha quedado redactado por Ley 4/2008; en ambos casos se prevén porcentajes del 50 % de incremento en relación con reclasificación de suelo o número de viviendas.

(78) En la Comunidad de Castilla y León se ha acogido un supuesto parecido. La D.Tran. 3<sup>ª</sup>.9.b).2<sup>ª</sup> de la Ley 4/2008 establece que los Municipios que al entrar en vigor esta Ley ya hubieran adaptado su planeamiento general a la Ley 5/1999 de Urbanismo de Castilla y León, la aprobación de Planes Parciales en suelo urbanizable no delimitado implicará a su vez «una modificación del planeamiento general que establezca las determinaciones de ordenación general exigibles para el suelo urbanizable». Entendemos que lógicamente en este caso la modificación del Plan General permitirá establecer criterios de sostenibilidad, aunque en este caso no se articule como un supuesto de revisión de los regulados en el art. 57.1 de la Ley 5/1999. Más claro es el art. 82.3.II de la Ley 7/2007, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Contenido Financiero de Cantabria, que modifica la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación del territorio, urbanismo y suelo, incorporando un supuesto de revisión en los siguientes términos: «Asimismo, supondrá revisión de planeamiento urbanístico *el desarrollo de sectores de suelo urbanizable residual* cuando concurren las circunstancias especificadas en el párrafo anterior», esto es, alteraciones de planeamiento en condiciones similares a las de la D.Tran. 4<sup>ª</sup> del TRLS de 2008.

Comenzando con el art. 12.2.a), este precepto empieza aludiendo a una premisa general que califica a todos los terrenos a los que alude este precepto: se trata de suelos «preservados por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo» todos los terrenos que a continuación cita el precepto. Esta premisa es similar a la que el art. 9.1º de la Ley 6/1998 establecía al disponer que tendrían la condición de SNUEP los terrenos «sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial». Asimismo, el precepto añade una cita expresa de valores como los ecológicos, agrícolas, ganaderos y forestales que eran citados en el art. 9.2º de la Ley 6/1998 según la redacción vigente al momento de su derogación («por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales»). Esta conclusión permite entender que los terrenos en situación básica preservada incluyen tanto suelos típicamente considerados como SNUEP, como otros tradicionalmente integrados en el SNU, pero protegidos por iniciativa del planificador urbanístico. Desde este punto de vista, las cosas siguen igual (79).

---

(79) En este mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ (2007b: p. 269), MENÉNDEZ REXACH (2007: p. 76) y SÁNCHEZ GOYANES (2007b: p. 373).

Una sistematización de los terrenos que se encontrarían en esta situación básica según la nueva Ley permite llegar a las siguientes conclusiones comparativas: a) Se encontrarían en esta situación básica los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural; a esto mismo aludía el art. 9.1º de la Ley 6/1998 cuando se refería a los terrenos «sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores (...) históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales (...), o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público». No obstante, se ha de reconocer que la nueva redacción es más clara y estricta al determinar los terrenos que están condicionados en su régimen jurídico en virtud de la existencia de actos jurídicos que predeterminan su clasificación urbanística; b) También se encontrarían en esta situación básica, los terrenos que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos; el art. 9.1º de la Ley 6/1998 se refería parcialmente a estos terrenos, al aludir a los «sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos (...), ambientales». Se puede decir por tanto que la nueva Ley añade una cita expresa de valores ya citados en el art. 9.2º de la Ley 6/1998, lo que permite entender, como ya hemos señalado, que los terrenos en situación básica preservada incluyen tanto suelos típicamente considerados como SNUEP, como otros tradicionalmente integrados en el SNU protegidos por iniciativa del planificador urbanístico; c) También se acogerían dentro de esta categoría, los suelos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves; igualmente la Ley derogada hacía referencia en su art. 9.1º a tales terrenos al mencionar a los «sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con (...) riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial». Ahora se añade una

Por lo que respecta al art. 12.2.b), se ha de tener en cuenta que este precepto alude al suelo en situación básica rural no preservado y, por ello, susceptible de transformación urbanística, categoría que englobaría lógicamente al suelo urbanizable (80). Por otra parte, en coherencia con el art. 10.1.b), el art. 12.2.b) del TRLS de 2008 acoge una cláusula residual que permite categorizar como suelo rural a todos aquellos suelos que no sean calificables como suelo urbanizado (suelo urbano consolidado o no consolidado), ni cuenten con las características para ser calificados como suelos preservados, ni tampoco hayan sido considerados por la ordenación urbanística o territorial como suelos urbanizables: «...*cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el apartado anterior*». Aquí el precepto alude al carácter residual del suelo en situación básica rural no preservada (81). Sucede que no necesariamente cabe identificar esa cláusula con la residualidad del SNU propia de los TRLS de 1976 y 1992, pues como acabamos de señalar, dentro de esta categoría también se pueden incluir suelos urbanizables. En definitiva, en ese último inciso se podrían incluir suelos con clasificación variable y, en todo caso, susceptibles de transformación urbanística (82).

---

referencia expresa a los riesgos artificiales (tecnológicos o provenientes de accidentes graves) que no existía en la anterior Ley, sin que ello hubiera sido inconveniente para que las Leyes autonómicas sí que acogieran en algunos casos una alusión directa a los riesgos tecnológicos (por ejemplo, el art. 15.d) de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia); y d) Finalmente, también se incluirían otros terrenos que establezca la legislación de ordenación territorial o urbanística; se añade una cláusula final en la nueva Ley relativa a otros terrenos para los que la legislación autonómica prevea su categorización como suelo rural preservado, en clara correspondencia con la «coletilla» final del art. 9.2º de la Ley 6/1998 según la redacción otorgada por Ley 10/2003, esto es, aquella que aludía a los terrenos que el planeamiento «considere inadecuados para el desarrollo urbano, bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística».

(80) Así por ejemplo la D.Ad. 15ª del Decreto-Ley 1/2007, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña. Igualmente, el nuevo art. 10.3 de la Ley 5/1999 de Castilla y León, según ha quedado redactado por Ley 4/2008.

(81) La misma conclusión ha sido acogida expresamente en el art. 10.4 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo de Aragón, según el cual, «los terrenos que no se encuentren en la situación básica de suelo urbanizado lo estarán en la de suelo rural». En esta dirección se pronuncian MENÉNDEZ REXACH (2007: p. 77), PAREJO ALFONSO (2007: p. 24) y PAREJO ALFONSO y ROGER FERNÁNDEZ (2007: p. 164).

(82) Quizás un buen ejemplo sea el suelo urbanizable no programado (no sectorizado o no delimitado) que mantiene un régimen jurídico similar al del SNU común hasta la aprobación del correspondiente PAU (o Plan de Sectorización o plan con denominación similar), o también la categoría del suelo rústico de reserva prevista en la legislación de Castilla-La Mancha que puede ser objeto de transformación urbanística con ciertas condiciones especiales.

La cláusula residual del suelo en situación rural otorga una importante discrecionalidad a favor del legislador urbanístico para delimitar los suelos que pueden ser clasificados como urbanizables. La gran diferencia con el modelo de residualidad del SNU de los TRLS de 1976 y 1992 es que la oferta neta de suelo no depende ya de forma determinante del legislador estatal, sino de lo que establezca el legislador autonómico. Esto significa que tan compatible es con el modelo de la Ley 8/2007 un sistema basado en la residualidad del SNU, como con la residualidad del suelo urbanizable (83).

---

(83) MARTÍN REBOLLO (2007: p. 457). Así se confirma por la legislación autonómica aprobada para adaptar las Leyes urbanísticas a la Ley 8/2007: a) El art. 11.2 de la Ley 3/2009, 17 de junio, de urbanismo de Aragón, dispone que «el suelo que no sea clasificado como suelo urbano o urbanizable tendrá la clasificación de suelo no urbanizable». La misma solución ha sido adoptada por el legislador castellano-leonés. El art. 15 de la Ley 5/1999, de Urbanismo de Castilla y León, según ha quedado redactado por Ley 4/2008, establece que: «Se clasificarán como suelo rústico los terrenos que no se clasifiquen como suelo urbano o urbanizable, y al menos los que deban preservarse de la urbanización»; b) En el polo contrario se encuentra la Ley 7/2007, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Contenido Financiero de Cantabria. La Ley modifica los arts. 103 y 104.2 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación del territorio, urbanismo y suelo. Por lo que se refiere al art. 103, la novedad es que la clasificación del suelo urbanizable no se basa únicamente en el criterio de la residualidad, sino que ahora se afirma que «tendrán la consideración de suelo urbanizable los terrenos que, motivadamente y conforme al planeamiento general, puedan ser objeto de transformación por ser los suelos precisos e idóneos para atender las necesidades de transformación urbanística». Sin embargo, y de forma llamativa, el art. 104.2 mantiene el carácter residual del suelo urbanizable no delimitado, señalando que «los terrenos que no sean incluidos por el plan en la categoría a que se refiere el apartado anterior (suelo urbanizable delimitado) tendrán la consideración de suelo urbanizable residual, pudiendo desarrollarse aquellos destinados a uso residencial una vez agotado mayoritariamente el suelo urbanizable delimitado». Al menos se establecen algunos parámetros limitativos, pero como puede observarse, algo difusos; c) Sin embargo, ni el Decreto-Ley 1/2007, de medidas urgentes en materia urbanística de Cataluña, ni la Ley 3/2007, de medidas urgentes de modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, ni la Ley 6/2008, de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo de Galicia, ni el Decreto 105/2008, de 3 de junio, de medidas urgentes en desarrollo de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, ni el Decreto-Ley 1/2008, de 27 de junio, de medidas urgentes para el fomento de la vivienda y el suelo de la Comunidad Valenciana, ni la Ley 6/2009, de 6 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo de Canarias, ni la Ley Foral 6/2009, de 5 de junio, de medidas urgentes en materia de urbanismo y vivienda de Navarra, ni la Ley 2/2009, de 14 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia de Vivienda y Suelo por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, han introducido ninguna regla o cambio relativo a la clase de suelo que ha de considerarse residual, sin que además hayan matizado de forma relevante (cuando esto ha sucedido) el régimen clasificatorio de este tipo de suelo. De hecho, esa regla todavía figura expresamente en las Leyes urbanísticas de Madrid (art. 15.1 de la Ley 9/2001), Galicia (art. 14.2 de la Ley 2/2002), Navarra (art. 95.1 de la Ley 35/2002, de 20 de diciembre, Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo) y País Vasco [art. 14.1.b) de la Ley 2/2006]. Así pues, es absolutamente compatible el mantenimiento del carácter residual del suelo urbanizable con

Este repaso confirma varios datos: 1<sup>ª</sup>) El sistema de situaciones básicas no resuelve los problemas inherentes a la concepción estatutaria de la propiedad relativos a la insostenibilidad de la oferta de suelo, pues no se establecen criterios objetivos y razonables que reduzcan el fenómeno de la «intercambiabilidad», delimitando con claridad los suelos que pueden ser o no susceptibles de transformación urbanística; 2<sup>ª</sup>) Consecuentemente, según CCAA, la oferta de suelo podrá ser incluso la misma que podía deducirse bajo la vigencia de la Ley 6/1998, siempre que la nueva oferta de suelo sea adecuada [en los amplios términos de los arts. 10.1.b) y 15.4 del TRLS de 2008], sin que sea preciso decir que la motivación de ambos extremos se muestra especialmente abierta y flexible; 3<sup>ª</sup>) No cabe entender que el modelo instaurado en 2007 sea equiparable al establecido con anterioridad por los TRLS de 1976 y 1992, pues la residualidad del SNU no se presume y depende del legislador autonómico, siendo que de momento sólo dos CCAA han optado por considerar al SNU como residual; y 4<sup>ª</sup>) Por ello mismo, la superficie neta de suelo transformable puede ser mayor que en modelos donde el SNU directamente es la categoría residual, si bien es cierto que la regla de la residualidad del SNU, no complementada con límites estrictos a la reclasificación, tampoco constituye un verdadero límite a la generación de oferta de suelo.

### III. ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Las distintas Leyes estatales (y autonómicas) en materia urbanística no han atajado la «intercambiabilidad» entre SNU y suelo urbanizable, pues la discrecionalidad del planificador sigue siendo considerable tanto

---

los principios y directrices sobre sostenibilidad del TRLS de 2008. Un buen ejemplo es el art. 14.2 de la Ley 2/2006 del País Vasco que aparte de considerar al suelo urbanizable como residual, añade una serie de directrices en esa dirección para proceder a la clasificación de este tipo de suelo, y todo ello, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2007. En la misma línea, el art. 33 del Decreto Legislativo 1/2005 de Cataluña, y de forma más tímida los arts. 12.1, 44.1.c) y 45.1.c) de la Ley 16/2005 y el art. 13 de la Ley 4/2004 ambas de la Comunidad Valenciana; y d) En el resto de CCAA no se han aprobado (salvo error) Leyes para adaptar su ordenamiento a la Ley 8/2007 y luego al TRLS de 2008. Mientras tanto, Leyes como la *asturiana* (art. 116.1 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo), *riojana* (art. 54 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo) y *murciana* (art. 66.1 de la Ley 1/2001, de 24 de abril, de suelo) siguen aludiendo expresamente al carácter residual del suelo urbanizable en términos similares al art. 10 de la Ley 6/1998.

en la selección de los terrenos susceptibles de transformación, como en la evitación de la reclasificación de suelos merecedores de protección. Lo más llamativo es que los esfuerzos del legislador a lo largo de los años hayan olvidado sobre todo ese segundo aspecto. Esta conclusión es aún más criticable en el caso de la Ley 8/2007, pues a pesar de una sólida jurisprudencia iniciada antes de la entrada en vigor de la Ley (84) y de algunos precedentes legales, el legislador estatal nada estableció en ese sentido.

Estas críticas nos permiten plantear un gran interrogante acerca de qué modelo urbanístico es tendencialmente más sostenible en lo relativo a la generación de oferta de suelo y, por tanto, en la reducción del fenómeno de la «intercambiabilidad». Es discutible si un modelo basado en el criterio de la residualidad del SNU es, de forma general, potencialmente más sostenible que el establecido por la Ley 8/2007, del mismo modo que también es discutible si el modelo urbanístico generado tras los acontecimientos producidos a continuación de la STC 61/1997, puede ser calificado de más o menos sostenible que la Ley 8/2007.

Y es discutible, porque en la actualidad el legislador estatal ha optado por una solución intermedia que incorpora los inconvenientes de sus precedentes (la preterición determinante de la oferta de suelo a la legislación de las CCAA y la residualidad del suelo rural concretable tanto en la residualidad del SNU, como del suelo urbanizable, no sujeto a límites determinantes). Habría sido el momento idóneo para que el legislador estatal fijara reglas claras en esta materia. A favor de una posición favorable a una regulación estatal realmente determinante no parece que se pueda utilizar como excusa la falta de competencias del Estado. Es paradigmático que cuando el legislador estatal (el de 2007) así lo ha querido, ha establecido

---

(84) Nos referimos a las SSTs de 17 de febrero de 2003 (Az. 2891), 25 de octubre de 2006 (Az. 764 de 2007) o de 3 de julio de 2007 (Az. 3753). Según estas sentencias, la reclasificación del SNU protegido por iniciativa del planificador urbanístico al identificar valores merecedores de protección en dichos terrenos, depende de las siguientes circunstancias: 1ª) La clasificación de un terreno como SNU protegido con base en los valores reconocidos por el propio planificador urbanístico, esto es, no condicionada por una decisión administrativa previa y vinculante o por un mandato legal que exija la clasificación del suelo como SNUEP, elimina las facultades discrecionales del planificador para modificar el régimen jurídico de esos mismos terrenos mediante su reclasificación; y 2ª) La reclasificación sólo será conforme a Derecho si se demuestra de forma específica y reforzada, esto es, con base en datos científico-técnicos, la degradación de esos espacios, o dicho de otra manera, que los valores que justificaron la clasificación del suelo como SNU protegido, han desaparecido. Sobre todo ello, véase AGUDO GONZÁLEZ (2010: pp. 76 y ss.).

directrices, parámetros, así como criterios y reglas claras y estrictas en la dirección adecuada (85).

Es por tanto especialmente criticable la diferente actitud del legislador estatal según qué casos. Como decíamos en algunos casos el legislador ha dado pasos muy importantes, pero en otros casos parecidos es sorprendente que nada se haya hecho; e igualmente asombroso es que la justificación al uso siempre sea la falta de competencias, cuando las acciones a emprender no divergen demasiado de aquellas otras medidas que sí han sido tomadas sin tantos miramientos.

Desde esta perspectiva, algunas propuestas que podrían haber sido consideradas serían las siguientes:

- a) El establecimiento de normas que garanticen que las características físicas reales de los terrenos que permiten su clasificación como SNU, sean determinantes de la adscripción del suelo a esa clase de suelo de forma permanente, de modo que una vez clasificados en esa categoría, no fuera posible su reclasificación sin previa justificación de la pérdida de aquellas características que legitimaron su clasificación originaria, esto es, en términos similares a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; aquí por tanto de lo que se trataría es de evitar la transformación de los suelos que prestan servicios ambientales, caracterizados por valores susceptibles de protección y, consecuentemente, orientar los procesos urbanísticos a los suelos sin valores destacables.
- b) Íntimamente vinculado con lo anterior, es fundamental salvaguardar que el destino imputable a cada terreno, como consecuencia de la clasificación del suelo, sólo sea aquél necesariamente compatible con las características del suelo; en este punto lo importante es qué

---

(85) Buenos ejemplos son la reserva de suelo para viviendas de protección pública del art. 10.1.b) y la D.Tran. 1ª; la regulación sobre actuaciones de dotación del art. 14.1.b) y la D.Tran. 2ª; los límites a la facultad de modificación de planeamiento del art. 15.6 y la D.Tran. 4ª; las limitaciones sobre reducción de espacios de la Red Natura 2000, luego ampliadas por el art. 51 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; el mapa de riesgos como elemento clave del informe de sostenibilidad ambiental, el informe de seguimiento de la sostenibilidad económica y ambiental de los planes urbanísticos o la prohibición de reclasificación de terrenos forestales incendiados. En esta línea, DÍAZ LEMA (2007: pp. 41 y ss.) celebra que el legislador estatal apunte ciertas medidas previstas en el articulado de la Ley 8/2007 con un régimen transitorio que debe fundamentarse en la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal, así como en la prevalencia del Derecho estatal.

servicios deben prestar esos terrenos, ya de carácter urbanístico (urbanización), ya de carácter ambiental.

- c) El mantenimiento de esa regla se debería vincular a la evolución natural de esos espacios, pues la artificialización generada por la falta de diligencia en el control administrativo, por ejemplo, por la construcción ilegal en SNU, no debe servir para legitimar una posterior reclasificación del suelo, sino para abrir procedimientos de restauración de la legalidad urbanística, procedimientos sancionadores y, cuando corresponda, procedimientos penales.
- d) Estrechamente vinculado a la propuesta precedente, es necesario que medidas como la prohibición de reclasificación y de cambio de uso de los suelos que han sufrido un incendio forestal, sean aplicadas a otros supuestos (inundaciones, parcelaciones ilegales...). Además, ese tipo de medidas podría trasladarse a una vertiente preventiva, es decir, la prohibición de reclasificación debería aplicarse sin necesidad de vincularla a la previa existencia de una catástrofe.
- e) Con el fin de evitar que la imposición de reglas estrictas en torno a la reclasificación de suelo conlleve el redireccionamiento de esas reclasificaciones a instrumentos como la aprobación de proyectos regionales o de interés supramunicipal, o la delimitación de reservas en SNU, es preciso que límites similares a los señalados anteriormente sean aplicables como regla general a esas técnicas e instrumentos.
- f) La clasificación del suelo programado (sectorizado o delimitado), pero también del suelo urbanizable no programado (no sectorizado o no delimitado) se debería ajustar a la capacidad de acogida del territorio, esto es, a la disponibilidad futura de infraestructuras adecuadas y suficientes, a la capacidad de carga de los recursos naturales y a un modelo de ciudad de densidad alta, no expandida, etc.; esto supone que el control de las cifras infladas de crecimiento poblacional previstas en los planes urbanísticos (algo que ha sido relativamente común), la proyección de grandes urbanizaciones de baja densidad, la previsión de grandes fondos de reserva de suelo urbanizable, etc., debe ser riguroso.
- g) La restricción severa de promoción de suelo urbanizable no programado (no sectorizado o no delimitado), y de reclasificación

de SNU (por cualquier vía, también, por ejemplo, delimitando reservas de suelo en SNU), siempre y cuando exista suelo urbanizable programado (sectorizado o delimitado) no desarrollado; con esta medida se impediría generar oferta de suelo en zonas que el propio planificador no ha considerado como prioritarias.

La omisión de reglas claras y precisas, que podrían basarse en criterios como los señalados, lleva sin embargo a que la Ley 8/2007 y posteriormente el TRLS de 2008, adolezcan de una generalidad propia de las normas principales, cuya eficacia real depende de la interposición necesaria del desarrollo normativo por las CCAA. Este elemento clave de nuestro sistema competencial conlleva que algunas de las medidas establecidas con buen sentido por el legislador estatal se puedan ver desactivadas por el legislador autonómico, aprovechando que la generalidad de la Ley estatal permite justificar muchas alternativas, incluidas las que estaban fundamentadas en modelos urbanísticos aparentemente opuestos al instaurado en 2007 (86).

La enseñanza no puede ser más lógica: el Estado necesita «expresar» al máximo sus competencias para incidir con mayor eficacia en el ordenamiento de todas las CCAA. Las SSTC 61/1997 y 164/2001 son tajantes a la hora de constreñir las competencias estatales previstas en los arts. 149.1.1 ó 149.3 de la Constitución, pero dejan intactos otros títulos competenciales con gran potencialidad desde la perspectiva territorial: medio ambiente, planificación y gestión hídrica, planificación general de la actividad económica, infraestructuras de interés general o protección civil (87).

Efectivamente, con base en esos títulos competenciales, el Estado podría fundamentar medidas que pudieran condicionar la reclasificación de suelo o impusieran la desclasificación de suelo urbanizable, sin que ello supusiera una vulneración de las competencias autonómicas entendidas en los términos de la jurisprudencia constitucional (SSTC 61/1997 y 164/2001), esto es, como la función pública que determina «*el cómo, cuándo y dónde*

---

(86) Esta forma de legislar pone en evidencia lo que GALERA RODRIGO (2007: p. 212), califica como la «indiferencia del legislador autonómico respecto de la normativa estatal concurrente».

(87) Tampoco puede decirse que todos esos títulos competenciales hayan quedado intactos. En el caso de la materia medio ambiente es notorio el cambio jurisprudencial de la STC 102/1995 (FJ 8). Por lo que hace a la gestión hídrica, la erosión de las competencias estatales se ha producido con la aprobación de los nuevos Estatutos de Autonomía [AGUDO GONZÁLEZ (2008: pp. 81 y ss.)].

*deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos*». Y es que con medidas como las reivindicadas, no se impediría una completa «*política de ordenación de la ciudad*», puesto que las limitaciones en cuanto al cuándo, cómo y dónde puedan desarrollarse nuevos asentamientos urbanos que pudieran derivarse de aquellas medidas, ni son impeditivas de forma total o definitiva, ni son desproporcionadas, sino que tan solo condicionan con base en valores e intereses constitucionales acogidos en los arts. 45 ó 46 el ejercicio de esas decisiones, algo que parece evidente podría ser articulado con base en las competencias estatales de los arts. 149.1.1 y 149.1.23 de la Constitución.

Todo ello aderezado además con el imprescindible cumplimiento de Tratados internacionales ratificados por el Estado español y que reclaman soluciones jurídicas como las propugnadas (88), por no hablar de la supuesta filosofía de la nueva legislación estatal de suelo fundamentada en la ETE (89), como así ponía de relieve la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007. Además, con la futura transposición de la Directiva marco para la protección del suelo, conceptos como el de «*sealing*», o «*sellado*» del suelo, o el de «*greenfield*», van a procurar nuevas limitaciones en la transformación del territorio que necesariamente deberán ser acogidas en la legislación estatal que transponga la norma comunitaria (90). Lo incomprendible es que esas medidas deban ser tomadas siempre con el soporte previo de una norma comunitaria, como si en ausencia de ese apoyo, el Estado no hubiera podido actuar en la misma dirección (91).

---

(88) Nos referimos concretamente al Convenio Europeo del Paisaje, ratificado por el Estado español mediante Instrumento de ratificación dado el 6 de noviembre de 2007.

(89) Las recomendaciones de la ETE abogan por la preferencia del *brownfield* frente al *greenfield* en la planificación urbanística, es decir, la preferencia por la rehabilitación de centros urbanos y el reaprovechamiento de instalaciones industriales y terrenos abandonados, evitando el consumo de suelo no transformado. Asimismo, las recomendaciones de la ETE constituyen un paso fundamental en la gestión sostenible de los extensos «espacios intermedios», anticipando parte del enfoque asumido por el Convenio Europeo del Paisaje [MATA OLMO (2006: p. 19) y ZOIDO NARANJO (2006: p. 365)].

(90) La propuesta de Directiva marco para la protección del suelo [COM (2006) 232 final] asume las directrices de la ETE: «*Appropriate measures are needed to limit soil sealing, for instance by rehabilitating brownfield sites, thus reducing the depletion of greenfield sites*».

(91) Sin embargo, es de sobra conocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que establece que la incorporación de España en las Comunidades Europeas no alteró el régimen constitucional y estatutario de distribución de competencias. Así lo viene manteniendo el Tribunal desde la STC 252/1988. Por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien ya ostentaba la competencia sobre la materia en la que incida la norma europea (SSTC 64/1991, 76/1991, 236/1991, 79/1992, 141/1993, 102/1995...).

En definitiva, el legislador estatal debe explorar los límites de sus competencias para que la indiferencia del legislador autonómico no incapacite sus iniciativas. Esto no quiere decir, como es lógico, que el Estado vulnere el sistema competencial, sino que debe indagar al máximo los límites de sus competencias. En definitiva, la profilaxis competencial que el Estado se autoimpone no es positiva y debe ser superada de una vez por todas con la previsión decidida de medidas concretas y definitivas, cuya aplicación se deberá intentar garantizar con una previa concertación-coordinación con las CCAA.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2004): *Incidencia de la protección del medio ambiente en los usos del suelo*, Barcelona, Bosch.
- (2007a): «Paisaje, gestión del territorio y patrimonio histórico», en *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 11.
- (2007b): «Contrariedades y problemas derivados de la aplicación inmediata de la evaluación estratégica ambiental a los planes urbanísticos», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 11.
- (2008): *Urbanismo y gestión del agua*, Madrid, Iustel.
- (2009): «Disponibilidad de agua y nuevos desarrollos urbanísticos», en *Justicia Administrativa*, núm. 45.
- (2010): «Mecanismos jurídicos para delimitación de la oferta del suelo», en *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 258.
- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz y ALLI TURRILLAS, Juan Cruz (2008): *Estudio sistemático del Texto Refundido de la Ley de Suelo*, Madrid, Dykinson.
- BASSOLS COMA, MARTÍN (2009): «La ordenación territorial y urbanística en el texto refundido de la Ley de Suelo de 2008», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 19.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio (2007): «Artículos 20 a 27», en SÁNCHEZ GOYANES (dir.), *Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, Madrid, La Ley.

- DÍAZ LEMA, José Manuel (2007): «La aplicación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, y los títulos competenciales del Estado», en *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 237.
- FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio (2007): «Medio ambiente, urbanismo y edificación: de la política de la Unión Europea al Código Técnico de la Edificación y a la nueva Ley de Suelo», en *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 235.
- FERNÁNDEZ TORRES, Tomás Ramón (2007): «El Estatuto jurídico de la propiedad del suelo en la Ley 8/2007, de 28 de mayo», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 16.
- GALERA RODRIGO, Susana (2007): «El Laberinto Planificador», en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Madrid, Civitas.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1993): «Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones, expropiaciones y venta forzosa», en *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 134.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando (2007): «Suelo Urbanizable», en MARTÍN REBOLLO y BUSTILLO BOLADO (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Cizur Menor, Aranzadi.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2007a): «Artículo 2», en GONZÁLEZ PÉREZ (dir.), *Comentario a la Ley del Suelo*, Cizur Menor, Aranzadi.
- (2007b): «Artículo 10», en GONZÁLEZ PÉREZ (dir.), *Comentario a la Ley del Suelo*, Cizur Menor, Aranzadi.
- (2007c): «Artículo 12», en GONZÁLEZ PÉREZ (dir.), *Comentario a la Ley del Suelo*, Cizur Menor, Aranzadi.
- (2007d): «Artículo 15», en GONZÁLEZ PÉREZ (dir.), *Comentario a la Ley del Suelo*, Cizur Menor, Aranzadi.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio (2009): «Artículo 13», en GUTIÉRREZ COLOMINA y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA (dirs.), *Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal*, Cizur Menor, Aranzadi.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe y AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2007): «Los mecanismos de la corrupción: tipología de irregularidades», en IGLESIAS GONZÁLEZ y AGUDO GONZÁLEZ (dirs.), *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*, Madrid, Fundación Alternativas.

- JIMÉNEZ HERRERO (dir.), Luis M. (2006): *Cambios de ocupación del suelo en España. Implicaciones para la sostenibilidad*, Madrid, OSE.
- LOBATO GÓMEZ, J. Miguel (1989): *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, Montecorvo.
- MARTÍN REBOLLO, Luis (2007): «Suelo Rústico o no Urbanizable», en MARTÍN REBOLLO y BUSTILLO BOLADO (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Cizur Menor, Aranzadi.
- MATA OLMO, Rafael (2006): «Un concepto de paisaje para la gestión sostenible del territorio», en MATA OLMO y TARROJA COSCUELA (coords.), *El paisaje y la gestión del territorio. Criterios paisajísticos en la ordenación del territorio y el urbanismo*, Barcelona, Diputación de Barcelona y CUIIMPB.
- (2007): *Auge inmobiliario y evolución de los usos del suelo en España. Por una nueva cultura del territorio*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (1994): «La propiedad en la nueva Ley del Suelo», en *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 3.
- (2006): «La clasificación del suelo en la Ley de 1956: precedentes y secuelas», en *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 225.
- (2007): «La incidencia de la tipología suelo urbanizado-suelo rústico de la Ley 8/2007 sobre la clasificación de suelo establecida por las Leyes autonómicas. Incidencia sobre el régimen del suelo urbano, urbanizable y no urbanizable», en *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 237.
- (2008): «El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva Ley de Suelo y otras normas estatales recientes», en «Urbanismo y Corrupción», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 12.
- MORENO MOLINA, Ángel Manuel (2008): «El derecho al medio ambiente y su traducción en el ámbito urbanístico», en EMBID IRUJO (dir.), *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Madrid, Iustel.
- MUÑOZ GUIJOSA, Astrid (2009): *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Madrid, Civitas.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón (1988): *Derecho Administrativo. Bienes públicos y urbanismo*, Madrid, Marcial Pons.

- PAREJA LOZANO, Carles (2006): «La evolución del Derecho urbanístico en el suelo rústico o no urbanizable», en *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 225.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2007): «El nuevo marco general que para la ordenación territorial y urbanística define la Ley 8/2007, de suelo», en *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 237.
- PAREJO ALFONSO, Luciano y ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo (2007): *Comentarios a la Ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)*, Madrid, Iustel.
- PORTO REY, Enrique (2007): «Afección práctica de la nueva Ley del Suelo a los instrumentos urbanísticos», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* núm. 16.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique (2007a): «Exposición de Motivos», en SÁNCHEZ GOYANES (dir.), *Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, Madrid, La Ley.
- (2007b): «Artículo 2», en SÁNCHEZ GOYANES (dir.), *Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, Madrid, La Ley.
- (2007c): «Artículo 10», en SÁNCHEZ GOYANES (dir.), *Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, Madrid, La Ley.
- (2007d): «Artículo 12», en SÁNCHEZ GOYANES (dir.), *Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, Madrid, La Ley.
- (2007e): «Artículo 15», en SÁNCHEZ GOYANES (dir.), *Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, Madrid, La Ley.
- (2007f): «Disposición Transitoria Cuarta», en SÁNCHEZ GOYANES (dir.), *Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, Madrid, La Ley.
- ZOIDO NARANJO, Florencio (2006): «Principales retos de adaptación de la Convención Europea del Paisaje a las políticas de ordenación del territorio en Europa», en MATA OLMO y TARROJA COSCUELA, *El paisaje y la gestión del territorio. Criterios paisajísticos en la ordenación del territorio y el urbanismo*, Barcelona, Diputación de Barcelona y CUIIMPB.



# **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TARIFAS PORTUARIAS: HACIA EL DESENLACE FINAL DEL LLAMADO «CONFLICTO TARIFARIO»(\*) (\*\*)**

BARTOMEU TRIAS PRATS

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LOS ORÍGENES DEL CONFLICTO TARIFARIO: LA LEY DE RÉGIMEN FINANCIERO DE LOS PUERTOS ESPAÑOLES Y LA LEY DE TASAS Y PRECIOS PÚBLICOS.– III. EL ESTALLIDO DEL CONFLICTO TARIFARIO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 185/1995, DE 14 DE DICIEMBRE.– IV. LOS MECANISMOS DE REACCIÓN ANTE LA CRISIS DEL SISTEMA: LA LEY 55/1999 Y 14/2000.– V. LA LEY DE PUERTOS DE 1992 Y LA SEGUNDA CRISIS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LOS PUERTOS ESTATALES.– VI. LAS CAUSAS Y ALCANCE DEL «CONFLICTO TARIFARIO».– VII. LOS MECANISMOS DE REACCIÓN: DE NUEVO LA «REFACTURACIÓN».– VIII. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 996/2010.*

*RESUMEN:* La historia de los puertos de interés general se puede resumir en un objetivo muy concreto: hacer del sistema portuario estatal un sistema económicamente autosuficiente. Obviamente, ese objetivo ha influido en la configuración de una de las principales fuentes de financiación de los puertos estatales, las tarifas por servicios, que así, a lo largo de la historia, han ido mutando su naturaleza jurídica en diversas ocasiones. Este trabajo trata de ofrecer una visión sintética de las distintas fórmulas que sucesivamente se han ido ensayando y, especialmente, del conflicto que algunas de ellas ha planteado desde el punto de vista de la doctrina constitucional referida a las prestaciones patrimoniales de carácter público. Asimismo, el trabajo hace particular hincapié en las soluciones

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 23 de mayo de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 10 de junio de 2010.

(\*\*) Este trabajo se basa en una síntesis de los capítulos III, IV y VI de mi tesis doctoral que, bajo el título «El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales», fue defendida el día 12 de febrero de 2010 en la Universidad de las Islas Baleares, ante el tribunal formado por los profesores doctores Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (Presidente), Santiago Muñoz Machado, Tomás de la Quadra-Salcedo, Joaquín Tornos Más y Ángel Sánchez Blanco. Lógicamente se han incorporado ahora todos los nuevos datos y referencias que entonces, por la fecha de finalización de la tesis, no pudieron recogerse.

arbitradas por la Administración portuaria para hacer frente a las consecuencias derivadas de ese conflicto, y en qué modo las mismas han ido fracasando de manera reiterada.

*Palabras clave:* Puertos de interés general; servicios portuarios; tarifas portuarias; prestaciones patrimoniales de carácter público.

*ABSTRACT: The history of the ports of general interest can be summarized with one very concrete goal: to make the state port system self-sufficient. Obviously, this goal has influenced the shape of one of the main sources of funding for the state ports, charges for services, and, throughout history, have been shaping its legal nature on several occasions. This paper offers a concise overview of the various formulas that have been successively tested. It highlights in particular how, from the standpoint of constitutional doctrine relating to the public economic benefits has developed as a result of the aforementioned formulas. This paper also places particular emphasis on solutions arbitrated by the Port Administration to deal with the consequences of the conflict, and how these have been failing repeatedly.*

*Key words:* ports of general interest; port services; port fees; payments for services rendered to the public.

## I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, a finales del pasado mes de abril, el Boletín Oficial del Estado (1) daba cuenta de la admisión a trámite por parte del Tribunal Constitucional, mediante providencia del día 14 del mismo mes, de la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (2). Aunque está claro que tal circunstancia nos sitúa aún en una fase inicial del proceso constitucional, y que por lo tanto habrá que esperar para conocer cuál sea el desenlace de la controversia, no sería

---

(1) Boletín Oficial del Estado núm. 103, de 29 de abril de 2003.

(2) Cuestión de inconstitucionalidad número 996-2010 planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares. Estando este trabajo en fase de edición, el Boletín Oficial del Estado ha publicado la admisión a trámite, por providencia de 19 de mayo de 2010, de una nueva cuestión de inconstitucionalidad en relación a la misma disposición citada. Se trata de la cuestión de inconstitucionalidad número 1882-2010, planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

aventurado pronosticar ya en este momento, si tenemos en cuenta los antecedentes más inmediatos, que el resultado final acabe decantándose del lado contrario a los intereses de la Administración portuaria que ha tratado de servir la mencionada Ley 55/1999. Y es que no puede olvidarse, en este sentido, que hace apenas un año el mismo Tribunal Constitucional, en su sentencia 161/2009, de 29 de junio, ya declaró la inconstitucionalidad del apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999 (3). Bien es cierto, debe advertirse, que en el caso de esta sentencia la inconstitucionalidad iba referida al texto dado a la norma cuestionada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en tanto que en la actual controversia la constitucionalidad se discute de otro texto distinto, del redactado por la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales y del sistema portuario y se aprueban medidas tributarias para la financiación sanitaria y para el sector del transporte por carretera. No obstante, aun siendo esto así, también es verdad que en la parte esencial no existen diferencias sustanciales entre ambos textos. Y, asimismo, que el motivo que ha llevado a cuestionar su constitucionalidad ha sido el mismo en los dos casos: la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución. O lo que es lo mismo, del principio que proscribe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Así pues, podríamos decir, si seguimos guiándonos por ese antecedente próximo, que la reciente admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto a la Ley 55/1999 nos sitúa en la antesala de un nuevo hito de la jurisprudencia constitucional, tal vez el definitivo, en el tortuoso devenir del llamado «conflicto tarifario». Un

---

(3) La sentencia trae causa de la cuestión de inconstitucionalidad (2918/2007) planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Además de ésta, el Tribunal Constitucional había admitido otras distintas (la número 6958/2006, planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y las números, 2917/2007, 2919/2007, 2920/2007 y 2921/2007, planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), pero todas ellas —salvo la 2917/2007, que fue inadmitida por la sentencia 146/2009, de 15 de junio— se declararon extinguidas por desaparición sobrevenida del objeto (autos de 7 de septiembre de 2009) tan pronto fue dictada la sentencia de 29 de junio de 2009. Como antecedente más remoto, debe señalarse también la cuestión de inconstitucionalidad 6047/2004, planteada algunos años antes por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, pero que ni siquiera llegó a admitirse a trámite por razones de carácter estrictamente procesal.

conflicto, baste recordar, que lleva enfrentando los planteamientos del Tribunal Constitucional y los intereses de la Administración portuaria desde hace casi tres lustros, y cuyo origen se remonta todavía más atrás, a la legislación portuaria de mediados del siglo anterior. Ahora bien, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de «conflicto tarifario»? Como se ha dicho, se trata de una controversia antigua y ciertamente compleja. Por eso, lo mejor será, si queremos tener una visión clara de su alcance y de la trascendencia que debe atribuirse a los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que sigamos una exposición ordenada de toda su historia.

## **II. LOS ORÍGENES DEL CONFLICTO TARIFARIO: LA LEY DE RÉGIMEN FINANCIERO DE LOS PUERTOS ESPAÑOLES Y LA LEY DE TASAS Y PRECIOS PÚBLICOS**

Nadie puede discutir la relevancia que ha tenido la Ley 1/1966, de 28 de febrero, de Régimen Financiero de los Puertos Españoles en la historia del régimen portuario. Aunque no es el momento de detenerse en detalles, sí podríamos decir, a modo de síntesis, que esta Ley marcó un punto de inflexión en la concepción de la política financiera del sistema portuario estatal. O dicho de otro modo, fue la primera que impulsó de manera decidida un cambio de rumbo en la estrategia financiera de los puertos españoles, tratando de convertir el tradicional sistema dualista, basado fundamentalmente en las aportaciones de los presupuestos públicos, en un sistema monista, o sea, un sistema que situara a los usuarios del puerto en el eje central de la financiación portuaria (4). En definitiva, lo que pretendía la Ley de 1966 era hacer realidad una vieja aspiración: la implantación en el sistema portuario estatal de un modelo de explotación empresarial. Y de ahí que nociones como las de «autofinanciación» o «rendimiento razonable» se convirtieran en las nuevas claves conceptuales del régimen económico portuario, frente a la clásica y manida noción de

---

(4) En palabras de la exposición de motivos de la Ley: «La modernización de los puertos, consecuencia del Plan de Desarrollo Económico y Social, hace necesario determinar las partes de financiación tanto en los gastos consuntivos como de inversiones, fijando el nivel que deben alcanzar las aportaciones de los organismos portuarios; sólo así puede ser estabilizado y asegurado el régimen financiero de las Juntas y Comisiones Administrativas de Puertos. La coordinación de los transportes aconseja el criterio de que la recaudación de los organismos portuarios cubra los gastos de explotación y conservación, la depreciación y un rendimiento razonable de las inversiones».

«equilibrio financiero» que venía dominando las finanzas de los establecimientos públicos (5).

Así pues, guiada por esa idea esencial de hacer de la explotación portuaria una empresa autosuficiente, la Ley de 1966 trató de potenciar al máximo el protagonismo asignado dentro de la economía portuaria a los ingresos derivados de la actividad ordinaria de los organismos gestores. Y de ahí, en definitiva, la notable renovación que llevó a cabo en la definición del régimen de los servicios portuarios y de los ingresos devengados por su prestación: las tarifas portuarias (6). Todos y cada uno de los distintos servicios sometidos a gravamen quedaban ahora identificados en la nueva Ley (art. 7), que no se contentaba con la simple descripción de su contenido, esto es, con la definición del hecho imponible de las distintas tarifas (art. 8), sino que además contenía una definición propia de los diferentes elementos esenciales de la figura tributaria: sujeto pasivo (art. 9), bases de liquidación (art. 10), devengo (art. 12) y bonificaciones y exenciones (art. 13) (7). Por contra, sin embargo, faltaba en la Ley cualquier tipo de regulación relativa a la cuota tributaria, hasta el punto de que ni siquiera había en ella una determinación precisa de los límites máximos y mínimos de dicha cuota, limitándose la Ley a señalar que la cuantía de las tarifas se fijaría por el Ministerio de Obras Públicas o por el Consejo de Ministros, según los casos, de acuerdo con los criterios generales —de rentabilidad de la explotación y coordinación del transporte— establecidos en el artículo 3. Este considerable margen de actuación que la Ley de 1966 dejaba al poder tarifario de la Administración fue incluso ampliado, más tarde, con la reforma llevada a cabo por la Ley 18/1985, de 1 de julio (8), que tuvo entre sus objetivos principales el de introducir

---

(5) La nueva filosofía quedaba perfectamente reflejada en el texto del artículo 3 de la Ley: «Las tarifas de cada puerto responderán a los objetivos de coordinación del transporte que el Gobierno establezca y al principio de rentabilidad de la explotación, de forma que la suma de los productos de las mismas y de los cánones por concesión administrativa cubra los gastos de dicha explotación, los de conservación, la depreciación de los bienes e instalaciones del puerto y un rendimiento razonable de la inversión neta en activos fijos».

(6) Para mejor conocimiento del nuevo régimen legal de las tarifas por servicios puede verse L. COSCULLUELA MONTANER, *Administración Portuaria*, Tecnos, Madrid, 1973, pp. 115-124.

(7) Una exposición detallada sobre el tratamiento legal de todos estos elementos puede encontrarse en E. VERDERA Y TUÉLLS, «Tarifas portuarias», *Crónica Tributaria*, núm. 54, 1985, pp. 152-157. Véase también, P. HERRERO DE LA ESCOSURA, «Las tarifas portuaria: naturaleza y régimen», en VV.AA., *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pp. 530-540.

(8) Desarrollada por el Real Decreto de 27 de diciembre de 1985.

aun mayores dosis de flexibilidad en el procedimiento de fijación de las tarifas, dejando completamente en manos de la Administración portuaria todo lo relativo a la determinación y revisión de su importe. Así es, no se imponían más condicionantes que la genérica exigencia de adecuación de las tarifas a las directrices de la política económica-financiera y de tarifas que correspondía marcar al Gobierno; y no se establecían más límites que los autoimpuestos, en el sentido de que la Ley de 1985 sí preveía la existencia de límites máximos y mínimos de la cuota tributaria, pero dejaba su fijación a la propia Administración, a la competencia del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.

Con este panorama, se entenderá fácilmente que el sistema legal de las tarifas por servicios no pudiera ponerse en funcionamiento de forma inmediata, sino que requiriera para ello de la necesaria colaboración reglamentaria. Esta colaboración se materializó en dos fundamentales Órdenes Ministeriales, ambas de 23 de diciembre de 1966, a través de las cuales se establecía la regulación de las bases y cuantías de las tarifas por servicios (9). Pero lo que de verdad es importante, con ellas se dejaba plantado el germen del conflicto tarifario, pues en realidad éste no tenía otra esencia que la de la deficiente adecuación de la regulación de las tarifas portuarias a las exigencias impuestas por el principio de legalidad en materia tributaria. Debe recordarse, en este sentido, que desde la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 1958 el reconocimiento de las tarifas por servicios como tasas se había ido afianzando poco a poco, hasta que finalmente, tras las aportaciones de la Ley General Tributaria de 1963 y de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964, dicha condición fue expresamente afirmada por el Decreto 4231/1964, de 17 de diciembre. Y lo mismo hicieron tanto la doctrina como la jurisprudencia (10), de modo

---

(9) Una de las Órdenes regulaba las bases y cuantías de los llamados «servicios específicos» (E-1, E-2, E-3, E-4, E-5, y E-6), en tanto que la otra hacía lo propio para los llamados «servicios generales» (G-1, G-2, G-3, G-5 y tarifa especial).

(10) En este sentido se ha manifestado P. HERRERO DE LA ESCOSURA, «Tarifas portuarias...», *op. cit.*, p. 540; también F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, «Las tarifas portuarias: estructura, criterios de establecimiento y procedimiento de modificación», en VV.AA. *Comentarios a la nueva Ley de Puertos*, Consorcio de la Zona Franca de Vigo, Vigo, 1993, pp. 146-147; e igualmente, entre otros, E. VERDERA Y TUELLS, «Tarifas portuarias», *op. cit.*, p. 151. En la jurisprudencia, cuyo único debate se centraba en discutir el carácter fiscal o parafiscal de las tarifas por servicios, se pueden señalar, entre una gran abundancia de pronunciamientos, los siguientes: STS de 16 de octubre de 1987; STS de 20 de diciembre de 1988; STS de 8 de junio de 1989; STS de 1 de octubre de 1990; STS de 15 de julio de 1991; STS de 28 de octubre de 1992; y STS de 26 de enero de 1995.

que en el momento de dictarse las Órdenes Ministeriales de 1966, y todas las demás posteriores que fueron sustituyendo a éstas (11), la naturaleza tributaria de las tarifas por servicios parecía quedar fuera de toda duda. Eso significaba, por consiguiente, que tales ingresos quedaban sujetos al principio de reserva de ley tributaria. Sin embargo, tal sujeción mal se compaginaba con la amplia intervención reglamentaria que las leyes de 1966 y 1985 habían admitido en la regulación de las tarifas portuarias.

No se trata ahora de exponer la extensa doctrina constitucional sentada en relación al sentido y alcance del principio de reserva de ley en materia tributaria. No obstante, sí conviene recordar algunos aspectos esenciales. Como es sabido, el Tribunal Constitucional ha admitido que se trata de una reserva de carácter «flexible», es decir, que no excluye la posible colaboración reglamentaria. E incluso ha admitido, más aún, que esa flexibilidad no es uniforme, en la medida que el nivel de la colaboración reglamentaria puede variar en función de la diversa tipología de las figuras jurídico-tributarias y de los distintos elementos esenciales de las mismas. En todo caso, sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha encargado de advertir que el principio de legalidad tributaria impone como mínimo, por lo que se refiere a los elementos cuantitativos, que la ley contenga el establecimiento —incluso implícitamente— de un límite legal máximo de cuantificación (12). Pero ese límite, como ya ha quedado dicho, no existía ni en la Ley de 1966 ni en la de 1985, que habían abandonado por completo tal tarea, dejando en manos de la Administración portuaria la regulación directa de los elementos cuantitativos de las tarifas portuarias. En ese contexto, la legalidad de las disposiciones administrativas encargadas de regular las tarifas por servicios parecía quedar seriamente comprometida. Y lo que es aún más grave, parecía quedar en entredicho la constitucionalidad misma de la Ley 18/1985, precisamente por haber otorgado a la normativa reglamentaria tan amplia habilitación.

Por extraño que pueda resultar, sin embargo, la precaria situación del régimen reglamentario de las tarifas portuarias no sufrió por parte de la jurisprudencia el correctivo que cabía esperar. Más bien todo lo contrario,

---

(11) Véase la Orden Ministerial de 14 de febrero de 1986, así como las sucesivas de 3 de febrero de 1989, 23 de marzo de 1990, 27 de febrero de 1991 y 17 de marzo de 1992, todas dotadas de un contenido prácticamente similar y encaminadas a la misma labor que en su día habían asumido las dos Órdenes Ministeriales de 23 de diciembre de 1966.

(12) Pueden citarse, a modo de simple ejemplo, las SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, 152/1986, de 4 de diciembre, y 19/1987, de 7 de febrero.

hasta el punto de que no fueron pocos los pronunciamientos que se afanaron en proclamar que la regulación de la cuantía de las tasas por servicios encontraba suficiente cobertura legal en las normas de 1966 y 1985 (13). Quiere decirse, pues, que todas las Órdenes Ministeriales que se habían ido dictando en desarrollo de tales normas legales quedaban intactas, y del mismo modo, lógicamente, todas las liquidaciones tarifarias que se fueron practicando en aplicación de las mismas. La economía del sistema portuario parecía quedar a salvo de todo peligro. No obstante, habría que esperar hasta el final de la década de los años 80 para encontrar la solución que aparentaba ser definitiva; una solución que vino dada gracias a la aportación de una norma extraportuaria, la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989. Con esta ley, ciertamente, todas las dudas sobre la legalidad de la normativa tarifaria quedaban finalmente diluidas. Y eso no tanto porque la Ley de 1989 hubiera ajustado la regulación de las tarifas por servicios a las exigencias del principio de legalidad tributaria, cosa que desde luego no hizo, sino más bien por todo lo contrario: porque permitió que las tarifas por servicios quedaran excluidas de la categoría de las tasas. Y de este modo, claro está, quedarán liberadas de las exigencias impuestas a los ingresos de naturaleza tributaria.

¿Cómo se consiguió tal resultado? Pues sencillamente gracias a un controvertida operación que consistió en desgajar de las tasas toda una serie de supuestos a los que se negaba naturaleza tributaria, y que, acto seguido, pasaban a constituir un nueva categoría de ingreso público (no tributario): los precios públicos (14). De lo que se trataba, en concreto, era de modificar —restringiéndolo— el concepto de tasa entonces vigente, con el fin de generar el suficiente espacio que permitiera construir la nueva figura como el reverso o negativo de aquélla. Como resultado, se limitaba la figura de la

---

(13) Así lo afirmaron, entre otras, la STS de 28 de octubre de 1992 y la STS de 7 de octubre de 1994. En el ámbito de la jurisprudencia menor puede consultarse, como exponente de esta línea jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 11 de septiembre de 1999.

(14) En realidad, como se sabe, la categoría no resultaba tan novedosa, pues alguna experiencia ya se tenía en el ámbito de los ordenamientos autonómicos, concretamente con la Ley andaluza 4/1988, de 5 de julio, de Tasas y Precios Públicos. Y también en el propio ámbito del Derecho estatal, donde la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, recogía un concepto de precio público prácticamente idéntico al que manejaba la Ley de 1989. Sobre los orígenes legislativos de los precios públicos pueden consultarse, entre otros, los trabajos de J. RAMALLO MASSANET, «Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 90, 1996, pp. 238-240, y de F.J. MARTÍN FERNÁNDEZ, *Tasas y Precios Públicos en el Derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 49-54.

tasa a aquellas percepciones devengadas por servicios cuya prestación se caracterizara por la presencia —simultánea— de dos notas, las de obligatoriedad y no concurrencia. Es decir, se exigía tanto la obligatoriedad en la solicitud o recepción del servicio que configuraba el presupuesto de la tasa como que dicho servicio prestado por el ente público no fuera susceptible de ser realizado por el sector privado (art. 6). Por contra, en el caso de los precios públicos, bastaba simplemente con la concurrencia —alternativa— de una u otra de las características opuestas a las anteriores (art. 24). Esto es, o bien que la solicitud o recepción del servicio fuera voluntaria, o bien, en otro caso, que pudiera prestarse por el sector privado. En definitiva, lo que hacía la Ley de 1989 era otorgar a la categoría de los precios públicos una clara *vis* atractiva (15), provocando el trasvase a la nueva figura de una buena parte de figuras impositivas hasta entonces calificadas como tasas.

Pocas leyes han generado en la doctrina tanta polémica y han suscitado tanto comentarios, y tan desfavorables, como la Ley de 1989, provocados precisamente por la distinción establecida, que se acaba de exponer, entre tasas y precios públicos (16). Lo cierto es, sin embargo, que la distinción terminó por consolidarse, al menos en la práctica administrativa y en la jurisprudencia. Y de ahí que acabara proyectándose también sobre el ámbito de los ingresos portuarios (17), particularmente de las tarifas por servicios, provocando un giro de ciento ochenta grados en la definición de su naturaleza jurídica (18). Se iniciaba así un nuevo ciclo en la configuración de las tarifas portuarias, que tuvo como efecto

---

(15) A.M. PITA GRANDAL, «El concepto legal de precio público», en VV.AA., *Tasas y precios público en el ordenamiento jurídico español*, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 207.

(16) Un ejemplo de esa crítica puede verse en J. MARTÍN QUERALT, «El régimen jurídico de los precios públicos en el Derecho español», en VV.AA., *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pp. 385-389. En esencia, dos fueron los aspectos que centraron la crítica vertida sobre la distinción entre tasas y precios públicos. En primer lugar, el incorrecto entendimiento de la coactividad como nota característica de los tributos, que la Ley de 1989 confundía con la obligatoriedad en la realización del supuesto de hecho del gravamen. Y, en segundo lugar, derivado de lo anterior, la irrelevancia de los requisitos empleados para caracterizar a las tasas (obligatoriedad y no concurrencia) y a los precios públicos (voluntariedad o concurrencia), que se consideraban totalmente ajenos a la naturaleza del servicio o actividad presupuesto de gravamen.

(17) Igualmente sobre el ámbito de los cánones de dominio, pues el artículo 24 de la Ley incluía expresamente dentro de la categoría de los precios públicos a «las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por (...) la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público», alterando así radicalmente la naturaleza tributaria (tasas) que la Ley General Tributaria de 1963 había atribuido a tales contraprestaciones.

(18) Véase, por todas, la STS de 25 de abril de 1995.

inmediato un cambio cualitativo fundamental en su régimen jurídico. Por un lado, como se habrá podido adivinar, la exclusión de las tarifas de la categoría de los tributos liberaba definitivamente a aquéllas de las exigencias impuestas por el principio de reserva de ley en materia tributaria. En este sentido, el artículo 26 de la Ley de 1989 amparaba perfectamente la reserva a la Administración portuaria de la competencia para la «fijación y modificación» de las tarifas por servicios, lo que equivalía a sancionar de pleno la fórmula empleada hasta entonces de regulación reglamentaria de los elementos cuantitativos de las tarifas. Las Órdenes Ministeriales de 1966, y todas sus sucesoras, parecían quedar ahora definitivamente a salvo. Pero eso no fue todo. Además de este importante giro que acabamos de comentar, hubo también una segunda innovación fundamental en el régimen de las tarifas. Una innovación, tan relevante o más que la anterior, relacionada directamente con la cuantía de los ingresos tarifarios y, en concreto, con el distinto papel asignado al principio de cobertura de costes como criterio para la fijación de dicha cuantía. En efecto, mientras que el artículo 7 de la Ley prescribía que el importe estimado de las tasas tendería a cubrir el coste del servicio (19), y se añadía después, en el artículo 19, que dicho importe no podría exceder en su conjunto del coste real o previsible del servicio o actividad retribuido y, en su defecto, del valor de la prestación recibida (20), en el artículo 25 se imponía un criterio totalmente contrario para los precios públicos devengados por servicios o actividades, exigiéndose que su importe cubriera, como mínimo, los costes económicos generados por el servicio o bien el equivalente a la utilidad derivada del mismo. Dicho de manera más sencilla, la Ley de 1989 sometía el importe de las tasas a un límite máximo, y en cambio para los precios públicos sólo se establecía un límite mínimo (21). De modo, en consecuencia, que quedaba abierta la puerta para que en la determinación del importe de éstos —y por lo tanto en el de las tarifas portuarias— se

---

(19) Sobre el concepto de «coste del servicio», relación de importes computables y metodología para la determinación del coste total puede verse, por todos, J PAGÉS I GLATES, *La memoria económico-financiera de las tasas y precios públicos por servicios y actividades*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, pp. 81-172.

(20) Se refiere al llamado principio de equivalencia. Sobre la relación de este principio con el de cobertura de costes, y sobre la equiparación que en ocasiones se establece entre ambos, véase el autor y obra citada en la nota anterior (pp. 47-49).

(21) C MARTÍNEZ GIMÉNEZ, *Los precios públicos*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 83-87. Es el denominado «principio de suficiencia», que informaba la fijación del importe de los precios públicos. Una crítica a la aplicación de este principio y al criterio de la «tarifa suficiente» derivado del mismo puede verse en F.J. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Tasas y Precios Públicos...*, op. cit., pp. 199-202.

podieran incluir cualesquiera conceptos necesarios para asegurar la tan deseada rentabilidad de los servicios públicos. Esta era, no lo olvidemos, la auténtica finalidad de la Ley de 1989. Y de ahí, en definitiva, la enorme importancia que la Ley de Tasas y Precios Públicos tuvo para el régimen financiero de los puertos estatales y para los propósitos perseguidos por la Ley 1/1966, dirigidos precisamente al objetivo de alcanzar la rentabilidad económica del sistema portuario estatal.

### **III. EL ESTALLIDO DEL CONFLICTO TARIFARIO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 185/1995, DE 14 DE DICIEMBRE**

Con todo lo que se ha dicho en el epígrafe anterior es fácil imaginar que las tarifas portuarias vivían a finales de la década de los años ochenta del siglo anterior una situación de enorme tranquilidad, gracias sobre todo al cambio de rumbo impuesto en su naturaleza jurídica por la Ley de Tasas y Precios Públicos. Por un lado, la exclusión del principio de legalidad en materia tributaria daba a la fijación de la cuantía de las tarifas la dosis de flexibilidad tan deseada; y, por otro, la exclusión del principio de cobertura de costes permitía que aquéllas pudieran servir más fácilmente al objetivo fundamental de rentabilidad de la explotación portuaria que imponía la Ley 1/1966. Toda esta situación, sin embargo, se vería bruscamente alterada pocos años más tarde, a mediados de la década siguiente, como resultado de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que ha marcado un hito capital en la historia del régimen económico-financiero de los puertos estatales. Nos referimos, claro está, a la sentencia 185/1995, de 14 de diciembre.

Como ya hemos visto, la Ley 8/1989 quiso extraer los precios públicos de la categoría de los ingresos tributarios como un medio para justificar su exclusión de la sumisión al principio de reserva de ley. No obstante, cometió un error de cálculo, porque olvidó que en el esquema de la regulación constitucional la naturaleza no tributaria de las prestaciones no lleva aparejada, por paradójico que resulte, la exención automática del principio de legalidad tributaria (22). Puesto que en nuestra Carta Magna, como

---

(22) A. AGULLÓ AGÜERO, «Los precios públicos: prestación patrimonial de carácter público no tributaria» *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 80, 1993, p. 528.

puede advertirse, el principio de reserva de ley en materia tributaria no se establece de forma directa, sino por relación a las denominadas «prestaciones patrimoniales de carácter público» (23). Quiere decirse, pues, que la puesta en juego de dicho principio no viene determinada por el concepto de tributo, sino por el de prestación patrimonial de carácter público. A lo que debe añadirse, como segundo dato fundamental, que no es posible establecer una identificación entre ambos conceptos (24), en la medida que el segundo tiene un alcance notablemente más amplio que el primero. En otras palabras, es correcto decir que todos los tributos son prestaciones patrimoniales de carácter público, pero no así a la inversa. Por consiguiente, sería fácil concluir que la negación de la naturaleza tributaria de los precios públicos no pudo servir a la Ley de 1989 para excluir de un modo constitucionalmente válido la aplicación del principio de legalidad si resultaba, como así acabó afirmándose, que aquéllos debían quedar incluidos dentro de la categoría de las prestaciones patrimoniales de carácter público.

Ese fue, precisamente, el razonamiento que sirvió como argumento principal para fundamentar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Tasas y Precios Públicos. Y el mismo utilizado, más tarde, para motivar el fallo declarativo de inconstitucionalidad contenido en la trascendental sentencia de 14 de diciembre de 1995. Expuesto de forma muy resumida, el razonamiento de la sentencia fue el siguiente. Para el Tribunal Constitucional, el elemento clave definidor de las prestaciones patrimoniales públicas estaba en su carácter coactivo. Esto es, en el hecho de tratarse de prestaciones impuestas unilateralmente por el poder público sin la intervención de la voluntad del obligado (25). Ahora bien, ¿cuándo puede decirse que un prestación patrimonial resulta impuesta coactiva-

---

(23) Véase el artículo 31.3 de la Constitución.

(24) Así ya lo advirtió uno de los primeros autores que centraron su atención en el estudio de las prestaciones patrimoniales de carácter público, el profesor PÉREZ ROYO (F. PÉREZ ROYO, «Las fuentes del Derecho tributario en el nuevo ordenamiento constitucional», en VV.AA, *Hacienda y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 13-49).

(25) Como ha advertido C. LOZANO SERRANO, «Calificación como tributos o prestaciones patrimoniales públicas de los ingresos por prestación de servicios», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 162, 2002, p. 116, el Tribunal Constitucional no se ocupó —ni se ha ocupado— de la definición del concepto de prestación patrimonial de carácter público, ni tampoco de la construcción dogmática de sus rasgos jurídicos. Por eso, la formulación del concepto se ha tenido que hacer inductivamente, a partir de los diferentes tipos de ingresos públicos que el Tribunal Constitucional ha ido examinando a efectos de fallar o no su inclusión en la categoría constitucional. De este modo, se ha podido llegar a una definición que caracteriza las prestaciones patrimoniales de carácter

mente? En opinión del Tribunal Constitucional hay al menos tres supuestos distintos en los que se puede afirmar la ausencia de voluntad del obligado al pago: a) en primer lugar, cuando la realización del supuesto de hecho determinante del nacimiento de la obligación viene impuesta al particular, que por lo tanto no puede decidir si se obliga o no (26); b) en segundo lugar, cuando a pesar de que haya libertad en la realización del supuesto de hecho, la obligación de pago, una vez realizado aquél, surge automáticamente, sin que medie actividad voluntaria del contribuyente dirigida al ente público; c) finalmente, en tercer lugar, cuando los entes públicos ocupan una posición de monopolio, de hecho o de derecho, respecto del bien utilizado o de la actividad o servicio prestado, de modo que el sujeto es libre para obligarse, pero no para determinar la persona con la que establecer la obligación (27). En definitiva, lo que parecía querer decir el Tribunal Constitucional es que el juego de las prestaciones patrimoniales públicas se da en todos aquellos supuestos en que falte la libertad para obligarse, pero que esa libertad no sólo ha de ser formal, sino también material.

Llegados a este punto, el paso siguiente que debía dar el Tribunal Constitucional puede imaginarse fácilmente. Se trataba sencillamente de verificar si la definición de la figura del precio público contenida en el artículo 24 de la Ley de 1989 coincidía o no con los distintos supuestos de prestaciones de carácter público previamente identificados. La conclusión del Tribunal Constitucional, como antes ya se ha avanzado, es que esa

---

público como: a) obligaciones de dar; b) impuestos coactivamente; y c) marcadas por una inequívoca finalidad de interés público.

(26) Según se encargaba de precisar el Tribunal Constitucional, eso ocurre no sólo en los casos en los que la realización del supuesto de hecho viene impuesta por una disposición normativa, sino también en aquellos otros en los que el bien, la actividad o el servicio requerido —de cuya solicitud se deriva la obligación de pago— resulta indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias del momento. Tampoco en estas situaciones, en opinión del Tribunal Constitucional, puede decirse que la voluntad de obligarse sea real y efectiva.

(27) A. AGUALLO AVILÉS, «Un criterio jurídico para delimitar tasas y precios: la dicotomía prestación espontánea-prestación impuesta», en VV.AA., *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pp. 137-154, ha establecido una clasificación de los niveles de coacción que sirven para discriminar las prestaciones de carácter público de las que no lo son, pudiéndose observar algunas diferencias relevantes respecto del planteamiento defendido por la sentencia 185/1995. En concreto, el autor citado no admite que todas las situaciones de monopolio generen prestaciones patrimoniales de carácter público, sino sólo en el caso de monopolio de derecho sobre productos o servicios esenciales.

coincidencia se producía en todos los supuestos. Y de modo particular, por lo que interesa a las tarifas por servicios, en los dos siguientes casos: a) en primer lugar, en el supuesto de precios públicos vinculados a la utilización privativa o aprovechamiento espacial del dominio público [art. 24.1.a)], dado que aquí la Administración —argumentaba la sentencia— ocupa una posición de monopolio; y b) en segundo lugar, en el supuesto de precios públicos satisfechos por servicios que no sean obligatorios o no puedan ser prestados por los particulares [art. 24.1.c)]. En este caso, el eje del razonamiento del Tribunal se centraba sobre el modo disyuntivo en que la Ley articulaba los dos requisitos, puesto que aquél entendía que la existencia de una auténtica libertad para obligarse exige la presencia simultánea de ambos. Con todo esto, la conclusión final admitía pocas dudas: los precios públicos, tal como aparecían configurados en la Ley de 1989, constituían auténticas prestaciones patrimoniales coactivas. Y esa condición, además, no podía verse desvirtuada por el concreto *nomen iuris* utilizado por la norma legal para designar la nueva categoría de ingresos públicos. En consecuencia, también éstos quedaban sometidos a las exigencias impuestas por el principio de reserva de ley.

Hasta aquí, pese a que algunos de los planteamientos del Tribunal pudieran ser objeto de discusión, su razonamiento parecía seguir un hilo lógico. A partir de aquí, sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional daba un paso más allá de lo que cabía imaginar, puesto que no se limitaba a la habitual tarea constitucional de legislación negativa, sino todo lo contrario, asumía una clara función de legislación positiva. Dicho en otras palabras, la sentencia 185/1995 no se conformó con sancionar la vulneración constitucional derivada de la amplia remisión que la Ley de 1989 hacía a la normativa reglamentaria para la creación y regulación de los precios públicos, sino que, mucho más lejos, se encargó de actuar sobre la propia definición de esta categoría de ingresos, determinado el alumbramiento de un nuevo concepto de precio público que difería sustancialmente del recogido en el texto originario de la Ley de 1989. Podríamos decir, por lo que se refiere en concreto a los ingresos devengados por la prestación de servicios, que las tornas en el enunciado de los conceptos de tasa y precio público se invertían: si hasta ahora las tasas por servicios o actividades exigían la afirmación simultánea de los requisitos de obligatoriedad (del servicio) y no concurrencia (en la prestación), a partir de ahora bastaba la presencia de uno u otro (obligatoriedad o no concurrencia) para atribuir carácter tributario al ingreso. Y en sentido inverso, si

antes de la sentencia constitucional los requisitos de los precios públicos se formulaban en términos disyuntivos (voluntariedad o concurrencia), tras la sentencia tales requisitos se exigían de forma acumulativa (voluntariedad y concurrencia).

Todo este cambio de planteamiento impulsado por la sentencia de 1995 tuvo su traducción normativa, pocos años más tarde, en la Ley 25/1998, de 13 de julio, de Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, mediante la cual se modificaban tanto la Ley General Tributaria de 1963 como la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989 para adaptar los conceptos de tasa y precio público a la nueva configuración constitucional. Una adaptación que no únicamente afectaba —en los términos que antes hemos expuesto— a los ingresos derivados de la prestación de servicios por parte de los entes públicos, sino que alcanzaba igualmente a los ingresos devengados por la utilización o aprovechamiento especial del dominio público. Como ya se ha hecho notar más arriba, para el Tribunal Constitucional estos ingresos también debían concebirse como prestaciones patrimoniales coactivas, en atención a la posición de monopolio ostentada por la Administración, y de ahí que la Ley 25/1998 los reintegrara en la categoría tributaria de la tasa.

En resumen, como puede comprobarse, el decorado de los precios públicos diseñado por la Ley de 1989 sufría una alteración sustancial. Y lo que es más, no era descabellado aventurar que ese cambio acabara repercutiendo directamente sobre el régimen de las tarifas portuarias. Incluso en el supuesto que se negara la condición de tasas de tales tarifas, algo harto difícil (28), lo que no podía negarse en ningún caso era la calificación de dichos ingresos como prestaciones coactivas. Un simple silogismo bastaba para fundamentar esta conclusión: si con la Ley de 1989 las tarifas portuarias se habían calificado como precios públicos; y si resulta, como se ha visto, que el Tribunal Constitucional había señalado que dichos precios públicos, en los términos en que estaban definidos por la Ley, se correspondían con la noción de prestación patrimonial de carácter público; debía concluirse, lógicamente, que las tarifas por servi-

---

(28) F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Las tarifas portuarias...*, op. cit., pp. 146-147, había defendido la condición de tasas de las tarifas portuarias incluso con la versión originaria de la Ley de Tasas y Precios Públicos, es decir, aun antes de la sentencia constitucional de 1995. Tas ésta, la condición de tasas de las tarifas fue ampliamente admitida por la jurisprudencia, como lo atestiguan, entre otras, las SSTS de 2 y 9 de febrero de 1996.

cios portuarios quedaban también incluidas dentro de la categoría de las prestaciones impuestas coactivamente. Eso significaba, por lo tanto, que las tarifas debían quedar sometidas al principio de reserva legal impuesto constitucionalmente a las prestaciones patrimoniales de carácter público. Esta era, en definitiva, la causa de la oscura sombra que la sentencia del Tribunal Constitucional proyectaba sobre el sistema de los ingresos portuarios, pues no olvidemos que la Ley 18/1985 había atribuido plenos poderes a la normativa reglamentaria para la fijación del importe de las tarifas (y también de los cánones). Y tampoco olvidemos, asimismo, que fue gracias precisamente a esa habilitación que se dictaron, entre 1986 y 1992, toda la serie de Órdenes Ministeriales que regulaban el importe de las tarifas portuarias (29). Ahora, después de la sentencia del Tribunal Constitucional, la legalidad de todas ellas quedaba seriamente en entredicho.

Los presagios más pesimistas para el régimen económico-financiero de los puertos estatales no tardaron en hacerse realidad. A partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1996 la jurisprudencia empezó a hacerse eco de la doctrina del Tribunal Constitucional y, como consecuencia de eso, a variar radicalmente su posición en el enjuiciamiento de las diversas normas reglamentarias encargadas de regular la cuantía de las tarifas. En un sentido totalmente opuesto al que se había mantenido hasta entonces, las resoluciones del Tribunal Supremo comenzaron a pronunciarse en contra de la legalidad de las Órdenes Ministeriales dictadas, lo que conllevó, como efecto añadido, la anulación de todas las liquidaciones —no firmes (30)— que se habían practicado al amparo de ellas (31). Pero eso no fue todo, aún hubo algo más: la nueva doc-

---

(29) Otras Órdenes Ministeriales, dictadas también dentro del mismo periodo, hicieron lo propio con el importe de los cánones por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público. Véanse, entre otras, las Órdenes Ministeriales de 14 de noviembre de 1988 y de 12 de diciembre de 1990.

(30) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 61, 1989, pp. 5-17, había ensalzado, algunos años antes, el alcance prospectivo de los efectos derivados de las sentencias de inconstitucionalidad. En el caso de la sentencia 185/1995, esta cuestión se resolvía en el fundamento jurídico 10º, advirtiendo que la declaración de inconstitucionalidad no afectaría a la revisión de las situaciones ya consolidadas; esto es, según señalaba el Tribunal Constitucional, a aquellas que hubieran sido definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada y, asimismo, a las que hubieran sido consentidas a la fecha de publicación de la sentencia.

(31) Sería prácticamente imposible, por la enorme abundancia de pronunciamientos, hacer una enumeración exhaustiva de todas las sentencias dictadas en contra de las Órdenes Ministeriales

trina sentada por la sentencia de 1995 llevó a que se pusiera en tela de juicio la constitucionalidad misma de la Ley 18/1985, concretamente de su artículo 9 y disposición transitoria primera, por ser estos preceptos justamente los que amparaban las amplias facultades de la Administración para la fijación y actualización de la cuantía básica de las tarifas (y también de los cánones). De este modo, a la par que el Tribunal Supremo iba dismantelando el régimen reglamentario de las tarifas por servicios, la propia Ley que había servido de soporte a todo el sistema acababa siendo declarada inconstitucional (32).

Todo esto junto hacía que la economía del sistema portuario estatal se enfrentara a una situación económica extremadamente delicada, por una razón obvia: porque la declaración de nulidad de la normativa reguladora de los ingresos portuarios y la consiguiente revisión de las sucesivas liquidaciones que se habían ido practicando conforme a ella obligaban ahora a los organismos portuarios al reintegro de las cantidades indebidamente

---

y de las liquidaciones practicadas. Así pues, tómense las siguientes a título de simple ejemplo: STS de 8 de febrero de 1996; STS de 17 de enero de 1997; STS de 23 de enero de 1997; STS de 14 de enero de 1999; STS de 13 de febrero de 1999; STS de 22 de febrero de 1999; STS de 27 de febrero de 1999; STS de 25 de febrero de 2000; STS de 20 de junio de 2001; STS de 21 de marzo de 2002; STS de 23 de mayo de 2002; STS de 5 de diciembre de 2002; STS de 11 de diciembre de 2002; o STS de 30 de octubre de 2003. Tampoco faltaron, y en la misma abundancia, las sentencias que hicieron lo propio con la regulación y liquidación de los cánones de dominio. En tre otras: STS de 21 de enero de 1998; STS de 22 de febrero de 1999; STS de 23 de marzo de 1999; STS de 5 de febrero de 2000; STS de 26 de octubre de 2001; STS de 22 de diciembre de 2001; STS de 7 de junio de 2002; STS de 18 de junio de 2002; o STS 23 de junio de 2003.

(32) Véase la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2003, de 27 de marzo, dictada a raíz de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Conviene precisar, no obstante, que dicha sentencia solo declara la inconstitucionalidad de las disposiciones cuestionadas en aquello que se refiera a los cánones, no a las tarifas. Tal circunstancia se explica por razones de orden procesal, es decir, del objeto del litigio que originó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, limitado a la impugnación de diversas liquidaciones del canon de ocupación del dominio público en el Puerto de la Luz y de las Palmas. Ahora bien, debe señalarse igualmente que con posterioridad a la sentencia de 2003 el Tribunal Constitucional admitió (providencia de 27 de marzo de 2007) una nueva cuestión de inconstitucionalidad (8110/2006) planteada en relación con la Ley 18/1985, pero en este caso afectando también a la regulación de las tarifas y extendiéndose al artículo 10.1.a) (que atribuye al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo la competencia para fijar, dentro de los límites máximos y mínimos referidos en el artículo 9, la cuantía de las tarifas de los puertos gestionados por Juntas de Puerto y por la Comisión Administrativa de Grupos de Puerto. La cuestión de inconstitucionalidad ha sido resuelta hace algo más de un año por la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de abril de 2009, que ha declarado inconstitucionales y nulos —por vulneración del principio de reserva de ley— todos los preceptos impugnados.

satisfechas. Y créase que el importe de esas cantidades pronto alcanzó cifras realmente desorbitadas (33).

#### **IV. LOS MECANISMOS DE REACCIÓN ANTE LA CRISIS DEL SISTEMA: LA LEYES 55/1999 Y 14/2000**

Como se ha dicho, la situación era enormemente preocupante, cuando no desesperada, y exigía desde luego una rápida reacción. Una reacción, además, que debía proyectarse en una doble dirección: por un lado hacia el pasado, o lo que es lo mismo, sobre las liquidaciones ya practicadas y que hubieran sido anuladas, a efectos de cortar la importante hemorragia que estaba desangrando la economía del sistema portuario; pero por otro lado, tal vez más importante, también hacia el futuro, para evitar que las nuevas liquidaciones que se practicaran después de la sentencia constitucional corrieran la misma suerte que las anteriores. Como era de esperar, esa reacción se produjo, en efecto, aunque de forma separada para los cánones y las tarifas. Y lo que es aún más singular, con niveles de intensidad distintos y en periodos o intervalos de tiempo notablemente separados.

Por lo que se refiere a los cánones de dominio, no nos podemos detener ahora en excesivos detalles, pero sí convendría destacar dos aspectos muy básicos que nos servirán luego para apreciar las diferencias de estrategia respecto a las tarifas portuarias. Por un lado, debe destacarse la rapidez de la reacción, producida —casi inmediatamente después de la sentencia constitucional— con el dictado del Real Decreto-ley 2/1996, de 26 de enero. Y de otro lado, debe destacarse también la orientación de esa reacción, que no pretendió poner remedio a la deuda generada por las liquidaciones anuladas, sino simplemente evitar que la situación pudiera reproducirse en lo sucesivo. En este sentido, el Real Decreto-ley nada decía de las liquidaciones ya practicadas, sino que todo su interés se centraba en las liquidaciones que hubieran de seguir practicándose en el futuro. Y de ahí que el remedio fundamental que aportaba dicha norma no fuera

---

(33) P.F. NAVARRO FERNÁNDEZ, «La nueva regulación de las tasas portuarias contenida en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General», en VV.AA., *La nueva legislación portuaria*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 141 destaca que a principios del año 2000 la Administración portuaria debía, en concepto de tarifas y cánones indebidamente percibidos, la escalofriante cifra de 35.000.000.000 de las antiguas pesetas.

otro que el de elevar a rango legal la regulación de las distintas prestaciones afectadas, afirmando que el régimen de sus elementos esenciales sería el vigente a fecha 12 de enero de 1996 (fecha de publicación de la sentencia constitucional 185/1995) y que en lo sucesivo dicho régimen no podría ser modificado salvo por una norma con rango de ley (34). Esa norma, concretamente, fue la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, que sirvió para asentar de manera definitiva la regulación legal de los cánones portuarios, y salvar así su régimen jurídico de cualquier posible controversias futura (35).

Completamente distinto de lo sucedido con los cánones portuarios fue lo acontecido con las tarifas por servicios. Convendrá observar, de entrada, que la reacción del Estado se produjo aquí notablemente más tarde, ya en el año 1999, gracias a una disposición adicional, la trigésima cuarta, incluida en la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (36). Lo verdaderamente relevante de esta disposición no se encontraba, sin embargo, en esa circunstancia de orden temporal, sino en el alcance o contenido de las decisiones adoptadas por el legislador. A diferencia de la opción seguida para los cánones, el objetivo fundamental de la Ley 55/1999 no fue el de satisfacer las exigencias del principio de legalidad tributaria, sino simplemente el de lograr salvar la deuda que acumulaba el Estado como consecuencia de las liquidaciones anuladas (37). Dicho en otras palabras, más que un propósito reparador del régimen tarifario la Ley tenía una vocación puramente paliativa de los

---

(34) M.T. GONZÁLEZ ESCUDERO, «El principio de legalidad tributaria en la doctrina del Tribunal Constitucional. Reflexiones sobre la STC 185/1995, de 14 de diciembre», *Revista de Hacienda Local*, núm. 78, 1996, pp. 612-620, ha cuestionado la suficiencia del Real Decreto-ley de 1996 para cumplir las exigencias constitucionales de la reserva de ley. En el mismo sentido, J. RAMALLO MASSANET, «Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 90, 1996, p. 245.

(35) La Ley de 1997 tuvo, entre sus cometidos fundamentales, el de redefinir la regulación de los cánones portuarios. Del mismo modo que ya lo hiciera la Ley de Régimen Financiero de los Puertos Españoles (art. 15), la Ley de 1997 distinguía el canon por ocupación o aprovechamiento del dominio portuario (art. 69) y el canon por prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales o industriales (art. 69 bis). Y para ambos cánones la Ley establecía la regulación del hecho imponible, los sujetos pasivos, las bases de liquidación, el tipo de gravamen y el devengo, Y regulaba asimismo, en el artículo 69 *ter*, las exenciones.

(36) Véase en concreto el apartado 1 de la citada disposición adicional trigésimo cuarta.

(37) Véase lo dicho por la SAN de 23 de enero de 2001, en la que se señala de modo claro cuál era el verdadero propósito de la Ley 55/1999: evitar el enriquecimiento injusto de los usuarios de los servicios que, no obstante la anulación de la correspondiente liquidación tarifaria, habían disfrutado efectivamente de las prestaciones de las Autoridades Portuarias. En sentido opuesto,

efectos de tal régimen, que se traducía en la articulación de un mecanismo singular (38): se trataba, ni más ni menos, que de autorizar una nueva liquidación de todas aquellas tarifas que fueran anuladas. De tal forma que, sin perjuicio de la posible ejecución de las referidas sentencias, se generara paralelamente una nueva deuda, pero ésta a favor de la Administración portuaria y a cargo de los usuarios de los servicios efectivamente prestados.

La razones que explican la peculiar estrategia seguida por el legislador son fáciles de entender. En el año 1999 el régimen tarifario que había motivado toda la crisis del sistema ya había sido derogado y sustituido por otro distinto, de modo que no tenía sentido pretender reparar sus posibles déficits, y sí por el contrario poner remedio a sus consecuencias prácticas. Dicha sustitución era el resultado de una Ley, la 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que supuso, como gran innovación en materia de tarifas por servicios, un nuevo cambio en la calificación de tales ingresos, que pasaban de configurarse como precios públicos, con la Ley 8/1989, a ser expresamente calificados como precios privados. Esa circunstancia podría explicar, pues, los motivos que llevaron al legislador de 1999 a la decisión adoptada, creyendo seguramente que el cambio operado en la calificación legal de las tarifas por servicios las dejaría a cubierto de la doctrina constitucional sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público, y, por consiguiente, de las exigencias del principio de reserva de ley (39). Hay estuvo, sin embargo, el gran error que cometió el legislador de 1999. O dicho de otro modo, la principal crítica que se puede hacer a la Ley 55/1999 es que no aplicara a las tarifas por servicios la misma solución que dos años antes se había aplicado a los cánones portuarios. Y que en lugar de limitarse a prescribir la nueva facturación (refacturación) de los importes anulados no se preocupara, además, de ajustar el régimen de dichas tarifas a los requerimientos de la doctrina constitucional sobre las prestaciones patrimoniales coactivas. Podría decirse, pues, que el legislador de 1999 pecó de exceso

---

la sentencia reconoce que el efecto de la Ley de 1999 nunca fue el de convalidar las liquidaciones practicadas en base a las disposiciones reglamentarias declaradas nulas.

(38) El fundamento de este mecanismo puede encontrarse en el Dictamen emitido por el Consejo de Estado de fecha 18 de febrero de 1999.

(39) Este modo de razonar puede encontrarse recogido en algunos ejemplos de la jurisprudencia menor, como es el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 17 de diciembre de 2003.

de confianza. Porque no era difícil prever, conocido el énfasis con que el Tribunal Constitucional había afirmado la intrascendencia del *nomen iuris* en la determinación del carácter coactivo o no de las prestaciones, que el cambio nominal operado por la Ley 27/1992 iba a resultar insuficiente para dejar a las tarifas portuarias a salvo de los requerimientos constitucionales. Y eso es exactamente lo que acabó sucediendo, como se verá más tarde, aunque de momento será mejor no adelantar acontecimientos.

Sí señalaremos, para acabar, que el sistema de refacturación ideado por la Ley de 1999 fue perfeccionado, justo un año más tarde, por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Esta nueva Ley, a través de su disposición adicional séptima, modificó la redacción de la trigésima cuarta de la Ley anterior, introduciendo la posibilidad de que las cantidades adeudadas por la Administración pudieran ser compensadas, en fase de ejecución de sentencia, con las resultantes de las nuevas liquidaciones autorizadas por la Ley de 1999 (40). De este modo, en definitiva, el Estado se vería notablemente aliviado, pues únicamente quedaba obligado a abonar las cantidades correspondientes a los intereses devengados desde que el usuario hubiera efectuado el pago de la liquidación inicial hasta que el organismo portuario realizara la compensación de dicha liquidación con el importe de la tarifa refacturada (41).

Así previsto, todo parecía en principio muy sencillo. Sin embargo, recientemente el Tribunal Constitucional se ha encargado de desbaratar todos los planes del legislador de 1999-2000, al declarar expresamente —en su sentencia 116/2009, de 18 de mayo— la inconstitucionalidad del apartado 1 de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999 (42). En opinión del Tribunal, la previsión contenida en la citada disposición vulnera lo establecido en el artículo 9.3 CE, puesto «que esta-

---

(40) Cabe advertir, no obstante, que la Ley de 1999 ya había dispuesto, como medida de garantía, que el importe de la refacturación en ningún caso podría ser superior al de la liquidación primitiva. Y a ello la Ley 14/2000 añadía que no procedería la refacturación y, en consecuencia, la correspondiente compensación, en todos los casos en que se hubiera producido prescripción de los derechos de la Administración.

(41) Sobre el periodo computable a efectos del cálculo de los intereses puede verse, por todas, la STS de 30 de marzo de 2006.

(42) La sentencia trae causa de la cuestión de inconstitucionalidad 4094/2003, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco. Junto a ésta, el mismo Tribunal había planteado otras cuestiones, concretamente las número 5861/2003, 4095/2003, 6301/2003 y 696/2004, que recientemente se han declarado extinguidas (Autos del Tribunal Constitucional de

blece la regulación de unas tarifas que tienen la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público, dotándola de una retroactividad auténtica, sin que concurren exigencias cualificadas de interés común que puedan resultar prevalentes». En otras palabras, lo que el Tribunal Constitucional ha criticado es que la Ley 55/1999, a través de su disposición adicional trigésima cuarta, hubiera vuelto a otorgar vigencia a una regulación que ya había sido declarada nula, y por lo tanto excluida del ordenamiento jurídico, por resolución judicial. Y de ahí, en consecuencia, la sanción de inconstitucionalidad que el Tribunal impone al apartado 1 de la referida disposición, con las importantes consecuencias que ello ha de comportar para todas las refacturaciones que se hubieran realizado al amparo de la disposición impugnada y que todavía no hubieran ganado firmeza.

## **V. LA LEY DE PUERTOS DE 1992 Y LA SEGUNDA CRISIS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LOS PUERTOS ESTATALES**

Ya se ha dicho que las leyes de 1999 y 2000 sólo se preocuparon de la «refacturación» de las tarifas anuladas, abandonando de entrada cualquier intento de acomodar la regulación de las tarifas portuarias a las exigencias del principio de legalidad. Y también se ha dicho que esa circunstancia respondía sobre todo a un hecho clave, la aparición —antes incluso de la sentencia constitucional de 1995— de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992. Una Ley que, a diferencia de lo que había sucedido hasta entonces, sí contenía una definición explícita de la naturaleza jurídica de los ingresos tarifarios, a los que expresamente calificaba —en el artículo 70.1— como precios privados. Podía pensarse, pues, que esa expresa cobertura legal dada a las tarifas-precios privados las mantendría a salvo de las consecuencias derivadas de la doctrina constitucional sobre las prestaciones patrimoniales coactivas.

Ahora bien, ¿fue realmente esa la razón que llevó a la Ley de Puertos de 1992 a configurar las tarifas por servicios como precios privados? Evidentemente la respuesta ha de ser negativa, por un razón obvia: porque en el momento de dictarse la Ley de 1992 aún se desconocían los

---

1 de junio de 2009), por desaparición sobrevenida de su objeto, como consecuencia de la previa sentencia de declaración de inconstitucionalidad.

nuevos planteamientos que el Tribunal Constitucional iba a imponer tres años más tarde. De hecho, ya lo hemos visto, en el momento de dictarse la Ley de 1992 la legalidad del régimen tarifario no había sido discutido en absoluto por la jurisprudencia, de modo que es difícil pensar que tal régimen se percibiera como un riesgo potencial. Así pues, ¿cuál fue en realidad la causa que movió al legislador de 1992? En nuestra opinión, parece claro que las razones deben buscarse en los objetivos perseguidos por la ley y, de manera muy particular, en los relacionados con el régimen económico-financiero del sistema portuario estatal. La Ley de 1992, del mismo modo que su antecesora de 1966, tenía un objetivo fundamental, el de asegurar la suficiencia financiera de los organismos portuarios. O si se quiere decir de otra manera, el de garantizar la autofinanciación del servicio estatal de puertos. Ese objetivo, como ya sabemos, no había impedido que en el contexto de la legislación anterior a la Ley de 1992 las tarifas por servicios tuvieran la consideración de ingresos de Derecho público (ya fueran tasas o precios públicos). En cambio, con esta última ese mismo objetivo iba a provocar un giro radical en la configuración de los ingresos tarifarios, como resultado de una nueva táctica adoptada por la Ley; una táctica que tenía en la «privatización» del régimen de explotación de los puertos su máxima de referencia. Así es, el ansia de la nueva legislación por satisfacer el objetivo de rentabilidad financiera la llevaría a establecer el que sería el dogma básico en el diseño del nuevo régimen, la incorporación a la explotación del servicio portuario de los parámetros e instrumentos de acción propios del libre mercado y de la actividad empresarial privada. Y, a partir de aquí, la llevaría seguidamente a desencadenar toda una serie de modificaciones que afectaron, no sólo a la naturaleza de los ingresos por servicios, sino también al régimen de los propios servicios y al de la organización portuaria.

Por una parte, como ya hemos dicho, las tarifas por servicios se convertían en precios privados, justificado ello por el propósito de eliminar las dificultades que representaban, para el correcto desenvolvimiento del modelo de explotación empresarial, las rigideces y condicionantes característicos de un sistema económico basado en ingresos de Derecho público y naturaleza tributaria. De esta forma, las tarifas por servicios conseguían liberarse, aún más si cabe, de las exigencias impuestas por el principio de reserva de ley, estableciendo el artículo 70.2 que su importe lo fijarían las Autoridades Portuarias de acuerdo con la regulación reglamentaria y dentro de los límites máximos y mínimos señalados por el Ministerio. Y

asimismo, a la vez, las tarifas conseguían mayor flexibilidad en la determinación de su cuantía, en la definición de sus valores cuantitativos, al permitirse que el importe de las tarifas pudiera incorporar el verdadero valor de mercado de las actividades o servicios retribuidos (43). En otras palabras, se permitía que el importe de las tarifas no quedara sometido a más condicionantes que los impuestos por las propias estrategias comerciales de los organismos gestores.

Por otra parte, al margen de todo lo anterior, la Ley de 1992 introducía importantes innovaciones en el régimen de organización portuaria y de prestación de los servicios, en la medida que tales innovaciones constituían un complemento necesario para integrar coherentemente en el marco jurídico de los puertos estatales el proceso de privatización de los ingresos por servicios. En este sentido, el razonamiento de la Ley de 1992 resultaba ciertamente sencillo: la mejor forma de justificar que las Autoridades Portuarias percibieran precios privados por los servicios prestados era que dichos servicios fueran prestados también en régimen de Derecho privado. Y de ahí que lo que hiciera la Ley, con la creación de las mencionadas Autoridades Portuarias, no fuera otra cosa que generalizar un modelo de administración de los puertos que en la legislación anterior, con el conocido régimen de Estatuto de Autonomía (44), no había tenido más que un alcance puramente singular. Ahora, en cambio, la administración de cada uno de los puertos estatales pasaba a estar dominada por unos organismos que, como regla general, sometían su actividad al ordenamiento jurídico privado. Y del mismo modo, por lo tanto, se regían por el Derecho privado en su actividad de prestación de servicios. Unos servicios, esto es importante saberlo, que la Ley reservaba en exclusiva a la Administración, es decir, que estaban sometidos a monopolio público, pues ese sería el origen principal de todos los problemas que acabarían afectando al régimen de las tarifas (45).

---

(43) F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, «Las tarifas...», *op. cit.*, p. 152.

(44) Véase la Ley 27/1968, de 20 de junio, de Juntas de Puerto y Estatutos de Autonomía. El régimen de Estatuto de Autonomía sólo fue aplicado en cuatro puertos: Huelva (Decreto 2380/1969, de 2 de octubre), Barcelona (Decreto 2407/1978, de 25 de agosto), Bilbao (Decreto 2408/1978, de 25 de agosto) y Valencia (Decreto 2409/1978, de 25 de agosto).

(45) Coherente con su estrategia privatizadora, la Ley de 1992 trató de borrar de su redacción toda referencia al Derecho público, o en general a lo público, que no fuera imprescindible. Y más si se trataba de referencias que pudieran poner en riesgo algunos de los objetivos prioritarios del proceso privatizador, como era, por supuesto, el de convertir en precios privados los ingresos derivados de la prestación de servicios portuarios. Por esta razón, la Ley de 1992 evitó toda califica-

En cuanto al contenido de dicho régimen, no es difícil adivinar que el mismo se encontraba recogido básicamente en normas de rango reglamentario, pues la Ley de 1992 no fue más allá de lo que ya hemos visto, esto es, de definir la naturaleza jurídica de las tarifas portuarias. Todo lo relativo a la definición de la estructura tarifaria y de los elementos esenciales de cada una de las tarifas quedaba en manos de las disposiciones administrativas, a las que correspondía desde la descripción del supuesto de aplicación de las tarifas hasta las bases de liquidación y fijación de las cuantías básicas de las mismas, pasando desde luego por el devengo, los sujetos pasivos, las exenciones y las bonificaciones. Con este cometido, pues, comenzaron a dictarse toda una serie de disposiciones reglamentarias que, con igual tarea que la asumida en su día por las Órdenes Ministeriales de 1986-1992, sustituyeron a éstas (46). La primera en aparecer, apenas cuatro meses después de la Ley, fue la Orden Ministerial de 13 de abril de 1993 (47). Más tarde, ésta fue sustituida por la Orden Ministerial de 17 de enero de 1994, que a su vez fue derogada por la Orden Ministerial de 19 de abril de 1995. Y

---

ción expresa de los servicios portuarios como servicios públicos. No obstante, como han destacado algunos autores (M. NAVAJAS REBOLLAR, *Régimen jurídico-administrativo de los puertos*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 178-181 y P. ACERO IGLESIAS, *Organización y Régimen Jurídico de los Puertos Estatales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 310-311), en el texto de la Ley podían encontrarse algunos indicios claros de esa naturaleza de servicios públicos. De manera especial en el artículo 67.1, donde se decía que la gestión de los servicios portuarios podía ser realizada directamente por las Autoridades Portuarias o bien, en otro caso, mediante gestión indirecta por cualquier otro procedimiento legalmente reconocido. En esta afirmación, pues, había un claro reconocimiento de la titularidad pública de los servicios portuarios, que sería precisamente la que habilitaría a la Administración para optar libremente entre excluir a los particulares de la prestación de los servicios o, por contra, acudir a las fórmulas de gestión indirecta. Pero en todos los casos, con cualquiera de estas decisiones, la Administración no hacía otra cosa que evidenciar su condición de *dominus* de los servicios portuarios. Y de ahí, por lo tanto, la necesidad de reconocer a dichos servicios su condición de verdaderos servicios públicos.

(46) La disposición transitoria primera de la Ley de 1992 establecía que en tanto que no se produjera la nueva regulación reglamentaria de los ingresos tarifarios las contraprestaciones percibidas por los servicios portuarios mantendrían «su estructura, cuantía y elementos sustanciales». Es decir, que se seguirían rigiendo por la normativa anterior a la Ley de 1992. No obstante, la misma disposición dejaba claro que esa circunstancia no impediría la afirmación inmediata de su condición de ingresos de Derecho privado, que adquirirían automáticamente «a partir de la entrada en vigor de la presente Ley».

(47) Esta primera Orden Ministerial fue la encargada de derogar la regulación reglamentaria de las tarifas portuarias que entonces estaba vigente, es decir, la derivada de las Leyes de 1966 y 1985. En concreto, la Orden Ministerial de 13 de abril de 1993 disponía expresamente la derogación de la Orden ministerial de 17 de marzo de 1992.

ésta, finalmente, por la Orden Ministerial de 30 de julio de 1998 (48). Cabe advertir, sin embargo, que todas estas disposiciones reglamentarias tuvieron también el mismo final que sus antecesoras, siendo arrastradas igualmente por las consecuencias derivadas de la sentencia 185/1995. Cuando aún no se habían apagado los ecos de dicha sentencia estallaba la que podríamos denominar la segunda crisis del régimen económico-financiero de los puertos estatales.

## VI. LAS CAUSAS Y ALCANCE DEL «CONFLICTO TARIFARIO»

Conocemos ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en relación a las Órdenes Ministeriales posteriores a las Leyes de 1966 y 1985. Y sabemos, por lo tanto, que aquélla —siguiendo los planteamientos sentados por la doctrina constitucional— no dudó en calificar a las tarifas portuarias como verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público. En unos casos alegando que los servicios portuarios resultaban obligatorios para los usuarios, y en otros, argumentando que tales servicios constituían en realidad supuestos de aprovechamiento especial del dominio público, sobre el cual la Administración ostentaba una posición de monopolio (49). En cualquier caso, fueran cuales fueran las razones aducidas, no es difícil imaginar, con esos antecedentes, la suerte que se arriesgaban a correr las Órdenes Ministeriales derivadas de la Ley de 1992, sobre todo teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional había dejado dicho, en su famosa sentencia, que la concreta denominación atribuida a las prestaciones resultaba del todo intrascendente a efectos de determinar su carácter coactivo o no. Quiere decirse, en otras palabras, que cabía temer que la expresa calificación legal de las tarifas portuarias como precios privados no resultara suficiente, como así sucedió, para evitar que se proyectara sobre las mismas la exigencia de reserva legal ligada constitucionalmente a la noción de prestación patrimonial de carácter público.

---

(48) Relacionada con esta Orden Ministerial cabe citar otra, de la misma fecha, encargada de fijar los límites máximos y mínimos de las tarifas. Y aún otra, de fecha 16 de diciembre de 1998, que se encargó de adaptar la primera a las disposiciones contenidas en la Ley 30/1998, de 29 de julio, de Régimen Especial de las Islas Baleares.

(49) Este posicionamiento resultaba particularmente evidente en el caso de determinados servicios, como por ejemplo el atraque, que no tenía más contenido que la utilización por parte de los buques de las infraestructuras e instalaciones portuarias dedicadas a esa finalidad.

En descargo del legislador se podría alegar que en el momento de dictarse la Ley de 1992 todavía se desconocía la sentencia del Tribunal Constitucional de 1995, y por supuesto toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sucedió a aquélla. Por lo tanto, aún no se tenía constatación práctica de las negativas consecuencias que podía acarrear la remisión que se hacía a la normativa reglamentaria para la definición de la estructura tarifaria y la regulación de los elementos esenciales de cada tipo tarifario. Más aún, podría decirse también, en la línea que ya hemos apuntado en otro momento, que las Órdenes Ministeriales posteriores a la Ley de 1992 contaban con un sustento más reforzado que el que habían tenido antes las derivadas de las Leyes de 1966 y 1985. Pues aquéllas, a diferencia de éstas, partían de la base de una expresa proclamación legal que atribuía a las tarifas por servicios la naturaleza de precios privados. Lo que permitía defender, a la postre, la inmunidad de las referidas Órdenes Ministeriales en tanto se mantuviera su expresa cobertura legal. O lo que es lo mismo, en tanto no fuera declarada la inconstitucionalidad de las previsiones legales que habilitaban el cambio de naturaleza de las tarifas por servicios y el libre juego de la potestad reglamentaria. De hecho, no faltaron en la jurisprudencia, ni tampoco han faltado en la doctrina, opiniones en la línea de este planteamiento (50). Sin embargo, lo cierto es que este criterio no fue el que acabó imponiéndose. No desde luego ante los Tribunales de Justicia (51), que de forma sistemática, tal como ya habían hecho con sus predecesoras, fueron dejando en dique seco a todas las Órdenes Ministeriales derivadas de la Ley de 1992. Y con esto, lógica-

---

(50) Puede consultarse, al respecto, el razonamiento efectuado por la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de julio de 1997. O también, posterior a ésta, el de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 17 de diciembre de 2003. Entre la doctrina, véase la opinión expresada por P. ACERO IGLESIAS, *Organización y Régimen...*, *op. cit.*, p. 316. En resumen, lo que se ha defendido en estos casos ha sido la necesidad de someter a juicio de constitucionalidad la Ley de 1992 como requisito previo para el enjuiciamiento de las Órdenes Ministeriales. Advirtiendo, como añadido, de la imposibilidad de aplicar a tales disposiciones la doctrina derivada de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1995, pues ésta hacía referencia a una ley distinta de la de Puertos, la de Tasas y Precios Públicos de 1989.

(51) En palabras de la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2001: «la Sala entiende que dicho precepto (art. 70 de la Ley de Puertos) no es una norma esencial para la resolución del presente recurso de cuya validez dependa el fallo —en términos del artículo 39 LOTC—, teniendo en cuenta que esta sentencia llega a la conclusión de la naturaleza jurídica de las tarifas objeto de impugnación como tasas, a la luz de la propia doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 185/1995 (...) siendo así que una posible declaración de inconstitucionalidad del precepto no haría sino reforzar dicha argumentación».

mente, hicieron saltar por los aires todas las liquidaciones que se habían practicado al amparo de las citadas disposiciones reglamentarias.

El planteamiento de las resoluciones judiciales —de las muchas dictadas— que tuvieron que dar respuesta a la cuestión señalada fue siempre el mismo: las tarifas por servicios debían ser enjuiciadas desde el enfoque aportado por el Tribunal Constitucional sobre el concepto de prestación patrimonial de carácter público, sin que pudiera ser obstáculo para ello el concreto *nomen iuris* que el legislador había decidido atribuir a las prestaciones portuarias. Es decir, que independientemente de su configuración o no como precios privados, la legitimidad de las tarifas portuarias exigía en todo caso una prueba de contraste con el molde constitucional de las prestaciones coactivas (52). A partir de aquí, los pronunciamientos judiciales no tenían más que reproducir el mismo modo de razonar y los mismos argumentos que ya se habían empleado para enjuiciar las Órdenes Ministeriales derivadas de la legislación anterior. Así pues, se comenzaba por constatar la condición de prestaciones coactivas de las tarifas percibidas por las Autoridades Portuarias, fundamentada sobre la inexistencia de libertad para obligarse o, en todo caso, la inexistencia de libertad para decidir la persona con la que obligarse. En concreto, o bien se afirmaba que las tarifas remuneraban servicios obligatorios (53) o bien se apuntaba a la posición de monopolio que ejercían los organismos portuarios sobre los servicios prestados (54). A continuación, el paso siguiente se detenía en la exposición de la extensa doctrina constitucional

---

(52) En este sentido, por citar algún ejemplo, las sentencias de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 1998 y 12 de marzo de 1998. E igualmente, como muestra más reciente, la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2001 citada en la nota anterior. J.J. FERREIRO LAPTA, «Dictamen sobre la naturaleza y régimen jurídico de las cantidades percibidas por la entidad pública «Ports de la Generalitat» por los servicios directamente prestados», *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 2, 2000, pp. 43-54, ha expresado una dura crítica al modo de razonar de estas sentencias, señalando que la voluntad de la Ley de 1992 no afectaba únicamente al *nomen iuris* de los ingresos tarifarios. En opinión de este autor, la vía procedente debía ser la de cuestionar la constitucionalidad del artículo 70 de la Ley. Ahora bien, en tanto no fuera declarada la inconstitucionalidad de este precepto, lo que no podía hacer la jurisdicción ordinaria era sustituir la voluntad del legislador, pues lo que éste había querido no era solamente la asignación de una concreta denominación, sino el establecimiento de un determinado molde de relaciones sociales: la existencia de unos precios a pagar dentro de un contrato, y no unas tasas a pagar por la realización del hecho imponible de un tributo.

(53) En este sentido, entre otras, la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 1998.

(54) Así se pronuncia, de forma contundente, la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2001, entre otras.

sobre el principio de reserva de ley tributaria, particularmente sobre su carácter flexible y el alcance desigual admitido a la colaboración reglamentaria. Para acabar desembocando, finalmente, en la afirmación de que la Ley de 1992 no contenía los estándares mínimos de regulación legal exigidos por el citado principio, lo que suponía, como efecto reflejo, el reconocimiento del exceso de regulación atribuido a la normativa reglamentaria. A decir verdad, en este último paso la jurisprudencia tuvo el terreno mucho más allanado que en la situación precedente, pues salvada la primera línea de defensa, la que representaba la existencia de una expresa voluntad legal de atribuir a las tarifas la condición de precios privados, es evidente que la Ley de Puertos no se preocupó de prever vías de escape alternativas, abandonándose por completo a la reglamentación infralegal. La conclusión final, con todo lo anterior, admitía pocas variantes, por no decir ninguna: había que proclamar la invalidez de las Órdenes Ministeriales dictadas y, en todo caso, dejar sin efecto las liquidaciones impugnadas que se hubieran practicado al amparo de ellas.

En nuestra opinión, se podrían distinguir tres etapas distintas en la evolución del «conflicto tarifario», que fueron dibujando una curva ascendente hasta culminar en la entera deconstrucción del régimen jurídico de las tarifas portuarias. La primera etapa, que llegó hasta la reforma introducida por la Ley 62/1997, estuvo caracterizada por el protagonismo asignado a las razones de orden formal en el enjuiciamiento de las Órdenes Ministeriales y de las liquidaciones practicadas. Motivos directamente conectados con los límites formales de la potestad reglamentaria (competencia) se convirtieron en argumentos de peso para poner en jaque el régimen de las tarifas portuarias. En concreto, convendrá saber que en la redacción originaria de la Ley de 1992 la competencia del Ministerio quedaba reducida al establecimiento de los límites máximos y mínimos de las tarifas, en tanto que la potestad reglamentaria para el desarrollo general de la Ley correspondía al Consejo de Ministros. A pesar de ello, las distintas Órdenes Ministeriales que fueron dictándose no acotaron su cometido a esa previsión legal, sino que, mucho más allá, se ocuparon de definir la estructura tarifaria y los elementos esenciales de cada tarifa. Había, por lo tanto, un exceso competencial (*ultra vires*) en la actuación del Ministerio, y esa fue precisamente la razón que sirvió de base a los Tribunales de Justicia para fundamentar sus pronunciamientos contrarios a las disposiciones ministeriales y a los actos de aplicación

(liquidaciones) derivados de las mismas (55). La respuesta del Estado, ante semejante situación, vino dada por vía legal, con la modificación de la Ley de Puertos en el año 1997, a través de la cual se dio nueva redacción al artículo 70 y se estableció expresamente la competencia del Ministerio de Fomento para la regulación completa de las tarifas por servicios. El remedio, sin embargo, no fue suficiente, en el sentido de que no sirvió para atajar la aparición de nuevas resoluciones judiciales que seguían poniendo en tela de juicio la regularidad de las Órdenes Ministeriales y de los actos de liquidación. Entrábamos así en la segunda etapa del conflicto. Es decir, en una fase en la que los problemas de orden competencial se habían ya solucionado, pero subsistía todavía el más importante, el que afectaba al fondo de la regulación reglamentaria, en definitiva, el que entroncaba con la propia naturaleza de los ingresos portuarios. Lo que sucedió entonces ya lo sabemos: los Tribunales pusieron en juego la doctrina constitucional de las prestaciones patrimoniales de carácter público, y desde ahí vía libre hasta la anulación de las Órdenes Ministeriales y de las consiguientes liquidaciones, sin más parada en el trayecto que la necesaria para acreditar algo que era obvio, que la regulación de las tarifas no cumplía con las exigencias de la reserva material de ley impuesta a las prestaciones coactivas.

En resumidas cuentas, el régimen de las tarifas portuarias quedaba gravemente tocado, pero aún vivo. La estocada final, sin embargo, no tardaría en llegar, fruto de dos contundentes sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en el año 2005. Con ellas el proceso de revisión judicial abierto a la regulación de las tarifas por servicios llegaba a su culminación, a la tercera y última fase, a la que iba a suponer la desmantelación definitiva de la estrategia ideada por el legislador de 1992. En ambas resoluciones, la 102/2005, de 20 de abril, y la 121/2005, de 10 de mayo (56), se contenía el certificado de defunción del sistema de precios

---

(55) Véase, como ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de noviembre de 1995.

(56) La sentencia del Tribunal Constitucional 102/2005 trae causa de la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 70.1 y 2 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (cuestión de inconstitucionalidad 6277/2002). Por su parte, la sentencia 121/2005 deriva de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, contra el mismo precepto que en el caso anterior, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (cuestión de inconstitucionalidad 1418/2003). Las cuestiones de inconstitucionalidad a las que se acaba de hacer referencia no son las únicas que se han planteado contra la disposición citada de la Ley de 1992. Debería señalarse, también, la planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo

privados establecido por la Ley de Puertos, plasmado en forma de declaración de inconstitucionalidad de la que era la auténtica piedra angular de toda la construcción legal: el artículo 70, apartados 1 y 2 (57). Ni más ni menos, pues, que el precepto que atribuía al Ministerio plenos poderes para la regulación de las tarifas portuarias (ap. 2) y, como fundamento previo, proclamaba la naturaleza de precios privados de tales tarifas (ap. 1). Será bueno que conozcamos cuáles fueron los argumentos manejados por el Tribunal Constitucional para llegar a la conclusión anunciada (58), aunque seguramente que a estas alturas a nadie sorprenderá lo que se ha de decir. De nuevo, como no, todo el razonamiento del Alto Tribunal iba a girar en torno a la noción de prestación patrimonial de carácter público acuñada en su anterior resolución de diciembre de 1995.

El esquema argumental era el mismo en las dos sentencias constitucionales. En ambas se llegaba a la conclusión de que todas las tarifas reguladas en las Órdenes Ministeriales reunían las características de auténticas prestaciones coactivas. Y como razón fundamental para tal afirmación se aludía a la existencia en todos los casos de una situación de monopolio. Según el Tribunal Constitucional, independientemente de que la Ley de Puertos calificara como «servicios» todas las actividades integrantes del supuesto de hecho de las tarifas, o bien se trataba de servicios prestados en régimen de monopolio, o bien, en otro caso, se trataba de la ocupación o utilización de bienes e instalaciones portuarias, sobre las cuales los organismos gestores ostentaban también una posición de monopolio. Esa era en definitiva la primera conclusión alcanzada por el Alto Tribunal, que incluso se atrevía a ir más allá y calificar a las tarifas por servicios como prestaciones coactivas de naturaleza tributaria. Sentado este punto,

---

del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía mediante auto de 28 de enero de 2003, si bien que ésta (cuestión de inconstitucionalidad 1224/2003) no llegó a superar el trámite de admisión (Auto del Tribunal Constitucional 118/2005, de 15 de marzo). Asimismo, cabe mencionar igualmente la planteada (cuestión de inconstitucionalidad 406/2000) por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Oviedo mediante auto de 14 de enero de 2000, aunque ésta tampoco con éxito: fue inadmitida, por defectos en la proposición, por la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2005, de 11 de mayo.

(57) La sentencia 102/2005 declara la inconstitucionalidad del artículo 70.1 y 2 en la redacción originaria dada por la Ley de 1992, en tanto que la sentencia 121/2005 se refiere al mismo precepto en la versión modificada por la Ley 62/1997.

(58) Un comentario sobre las sentencias constitucionales puede encontrarse en A. PALOMAR OLMEDA, «La doctrina sobre las tarifas portuarias: un lento paso en la lenta reconquista para el Derecho Público de la acción administrativa», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 17, 2005, pp. 21629-21636.

sólo faltaba contrastar el contenido del artículo 70 con el estándar de regulación legal exigido constitucionalmente a las prestaciones coactivas. Para llegar así a una segunda conclusión mucho más fácil de defender: que la regulación de las tarifas portuarias no respetaba los requerimientos del principio de legalidad tributaria, por mucho que la jurisprudencia constitucional hubiera reconocido el carácter flexible y no uniforme de la reserva material de ley (59). De esta forma, el Tribunal dejaba claro que la crítica dirigida a la Ley de 1992 no venía motivada por la remisión que hacía a la normativa reglamentaria, sino más bien por el modo en que la hacía. En unos términos que no resultaban idóneos para circunscribir la decisión de los órganos responsables de fijar el *quantum* de las tarifas y, en consecuencia, para evitar cualquier posibilidad de actuación libre y no sometida a límites.

Con todo lo anterior, el resultado final de las sentencias fue el que cabía esperar: se declaraba la inconstitucionalidad del artículo 70.2 de la Ley, que era precisamente el que autorizaba la amplia intervención reglamentaria objeto de crítica. Pero las sentencias hicieron algo más, ya que la sanción de inconstitucionalidad se extendió al primer apartado del artículo 70, es decir, al que proclama la naturaleza de precios privados de las tarifas por servicios. La razón aducida por el Tribunal Constitucional era muy simple, si bien de algún modo venía a poner en entredicho una parte de los argumentos utilizados por la jurisprudencia que se había ocupado de enjuiciar la legalidad de las Órdenes Ministeriales (60). Según las sentencias constitucionales, la calificación de las tarifas portuarias como precios privados no suponía la aplicación de un simple *nomen iuris*, sino la adopción de una categoría preestablecida, que por consiguiente llevaba implícita la aplicación de un régimen jurídico concreto y predeterminado (61). Un régimen, por supuesto, cuyo contenido no se ajustaba a

---

(59) En palabras de la sentencia 102/2005: «ni el artículo 70.2 ni ningún otro precepto de la Ley 27/1992 contiene, tal como exige el artículo 31.3 y 133.1 CE, los criterios idóneos para cuantificar las prestaciones tributarias que establece de forma que garanticen una decisión suficientemente predeterminada. El artículo 70.2 no establece ningún límite máximo, explícito o implícito, a la cuantía de las tarifas por servicios portuarios. Sin embargo, como ha señalado este Tribunal (sentencia 62/2003), la determinación en la ley de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para fijarlo, es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de ley».

(60) En el sentido de la opinión doctrinal expuesta *ut supra* (53)

(61) Las sentencias 102/2005 y 121/2005 reflexionan sobre la reconocida libertad de configuración de la que goza el legislador para crear las categorías jurídicas que considere oportunas,

las exigencias emanadas del principio constitucional de reserva de ley en materia de prestaciones coactivas, y de ahí justamente la posibilidad de extender la declaración de inconstitucionalidad a la propia calificación de las prestaciones tarifarias.

Así era, en síntesis, el contenido de las sentencias constitucionales de 2005, que acredita perfectamente el enorme impacto —más teórico que práctico, eso es cierto— que tuvieron sobre el régimen jurídico de las tarifas portuarias diseñado por el legislador de 1992.

## **VII. LOS MECANISMOS DE REACCIÓN: DE NUEVO LA «REFACTURACIÓN»**

La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, que había servido para dar respuesta a la primera crisis generada tras la legislación de 1966-1985, fue también la encargada de actuar como medida de reacción ante la nueva crisis desatada en el régimen económico de los servicios portuarios. Como entonces, la solución venía dada en la disposición adicional trigésimo cuarta de la citada norma legal, aunque ahora en el apartado segundo. Y como entonces, dicha solución no consistía en otra cosa que la refacturación de las liquidaciones anuladas. Así pues, las medidas aportadas por la Ley tenían de nuevo un carácter meramente paliativo, sin más pretensiones. No había en la norma, en definitiva, ningún propósito de enmienda, ninguna intención de salvar para el futuro el déficit de cobertura legal que padecía el régimen de las tarifas portuarias. Al contrario, la Ley insistía en la calificación de éstas como precios privados, e incluso recordaba que el cuadro tarifario, los elementos esenciales de cada uno de los ingresos y las reglas generales y particulares de aplicación seguirían siendo las establecidas por las disposiciones vigentes en el momento de haberse prestado los servicios y practicado las correspondientes liquida-

---

señalando, en relación a la concreta configuración de las tarifas como precios privados, que: «podrá discutirse en otros foros la corrección científica (...) sin embargo, en un proceso de inconstitucionalidad sólo puede analizarse si la concreta regulación positiva que se establece de esas categorías respeta los preceptos constitucionales que le sean aplicables. Sin embargo, en el presente caso, y a diferencia del supuesto analizado en la sentencia citada (se refiere a la STC 185/1995) (...) el legislador no crea ninguna categoría jurídica nueva, sino que se limita a calificar a las contraprestaciones devengadas por la prestación de servicios portuarios como «precios privados», una categoría preexistente que determina el régimen jurídico que es de aplicación a dichas contraprestaciones, excluyendo las exigencias que derivan del principio de reserva de ley».

ciones. En resumen, la Ley reproducía para las tarifas posteriores a 1992 exactamente las mismas previsiones que las que disponía para las tarifas liquidadas conforme a la legislación anterior.

Había, sin embargo, un dato adicional que merece la pena destacarse, muy revelador de la tenaz resistencia del legislador a cualquier solución que supusiera una rectificación sustancial en el régimen de las tarifas por servicios. El dato no es otro que el siguiente: la Ley 55/1999 limitaba su campo de acción a las liquidaciones que se hubieran practicado «con arreglo a las Órdenes Ministeriales sobre tarifas por servicios portuarios dictadas tras la vigencia de la Ley 27/1992 y antes de su modificación por la Ley 62/1997». ¿Por qué razón? Pues es fácil suponerlo. Porque en un principio, recordémoslo, la declaración de nulidad de las distintas Órdenes Ministeriales se había motivado fundamentalmente en razones de orden formal, de falta de competencia del Ministerio para establecer algo más que no fueran los límites máximos y mínimos de las diferentes tarifas. No obstante, ese inconveniente ya había sido resuelto con la Ley 62/1997, de modo que podía confiarse que en lo sucesivo no iba a reproducirse una situación idéntica. Además, a nadie se le escapa que haber hecho extensiva la medida a las liquidaciones practicadas después de la Ley de 1997, o para ser más precisos, después de las Órdenes Ministeriales de 30 de julio de 1998, hubiera supuesto un claro reconocimiento de culpa, pues significaría admitir que el régimen de las tarifas portuarias seguía siendo legalmente irregular más allá de las cuestiones de orden estrictamente competencial. Y por esa razón, pues, el legislador decidió acotar la refacturación al periodo comprendido entre 1992 y 1997.

Los resultados de esa estrategia, por lo que se refiere a las nuevas liquidaciones que se siguieron practicando después de 1997, ya los conocemos, y por lo tanto no hace falta insistir sobre este extremo. Sí hay que decir, sin embargo, que la situación obligó al legislador a introducir algunos cambios significativos en el diseño del sistema, que vinieron dados por otra ley que también ya habíamos visto en su momento, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre. El contenido de esta Ley, en lo que afecta al llamado conflicto tarifario, podría decirse que abarcaba un doble objetivo. El primero, el más inmediato, se centraba exclusivamente en reparar las deficiencias detectadas en la Ley 55/1999, y para ello lo que se hacía era dar nueva redacción al apartado 2 de su disposición adicional trigésima cuarta, con

dos propósitos muy claros (62). Por un lado, introducir la posibilidad de compensación —entre las cantidades a reintegrar de las liquidaciones originarias y las debidas por la refacturación—, exactamente en los mismos términos que se preveía para las tarifas devengadas conforme a la legislación anterior a 1992. Y por otro lado, esto más significativo, ampliar el periodo de tiempo comprendido por la refacturación, que se hacía extensiva a las liquidaciones practicadas tanto antes como después de la Ley 62/1997. Parecía, por lo tanto, que al legislador no le quedaba más remedio que doblegarse ante la realidad de los hechos; ante la realidad impuesta por el goteo incesante de resoluciones judiciales que seguían produciéndose y que tenía, como manifestación más perceptible, la cuantiosa deuda que día a día iba acumulando el Estado. De ahí pues la decisión de imponer la refacturación, como medida de primeros auxilios para tratar de atajar la hemorragia que sufría la economía portuaria. No obstante, también en este caso los propósitos de legislador han terminado por irse al traste, resultado una vez más de la intervención del Tribunal Constitucional. Nunca existió en la jurisprudencia menor, podemos decirlo así, una posición unánimemente favorable al mecanismo de la refacturación, de tal manera que junto a resoluciones favorables a la validez de las tarifas refacturadas se podían encontrar otras de signo claramente opuesto. (63) Fue ese recelo mostrado por la jurisprudencia menor, precisamente, el que acabó situando al apartado 2 de la disposición adicional trigésimo cuarta ante el punto de mira del Tribunal Constitucional, como consecuencia de diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por algunos Tribunales Superiores de Justicia (64). En esa situación, la verdad es que nada hacía

---

(62) Véase la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000.

(63) Como ejemplo de las primeras resoluciones, es decir, las que han defendido la validez de las tarifas refacturadas, pueden citarse las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de julio de 2008 y 24 de octubre de 2008, así como también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de octubre de 2007. Por contra, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 12 de septiembre de 2008 (núms. 662 y 664) han llegado a una solución totalmente contraria, anulando las tarifas refacturadas.

(64) Contra el apartado 2 de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999 se planteó cuestión de inconstitucionalidad (6947/2004) por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Aunque esta cuestión fue inadmitida a trámite —mediante ATC de 5 de julio de 2005— por razones de orden estrictamente procesal, con ella ya se había puesto de manifiesto la sombra de inconstitucionalidad que se proyectaba sobre la disposición cuestionada, en cuanto suponía —en opinión del Ministerio Fiscal— conceder plena vigencia, a efectos de la refacturación, a un cuerpo normativo que se hallaba en clara contradicción con las exigencias constitucionales impuestas sobre la regulación de las prestaciones coactivas. Como decimos, la cuestión fue inadmitida a trámite. Sin embargo, posteriormente, mediante providencia de 16 de enero de 2007, el

presagiar un final feliz para la Administración portuaria, y mucho menos después de que saliera a la luz la sentencia constitucional de 18 de mayo de 2009 —ya citada más arriba—, que declaraba la inconstitucionalidad del apartado 1 de la disposición adicional trigésimo cuarta. Al final, los peores augurios han acabado tomando cuerpo en la sentencia del Tribunal Constitucional 161/2009, de 29 de junio, que ha supuesto la declaración de inconstitucionalidad también del apartado 2 de la disposición adicional citada, (65). Y con esto, en definitiva, el desmantelamiento total del sistema ideado por el legislador de 1999-2000.

En cuanto al segundo objetivo de la Ley 14/2000, éste sí que ya excedía del marco de la Ley 55/1999, y tenía además una proyección claramente orientada hacia el futuro. De entrada, es fácil suponer que si el legislador extendió la refacturación a las liquidaciones posteriores a 1997 fue porque también éstas habían sido objeto de sanción por parte

---

Tribunal Constitucional admitió a trámite, esta vez sí, una nueva cuestión de inconstitucionalidad (6958/2006, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana) contra el apartado 2 de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, fundamentada en la posible vulneración de los artículos 9.3, 24.1, 106.1 y 118 CE. Y aún más tarde se admitieron algunas otras, planteadas en este caso por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (cuestiones de inconstitucionalidad números 2917/2007, 2918/2007, 2919/2007, 2920/2007 y 2921/2007)

(65) La sentencia trae causa de la cuestión de inconstitucionalidad (2918/2007) planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Como antecedente, el Tribunal Constitucional había dictado poco antes otra sentencia, la 146/2009, de 15 de junio, pero en ella se inadmitía la cuestión de inconstitucionalidad (2917/2007) planteada contra el apartado 2 de la disposición adicional trigésimo cuarta, y sólo se declaraba la inconstitucionalidad del apartado 1. Es decir, lo que hacía esta sentencia de 15 de junio 2009 era simplemente reafirmar el fallo de la anterior de 18 de mayo del mismo año, aunque con una diferencia sensible, pues ésta última declaraba la inconstitucionalidad del apartado 1 en su redacción originaria, en tanto que la de 15 de junio declaraba la inconstitucionalidad del mismo apartado según la redacción dada por la Ley 14/2000. La sentencia de 29 de junio de 2009, en cambio, sí afecta directamente al apartado 2, cuya declaración de inconstitucionalidad se fundamenta sobre la vulneración del artículo 9.3 de la CE. En concreto, el Tribunal Constitucional retoma en esta sentencia los mismos argumentos que ya utilizó en la de 18 de mayo, y afirma así que: «la norma establecía la regulación de unas tarifas que tienen la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público, dotándola de una retroactividad auténtica, ya que habilita la práctica de nuevas liquidaciones, estableciendo la cuantificación de las tarifas a aplicar en relación con supuestos de hecho que, no sólo habían sido ya realizados en su integridad, sino que incluso ya habían sido objeto de liquidación conforme a esa legislación y sometida dicha liquidación a control de legalidad por los órganos judiciales competentes, sin que concurrieran exigencias cualificadas de interés común que hubieran podido imponerse a la prohibición de retroactividad». Como final, después de la sentencia comentada, el Tribunal Constitucional ha dictado diversos autos —todos de fecha 7 de septiembre de 2009— en los que declara extinguidas, por desaparición sobrevenida del objeto, las restantes cuestiones de inconstitucionalidad que todavía quedaban pendientes de resolución contra el apartado 2 de la disposición adicional trigésimo cuarta.

de los Tribunales de Justicia. O dicho de otra forma, porque la Justicia había señalado que la regulación de las tarifas posterior a la Ley de 1997 tampoco cumplía con las garantías de reserva legal exigida a las prestaciones coactivas. Resultaba evidente, por lo tanto, que el conflicto tarifario no era simplemente un problema del pasado, que pudiera superarse con la refacturación de las tarifas ya liquidadas y luego anuladas, sino que el problema era esencialmente de futuro. En el sentido que debía esperarse lo que de hecho sucedió, esto es, que siguieran apareciendo más y más resoluciones judiciales que iban dejando sin efecto las nuevas liquidaciones a medida que éstas se iban produciendo. Por consiguiente, era imprescindible encontrar una solución a la situación, ya que en otro caso la única alternativa era ir refacturando todas las liquidaciones que se iban anulando. Pero es evidente que una medida de ese estilo no parecía la más satisfactoria, de ahí que fuera necesario idear otras fórmulas.

La solución, no hay duda, pasaba por cortar de raíz la causa del problema. O sea, por dar cobertura legal al régimen de las tarifas por servicios, igual que se había hecho en su momento con los cánones portuarios. Esa fue precisamente la estrategia adoptada por el legislador, o deberíamos decir que fue la estrategia que el legislador trató de poner en juego, puesto que al final el resultado de la operación ha sido muy distinto del que se deseaba. La pretendida solución venía recogida en la disposición transitoria segunda de la Ley de 14/2000, que daba nueva redacción de la disposición transitoria tercera de la Ley 62/1997. En esta última disposición, debe saberse, se establecía una excepción temporal al principio de libertad tarifaria proclamado por la Ley de 1997, admitiéndose durante un cierto periodo de tiempo la subsistencia de la facultad ministerial para el establecimiento de los límites máximos y mínimos del importe de las tarifas. Con la nueva redacción, sin embargo, el sentido de la disposición iba a cambiar de forma sensible. Esto no significa que se renunciara al principio de libertad tarifaria, al contrario, la disposición preveía expresamente la elaboración de una «ley que regule la libertad tarifaria y la modificación de los aspectos económico-financieros de los puertos del Estado que de ella se deriven». Lo que quiere decirse es que lo fundamental de la disposición no estaba en el enunciado transcrito, sino en la previsión que se establecía para el periodo de tránsito entre la Ley de 1997 y esa nueva norma que debía hacer efectiva la libertad tarifaria. Para este periodo, lo primero que hacía la citada disposición era fijar el orden de fuentes de las tarifas

por servicios, señalando expresamente que las mismas se regirían por las disposiciones contenidas en la Ley de Puertos y, después, por las recogidas en las Órdenes Ministeriales de 30 de julio de 1998. Con esta última mención parecía evidente la intención del legislador de mantener a pleno rendimiento las referidas Órdenes Ministeriales. Pero incluso algo más, pues a lo dicho se añadía, como medida de cierre de todo el mecanismo, que las determinaciones contenidas en la Orden Ministerial encargada de definir la estructura y elementos esenciales de las tarifas portuarias sólo podrían ser modificadas en lo sucesivo mediante una norma de rango legal. En resumen, lo que se pretendía, esta era realmente la estrategia seguida, era elevar el rango de la regulación de las tarifas, al modo de lo ya ensayado con el Real Decreto-ley de 1996, de manera que se diera definitiva satisfacción a la reserva material de ley impuesta sobre las prestaciones coactivas.

¿Qué resultado tuvo esta operación? Pues tendría que decirse que en principio tuvo éxito, o así deberíamos entenderlo a la vista de los numerosos pronunciamientos judiciales que comenzaron a admitir que, efectivamente, la voluntad de la Ley 14/2000 no sólo había sido la de dar solución a las liquidaciones anuladas, sino también la de otorgar cobertura legal a las futuras. Podríamos decir, por lo tanto, que se produjo un cambio en la posición de los Tribunales de Justicia, que empezaron a reconocer, al menos en primera instancia, la adecuación de la regulación de las tarifas portuarias a los postulados sentados por la sentencia constitucional de 14 de diciembre de 1995 (66). Esta posición, sin embargo, fue más tarde duramente rectificada por parte del Tribunal Supremo, con una doctrina que de forma categórica ha negado la suficiencia de la fórmula ideada por el legislador para dar satisfacción a las exigencias del principio de legalidad (67). Lo que ha dicho el Tribunal Supremo, en síntesis, es que el mecanismo diseñado por la Ley de 2000 no resultaba idóneo para producir

---

(66) Valgan como muestra, entre muchas otras, las sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de julio de 2002, 14 de octubre de 2003, 21 de octubre de 2003, 17 de enero de 2004, 27 de febrero de 2004, 23 de marzo de 2004, 16 de noviembre de 2004, 25 de abril de 2005 o 8 de mayo de 2005.

(67) Véanse, como ejemplo de las numerosísimas resoluciones dictadas, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006, 30 de marzo de 2006, 28 de junio de 2006, 22 de enero de 2007, 5 de marzo de 2007, 16 de mayo de 2007, 26 de mayo de 2007, 26 de junio de 2007, 16 de julio de 2007, 2 de octubre de 2007, 8 de octubre de 2007, 15 de octubre de 2007, 14 de julio de 2008, 21 de julio de 2008, 18 de julio de 2008, 24 de julio de 2008, de 30 de noviembre de 2009 o de 14 de diciembre de 2009.

los mismos efectos que los alcanzados en su momento por el Real Decreto-ley de 1996. O dicho en palabras del propio Tribunal, que «no resulta factible considerar que (la) Orden de 30 de julio de 1998 haya adquirido rango legal por mor de los dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 14/2000». A juicio del Tribunal, entre la fórmula adoptada para las tarifas y la seguida antes para los cánones portuarios existirían dos diferencias fundamentales. La primera se concretaría en la diferente calificación atribuida a unos y otros ingresos, expresamente reconocidos los segundos como prestaciones patrimoniales de carácter público por la norma de 1996 y, en cambio, mantenidos los primeros en su condición de precios privados por la Ley de 2000. Y la segunda diferencia sería la que haría referencia a la validez de las normas objeto de la intervención legislativa, en cuanto que el Real Decreto-ley de 1996 se remitía a las vigentes en fecha 12 de enero de 1996, y la Ley 14/2000, por contra, pretendía poner en juego una normativa que, o bien ya había sido expresamente declarada nula, en el caso de la Orden Ministerial de 30 de julio de 1998, o peor todavía, en el caso de la Ley de Puertos, había sido —aunque posteriormente a la Ley de 2000— declarada inconstitucional. En nuestra opinión, no obstante, ninguna de las dos diferencias destacadas por el Tribunal Supremo serviría para explicar correctamente la conclusión alcanzada por éste que antes se ha transcrito. En primer lugar, porque conviene recordar, siguiendo la doctrina constitucional, que lo esencial en las prestaciones coactivas no es la concreta calificación atribuida a los ingresos, sino su adecuación a las garantías derivadas de la reserva material de ley. Quiere decirse que si se cumplen esas exigencias, entonces la condición de tasas o tarifas atribuida a las prestaciones debe resultar absolutamente intrascendente desde la perspectiva del artículo 31.3 CE. Y en segundo lugar, porque si bien es cierto que la regulación reglamentaria de las tarifas había sido declarada nula, eso no impedía que el legislador pudiera asumir como propio su contenido, otorgándole así el rango legal constitucionalmente exigido. Ahí estaba, creemos, la verdadera clave para resolver todo el misterio, para determinar el acierto o no de la fórmula diseñada por la Ley de 2000. Había que averiguar, en definitiva, si la voluntad y el efecto de la Ley habían sido o no el de dar naturaleza legal al régimen de las tarifas portuarias. Pues bien, para el Tribunal Supremo la respuesta debía ser negativa, o dicho de otra forma, la conclusión era que el legislador, lejos de elevar el rango de la regulación de las tarifas, se había limitado a establecer una simple remisión (en blanco) a la normativa reglamenta-

ria (68). Y eso por supuesto resultaba del todo insuficiente desde el punto de vista de las exigencias del principio de legalidad. La verdad es que el planteamiento defendido por el Tribunal Supremo no dejaba de ser un tanto sorprendente. De entrada, porque suponía afirmar algo en gran parte ilógico: que la disposición transitoria segunda de la Ley 14/2000 se dictó para decir exactamente lo mismo que ya decía el artículo 70.2 de la Ley de Puertos. Y además, por otra parte, porque el Tribunal hacía depender aparentemente su conclusión de una circunstancia, la de la naturaleza privada —no tributaria— atribuida a los ingresos portuarios, que ya habíamos calificado de irrelevante —por sí sola— para determinar la adecuación o no de la regulación de los ingresos portuarios a las exigencias impuestas a las prestaciones coactivas (69).

Sea como fuere, de lo que no hay duda es de que la doctrina del Tribunal Supremo tuvo un impacto extraordinario sobre la economía portuaria. Al fin y al cabo, suponía volver a dejar en el aire, sin ningún tipo de soporte legal, el régimen de las tarifas portuarias. Y con eso, como consecuencia, hacía que todas las liquidaciones que se habían ido practicando, tanto antes como después de la Ley 14/2000, quedaran nuevamente en entredicho, a merced de una eventual impugnación por parte de los usuarios de los servicios. Así pues, el Estado se veía otra vez en la obligación de reaccionar, de poner remedio a la situación. La respuesta vino dada esta vez por la Ley 25/2006, de 17 de julio (70), que representa por ahora el último intento de poner orden definitivo en el régimen jurídico de las tarifas por servicios. O para ser más precisos, el

---

(68) Según puede leerse en la STS de 28 de febrero de 2006, «tal Disposición no convalida, como podría haber hecho, la mencionada disposición ministerial, sino que se limita a mencionar que la misma resultara aplicable».

(69) Véase lo manifestado en la STS de 30 de marzo de 2006: «no cabe tampoco entender que la Disposición Transitoria haya asumido su contenido, dándole la cuestionada naturaleza legal, habida cuenta que, en especial, la Orden de 30 de julio de 1998 (...) se está refiriendo (según su preámbulo) a las tarifas portuarias en su condición de precios privados y no de contraprestaciones de carácter público o de tributos (tasas), y, por ello, por más que se especifique en su articulado la estructura y elementos esenciales de tales precios privados, ello no implica, después de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 2005 (...) que las tarifas puedan ser reputadas, en las circunstancias del caso que aquí se analiza, como una propia contraprestación de carácter público».

(70) Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales y del sistema portuario y se aprueban medidas tributarias para la financiación sanitaria y para el sector del transporte por carretera.

último intento de poner orden en el régimen de las tarifas diseñado por la Ley de Puertos de 1992.

En este punto, y para que se pueda entender correctamente lo que a continuación se dirá sobre la Ley 25/1996, conviene hacer referencia a un dato que hasta ahora no se había mencionado: nos referimos a la importante reforma que el régimen de los ingresos portuarios, y particularmente el de las tarifas por servicios, sufrió en el año 2003 merced a la Ley de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General. Esta Ley ha provocado una profunda reestructuración del cuadro de los ingresos portuarios, que ha tenido como efecto principal, por lo que a nosotros nos interesa, la reconducción de las tarifas percibidas por las Autoridades Portuarias a la categoría de las tasas. Y, a partir de ahí, la regulación, con rango legal, de todos sus elementos esenciales. Con este dato, se comprenderá entonces que las medidas adoptadas por la Ley 25/2006 tuvieran un alcance limitado, en el sentido de que la preocupación de legislador no era la de resolver, pro futuro, la situación de las tarifas portuarias, sino sólo la de dar respuesta o amparo a las liquidaciones ya practicadas hasta la fecha (2003) de clausura legal del sistema instaurado por la Ley de 1992. Por eso mismo, se comprenderá también que el mecanismo elegido por el legislador de 2006 fuera de nuevo el de la refacturación —de las tarifas liquidadas entre 1992 y 2003, lógicamente—, y que a tal efecto se optara una vez más por la vía de dar nueva redacción a la famosa disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999 (71).

El diseño de la operación, pues, no nos puede resultar extraño. Salvo la particularidad del periodo al cual queda referida la refacturación, el nuevo texto de la Ley 55/1999 reproduce en lo esencial el contenido de las anteriores redacciones. En consecuencia, autoriza la práctica de nuevas liquidaciones en sustitución de las que se anularon como consecuencia de la invalidez de las disposiciones reglamentarias que les sirvieron de

---

(71) Según la disposición final segunda de la Ley 25/2006, el párrafo primero del apartado 2 de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999 ha quedado redactado de la siguiente manera: «En los supuestos en que, por sentencias judiciales firmes, se declare la nulidad de liquidaciones de tarifas practicadas por las Autoridades Portuarias tras la entrada en vigor de la Ley 27/1992 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 48/2003, como consecuencia de la nulidad de las disposiciones que les servían de cobertura, éstas serán exigidas nuevamente por la Autoridad Portuaria a partir de la entrada en vigor de esta disposición, debiéndose procederse a la práctica de una nueva liquidación (...)».

cobertura; establece, asimismo, la posibilidad de compensación entre las cantidades derivadas de las nuevas liquidaciones y las debidas en concepto de reintegro de las anuladas; prohíbe, en todo caso, la práctica de nuevas liquidaciones en los supuestos de prescripción de los derechos de las Autoridades Portuarias; e impide, como garantía última al servicio del principio de seguridad jurídica, que el importe de las tarifas refacturadas pueda ser superior al de las anuladas. Hasta aquí, como decíamos, nada nuevo. Ahora bien, es evidente que quedarse en esto no hubiera supuesto ningún avance por parte del legislador, y de algún modo hubiera implicado obviar los errores que habían advertido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo al pronunciarse, respectivamente, sobre la constitucionalidad del artículo 70 de la Ley de Puertos y sobre el alcance y efectos de la disposición transitoria segunda de la Ley 14/2000. Por este motivo, el legislador de 2006 decidió ir más allá, e incorporar a la regulación de la refacturación algunas previsiones que hasta ese momento se habían marginado o no habían querido aceptarse. En primer lugar, se recordarán las trascendentales consecuencias, desfavorables para la normativa portuaria, que tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo habían derivado de la negativa persistente de las normas reguladoras de las tarifas a reconocer su condición de prestaciones patrimoniales de carácter público. Con tal experiencia acumulada (72), es fácil comprender que el legislador de 2006 decidiera poner punto y final a la controversia, al largo debate que venía arrastrándose desde hacía casi tres lustros, y reconocer por primera vez y de forma expresa el carácter de prestaciones coactivas de las tarifas por servicios. E incluso algo más, afirmar la naturaleza tributaria, la condición de tasas, de las mencionadas tarifas (73). En segundo lugar, por otra parte, hemos podido comprobar la rigurosidad del Tribunal Supremo en el momento de enjuiciar si la Ley 14/2000 había dado o no rango suficiente a la regulación de las tarifas y, en consecuencia, si dicha regulación disponía o no de la necesaria cobertura legal. También aquí, pues, el legislador de 2006 quiso zanjar definitivamente la polémica y evitar las posibles confusiones que podrían acarrear otras opciones

---

(72) Sin olvidar, asimismo, que en el momento de dictarse la Ley 25/2006 el propio apartado 2 de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999 se hallaba pendiente de enjuiciamiento ante el Tribunal Constitucional.

(73) El párrafo segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999 establece, tras la modificación de 2006, que «las tarifas devengadas conforme a lo previsto en el párrafo anterior por la prestación de servicios portuarios o la utilización de las instalaciones portuarias tendrán la consideración de tasas».

de técnica legislativa más compleja, como la elevación del rango de la normativa reglamentaria o la asunción legal de su contenido. Sin duda la mejor solución pasaba por asumir directamente desde la ley la tarea de regulación de las tarifas portuarias. Y esto es exactamente lo que hizo la Ley 25/2006, estableciendo no sólo el cuadro tarifario sino también la definición de los elementos esenciales de cada una de las tarifas: hecho imponible, sujetos pasivos y cuantía básica. Y por si no bastara con esto, estableciendo además que, en lo no previsto por ella, «serán de aplicación la Ley de Tasas y Precios Públicos, la Ley General Tributaria y las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas». Se ha querido, por lo tanto, eliminar cualquier atisbo de remisión a la normativa ya declarada inconstitucional o nula, dejando bien a las claras la inoperatividad tanto de la Ley de Puertos como de las subsiguientes Órdenes Ministeriales.

En definitiva, con las importantes rectificaciones introducidas por la Ley 25/2006 parecía que el panorama de las tarifas portuarias había de quedar definitivamente despejado. No obstante, los acontecimientos posteriores han puesto en evidencia una vez más la equivocación del legislador a la hora de querer poner punto y final a los efectos del conflicto tarifario. Por un lado, han aparecido ya algunos pronunciamientos de la jurisprudencia menor que, amparados en el tenor literal de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999 —en la redacción dada por la Ley 25/2006—, han comenzado a cuestionar el alcance de sus determinaciones. Según dichas resoluciones, la refacturación autorizada por la norma legal sólo afectaría a las liquidaciones que se anularan después de la entrada en vigor de la Ley de 2006, pero no a las ya anuladas en ese momento. De esta manera, el juego combinado de esa interpretación y del efecto derogatorio causado por la Ley de 2006 sobre la disposición adicional señalada —sobre la redacción dada por la Ley 14/2000, más bien— vendría a poner al descubierto un grave agujero en el esquema de la refacturación, en el sentido de que todas las liquidaciones que se hubieran anulado (por sentencia firme) después de la entrada en vigor de la Ley 14/2000 y antes de la Ley 25/2006, y que en esta última fecha aún no hubieran sido refacturadas, quedarían sistemáticamente sin posibilidad de nueva facturación (74). Por otro lado, todavía mucho más contundente

---

(74) Como ejemplo de la jurisprudencia mencionada pueden consultarse tres sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 4 de diciembre de 2008, y otras dos anteriores de 8 de septiembre de 2008. En las primeras expresamente se señala que: «la Ley 25/2006 (...) no se dirige a liquidaciones que hayan sido declaradas ya nulas por sentencias firmes del TS con

que lo anterior ha sido la reciente aparición de la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2009, ya citada un poco más arriba, que ha declarado la inconstitucionalidad del apartado 2 de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, al considerarlo contrario al principio de irretroactividad que consagra la Constitución en el artículo 9.3. Como se sabe, la declaración de inconstitucionalidad señalada afecta a la redacción dada al precepto enjuiciado por la Ley 14/2000. No obstante, es evidente que con tal declaración ha quedado frustrada por completo cualquier esperanza que se hubiera puesto en la Ley 25/2006. Por una sencilla razón, porque el mecanismo utilizado por esta Ley ha sido exactamente el mismo que ya utilizó antes la Ley 14/2000, es decir, el mismo que el Tribunal Constitucional se ha encargado de rechazar. Al igual que su antecesora, la Ley 25/2006 no ha tenido otro objetivo que el de autorizar la práctica de nuevas liquidaciones para unos supuestos de hecho que ya habían sido realizados en su integridad y que, aún más, ya habían sido objeto de liquidación. Desde este punto de vista, pues, es fácil deducir que la violación del principio de irretroactividad que el Tribunal Constitucional ha imputado al apartado 2 de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, en la redacción dada por la Ley 14/2000, es perfectamente imputable también a la redacción dada por la Ley 25/2006.

---

anterioridad a su entrada en vigor, sino a aquellas liquidaciones que vengán declaradas nulas por sentencias del TS que también se dicten a partir de la vigencia de dicha ley 25/2006 (...). Semejante interpretación tiene cabida en los propios términos en que está redactada la ley 25/2006, que expresamente se refiere, solamente, a los supuestos en que por sentencia judicial firme «se declare la nulidad» (...) y no a supuestos en que «se haya declarado la nulidad de las liquidaciones». Y de ahí, señala el Tribunal, «hay que concluir —dado que la STS que había anulado la liquidación objeto del concreto litigio era de fecha 28 de abril de 2006— que la refacturación llevada a cabo el 22 de febrero de 2007 (...) resulta ilegal al no comprenderse en el supuesto de la disposición final segunda de la Ley 25/2006». Este planteamiento se completa con el recogido en las sentencias de 8 de septiembre de 2008, que niegan asimismo, para las liquidaciones anuladas por sentencia firme anterior a la Ley de 2006, la posibilidad de una nueva facturación al amparo de la Ley 14/2000, ya que ésta —mejor dicho, la redacción dada por ésta al apartado 2 de la disposición adicional trigésima de la Ley 55/1999— habría quedado derogada por la Ley de 2006. En definitiva, lo que vendría a señalar la jurisprudencia comentada es que a partir de la Ley 25/2006 no serían admisibles más refacturaciones que las practicadas conforme a dicha norma legal. Y que ésta, a su vez, no admitiría más refacturaciones que las correspondientes a tarifas cuya liquidación se hubiera anulado por sentencia firme posterior a su entrada en vigor.

## VIII. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 996/2010

Visto todo anterior, es fácil comprender entonces la trascendencia que tiene la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad 996/2010. Como habíamos dicho al principio, este hecho nos sitúa sólo en el inicio del proceso constitucional. No obstante, como también se había dicho, el conocimiento del tortuoso desarrollo del llamado conflicto tarifario y, sobre todo, de los últimos hitos marcados por la jurisprudencia constitucional, no animan a ser excesivamente optimistas, por lo que se refiere a los intereses de la Administración portuaria, de cara al futuro más inmediato. De seguirse la línea marcada hasta ahora, todo hace prever que el apartado 2 de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, en la redacción dada por la Ley 25/2006, también acabará siendo declarado inconstitucional. Y con eso, en definitiva, podríamos afirmar que asistiremos al desenlace final del conflicto tarifario. Un desenlace, dicho sea, cuyas consecuencias prácticas para la Administración portuaria no podrían ser más desfavorables. Basta pensarlo un instante para hacerse una idea del desolador saldo que puede dejar, después de tantos años, aquél conflicto. En primer lugar por lo que se refiere a las liquidaciones tarifarias, con la anulación de una parte importante de las practicadas al amparo de la legislación de 1966-1985, luego de las practicadas conforme a la Ley 1992, y finalmente de las practicadas de acuerdo con la Ley de 1997. Y en segundo lugar por lo que se refiere al intento de refacturación de tales liquidaciones, con el desmantelamiento del sistema ideado por las leyes de 1999-2000 y, si se confirman los pronósticos que antes avanzábamos, también del ideado por la Ley de 2006. En definitiva, todo apunta a que los efectos del conflicto tarifario acabarán convirtiéndose en un enfermedad crónica, sin curación posible, que la economía del sistema portuario deberá sobrellevar.

La Administración portuaria, sin embargo, parece resistirse a arrojar la toalla. O al menos así podría pensarse a la vista del Proyecto de Ley (de modificación de la Ley 48/2003) que hace poco más de un año, en abril de 2009, aprobó el Consejo de Ministros. Y en el que se recoge un nuevo intento de resolver las negativas consecuencias provocadas por el conflicto tarifario a través de la habitual fórmula de la refacturación. Lo que hace el proyecto de ley, en su disposición final quinta, es dar nueva redacción, una vez más, al apartado 2 de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, al efecto de mejorar algunas deficiencias

técnicas de su anterior texto (del redactado por la Ley 25/2006). No obstante, no hay duda de que la nueva redacción proyectada sigue coincidiendo, en su parte sustancial, con la definida por la Ley 25/2006. Y ésta a su vez, como ya hemos dicho en otro momento, con la establecida por la Ley 14/2000. Así pues, visto lo acontecido respecto a esta última Ley, traducido en la declaración de inconstitucionalidad impuesta por la sentencia de 20 de junio de 2009, no creemos que la opción escogida por el proyecto de ley sea la más conveniente. Bien es cierto, dicho esto en descargo de la Administración portuaria, que en el momento de aprobarse el proyecto de ley aún no había salido a la luz la última sentencia constitucional sobre la Ley 55/1999. Después de ésta, no obstante, cabe suponer que la disposición final quinta del proyecto de ley no acabará convirtiéndose en normativa vigente.

# DEBATES



## **URBANISMO Y CORRUPCIÓN: MEDIDAS CAUTELARES, ÚNICA SOLUCIÓN(\*)**

JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA

*SUMARIO: I. LA INUTILIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA EN CUESTIONES URBANÍSTICAS: LA INEJECUCIÓN DE SENTENCIAS COMO FORMA HABITUAL DE PROCEDER CONTRA LA ADMINISTRACIÓN CUANDO SE LA CONDENA.– II. EN BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN EFECTIVA: LAS MEDIDAS CAUTELARES, CON ORALIDAD Y MODIFICACIÓN DEL TURNO DE REPARTO.*

*RESUMEN:* El presente artículo aborda y resuelve con técnicas jurídicas la grave cuestión de la corrupción urbanística. Es uno de los asuntos más graves en nuestro país y que ya ha sido objeto de crítica por el Parlamento Europeo. Dentro del Derecho, el Juez Contencioso, hasta ahora, no ha sido capaz de resolver estos problemas, pese a disponer de instrumentos para ello. De ahí que sea necesario ofrecer de una vez un sencillo y articulado conjunto de soluciones que permitan abortar este cáncer de la democracia en que consiste la corrupción. Son tres las medidas que propone el autor: a) la primera, otorgar medida cautelar sin fianza «inaudita parte» b) de inmediato, cambiar el turno de reparto de los asuntos, lo cual está permitido por la Ley y c) mediante la Vista Oral, amplia y extendida, entrar de inmediato en el fondo del asunto, imponiendo costas razonables a la parte perdedora. Así no habría ningún perjuicio en la tardanza por parar durante unos días la construcción, porque el gran problema del urbanismo y construcción es que, una vez hecha la obra, resulta irreversible para siempre, lesionando el medio ambiente, el patrimonio histórico y la propia idea de ciudad y urbanismo.

*Palabras clave:* medidas cautelares; derecho penal; ejecución de sentencias; posición del juez contencioso; responsabilidad de los poderes públicos; régimen local; soluciones legales.

*ABSTRACT:* *The present article tackles and resolves, by means of legal methods, the serious matter of corruption in town planning. It is one of the most serious problems of our country and has already been the object of criticism by the European*

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 10 de junio de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 21 de junio de 2010.

*Parliament. Within the Law, the Contentious Judge, until now, has been incapable of resolving these problems, despite having at his disposal the instruments for doing so. Therefore it is necessary to offer once and for all a simple and interconnected set of solutions that would eliminate this cancer of democracy that is corruption. The author proposes three measures: a) first, to grant cautionary measures without "inaudita parte" bail b) to immediately change the assignment of cases by rotation, which is permitted by Law, and c) by means of a comprehensive and extensive Oral Hearing, immediately get to the bottom of the matter, imposing reasonable costs upon the losing part. In this way there would be no damage arising from delays in halting construction for a few days, because the big problem of town planning and construction is that, once the work is completed, it is forever irreversible, harming the environment, historic heritage and the ideas of city and town planning.*

*Key words: interim measures; criminal law; judgment implementation; judicial enforcement & administrative law judges status; public powers liability; local government, legal solutions.*

## **I. LA INUTILIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA EN CUESTIONES URBANÍSTICAS: LA INEJECUCIÓN DE SENTENCIAS COMO FORMA HABITUAL DE PROCEDER CONTRA LA ADMINISTRACIÓN CUANDO SE LA CONDENA**

1.a) Durante muchos años serví la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura. Y allí, en Cáceres, pude contemplar, como precisamente enfrente de la Facultad, en una montaña hasta entonces sagrada para los extremeños, comenzaban a agujerearla y, como topos excavadores de túneles que desarrollan especializaciones morfológicas para hurgar galerías, las excavadoras y grúas hacían madrigueras que comenzaban a tomar forma de trampas en las que escarbaban el alcor sin cesar, originando montículos de escombros, arañando y haciendo irreversible lo que durante millones de años la naturaleza había regalado a Extremadura... Mientras, un pleito pretendía ingenuamente, mediante una acción jurídica, ahuyentar aquella plaga sobre la Umbría, en que se encuentra además la Patrona de Cáceres y que, para colmo, era zona ZEPA (Zona Especial Protección Aves).

Se concitaban así todos los desafueros y despropósitos posibles contra el medio ambiente, la cultura, el urbanismo, la civilización, en suma. Pese a lo cual, todavía no podemos hablar de corrupción, sino de esa situación

generalizada de desafecto por lo propio y por la historia y naturaleza, esa indiferencia por el largo plazo, esa búsqueda tosca del enriquecimiento a corto plazo y sin contemplaciones; en fin, la «cultura» de los nuevos ricos que asola y arrambla con todo, para lo que todo vale, y... cuidado con oponerse a ella. Lo cual, por cierto, contrasta con los países vecinos: si uno va a Fuenterrabía y lo compara con Hendaya, o a Badajoz y lo compara con Elvas, comprueba que tanto en un país más rico como en otro menos que el nuestro, la gente quiere a su ciudad y la conserva (en urbanismo lo progresista también es conservar, rehabilitar y mantener la identidad y no destruirla banalmente) y los políticos no se atreven a destruir lo que la historia legó a la ciudad. Las Administraciones ahí en esos países, también, han fomentado la cultura, la civilización, el patrimonio histórico, el paisaje, como parte de la educación y del Derecho. En Francia. EE.UU., y en Reino Unido, ya han creado fundaciones que tienen como objeto, precisamente, adquirir terrenos... para que no se construya sobre ellos.

Es en este caldo de cultivo de la impunidad, del menosprecio por lo heredado, por los bienes públicos (medio ambiente, paisaje, patrimonio histórico) donde, con facilidad, se generan, además acciones perversas y dañinas que ya engendran corrupción. Porque ese urbanismo general, hortera, banal y chato, que ha organizado la figura del Agente Urbanizador en toda España, supone minusvalorar lo que debe ser de todos y no de unos cuantos favorecidos por las Administraciones Públicas para su beneficio personal. No extraña que el Parlamento Europeo haya exigido que se suprima esa figura detestable y fuente de privilegios, cuando no de abusos.

Pero sigamos describiendo de momento la situación para comprobar cómo, si las acciones urbanísticas aparentemente legales ya constituyen de por sí, mediante tecniquerías, lesiones irreversibles en no pocas ocasiones —tal como la inejecución de las Sentencias— es a partir de ahí cuando todo vale, y eso, lamentablemente, ha sido propiciado por una dejadez judicial que tristemente tenemos que significar.

1.b) ¡El pleito se ganó! La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, declaró la nulidad radical de toda aquella horrenda destrucción (que llamaban construcción) de la Montaña. Y la anuló, nada menos, porque eran terrenos que gozaban de la máxima protección: «terrenos no urbanizables de especial protección». (Sentencia 24 de febrero de 2003 por la Sección Primera de la Sala de lo Cont-

cioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en Recurso Contencioso-administrativo nº 66/2001, sobre modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Cáceres).

Lo que se impugnaba era una Orden de la Consejería de Vivienda, Urbanismo y Transportes de fecha 25 de abril de 2000, por la que se aprobó definitivamente la Modificación del Plan General de Ordenación Urbana, declarando la nulidad de pleno derecho de la disposición impugnada, tramitada, naturalmente por el procedimiento abreviado, para así más correr y evitar impugnaciones (establecido en la, entonces, Ley de Fomento de la Vivienda, Ley 3/1995, de 6 de abril); modificación consistente en la reclasificación, como urbanos, de los terrenos situados en la zona de RUC, a instancia de la entidad Grupo Empresarial XXX que naturalmente era el primer Agente Urbanizador de Extremadura (muy cercano pues a la propia Junta de Extremadura).

Y así, razona la Sentencia: «La única conclusión de lo expuesto no puede ser otra que la de considerar improcedente la aprobación definitiva de la Modificación del Plan que se hace en la Orden que se revisa. En efecto, conforme a lo ordenado, ni el Ayuntamiento debió dar curso al proyecto de la promotora, como después veremos, pero sobre todo, ni la Consejería debió aprobar definitivamente esa Modificación porque en ese momento ya claramente los terrenos no reunían las condiciones que se imponían en el artículo 2 de la Ley de Fomento, esto es, no tener la consideración de no urbanizables de especial protección, porque a ese momento si la tenían ya con la Revisión del plan que ya se encontraba vigente».

La Sentencia, de la que fue Ponente el Ilmo. D. Daniel Ruiz Ballesteros, Juez ponderado y prudente, también buen técnico en derecho público según es reconocido en el Foro, fue impugnada ante el Tribunal Supremo en casación. Y, sin sorpresa ni paradoja, impugnaron en casación, además de la empresa promotora —que es lo natural en defensa de sus intereses— simultáneamente el Ayuntamiento de Cáceres (a la sazón del PP) y la Junta de Extremadura (PSOE), coincidencia en las antípodas muy reveladora de un urbanismo preso en una maraña de regulaciones cuyo sentido no resulta ni mucho menos evidente a primera vista y cuya descodificación arroja, en ocasiones, sabrosas enseñanzas sobre el poder de los que hacen las normas. Y el Tribunal Supremo, en Ponencia de otro excelente Juez, Excmo. Rafael Fernández Valverde, Magistrado con gran experiencia en múltiples

jurisdicciones y que es reconocido como un jurista realmente prestigiado, mediante Sentencia de 25 de septiembre de 2007, confirmaba plenamente lo que la Sala de Instancia había indicado: que toda la modificación del plan promovida por el Agente Urbanizador y al que habían obedecido tanto el Ayuntamiento como la Junta, era nula de pleno derecho.

Pero... la urbanización se hizo. No hubo medida cautelar que provisionalmente la paralizara. Y ahí sigue. La evidente burla de las Sentencias es continua. Ahí está, para quien quiera verla, la destrucción de la Montaña.

Naturalmente, las personas que adquirieron esas casas, sus casas, no tienen nada que ver con la situación ilegal; se han encontrado con ella, son también víctimas del entuerto administrativo y merecen todo nuestro respeto. Y si se lograra llevar a cabo la reconstitución de La Montaña, tendrían indudable derecho a la indemnización y al realojo, conjuntamente.

1.c) Tenemos pues dos magníficos Jueces y dos grandes Sentencias. ¿Y qué? Las Sentencias no se ejecutan en Urbanismo. Así, en la propia Extremadura, en Badajoz, cuando se demostró hasta la saciedad que el «cubo» al lado de la Torre pese a su extrema ilegalidad tenía que ser demolido, el Tribunal Superior de Justicia abatió sus propias Sentencias y las del Tribunal Supremo para evitarlo.

Luego ¿sirven las Sentencias urbanísticas para algo más que para ponerlas en un marco como antigualla de la más exquisita pero obsoleta orfebrería jurídica? ¿Han hecho algo estos dos excelentes Magistrados para ejecutar sus Sentencias? ¿Se han mantenido el debido decoro y respeto que merecen en un Estado de Derecho las resoluciones judiciales? ¿Han tenido valor y coraje para llevar a cabo sus pronunciamientos? ¿Es imposible para el Tribunal Supremo adoptar alguna medida, supuesto que la ejecución ex artículo 103 LJCA es del Tribunal de Instancia o existen medios reales para evitar el fraude de inejecutar? ¿Merece la pena confiar en la Justicia como poder efectivo y no meramente moral? ¿Pero para qué están los Jueces cuando tienen que enfrentar su Sentencia con un incumplimiento rebelde por una de las partes? ¿Por qué se han doblegado a lo que les imponen las Administraciones y, a su través, el Agente Urbanizador? ¿Basta excusarse en que no se ha solicitado a lo mejor totalmente la ejecución para no llevarla a cabo, diga lo que diga el propio artículo 103 y siguientes de la Ley Jurisdiccional? Cuando la LJCA dice que «las partes están obligadas a cumplir las Sentencias», si esta es de nulidad, ¿No está ya anulada total-

mente la actuación urbanística y tienen que llevarse a cabo sus debidos efectos? ¿Se toman en serio nuestros Jueces Contenciosos que el mismo precepto dice que la potestad de hacer ejecutar las Sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales? ¿Y lo de «Serán nulos de pleno Derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las Sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento», como por ejemplo, modificar luego el plan urbanístico para que diga que es urbanizable o urbano incluso aquello que antes era no urbanizable «de especial protección»?

No nos centremos en Cáceres. No. No es ni mucho menos un mal local. Este mal —inmunodeficiencia judicial a la ejecución de sus propias Sentencias urbanísticas— este eclipse de sus poderes y potestades, este abatirse ante el Agente urbanizador, es lo común y corriente. Los poderosos constructores no tienen quien les pare. Solamente los pequeños pueden sufrir algún que otro derribo y aún así acontece muy escasamente. En Urbanismo, los Jueces contenciosos son poderosos con los débiles y débiles con los poderosos. Así, ahora en Madrid, una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 2005, paralizó el PAU de Arroyofresno ¿Adivinan lo que ha sucedido? ¿Se habrá paralizado definitivamente una urbanización de dudosa legalidad o habrá habido un Auto «declarando la imposibilidad de ejecutar la Sentencia» y así todo continúa igual prácticamente? Lo de «hacer ejecutar lo juzgado» es un eufemismo en urbanismo. La inexecución de Sentencias en materia urbanística, si implican condena de deshacer lo mal hecho por la Administración, es lo normal. En Urbanismo, la inexecución de las Sentencias es un oscurecimiento en el Estado de Derecho. Hay aversión a ejecutar las propias Sentencias. Y lamentablemente, no ocurre nada. No pasa nada. Ninguna responsabilidad para nadie ni para con nadie. Si alguna vez se ejecutara con auténtica demolición una urbanización ilegal, pasaría a ser de inmediato noticia, como ha sucedido en el par de ocasiones en que, más o menos, se ha llevado a cabo.

Luego, cuando se habla de corrupción, como ha hecho recientemente el Parlamento Europeo (Resolución del Parlamento Europeo 18.3.2009) sobre el impacto de la urbanización extensiva en algunas regiones de España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas [2008/2248 (INI)] miramos solamente a políticos y administradores, sin caer en la cuenta que como bien dice

la Cámara europea, nuestros Jueces «no están preparados» para abordar estos temas.

Puesto que son los últimos, y por tanto los mejores («No es que seamos los últimos por ser los mejores, sino que somos los mejores por ser los últimos» en frase clásica atribuida al Tribunal Supremo Norteamericano) y al mismo tiempo, por esencia, no hay forma de poner el cascabel al gato judicial, tiene que conseguirse alguna reacción por la sociedad civil que de cuenta de la actitud global e individual de los Jueces.

Dice así el Informe A6-0082/2009 Margrete Auken:

«Impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas 2008/2248 (INI)».

(El Parlamento Europeo) «Expresa su preocupación y desaliento por el hecho de que las autoridades jurídicas y judiciales españolas hayan puesto de manifiesto que no están debidamente preparadas para hacer frente a las repercusiones de la urbanización masiva en las vidas de las personas, como prueban las miles de reclamaciones recibidas por el Parlamento y su comisión pertinente en la materia».

Puede comprobarse tanto, la contundencia de la Resolución Parlamentaria Europea, como la franca confesión de parte que hace el Poder Judicial de que «no está preparado» para luchar contra la especulación urbanística, un ejemplo más, junto con otros. A confesión de parte, prueba cerrada, reza un viejo refrán. No insistiremos sobre esta vergüenza, salvo para señalar al Ministerio de Justicia y al Consejo General del Poder Judicial de habernos conducido a esta obscena ignominia. Y naturalmente, la debilidad gubernamental en materia tan sensible en relación con las Comunidades Autónomas, constituye parte de las irresponsabilidades de quienes muestran que el poder gubernamental, en relación con las Autonomías, no va más allá de cortar cintas e inauguraciones fastuosas, pero sin ningún contenido real.

Y sin embargo, los Jueces son la única esperanza. No podemos confiar en una Administración ya muy desprestigiada y en la que los escándalos urbanísticos, a falta de una buena técnica iusadministrativa, han tenido que acabar, eventualmente, en el Juez Penal. Así la STS, Sala 2ª, 27-11-2009 «delito contra la ordenación del territorio y prevaricación». Ponente

Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez, indica textualmente: «Mas la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como *Ultima Ratio*». Y en la «disciplina administrativa», sin lugar a dudas está también la ejecución por los Jueces Contenciosos de sus propias Sentencias. No se le conceden los poderes como ornamentación sino como potestades precisas que hay que utilizar con sabiduría, ecuanimidad y firmeza.

En fin, tenemos a los Jueces de lo Penal ya decidiendo sobre los asuntos administrativos, a falta de mejor solución, dadas las circunstancias.

Pero es hora de que sean los Jueces Contenciosos los que reclamándose al más enérgico de los fueros que tienen a su disposición, recuperen la potestad perdida, aumenten su dignidad y prestigio y comiencen de una vez a aplicar la Ley hasta las consecuencias que en otros ámbitos, sin embargo, sí llevan a cabo con entera naturalidad. Por ejemplo, en las continuas desestimaciones, inadmisiones, en fin, denegaciones a los particulares en la mayor parte de las Sentencias Contenciosas —que son casi siempre favorables a la Administración— las Sentencias se soportan por los administrados con paciencia y en todo caso se llevan a cabo. Claro que los particulares normalmente no son poderosos y no pueden combatir sino arriesgándose personal y financieramente, a diferencia de la Administración. Pero a ningún particular se le ocurre que después de perder la Sentencia, el Juez no la ejecute o, simplemente, admita que sea autoejecutiva por denegación de la nulidad solicitada. Se ejecutan y no se discute. Exactamente esto es lo que debería suceder también en Urbanismo, por muy poderosas que sean las Administraciones y su círculo social, su «*Cohors amicorum*».

1.d) Ya la doctrina es consciente de que en urbanismo, los pronunciamientos judiciales, si declaran nulidades en edificaciones, urbanizaciones, construcciones, ya realizadas, no se llevarán a cabo. Ésta es la nueva inmunidad del poder: la inejecución de las Sentencias urbanísticas. Y esta inmunidad lo es también del Agente Urbanizador, que utiliza a la Administración como máscara con la que conseguir sus beneficios inconmensurables. Y es aquí donde anida la corrupción: en la inmunidad sobre la Ley lamentablemente consentida por las Sentencias Judiciales que declaran la imposibilidad de ejecución, porque quien incumple, sabe

que luego, no pasará nada. No es que con esto lleguemos a la conclusión, ni mucho menos, de que detrás de toda inejecución hay un caso de corrupción. No. Puede suceder asimismo el error, por ejemplo, como caso que provoca la construcción ilegal. U otras causas pueden llevar a una edificación errónea.

Pero a no dudar, si no hay Ley aplicable —y no la hay precisamente si la Sentencia no se ejecuta— la corrupción hace metástasis y no hay cura posible. Y ello ya lo está diciendo la doctrina, e incluso, ya, casi la propia Judicatura Penal, dado que la Contencioso Administrativa está muy lejos de saber aplicar, como vemos, al Poder público la ejecución de sus propias Sentencias Urbanísticas.

Recientemente han aparecido dos excelentes monografías que se preocupan, seriamente, de la inejecución de Sentencias. «La imposibilidad de ejecución de Sentencias en el proceso Contencioso-Administrativo», del profesor Doctor Rafael GÓMEZ-FERRER RINCÓN, y la de la profesora Doctora Gemma GEIS CARRERAS, «La ejecución de las Sentencias urbanísticas». Ambos trabajos, meritorios esfuerzos con inestimable metodología y un ponderado sentido de la realidad, examinan exhaustivamente este grave problema. Hay que estudiar ambos volúmenes para tener ya una clara conciencia del panorama, que es desastroso. Y, eventualmente, de algunos inteligentes remedios que se proponen para evitar la continuidad de esta extraña situación, incluidos los de mantener en sus propias manos el Tribunal Supremo, determinados aspectos y técnicas que lograrían que la rebelión de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de ejecución de Sentencias urbanísticas no continuase. Toda futura legislación que quiera, con seriedad y solvencia, abordar la reforma de la Ley jurisdiccional, habrá de partir de estos dos importantes trabajos.

Actualmente, hay que insistir, la situación es caótica. Y lo es, porque como otro sector de la doctrina ha indicado, la inejecución es consecuencia de la inevitable tendencia inercial a mantener el «status quo» que padece la Judicatura Contenciosa, siempre anhelante de manifestar su «prejujé favorable» a las actuaciones del poder.

En efecto, el espléndido trabajo «Demolición de obras ilegales, restablecimiento de la legalidad y tutela judicial efectiva. Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de marzo», de Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Fiscal de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía Provincial de Granada, [Revistas@iustel.com](mailto:Revistas@iustel.com)

Revista General de Derecho Administrativo 22 (2009) tiene el singular valor de proceder ya, directamente, de la Fiscalía. No es solamente la doctrina académica, más crítica siempre incluso por deber intelectual y gracias a la afortunada independencia relativa que siempre tiene, los que ponemos en cuestión, casi en solfa, la inejecución de las Sentencias Contencioso Administrativas.

Comienza RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ su trabajo, indicando:

«La Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de marzo, ha puesto fin a un expediente que empezaba a proliferar en la práctica contencioso-administrativa: la suspensión de la ejecución de la orden de demolición acordada en Sentencia firme a la espera de la aprobación de una innovación de planeamiento que puede suponer la legalización de las obras». Nótese pues, como no había hipérbole ni epítome exagerado en nuestra afirmación inicial, visto incluso desde la misma Justicia. Luego examinamos la Sentencia.

«Para empezar, en la Parte General del Derecho Público español comienza a vislumbrarse con nitidez el lugar específico que corresponde al restablecimiento del orden jurídico, fuera del ámbito puramente represivo... Así, se acepta con naturalidad que no todo acto del poder público de contenido desfavorable para el particular tiene carácter sancionador... En las medidas de gravamen no sancionadoras, la causación de un daño al particular es un efecto colateral de la necesaria satisfacción de un interés público esencial, que constituye el fundamento y la finalidad de la medida... las medidas restablecedoras se rigen por principios completamente distintos a los propios de las sancionadoras. La ilegalidad que las sustenta es genérica y no necesita de tipificación —en cuanto, en realidad, no se refieren tanto a comportamientos prohibidos como a los estados de cosas generados por esos comportamientos-; en el procedimiento no juega la presunción de inocencia; no es aplicable el principio non bis in idem por lo que resultan compatibles con las sanciones; además, no tiene sentido aplicarles técnicas de elección de la medida menos restrictiva ni consideraciones de proporcionalidad para atemperarlas a las circunstancias del afectado —al menos en el mismo sentido que en el Derecho sancionador—, en cuanto aquí lo fundamental es desarrollar una actividad idónea para el cese y remoción de los efectos ilícitos...».

«Al afirmar la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009 que la demolición es una medida restauradora de la legalidad, viene a fortalecer

la interpretación que, desde antiguo, ha elaborado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de la medida de demolición de obras ilegales contemplada en la normativa urbanística. Esta jurisprudencia es una muestra destacable de calidad técnica y lucidez práctica que, por desgracia, no ha llegado a plasmarse suficientemente en el terreno de los hechos». Apunte aquí el leyente que esta crítica coincide punto por punto con la que habíamos realizado nosotros, por lo que no puede calificarse nuestra postura ni de imprudente ni de exagerada.

Y sigue señalando el Fiscal RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ: «La razón puede estar en una fatal combinación de grandes dosis de deslealtad de las Administraciones implicadas y de una seria falta de confianza de los propios Tribunales del orden Administrativo en sus capacidades de ejecución forzosa». Advierta el lector la práctica identidad entre las afirmaciones de nuestro Fiscal y las que anteriormente hemos realizado. Coincidencia que —si bien es seguro, imagino, tendrá su precio, que habrá que pagar en una cierta incomprensión y aún rechazo por parte de algún dolorido o iracundo juez jurisperito irritado por el abandono del método tradicional de pura apología incluso en la crítica— habrá que convenir que es ya general, como luego además, veremos incluso en el ámbito comunitario.

Continúa el autor recordando que «La demolición no es una sanción sino una medida de restablecimiento de la legalidad... La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha sido categórica al afirmar que la demolición no es una sanción... el Tribunal Supremo responde que «la demolición no es una respuesta excepcional en el caso de obras ejecutadas sin licencia y no susceptibles de legalización sino la sanción ordinaria impuesta» por el ordenamiento jurídico. Es más, la Administración que, bien porque las obras no son legalizables, bien porque ha transcurrido el plazo de legalización, deja de acordar la demolición actúa de manera contraria a Derecho, vulnerando la Ley... Como señala igualmente el Tribunal Supremo, la demolición ha de alcanzar del mismo modo a las obras amparadas en una licencia cuando la autorización concedida es contraria al planeamiento aplicable, de forma que la anulación de la autorización lleva implícita la necesidad de demoler lo construido. De este modo, el derribo se erige en consecuencia directa e inseparable de la anulación. Es, por tanto, parte del fallo jurisdiccional y debe ser acordada, primero, y ejecutada, después, aunque en principio la demanda sólo se refiera a la ilicitud del acto... En las palabras de la Sentencia de 22 de julio de 2005: «tratándose de obras realizadas al amparo de una licen-

cia que contraviene normas urbanísticas, la anulación de ésta comporta la obligación de demolición de aquéllas; de suerte que, ni la Sentencia que acuerda ésta, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente, ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución pese a que el título sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia».

Expresivamente ha dicho la Sentencia de 28 de abril de 2004 que la inherencia de la demolición a la anulación de la licencia deriva de la plenitud de las facultades jurisdiccionales de los tribunales del orden contencioso-administrativo. «El Tribunal de instancia tenía plena jurisdicción y competencia para hacer lo que hizo, es decir, decretar la demolición de las obras, una vez constatada su ilegalidad, y no remitir otra vez la cuestión al Ayuntamiento para hacer lo que ya tuvo oportunidad de realizar cuando, al no hacerlo, dio lugar a la desestimación presunta. Si las cosas fueran como el Ayuntamiento recurrente quiere, le bastaría a la Administración con guardar silencio para que todas las Sentencias estimatorias tuviesen sólo el efecto de volver a dar a la Administración una segunda oportunidad para hacer lo que no hizo, con grave quebranto de las facultades jurisdiccionales (artículo 67.1 de la Ley). El tribunal ha de ordenar, en definitiva, la demolición como consecuencia legal inherente a la Jurisdiccional) y del derecho de los demandantes a una efectiva tutela judicial (artículo 24 CE)»... anulación de la licencia, sin que esto suponga ninguna incongruencia respecto a una pretensión puramente anulatoria ni la sustitución ilegítima de las potestades de la administración, pues ésta vulneraría el ordenamiento jurídico no acordando la demolición, que es una consecuencia puramente reglada.

Así, es frecuente que la Administración obligada a la ejecución del fallo —incluso cuando ella misma ha instado la nulidad de la licencia— trate después de evitar el derribo, poniendo toda suerte de obstáculos a la ejecución de la Sentencia que lo acuerda. De hecho, ha sido el uso ciudadano de la acción popular administrativa el que ha propiciado que —con la impugnación del acto denegatorio presunto— sean los tribunales contencioso-administrativos los que suplan esta «ostensible pasividad municipal para lograr que la legalidad se restablezca». No obstante, justo es reconocer que también ha proliferado la utilización simbólica de los procedimientos judiciales tendentes al derribo de obras ilegales, como medio exclusivo de desgaste de rivales políticos. De este modo, no son extraños los casos en que se pierde todo interés en el sostenimiento de la pretensión

—que pasa súbitamente a ser de imposible ejecución— cuando ya ha cambiado el partido en el gobierno de la administración implicada.

El último medio utilizado por la administración interesada en dejar sin ejecutar la demolición decidida por los órganos del Poder Judicial es la utilización del *ius variandi* de las normas de planeamiento municipal con el único fin de amparar las obras declaradas ilegales. Estamos, en tal caso, ante la llamada legalización *ex post facto* por innovación de planeamiento. Puesto que la legalidad de la licencia ha de evaluarse conforme a la normativa vigente al tiempo de otorgarse —y la de las obras clandestinas, conforme a la normativa que le era aplicable al tiempo de acometerse—, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha abordado la modificación del planeamiento como una situación de inejecución de la Sentencia, que en nada afecta al fallo de ésta y que ha de valorar cuidadosamente el tribunal Sentenciador. De hecho, el fenómeno generalizado de hostilidad municipal al cumplimiento de los fallos que acuerdan la demolición ha obligado a la jurisprudencia contencioso-administrativa a establecer con claridad los límites a la «legalización».

En realidad, en la invocación municipal de las futuras innovaciones de planeamiento, los tribunales contencioso-administrativos han observado una burda tapadera de la total dejación de las funciones regladas de restablecimiento de la legalidad por parte de los Ayuntamientos. En las lucidísimas palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 31 de mayo de 2005:

«resulta desalentadora la actitud municipal, que ante una vulneración de la legalidad urbanística, parece actuar meramente a efecto formales, sin intención alguna del ejercicio sincero de las competencias y obligaciones otorgadas, consolidando situaciones fácticas ilegales que no encuentran amparo en Derecho, pretendiendo justificar la falta de ejecución de sus propios actos respecto de futuras e hipotéticas legalizaciones sobre interpretaciones disparatadas de un texto legal no vigente al tiempo de dictarse la resolución, y en consideraciones a futuros cambios del planeamiento. Lo cual, si no valen los planeamientos vigentes, si de futuro toda actuación ilegal tiene arreglo con el simple mecanismo de adaptar el planeamiento a las situaciones ilegales, es igual que hacer lisa y llanamente tabla rasa con el urbanismo».

Un ejemplo reciente de esta jurisprudencia es la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de enero. Merece la pena un examen

detenido de esta resolución pues ha puesto su justo y necesario fin a uno de los más criticables expedientes alumbrados por nuestra justicia contencioso-administrativa —y protagonizado por algunos Tribunales Superiores de Justicia, con flagrante desconocimiento por su parte de la reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo a que hemos hecho referencia—. Deseo nuevamente llamar la atención de que estas expresiones lúcidas y lucidas, coinciden exactamente con lo que vengo indicando sobre la desidia, si no pusilanimidad, de algunos Jueces Contenciosos, que desde los Tribunales Superiores de Justicia han dominado la inejecución de las Sentencias urbanísticas y con ello, muy a su pesar desde luego, y sin pretenderlo —van con buena intención basada en una equivocada percepción del principio de proporcionalidad y desde luego de su propia misión como Jueces— han venido a constituirse en el soporte —por inacción— de la corrupción urbanística (es el efecto perverso de las buenas intenciones). Porque con Jueces que no ejecuten sus Sentencias, como bien indica este autor y el propio Tribunal Constitucional, simplemente no hay justicia. Y por tanto, no se puede combatir la corrupción, sino que los corruptos, animados por la dejación de funciones de algunos Jueces, han logrado abatir los resortes jurídicos de nuestra sociedad. Lo que nadie ha pedido, hasta ahora, es responsabilidad.

Ha consistido este proceder en la suspensión de la ejecución de demolición ordenada en Sentencia firme ante la expectativa de una futura modificación del planeamiento aplicable. En el caso resuelto por la Sentencia constitucional aludida, se impugnaban ante el Tribunal de garantías dos resoluciones jurisdiccionales. Por una parte, el auto de 4 de noviembre de 2005 de la sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, por el que se desestimaba el recurso de súplica interpuesto contra la segunda resolución discutida, el auto de 27 de septiembre de 2005. Este último, dictado en la ejecutoria 22/2005, suspendía parcialmente el cumplimiento de la Sentencia del mismo Tribunal de 28 de noviembre de 2001, dictada en el procedimiento ordinario 1451/1997. En este procedimiento se había solicitado la declaración de ilegalidad de la construcción de una vivienda y de la licencia que la amparaba. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia declaró la ilegalidad de las obras y de la licencia otorgada, «debiendo demolerse aquéllas». Tras ganar firmeza el pronunciamiento el 16 de octubre de 2003 —por la inadmisión del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento—, en fecha 20 de enero de 2005 el demandante instó la ejecución

de la Sentencia. El Ayuntamiento, mediante escrito de fecha 21 de abril pidió la suspensión parcial de la demolición de las obras ilegales: «hasta tanto se apruebe la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Siero, actualmente en tramitación, que puede dar lugar a la legalización de lo ilegalmente construido, debido a los graves e irreparables perjuicios que se podrían irrogar en caso de su ejecución inmediata». Mediante el citado auto de 27 de septiembre de 2005 el Tribunal Superior acordó la suspensión parcial del cumplimiento de la Sentencia en lo relativo a la orden de demolición «durante el plazo que se fije en ejecución de la presente resolución». El tribunal argumentaba que: «no puede obviarse que en el juicio ponderado y equitativo que debe presidir toda solución, las graves consecuencias que para el titular de las obras conllevaría el cumplimiento inmediato de la ejecutoria sin esperar durante un plazo prudencial que concilie los intereses enfrentados, a discernir, con todos los datos sobre su acomodación a las determinaciones urbanísticas que se proponen revisar a efectos de su posible legalización».

El recurso de súplica del demandante fue rechazado, por lo que éste presentó demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional. El recurso de amparo presentado aducía la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE. A juicio del demandante, la resolución impugnada chocaba con la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, puesto que, infringiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, disponía la inexecución de la demolición acordada sin que hubiera mediado ninguna modificación normativa que hiciera imposible la efectividad de la medida. Por otra parte, consideraba igualmente infringido el deber de motivación en la desestimación del recurso de súplica. El recurso fue admitido por providencia de 9 de enero de 2008 de la sección segunda del Tribunal Constitucional. En sus alegaciones, el Ministerio Fiscal apoyó la pretensión del recurrente en amparo. Mediante escrito registrado en fecha 9 de octubre de 2008, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional interesó que se otorgara el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y que, en consecuencia, se anularan los autos impugnados. Solicitaba así la retroacción del procedimiento y el dictado de una nueva resolución que respetara el derecho fundamental violado. El Fiscal argumentó que se había dejado de ejecutar lo resuelto en Sentencia firme sin la concurrencia de alguna de las causas que permiten la inexecución o la suspensión de su cumplimiento, otorgándose de este modo «más valor a los posibles perjuicios de quien construyó infringiendo el ordenamiento

jurídico-urbanístico y al propósito de la Administración demandada de legalizar tan irregular construcción [...] que a quien, como el demandante de amparo, pretende la completa efectividad de la legalidad declarada por los tribunales de justicia». El Tribunal Constitucional estima en la Sentencia 22/2009 el recurso interpuesto.

De este modo, los fundamentos jurídicos de la Sentencia comienzan acotando la impugnación a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de su ejecución en sus propios términos: «por haber acordado el órgano judicial la suspensión parcial de la ejecución de una Sentencia, en cuanto a la demolición de una construcción ilegal, con el argumento de la existencia de una propuesta normativa que podría afectar a la posible legalización de la construcción». El Tribunal recuerda su propia jurisprudencia conforme a la cual el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a la ejecución de las Sentencias y de las demás resoluciones firmes: «lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas». De este modo: «[e]l derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce, así, en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las Sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la Ley». Debe concluirse que la decisión judicial de suspender la demolición acordada en Sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente la legalizara, supone una vulneración del artículo 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. En efecto, tomando en consideración que el principio general es la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y que sólo, de forma excepcional, cuando, en los términos previstos legalmente, concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas, cabe inexecutar o suspender su cumplimiento, no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera expectativa de futuro cambio normativo, toda vez que ello no implica alteración alguna de los términos en que la disputa procesal fue planteada y resuelta.

El Tribunal Constitucional concluye que los dos autos del Tribunal Superior de Justicia de Asturias vulneraron el derecho a la tutela judicial

efectiva «desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos».

Concluye nuestro autor, diciendo, diplomáticamente: «Quizá la razón de este desconcertante proceder —al que el Tribunal Constitucional ha puesto fin con toda razón— sea la tradicional aversión de los tribunales del orden contencioso-administrativo a cualquier modificación de la realidad y, por tanto, a toda forma de auténtica ejecución de lo resuelto. En todo caso, esta causa —por triste que sea— resulta más comprensible que otras motivaciones imaginables». Por nuestra parte, sí que imaginamos que la situación de cercanía de los Tribunales Superiores con las Comunidades Autónomas, comienza a parecerse bastante al fenómeno descrito en la literatura económica norteamericana (Stigler por todos) de «captura del regulador», y que hay que tomar medidas conducentes a que la independencia de los Tribunales Superiores no sea solamente una exquisita y formalista expresión de papel. En su momento, abordaremos este tema. Pero quede apuntada la expresión del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, y del propio autor, del repudio que esta comodidad judicial provoca en todo jurista que aplique la Ley. Es como si un Notario redactara la Escritura y luego no la firmara o si un Catedrático examina a un alumno y no le da la calificación. Es de una irresponsabilidad inmensa.

De ahí la expresión de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ:

«Desde el punto de vista de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional tiene un antecedente evidente en materia de demolición de obras ilegales en una resolución dictada hace ya veinte años: la Sentencia 149/1989, de 22 de septiembre. Ésta censuró el proceder de un tribunal contencioso-administrativo que mediante un ardid dilatorio se negaba a ejecutar la demolición previamente acordada». No es baladí la expresión del Fiscal: ardid dilatorio. Y es que lo es. Simplemente lo es. Y tienen los Jueces que acostumbrarse a que al igual que sus grandes Sentencias son objeto de comentario laudatorio, cuando incurren en dejación de funciones, las expresiones del vocabulario español son ricas, y no por ello difamatorias, sino espejos de la verdad, reflejo de hechos en los que bien podían mirarse. Y afortunadamente, algunos grandes Jueces lo hacen y, como los demás juristas, aprenden de sus errores. No pueden continuar los Jueces Contenciosos en ese infundado optimismo panglossiano y que, como en el cuento del molinero con el fiat ius, piensen que también en

España se puede decir: «Aquí hay jueces en Postdam», como replicaba el moledor prusiano a Federico el Grande.

En definitiva, parece que se es consciente de que la inexecución de las Sentencias urbanísticas es un fenómeno extendido, severamente censurado por el Tribunal Supremo, que sin embargo puede hacer mucho más pese al dictado del artículo 103.1 LJCA (el ejercicio de hacer ejecutar lo juzgado, corresponde al Juez que haya conocido del asunto en primera o única instancia).

Y desde luego, es una mala práctica con la que hay que acabar. Pero ya veremos, incluso con la Sentencia última del Tribunal Constitucional, si efectivamente el Tribunal Superior de Justicia de Asturias procede de verdad y efectivamente a la demolición de la obra ilegal. De momento, tengo mis dudas.

Quede indicado que, si después de esta STC un Alcalde decide legalizar lo que en Sentencia ejecutable se ordena demoler, incurre en prevaricación. Y que puede existir, vía acción pública, amplias acciones para exigirla. Y los Fiscales deben actuar.

Pero quede indicado también que la gran dificultad, el inmenso inconveniente, es que cuando la Sentencia llega, llega siempre tarde. La obra ya está realizada y los costos económicos, la presión social, la coerción política, corroen las posibilidades de ejecutar la Sentencia. Y mientras, el Urbanismo está en manos del Agente Urbanizador y el Parlamento Europeo nos acusa de clara corrupción urbanística y de que los Jueces españoles reconocen que no están preparados para combatirla.

## **II. EN BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN EFECTIVA: LAS MEDIDAS CAUTELARES, CON ORALIDAD Y MODIFICACIÓN DEL TURNO DE REPARTO**

¿Qué es, en definitiva, la corrupción política urbanística para el Derecho? Pues sencillamente hacer de las normas públicas un negocio. Transaccionar con el acto administrativo en contra de las Leyes, poniéndole precio. Crear un «Mercado de Actos Administrativos», que como un zoco, ofrece sus averiadas mercancías al mejor postor, para ventaja agiotista de munícipes, empleados públicos, y demás paniaguados.

Claro está que existen otros ángulos, así el moral, el aspecto cultural... También existe la corrupción en el ámbito privado, cuando los conflictos de intereses hacen saltar por los aires o simplemente lesiona la cuenta de resultados de los legítimos propietarios. Pero ahora, en España, lo que preocupa es la corrupción política, especialmente la urbanística, y saber qué medidas pueden tomarse contra ella.

El pionero trabajo «Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo», realizado por la Dra. Blanca LOZANO CUTANDA Catedrática de Derecho Administrativo Universidad del País Vasco (UPV/EHU). *Revista de Administración Pública* n° 172, enero abril 2007, pone de manifiesto con claridad la gravedad del problema y la necesidad de encontrar remedios ahora y aquí, dentro de nuestro ordenamiento, para reconducir la situación.

Mucho de lo que sucede en los fenómenos corruptos es consecuencia de colocar, desde la cuna hasta la tumba, un acto administrativo puramente discrecional y que puede cambiar cuantas veces quiera el político de turno. Supongamos que existen normas de calificación de un terreno. Pues bien, si una mayoría circunstancial de un Ayuntamiento, sin control de un funcionario habilitado nacionalmente como eran los Secretarios, Interventores y demás cuerpos (que podían hacer advertencias de legalidad), modifica una y otra vez esa calificación, es evidente que no existe ningún control previo que pueda impedir la corrupción y, al estar aprobado por mayoría, luego el Juez contencioso se encontrará con la apariencia de un acto válido sobre el que normalmente —y así ha ocurrido casi siempre— no lo va a parar con una medida cautelar. La consecuencia es evidente, como en la aporía de Aquiles y la tortuga, el Estado de Derecho nunca alcanzará a la democracia local cambiante para imponer reglas jurídicas estables.

El urbanismo hoy se negocia. La existencia de convenios urbanísticos, urbanismo concertado, Agente Urbanizador, son los ejemplos claros que el Parlamento Europeo (Informe Auken) ha demostrado que están en la base de toda la corrupción. Eso, y la falta de respeto al derecho de propiedad, que es un derecho fundamental en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el Convenio Europeo, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el Pacto de Nueva York de libertades, en fin, en todos los lados, menos en la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y parte de nuestra doctrina, que sigue aferrada a la idea del «terrible derecho» que desde Stefano RODOTÁ se ha

convertido en un mantra repetido monótonamente, y que como todo lugar común ha acabado perdiendo sentido de la realidad. La Unión Europea, pragmáticamente, está cambiando esta situación poco a poco.

En todo caso, lo que no se puede es seguir enfrentando Democracia con Estado de Derecho. Es decir, lo que no cabe es que la mayoría oportunista de un Ayuntamiento, cambie y recambie, califique y recalifique, sin cesar y con bastante ocultación, lo que el Plan y la regla de Derecho tiene establecido.

Pero cuando así se actúa, y esta es exactamente la base de la corrupción, la fórmula descubierta hace más de medio siglo se llama medida cautelar.

Éstas son medidas que adopta el Juez mientras el juicio está teniendo lugar, no después, cuando ya no se puede hacer nada, ni siquiera, ejecutar la Sentencia

La fórmula para acabar con este indecoroso estado de cosas, no es muy complicada. Exige, eso sí, un esfuerzo de trabajo por la Judicatura y asumir conciencia de su propio valor. Son tres los pasos que hay que dar, por lo demás, según he contrastado con los propios Magistrados, perfectamente posibles. Primer paso: Otorgar de inmediato, la medida cautelar y sin fianza alguna. Segundo paso: Cambiar el turno de reparto por evidente urgencia, ya que en todos, absolutamente todos los casos en que se va a transformar irremediamente la realidad por una obra física, siempre existe «periculum in mora». (una vez construida la obra, removida la tierra, realizada la urbanización, hecho el objeto del contrato, ya se habrá siempre transformado la realidad de manera totalmente irreversible). Tercer paso: convocar a VISTA ORAL, inmediata para que las partes entren directamente en el fondo del asunto. La Vista oral, es imprescindible, no sólo porque lo demande la Ley en los casos en que la competencia es del Juzgado de lo Contencioso, sino porque es perfectamente posible acordarlo así en todos los casos. Vista que en estos casos, debe ser todo lo extensa que proceda, ya que el Juez o Tribunal va a poner Sentencia inmediata sobre el fondo del asunto. Sentencia que tendrá que tener DOS características, perfectamente ajustadas a nuestro Derecho: de un lado, no debe tardar mucho y en la práctica, no demorarse más que un mes. Y en segundo término, debe ir siempre acompañada de condena en costas. Pero notemos, condena en costas por el trabajo efectivamente desplegado, y además fijada por el propio Juez, como ya hace con satisfactoria frecuen-

cia el propio Tribunal Supremo. La condena en costas, no puede ser en estos casos, lugar para resarcirse de un posible daño emergente, porque por definición, en tan corto plazo de tiempo, no habría daños. Y, afortunadamente, lo que está imponiendo el Tribunal Supremo (Contencioso) en costas no es la barbaridad con que actúan los Jueces de lo Civil, que remiten a baremos del Colegio de Abogados, que no tienen nada que ver con la realidad, y que actúan como obsoletos sistemas arancelarios, que son totalmente irreales y muy lesivos para quien resulte condenado.

Tres medidas, tres. Y los Jueces de lo Contencioso serán «estrellas», desde luego, pero de un firmamento en que el astro rey será, ya la Justicia. Y con tales luceros, lograrán la gratitud y reconocimiento de los ciudadanos honrados, que siguen siendo la mayoría.

En España, cuando se quiere, las medidas cautelares funcionan, como así sucede en extranjería, donde se consiguen acciones fulminantes «inaudita parte» en apenas dos o tres horas. Y las otorgan los Jueces Contenciosos. No sería una innovación radical, sino una aplicación paliativa de una amenaza, como es la corrupción urbanística, que puede laminar la confianza civil y política hasta extremos realmente dañinos y con graves consecuencias.

No hace muchos días, tuve ocasión de conocer, por razones familiares, un pleito en Austria, en los Tribunales de Viena, que versaba sobre energías renovables en un asunto varias veces multimillonario. El 15 de diciembre de 2009, la parte contraria solicitó medidas cautelares que fueron concedidas «inaudita parte» el 17. El lunes día 4 de enero de 2010, tuvo lugar la Vista. Duró diez horas (con una ligera interrupción para tomar un refrigerio) y con una traductora, manejando Derecho español y austríaco y comunitario, la Juez, a las 12 de la noche, clausuró la Vista, habiéndose enterado perfectamente del asunto, tan complicado y con tantos intereses económicos como cualquiera de Urbanismo aquí en España. La Vista fue inteligente, con autoridad pero nada autoritaria, con cortesía y corrección, permitiendo explayarse si la Juez entendía que ese punto no estaba claro, solicitando además de veracidad en los hechos, opiniones en determinados aspectos aclaratorios de las decisiones empresariales que se habían tomado y por qué. En fin, sumó los hechos, con exactitud y precisión mas con extensión también y luego se informó de por qué se actuaba y que suponía también para un empresario extranjero la asimetría en la información sobre las tecniquerías legales locales. En fin, tuvo un juicio ponderado

completo, dirigiendo el debate y con evitación de circunloquios al mismo tiempo permitiendo ofrecer la opinión, por ejemplo, de en qué consistía en concreto la mala fe de la otra parte en nuestra opinión, exigiendo referencias concretas. En fin, un acto de verdadera justicia.

El día 11 de enero de 2010 ya estaba la resolución, que además se ejecutó de inmediato. ¡Eso es Justicia! Claro que los Jueces tienen que realizar un esfuerzo, sacrificio y trabajo que, hoy por hoy, sigue estando entre nuestros mejores sueños.

Y también en Francia, con el Code de Justice Administrative, las «medidas provisionales», tomadas en referé, delimitan claramente la obligación, el deber jurídico de otorgarlas y en plazo brevísimo. Ésta es la única fórmula en ámbitos como el urbanismo en que día a día que pasa, zanja a zanja, la situación deviene irreversible tácticamente y luego los Jueces ya no se atreven a hacer Justicia. Porque el mandato constitucional es también, ejecutar lo juzgado. Y de esto, en urbanismo, los Jueces Contenciosos se han olvidado. La adopción de las medidas cautelares es ya la única solución, y con oralidad extensa y buen trabajo, la batalla por la honradez no está perdida. Todos ganaremos de estas medidas, adoptadas de esta forma y en estos lapsos, y con solución inmediata posterior. Los únicos que perderán, serán los corruptos.

# **A PROPÓSITO DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA. (CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL DOCUMENTO «ESQUEMA PROVISIONAL DE TEMAS IMPORTANTES» DE LA DEMARCACIÓN HIDROGRÁFICA DEL EBRO) (\*) (\*\*)**

ANTONIO FANLO LORAS

*SUMARIO: INTRODUCCIÓN.– I. CONSIDERACIONES GENERALES: 1. Consideraciones generales sobre la planificación hidrológica: A) Procedimiento y competencia para la elaboración y aprobación de la planificación. B) Objetivos de la planificación hidrológica. C) La criticable desvinculación de las reservas de recursos y las obras de regulación. 2. La inadecuada separación formal de planes hidrológicos y programas de medidas.– II. CONSIDERACIONES CONCRETAS AL ESQUEMA PROVISIONAL DE TEMAS IMPORTANTES: 1. Recursos disponibles. 2. Población abastecida. 3. Usos agrarios. 4 Caudales ambientales. 5. Recuperación del coste de los servicios del agua. 6. Infraestructuras hidráulicas.*

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 2 de abril de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 7 de mayo de 2010.

(\*\*) El presente documento tiene su origen en un estudio que, a petición de la Consejería de Turismo, Medio Ambiente y Política Territorial del Gobierno de La Rioja, a través de la OTRI de la Universidad de La Rioja, elaboré para servir de base a las alegaciones que presentó el Gobierno de La Rioja al Esquema de Temas Importantes de la planificación hidrológica del Ebro. Las consideraciones de carácter general realizadas pueden tener interés supraterritorial, no limitado a la cuenca del río Ebro razón que me ha animado a publicarlas, no sin antes advertir que fueron escritas en los inicios de 2009. El procedimiento de elaboración del plan hidrológico no ha concluido el 31 de diciembre de 2009, como exige la Directiva Marco del Agua, y parece que la determinación de los caudales ambientales tiene buena parte de responsabilidad en esta paralización. Las referencias a páginas se refieren al documento oficial del «Esquema de temas importantes» que sirvió de base al trámite de información pública correspondiente. A estas alturas de abril de 2010, tras un generoso invierno de lluvias, las series estadísticas de aportaciones debieran tener en cuenta que en lo que llevamos de año hidrológico (octubre 2009-abril 2010) las aportaciones y caudales regulados son superiores a la media de los diez últimos años. Este trabajo se realiza al amparo del Proyecto de investigación DER2009-14473-C02-02, «Análisis plural de las bases dogmáticas, organizativas y funcionales del Derecho Administrativo y de la función de la Administración ante los retos de una sociedad emergente», financiado por la Dirección General de Investigación y gestión del Plan Nacional de I+D+I, del Ministerio de Ciencia e Innovación.

**RESUMEN:** La información del primer documento de planificación hidrológica de la demarcación hidrográfica del Ebro («esquema provisional de temas importantes») justifica esta reflexión general sobre algunos aspectos de la planificación hidrológica (procedimiento, competencia, objetivos, contenido), cuyo desarrollo reglamentario ha introducido modificaciones contradictorias con la regulación de la ley, al tiempo que se hacen aportaciones específicas para el caso de la cuenca del río Ebro.

*Palabras clave:* planificación hidrológica; participación pública.

**ABSTRACT:** *The first document of hydrologic basin Ebro («provisional outline of important topics») planning public information justifies this general reflection on some aspects of the hydrological planning (procedure, competition, objectives, content), whose regulatory development has introduced contradictory amendments to the regulation of the law, which is specific to the case of the Ebro river basin contribute.*

*Key words:* water planning; public participation.

## INTRODUCCIÓN

Por Resolución de la Dirección General del Agua, de 24 de julio de 2008, publicada en el BOE de 30 de julio de 2008, se anuncia la apertura del período de consulta pública de los documentos «*Esquema provisional de temas importantes*» (en adelante, *EPTI*) del proceso de planificación hidrológica correspondiente, entre otras, a la Demarcación Hidrográfica del Ebro. El plazo de presentación de alegaciones concluía el día 30 de enero de 2009.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

El marco jurídico por el que se rige la elaboración de los planes hidrológicos está constituido por el *Texto Refundido de la Ley de Aguas* (Título III del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, dedicado a la Planificación Hidrológica, en adelante *TRLAg*), el *Reglamento de la Planificación Hidrológica* (RD 907/2007, de 6 de julio, en adelante *RPH*) y la *Instrucción de Planificación Hidrológica* (aprobada por la Orden ARM/2656/2008, de 10 septiembre de 2008, en adelante *IPH*), conjunto normativo que debe interpretarse de acuerdo con el Derecho Comunitario Europeo, en particular, de la *Directiva Marco del Agua* (en adelante *DMA*), norma que fija unos determinados resultados —objetivos ambientales para las distintos

tipos de aguas— que han de alcanzarse en los plazos establecidos por la Directiva, objetivos que no son uniformes en todas las demarcaciones hidrográficas europeas, sino que dependerán de las condiciones hidrológicas y medioambientales de las mismas.

Resulta oportuno realizar en este momento unas breves consideraciones generales sobre la planificación hidrológica así como, la función que cumple, en el procedimiento de elaboración de la planificación, el «esquema provisional de temas importantes».

## **1. Consideraciones generales sobre la planificación hidrológica**

Han de destacarse de dicho conjunto normativo —en lo que ahora interesa— las previsiones legales relativas al *procedimiento* y *competencia* para la elaboración y aprobación de la planificación hidrológica; en segundo lugar, los *objetivos* y *criterios*, *elaboración* y *contenido* de los *planes hidrológicos*. La ley remite al reglamento la regulación del procedimiento de elaboración y revisión, si bien establece algunos criterios sustantivos que la norma reglamentaria (el citado Reglamento de 2007), habrá de respetar. Sobre estos dos ámbitos se harán diversas consideraciones.

### **A) Procedimiento y competencia para la elaboración y aprobación de la planificación**

El actual trámite de consulta del EPTI está al servicio de la participación pública garantizada en todo el proceso planificador, tanto en las fases de consultas previas como en las de desarrollo y aprobación o revisión del Plan, de acuerdo con los plazos previstos en la Disposición Adicional Duodécima del TRLAg (art. 41.1 TRLAg). Garantía de participación, tal como se ha plasmado reglamentariamente y llevado a la práctica en el caso de la CH del Ebro, cuya funcionalidad y eficacia —pese al gran despliegue de medios personales y materiales empleados— resulta más que discutible. Y todo ello cuando existe un órgano, el Consejo del Agua de la cuenca, que, por su configuración e integración, constituye un órgano de participación de los distintos sectores interesados en la elaboración de la planificación hidrológica, al que se le han sustraído las funciones de elaboración de la planificación, como brevemente se da cuenta.

Una de las singularidades de la legislación española de aguas es la previsión de un órgano específico al que se le encomienda la elaboración y aprobación de la planificación hidrológica: el Consejo del Agua de la cuenca, integrado por todos los sectores interesados en la gestión del agua (Administración General del Estado, servicios técnicos del organismo de cuenca, CCAA, usuarios, organizaciones ambientales). Este órgano de planificación tuvo especial protagonismo —en aplicación de las previsiones legales— en la aprobación de los planes vigentes de 1998. Debe advertirse que los servicios técnicos del organismo de cuenca (Oficina de Planificación) son los encargados de elaborar la documentación previa, en colaboración con las Administraciones e interesados, que debe integrar las previsiones de la planificación sectorial con la hidrológica. El documento elaborado fue objeto de valoración y aprobación provisional por el Consejo del Agua de la cuenca, verdadero «Parlamento» del agua de la cuenca. La aprobación final corresponde al Gobierno del Estado, atribución que —como ha dicho el Tribunal Constitucional— tiene una naturaleza esencialmente coordinadora.

La Directiva Marco del Agua ha establecido la información y consulta pública como instrumentos necesarios de la elaboración de los planes. Esta previsión quedaba ya asegurada en el Derecho español, al existir un órgano *ad hoc* representativo con esa específica finalidad, así como contemplaba trámites de información pública del proyecto de PH. La transposición de la DMA en España ha creado en materia de participación del público una innecesaria complejidad, estableciendo mecanismos de participación informal («asamblearia» o de democracia deliberativa) y desaprovechando la extraordinaria utilidad de los órganos expresamente configurados en nuestro ordenamiento para dicha finalidad, esto es formalizados e institucionalizados, donde es pública la representación que cada uno ostenta y su legitimidad. El Consejo del Agua es «órgano de planificación» (art. 24 Ley de Aguas de 1985) que eleva el plan al Gobierno y en el que se integran las CCAA «para participar en la elaboración de la planificación hidrográfica» (art. 33 LAg '85).

Ahora, tras la reforma de 2003 (TRLAg) el Consejo del Agua es «órgano de participación y planificación» (art. 26.3 TRLAg), si bien mantiene su competencia para «elevar al Gobierno» el plan hidrológico, su función ahora parece constreñida a «fomentar la información, consulta pública y participación activa en la planificación» así como «promover la información, consulta, y participación pública en el proceso planifica-

dor» (art. 35.1 y 2 TRLAg). Esto es, parece que esa participación y las consecuencias de la misma (propuestas, sugerencias, temas importantes) se realizan externamente al Consejo y sin que sea agente directo de ese proceso. La Ley remite al reglamento «la organización y procedimiento para hacer efectiva la participación pública» (art. 35.2, *in fine*).

Pues bien, el nuevo Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007 (arts. 71 a 83) ha magnificado esta «participación pública», abierta, informal, «asamblearia», no representativa y manipulable, costosa en medios y recursos humanos y discutiblemente eficaz, al mismo tiempo que ha desconfigurado y desapoderado al Consejo del Agua, convertido en el gran «convidado de piedra» en el proceso, dando un protagonismo contrario a la ley al Comité de Autoridades Competentes. Sorprendentemente, el organismo de cuenca elaborará el esquema de temas importantes «integrando la información facilitada por el Comité de Autoridades Competentes», ¡sic! (art. 79.3 RPH).

El Consejo del Agua tiene un protagonismo residual en las dos etapas de elaboración del Plan (EPTI y proyecto de plan hidrológico). Ahora simplemente emite un informe preceptivo sobre el informe que el organismo de cuenca debe redactar respecto de las propuestas, observaciones y sugerencias presentadas en la consulta pública del EPTI y el documento de la evaluación ambiental (art. 79.6 RPH) y emite un nuevo informe preceptivo sobre el informe elaborado por el organismo de cuenca sobre la propuesta de Proyecto de plan hidrológico (art. 80.4 RPH). Pero es ahora el Comité de Autoridades Competentes el que debe dar «la conformidad» al Proyecto de plan hidrológico que se elevará al Gobierno (art. 80.5 RPH), atribución que es claramente contraria —e ilegal, en consecuencia— a las atribuciones que la ley reconoce al Consejo del Agua (art. 26, 35 en relación con el art. 36 bis TRLAg) y que han sido desconfiguradas por un simple reglamento y la praxis administrativa seguida.

En relación con el plazo para la consulta pública del EPTI, esta Disposición Adicional Duodécima TRLAg señala que este documento debe ser puesto a disposición del público «dos años antes del inicio del procedimiento para la aprobación o revisión del correspondiente plan hidrológico», plazo cuya determinación es absurda y contradictoria (error en el que incurre también el art. 79.4 RPH que también se refiere al «inicio del procedimiento de aprobación del plan»), pues dicha previsión legal incurre en una errónea transposición de la Directiva Marco del Agua. En

efecto, el art. 14.1 DMA se refiere «al inicio del período a que se refiera el plan» (esto es, al inicio del plazo de su vigencia), que es cosa distinta del inicio del procedimiento de elaboración. Y es que, en efecto, los planes deben estar publicados (esto es, deben estar aprobados y operativos) como fecha límite el 22 de diciembre de 2009 (esto es nueve años después de la entrada en vigor de la Directiva, según su art. 13.6 DMA). En consecuencia el EPTI debiera haberse sometido a consulta pública al menos antes de diciembre de 2007, por lo cual se ha producido un retraso temporal evidente.

## **B) Objetivos de la planificación hidrológica**

En relación con el marco legal de la planificación cabe hacer algunas consideraciones generales. En primer lugar, y por lo que se refiere a los objetivos de la planificación, si bien es verdad que la DMA tiene una base jurídica medioambiental y por esa razón sus objetivos se refieren a la calidad del agua (lo que limita la *vis expansiva* inagotable de su alcance jurídico, pues la «gestión cuantitativa de los recursos hídricos o que afecten directa o indirectamente a la disponibilidad de dichos recursos» —art. 175.2 Tratado de la Unión Europea—, requiere la unanimidad del Consejo de la Unión Europea, y no ha sido ésta la base jurídica seguida para aprobar la DMA, sino la del art. 174.1 TUE), el enfoque integral de la gestión del agua que propicia no puede obviar los aspectos cualitativos, que son fundamentales en España por la irregularidad espacio temporal del régimen hídrico, dado que los aspectos cuantitativos de la gestión del agua tienen una extraordinaria relevancia: si no hay agua, mal se puede hablar de su calidad.

En este sentido, la enumeración de los objetivos generales de la planificación recogida en el art. 40 TRLAg, que incluye entre los enumerados, en primer lugar, «conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico», no debe justificar, en el plano jurídico, que se posterguen los demás objetivos por aquél y, en particular, la «satisfacción de las demandas», «el equilibrio y armonización del desarrollo regional», objetivos estos últimos que podrían verse favorecidos «incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos, en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales». Pues sería un absurdo jurídico, ajeno al sentido común, llevar la protección del agua al extremo de excluir cual-

quier aprovechamiento para la satisfacción de las necesidades humanas, cualquier presión antrópica por insignificante que fuera que obstaculizara la consecución de los objetivos ambientales.

Esa interpretación sesgada y unidimensional no se compadece con la concepción integral del desarrollo sostenible, auspiciada por los organismos internacionales (Cumbre de Río, Johannesburgo) asentada en tres pilares, el social, el económico y el ambiental. Es un error de concepto y método, de gravísimas consecuencias, tomar como criterio exclusivo o predominante de la planificación hidrológica la dimensión ambiental de los recursos hídricos, con olvido de los objetivos sociales y económicos. Los distintos objetivos deben alcanzarse de manera integrada y sostenible, pues llegado el caso, la propia DMA admite que puedan excepcionarse o señalarse objetivos menos rigurosos (art. 4 DMA). Es un puro despropósito sostener que el resultado de la planificación hidrológica sea la exclusión de todo uso y toda actividad económica que suponga alguna «presión» sobre el agua.

El planteamiento simplificador —y, por ello, sesgado— que ahora critico está presente en ciertos planteamientos y tomas de posición, más o menos explícitos, en el documento de EPTI a la hora de abordar algunos de los problemas de la gestión del agua. Es el caso, de un indisimulado recelo y prevención frente a las obras de regulación, cuando el propio documento reconoce que en el Ebro la regulación solo alcanza al 56% de la aportación media de la cuenca (pág. 63), calculada sobre 13.869 Hm<sup>3</sup>, media del período 1980-2005 (período que puede no ser representativo por sus datos a la baja, que el presente año hidrológico pueden desmentir), porcentaje que no alcanzaría al 40% si se tomasen en consideración las medias del período 1940-2005, que es otra de las series hidrológicas a tener en cuenta (Apartado 2.4.2 y 2.4.4 IRP).

Estos porcentajes de regulación en el Ebro —el río más caudaloso de España si se toman sus aportaciones anuales medias históricas— resultan bajos en términos relativos respecto de las aportaciones medias anuales potenciales y contrastan con la capacidad de regulación superior que existen, por ejemplo, en el Duero (un 58% de la aportación media, esto es 7.800 Hm<sup>3</sup> de capacidad frente a 13.500 Hm<sup>3</sup> de aportación media anual); en el Tajo (prácticamente el 100% de la aportación media, esto es 11.000 Hm<sup>3</sup> frente a 11.900 Hm<sup>3</sup>); en el Guadalquivir (algo más del 100% de la aportación media, esto es 7.300 Hm<sup>3</sup> frente a 7.000 Hm<sup>3</sup>) y

en el Guadiana (un 140%, de la aportación media, esto es, 8.600 Hm<sup>3</sup>, frente a 6.100 Hm<sup>3</sup>) respecto de sus respectivas aportaciones medias anuales, siendo así que el Ebro es el río más caudaloso de España. Los datos hablan por sí mismos y confirman lo que es de conocimiento público: en el Ebro se desaprovecha una parte importante de la extraordinaria riqueza de sus recursos hídricos por falta de regulación.

Estos planteamientos supuestamente «ambientalistas» acarrearán una profunda contradicción en el documento cuando, al mismo tiempo, se defiende la generalización de caudales mínimos ambientales entendidos —como establece obviamente el TRLAg— como restricción general de los aprovechamientos, planteamiento voluntarista que parece obviar el régimen natural de aportaciones/disponibilidades de los ríos de la cuenca y la insuficiente regulación existente. Atendida la irregularidad natural de nuestros ríos, la dotación de los caudales mínimos no puede garantizarse si no es con caudales regulados garantía que hace necesario incrementar la regulación existente. En esta misma línea, la opción asumida de extender las denominadas reservas naturales fluviales en la demarcación del Ebro (hasta 217 reservas, con una longitud de 1.562,2 kms., según ficha 10 Anexo B), imposibilitaría en la mayor parte de las cabeceras de los ríos la ejecución de infraestructuras de regulación. Y ello resulta contradictorio con la constatación de la infradotación estructural que sufre el regadío y la opción por paralizar cualquier extensión del regadío, ante la imposibilidad de atender simultáneamente estas demandas y las ambientales, lo que supone una gravísima decisión si se tiene en consideración el valor estratégico del sector primario para el conjunto del territorio de la demarcación, incluso, por razones de interés nacional.

### **C) La criticable desvinculación de las reservas de recursos y las obras de regulación**

La escasa capacidad de regulación existente en la cuenca del Ebro en relación a las aportaciones medias, se ve agravada, además, por la injustificable y criticable reforma del régimen de reserva de recursos que el RPH ha desligado ahora sorprendentemente de las obras de regulación. En efecto, en el art. 77 del Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica de 1988 (precepto derogado en 2007) se decía, en coherencia con el concepto y configuración de la técnica de la reserva demanial:

«1. Se entiende por *reserva de recursos* la correspondiente a las asignaciones establecidas en previsión de las demandas que corresponde atender con las *obras hidráulicas específicas* cuya realización sea competencia de la Administración Pública, del Estado o de las Comunidades Autónomas, o por fines de utilidad pública

2. Estas reservas, cuya vigencia temporal estará en función del plazo previsto para la ejecución y puesta en explotación de las obras, serán inscribibles en el Registro de Aguas a nombre del Organismo de cuenca, el cual procederá a su cancelación parcial a medida que se vayan otorgando las correspondientes concesiones...».

Esta redacción es —como queda señalado— plenamente coherente con la concepción jurídica tradicional de las reservas que en el caso del agua, dado el agotamiento concesional de los recursos hídricos (los caudales concesionales superan ampliamente el volumen de los recursos superficiales en régimen natural), de manera que solo pueden garantizarse nuevas demandas mediante ofertas vinculadas a obras de regulación que incrementan la disponibilidad del recurso. Es evidente que una política que limite o suspenda la ejecución de obras de regulación, imposibilita el establecimiento de reservas de recursos.

Ahora el art. 20 RPH 2007 establece lo siguiente:

«1. Se entiende por *reserva de recursos* la correspondiente a las asignaciones establecidas en previsión de las demandas que corresponde atender para alcanzar los objetivos de la planificación hidrológica.

2. Las reservas establecidas deberán inscribirse en el Registro de Aguas a nombre del organismo de cuenca el cual procederá a su cancelación parcial a medida que se vayan otorgando las correspondientes concesiones...

3. Las reservas de recursos previstas en los planes hidrológicos de cuenca se aplicarán exclusivamente para el destino concreto y en el plazo máximo fijado en el propio plan. En ausencia de tal previsión, se entenderá como plazo máximo el de seis años establecido en el artículo 89, salvo que en la revisión del correspondiente plan se establezca otro diferente».

Puede advertirse la sorprendente desvinculación de la reservas respecto de las obras de regulación y en consecuencia de nuevas ofertas de agua que satisfagan nuevas demandas o garantice los actuales caudales concesionales. En consecuencia, no cabe sino sostener que esas reservas, de las que ahora habla el nuevo RPH, solo pueden generarse exclusivamente del ahorro y de una mayor eficiencia de los usos de agua, así como

de una sistemática revisión de las actuales concesiones, planteamiento que parece asumir —acríticamente— una política de renuncia al incremento de las disponibilidades de agua vinculadas a nuevas obras de regulación.

Esta posibilidad (ahorro, mayor eficiencia, revisión concesiones) no es, sin embargo, incompatible, atendida la escasa capacidad relativa de regulación existente en la cuenca del Ebro, con el mantenimiento de una política decidida de obras de regulación no solo para garantizar las demandas actuales de agua —incluidos los caudales circulantes mínimos— (que no están asegurados, en la actualidad), sino como reserva estratégica para los distintos usos futuros y, de manera singular, como instrumento técnico para corregir la hiperirregularidad del régimen de lluvias que puede provocar el cambio climático.

En este contexto de desvinculación entre reservas y obras de regulación, carece de todo sentido en el plano técnico y también en el plano jurídico la reserva de agua de 6.550 Hm<sup>3</sup> para uso exclusivo de los aragoneses, recogida en la Disposición Adicional Quinta del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por LO 5/2007, de 20 de abril. Por esa razón, el Gobierno de La Rioja ha impugnado esa y otras previsiones ante el Tribunal Constitucional. El origen de esta reserva está en el conocido como «Pacto del Agua», aprobada por Resolución de las Cortes de Aragón el 30 de junio de 1992, asumido en toda su extensión y contenido por el art. 38 de las Determinaciones de contenido normativo del PH de la cuenca del Ebro aprobado por el Real Decreto 1664/1998, de 24 de junio (publicadas por la O.M. de 13 de agosto de 1999). Y también el art. 36.4 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, integró el contenido de ese «Pacto», que las incluyó en el Anexo II (obras hidráulicas declaradas de interés general). Pues bien, es palmario que dicha reserva de 6.550 Hm<sup>3</sup> estaba vinculada a la ejecución de nuevas obras hidráulicas de regulación en Aragón, obras que lamentablemente no han sido ejecutadas pese al compromiso político derivado de su inclusión en el PH del Ebro y en el Plan Hidrológico Nacional. Por esa circunstancia, esa reserva y los caudales futuros, en modo alguno pueden hoy garantizarse (ni para los aragoneses ni para ningún otro usuario de la cuenca) con obras de regulación en Aragón —inexistentes, por no realizadas y por insuficientes las existentes para garantizar ese volumen— por lo que, la única manera de hacerlo es con recursos procedentes de otros territorios y de otros usuarios.

## **2. La inadecuada separación formal de planes hidrológicos y programas de medidas**

La segunda observación de carácter general está referida a la inadecuada transposición de la DMA que ha desnaturalizado —en vez de reforzarlo— el modelo de planificación hidrológica existente en España, como consecuencia de la separación formal de los planes de gestión y los programas de medidas, que puede tener un remoto fundamento en la indefinición de la propia DMA y una injustificable incomprensión de nuestro modelo de planificación hidrológica, unida a una inadecuada valoración del reparto de competencias entre Estado y CCAA en materia de aguas. Ello tiene importantes repercusiones orgánicas y competenciales que resultan absolutamente disfuncionales, como evidencia el complejísimo y erróneo marco institucional que el documento EPTI parece admitir (apartado 2.3 EPTI) y del denominado —con innecesario anglicismo— ámbito de «gobernanza» (Apartado 5.5.2). La desnaturalización del modelo de planificación y la indebida separación formal y competencial de planes y programas llevada a cabo en la reforma de 2003 ha sido advertido por FANLO LORAS, «Planificación hidrológica en España: estado de un modelo a fortalecer», *Revista de Administración Pública*, núm. 169 (2006), págs. 265-299.

Ha de recordarse una vez más que los planes hidrológicos, como manifestación concreta de la técnica abstracta de la planificación tienen tres componentes o finalidades esenciales: la cognoscitiva (resulta imprescindible disponer de una buena información y un buen diagnóstico tratándose de un recurso escaso, irregular y vulnerable, que diferencia esta planificación de otras, como por ejemplo la urbanística, pues el suelo es el que es —no se estira ni se encoge— mientras que la disponibilidad del agua depende de la naturaleza); la normativa (resulta imprescindible ordenar el aprovechamiento de un bien escaso, sometido a múltiples intereses y presiones contrapuestas) y técnico-operativa (es necesario determinar las actuaciones a realizar en el tiempo para alcanzar los objetivos propios de la planificación hidrológica: satisfacer las demandas y garantizar los objetivos ambientales). La virtualidad jurídica del plan hidrológico (su eficacia real como instrumento ordenador) está condicionada a la adecuada integración de estos tres componentes. Y, como queda señalado, nuestra legislación de aguas (la reforma de 2003 y su desarrollo reglamentario de 2007) no ha resuelto satisfactoriamente esta integración orgánica y funcional.

En el plano organizativo, la única Administración competente en materia de aguas en las cuencas intercomunitarias es la Confederación Hidrográfica, en cuyos órganos de gobierno, planificación y coordinación están integradas las Comunidades Autónomas, cauce orgánico para la coordinación e integración de la política del agua con las distintas políticas sectoriales. Por ello es equívoco extender la calificación de «Administraciones competentes» a quienes no lo son respecto del agua, aunque sí respecto de otros bienes o materias conexas (por ejemplo, la pesca, agricultura, sanidad, urbanismo, infraestructuras de abastecimiento y saneamiento, normas adicionales de protección y ejecución en materia de medio ambiente, etc.). Al no distinguir adecuadamente estos aspectos, estaba asegurada la complejidad institucional irresoluble a la que se refiere el EPTI (Apartado 2.3 y 5.52).

En el plano funcional, difícilmente pueden las «administraciones competentes» aprobar los programas de medidas básicas y complementarias conducentes a la consecución de los objetivos ambientales con carácter previo a los propios planes hidrológicos, como sorprendentemente afirma el art. 1.2. TRLAg, programas de medidas que «se coordinarán e integrarán en los planes hidrológicos». Y es que estas previsiones legales no son sino el reflejo más explícito de la confusión y separación formal entre planes programas que en modo alguno cabe entender impuesto por la DMA, pues ésta respeta la autonomía institucional de los Estados miembros y, en consecuencia, el reparto interno de competencias en materia de aguas.

Particularmente disfuncional es la separación formal (en su vertiente orgánica y funcional) de los programas de medidas relativos a las aguas costeras y de transición elaborados —separadamente— por la Administración General del Estado (distinta de la Administración del agua, esto es, por los Servicios de Costas) y por las Comunidades Autónomas litorales (art. 41.2, párrafo tercero TRLAg). Los objetivos de calidad de dichas aguas y los programas de medidas no deben elaborarse fuera y al margen del seno de la CH del Ebro y luego «coordinarse» con el plan de la demarcación. Ello es contrario a la concepción sistémica del concepto de demarcación y cuenca hidrográfica. La inclusión de dichas aguas en la demarcación lo es exclusivamente a los efectos de la incidencia que puede tener en ellas la calidad de agua aportada por el cuenca correspondiente, pues —obvio es decirlo— es el agua de los ríos la que fluye al mar y condiciona la calidad del agua costera y no a la inversa.

Esta incorrecta comprensión de la distribución de competencias en materia de aguas entre Estado, CCAA y Entidades Locales, tiene su máxima proyección orgánica en la creación del Comité de Autoridades Competentes, órgano absolutamente innecesario a juicio de quien suscribe, pero al que el Reglamento de Planificación Hidrológica otorga un protagonismo no ajustado la marco legal, pues desapodera al Consejo del Agua de la Demarcación de su función de elaboración y aprobación del Plan (dado que reduce su papel al de emisión de un simple «informe preceptivo», art. 80.4 RPH) atribuyéndose a dicho Comité la función de otorgar «la conformidad» a la propuesta de proyecto de Plan hidrológico (art. 80.5 RPH), con evidente extralimitación respecto del TRLAg (art. 35), como hemos señalado en el apartado I.

Las observaciones generales hechas, en su mayor parte, traen causa de las opciones inadecuadas o discutibles del propio legislador y, en consecuencia, el desarrollo reglamentario ha quedado lastrado y condicionado por ellas, lo que condiciona su aplicación práctica, como queda de manifiesto en el documento del EPTI. Las merecidas críticas deben entenderse dirigidas, por lo tanto, al marco legal establecido con notable confusión que ha empañado el modelo de planificación hidrológica diseñado originariamente por el legislador de aguas de 1985 (de evidente naturaleza normativa, de ordenación de los usos y protección del agua). En algunos aspectos, es el Reglamento de Planificación Hidrológica de 2007 el que se aparta claramente de las opciones legales que debe respetar, con infracción manifiesta del principio de jerarquía normativa (desapoderamiento del Consejo del Agua, y reforzamiento y atribución de funciones que la ley no le otorga al Comité de Autoridades Competentes), infracción que determina la nulidad de dichas previsiones.

## **II. CONSIDERACIONES CONCRETAS AL ESQUEMA PROVISIONAL DE TEMAS IMPORTANTES**

De acuerdo con el art. 79.1 RPH este documento contendrá

«la descripción y valoración de los principales problemas actuales y previsibles de la demarcación relacionados con el agua y las posibles alternativas de actuación, todo ello de acuerdo con los programas de medidas elaborados por las Administraciones competentes. También se concretarán las posibles decisiones que puedan adoptarse para determinar los distintos

elementos que configuran el Plan y ofrecer propuestas de solución a los problemas enumerados»

Además, se incluirá, de acuerdo con el art. 79.2 RPH:

a) Las principales presiones e impactos que deben ser tratados en el plan hidrológico, incluyendo los sectores y actividades que pueden suponer un riesgo para alcanzar los objetivos medioambientales. Específicamente se analizarán los posibles impactos generados en las aguas costeras y de transición como consecuencia de las presiones ejercidas sobre las aguas continentales.

b) Las posibles alternativas de actuación para conseguir los objetivos medioambientales, de acuerdo con los programas de medidas básicas y complementarias, incluyendo su caracterización económica y ambiental.

c) Los sectores y grupos afectados por los programas de medidas.

El EPTI debe ser elaborado por los organismos de cuenca «integrando la información facilitada por el Comité de Autoridades Competentes», art. 79.3 RPH.

La consideración atenta de estas previsiones reglamentarias permite constatar algunos incumplimientos, que ponen de manifiesto las incoherencias de la separación formal entre planes y programas de medidas. Como ya se ha advertido con anterioridad, parece contradictorio que antes de elaborar el plan deban las Administraciones competentes tener aprobados los programas de medidas para alcanzar los objetivos ambientales, que constituye una de los componentes o finalidades de los planes (elemento técnico-operativo), razón por la que difícilmente, en este momento procedimental, puedan presentarse «posibles alternativas», dado que los programas no están elaborados y aprobados y la aprobación de los objetivos ambientales a alcanzar es precisamente propio del plan.

En el plano operativo, difícilmente puede el Comité cumplir esa función cuando carece de capacidad ejecutiva alguna, al ser un mero órgano de coordinación. Pero es que además, el Comité no ha podido facilitar información alguna para la elaboración del EPTI (sometido a consulta pública en julio de 2008, y elaborada, en consecuencia con anterioridad a esta fecha), dado que dicho Comité se ha constituido el 16 de octubre de 2008.

La constatación de estas incoherencias explica, por sí misma, la dificultad del proceso de elaboración de los actuales planes hidrológicos de demarcación, frente a los anteriores de cuenca, pese a las coincidencias

existentes entre ambos modelos (obviando ahora la perspectiva ambiental de la DMA —la de sus objetivos de calidad— y su diferente ámbito territorial al incluir las aguas de transición y costeras), lo que permite dudar del acierto de subvertir la configuración de nuestro modelo de planificación hidrológica, pues bastaban pequeños retoques para dar cumplimiento a dicha Directiva.

En este sentido, adviértase que, en el plano sustantivo, la elaboración de la primera etapa de los nuevos planes hidrológicos (el EPTI), tiene una finalidad semejante y muy próxima al «Proyecto de Directrices» previsto en el art. 100.2 del Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica, de 1988 (derogado, en la actualidad, el título relativo a la Planificación). Así este Proyecto de Directrices debía contener «la descripción y valoración de las situaciones y problemas hidrológicos más importantes de la cuenca relacionados con el agua» y concretar «las posibles decisiones que puedan adoptarse para determinar los distintos elementos que configuran el plan», esto es, en relación a los contenidos del plan previstos en el antiguo art. 40 LAg, como establecía el citado art. 100.2 RAPA.

La novedad del EPTI deriva de la consideración de los programas de medidas elaborados por las Administraciones competentes que ahora deben ser tenidos en cuenta para «las posibles alternativas de actuación» (art. 79.1 RPH), programas que, en buena medida, se corresponden con algunos de los contenidos normativos a establecer por el plan hidrológico (viejo art. 40 LAg y actual art. 42 TRLAg), cuya elaboración y aprobación corresponde al organismo de cuenca y otros, en aspectos conexos con los objetivos ambientales del Plan, pueden corresponder a las Comunidades Autónomas (así, por ejemplo, los Planes Regionales de Abastecimiento y los de Saneamiento y Depuración de aguas residuales, competencia de las CCAA, ciertamente, pero que no pueden obviar la competencia de los organismos de cuenca para otorgar las concesiones de aguas y las autorizaciones de vertido final de las EDAR). La actual configuración del EPTI hace muy difícil su adecuada elaboración al quedar supeditado a la previa elaboración de estos programas de medidas, algunos de los cuales forman parte del contenido necesario de la redacción del Proyecto de Plan, que debe elaborar en una Segunda etapa el organismo de cuenca.

Estas son algunas de las consideraciones formales que pueden hacerse al EPTI, sin perjuicio, en un plano sustantivo, de la constatación de otras

incoherencias e insuficiencias del documento sometido a consulta pública, que ahora paso a enumerar brevemente.

## **1. Recursos Disponibles**

Llama la atención la disparidad cuantitativa que se advierte en el EPTI en relación con la estimación de los recursos disponibles, factor de extraordinaria importancia para una correcta planificación hidrológica. La IPH exige tomar en consideración, al menos, dos series históricas (1940/41 a 2005/06 y de 1980/81 a 2005/06), en una fecha término (2005-2006) que tiene sentido en cuanto era la más próxima al inicio de los trabajos de elaboración del plan, una vez realizados los informes de caracterización y el análisis económico (ex art. 5 DMA). Como quiera que se ha producido un cierto retraso en el cumplimiento de las fases y calendario programado, nada impide que dichas series puedan actualizarse incluyendo las relativas al último año hidrológico, pues las aportaciones extraordinarias del concluido año hidrológico 2007/2008 y del —hasta el momento— extraordinariamente lluvioso 2008/09, pueden contribuir a aquilatar la singularidad del llamado efecto '80, en las series iniciadas a partir de dicho año del siglo pasado). Así se habla de 13.869 Hm<sup>3</sup> (pag. 17); de 16.200 Hm<sup>3</sup> (pág. 23) de 17.300 Hm<sup>3</sup> (pág. 59). La correcta estimación de los recursos tiene extraordinaria relevancia dada su «fuerte variabilidad».

## **2. Población abastecida**

La cifra de la población abastecida presenta asimismo discordancias notables (5.000.000 habitantes en pág. 33 y 3.400.000 habitantes en pág. 43). En particular, llama la atención las discordancias en relación con los caudales asignados para abastecimiento y usos industriales de los consorcios de Bilbao y Tarragona, que no se corresponden con otros datos oficiales (págs, 31, 51 y 76).

## **3. Usos agrarios**

En relación con los usos agrarios es absolutamente imprescindible que, a resultas de las previsiones de Plan Nacional de Regadíos Horizonte 2008, junto a la cuantificación de las nuevas hectáreas de regadío, moder-

nización, riegos sociales, etc., se incorpore —en una acción coordinada de la Administración Hidráulica y las distintas CCAA afectadas de la cuenca— la estimación, reserva y asignación de los caudales necesarios para las mismas, pues como principales consumidores de agua, sin esa cuantificación resultará imposible una adecuada planificación. De otra parte llama la atención que ante la insuficiente garantía para atender las demandas agrarias actuales (cuanto más de las derivadas de los nuevos regadíos) se ponga en duda la necesidad de incrementar la regulación de caudales o se proponga disminuir la superficie de nuevo regadío, con lo que supone de renuncia a participar en un sector estratégico, como es el alimentario. Damos por reiteradas las consideraciones sobre la criticable desvinculación entre reservas y obras de regulación, imprescindible para asegurar las dotaciones para nuevos regadíos.

Son discutibles algunos de los criterios para el otorgamiento de nuevas concesiones para riegos recogidos en la pág. 49 del EPTI (por ejemplo, condicionarla a la disponibilidad de regulación interna prevista en el plan o interna en el propio proyecto de utilización).

En relación con las dotaciones para riego previstas en las distintas Juntas de Explotación, llama la atención la consignada en la número 11, Bajo Ebro de 13.220 m<sup>3</sup>/ha/año), en pág. 45 EPTI, cuando la dotación media para uso agrícola asciende a 8.080 m<sup>3</sup>/ha/año. Ninguna explicación se ofrece en ese apartado (el 3.1.2 EPTI) que justifique aquella dotación que excede en 5.000 m<sup>3</sup>/ha/año a la media de la cuenca. La sobredotación guarda relación con los caudales ambientales necesarios para proteger el Delta del Ebro. En efecto, en la Ficha 06 Caudales ecológicos (Anexo B), a la hora de describir los principales efectos de los mismos sobre las masas de agua se afirma literalmente que «la concesión de los regadíos de la margen derecha del Delta cuenta con un volumen medioambiental de 82,62 Hm<sup>3</sup>/año, equivalente a 2,61 m<sup>3</sup>/segundo».

En este sentido, el art. 49.1 de las Determinaciones de contenido normativo del Plan Hidrológico del Ebro, aprobado por Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio (Orden de 13 de agosto de 1999 asume que «los caudales que circulan por la toma de los canales del Delta son los correspondientes a la doble faceta de demanda agrícola y medioambiental... para dicha zona regable y natural», con reflejo en las dotaciones máximas de regadío y ganaderas previstas en el Anejo 3 del citado Plan. No cabe ignorar la posible influencia en estas previsiones del fracasado

Anteproyecto de Plan Hidrológico Nacional de 1993 (el conocido como Plan Borrell), que contemplaba como lugar de toma del trasvase del Ebro a las cuencas internas de Cataluña y una parte de los previstos para las cuencas mediterráneas, el propio Delta y los caudales a transferir «los procedentes de las concesiones y aprovechamientos existentes en el Delta del Ebro, una vez cumplidos los usos agrarios propios y garantizada la protección ambiental que conlleva el aprovechamiento agrícola del Delta» (Disposición Adicional segunda.2). Esta previsión se completaba con la garantía que debía asumir el Plan Hidrológico de la cuenca del Ebro de garantizar el «mantenimiento de los actuales caudales de las concesiones y aprovechamientos» existentes en el Delta, garantía hecha efectiva como hemos visto, en el Plan aprobado en 1998.

Si lo traemos a colación es para que se tenga en cuenta la integración de estos caudales medioambientales en las actuales concesiones para regadío de los Canales del Delta, que ya tienen una sobredotación para tal finalidad. Y ello habrá de tenerse en cuenta a la hora de cuantificar en sentido estricto los caudales ecológicos del Delta del Ebro para que no se computen por doble concepto. De otra parte, fracasado como queda dicho el llamado Plan Borrell, las concesiones para regadío del Delta debieran ser objeto —salvada la referida finalidad medioambiental— de revisión para acomodarlas a las dotaciones objetivo previstas, según cultivos y sistemas de explotación de la cuenca.

Esta revisión o —cuando menos— delimitación de dotaciones (para riego y caudales ambientales) debe impedir que los actuales titulares de dichas concesiones de riego —sobredotadas como están, al integrar un volumen en concepto de caudales ambientales— se autoatribuyan la disponibilidad plena sobre los mismos y pretendan cederlos a terceros mediante precio, al amparo de las previsiones legales sobre el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas. Esa fue la intención abiertamente expresada —aunque no materializada— que hicieron pública las Comunidades de Regantes de los Canales del Delta del Ebro en el frustrado trasvase de aguas a Barcelona (Real Decreto-Ley 3/2008, de 21 de abril, de medidas excepcionales y urgentes para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en la provincia de Barcelona, constatada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008, la concurrencia de la causa de cese de su vigencia). En conclusión, no puede admitirse, en modo alguno, que con cargo a esos caudales ambientales destinados a proteger el Delta del Ebro, puedan lucrarse los titulares de

las concesiones de riego, como consecuencia de una falta de delimitación de unos y otros caudales, cuando además estos constituyen una restricción general que afecta a toda la cuenca.

#### **4. Caudales ambientales**

En cuanto a los caudales ambientales, debe reiterarse que su aplicación —atendida la irregularidad característica de nuestros ríos— solo puede garantizarse con caudales regulados, pues sólo estos permiten corregir su régimen natural. Esta constatación debiera suscitar una profunda reflexión en el seno del organismo de cuenca sobre las frivolidad y simplificación con la que en ocasiones se han defendido —desde supuestas bases científicas— determinados caudales ambientales que, salvo en épocas de avenidas jamás garantiza la naturaleza. Carece de sentido y resulta una acción falta de responsabilidad destinar la gigantesca inversión histórica realizada en obras de regulación para, excluyendo los aprovechamientos para las actividades económicas que justificaron en su día su ejecución, reservar e imponer unas dotaciones y volúmenes de agua que no guardan relación con el régimen natural destinándolas al mantenimiento de caudales mínimos circulantes por necesidades ambientales.

La cuantificación de los caudales mínimos circulantes o ecológicos debiera ser objeto de ponderación responsable, sensata y flexible, dada su dependencia de los caudales regulados. Por ello debe saludarse la admisión de criterios moduladores para el caso de sequías prolongadas (art. 18.4 RPH), circunstancia que resulta ordinaria en muchas de las subcuencas del Ebro, particularmente en la margen derecha, con inclusión, por ejemplo, de la del Alhama-Linares. En este sentido, el apartado 3.4 de la IPH de 2008, va en esa línea de sensatez y modulación de los caudales ambientales en función de las características de los ríos (permanentes, temporales, intermitentes y efímeros; masas de aguas muy alteradas hidrológicamente y sequías prolongadas). Instrucción que, no obstante, vinculada como está por las normas de superior jerarquía sigue insistiendo en los procesos de concertación del régimen de caudales (apartado 3.4.6 IPH).

Asimismo, no puede ignorarse, en su aplicación, el respeto de los derechos patrimonializados de los concesionarios. Por todo ello, desde una estricta consideración jurídica del contenido patrimonial inherente a la concesión del dominio público hidráulico, tienen difícil encaje los procesos

de concertación previstos para su aplicación en el art. 18.3 RPH y es difícil que se llegue a acuerdos voluntarios sobre ellos o pueda revisarse la concesión (obviando toda indemnización), como contemplan las medidas analizadas en la Ficha 06, Caudales ecológicos (Anexo B).

En relación con la protección específica del Delta del Ebro, junto a lo ya señalado, conviene no olvidar que el Gobierno de La Rioja ha impugnado ante el Tribunal Constitucional el sistema de fijación de los caudales ambientales contemplado en la Disposición Adicional Décima de la 10/2001, de 5 de julio, Ley del Plan Hidrológico Nacional (en la redacción dada por el artículo único.15 de la Ley 11/2005, de 22 de junio), por entender que el sistema bilateral de aprobación del Plan Integral de Protección del Delta del Ebro (Administración General del Estado-Generalidad de Cataluña), supone la ruptura del principio de unidad de gestión de la cuenca del Ebro, pues los caudales ambientales debe fijarlos la CH del Ebro, con la participación de todas las Comunidades Autónomas (art. 26.1, párrafo segundo Ley 10/2001, de 5 de julio, PHN, en la redacción dada en 2005).

## **5. Recuperación del coste de los servicios del agua**

La aplicación del principio de recuperación del coste de los servicios del agua, recogido en el art. 111 bis TRLAg y Disposición Adicional Undécima LPHN, así como en el art. 42 RPH (además del apartado 7 de la IPH), puede afirmarse se ha hecho con escaso rigor jurídico y extendiéndolo innecesariamente a ámbitos en los que tradicionalmente ya se aplica —con las limitaciones que se quiera— dicho principio. Esto es, el principio de recuperación de coste debiera limitarse a la fase de distribución «en alta», que es la que corresponde a la competencia de los organismos de cuenca, con exclusión de lo que suceda en relación con la distribución y utilización «en baja», que, como queda señalado, en el caso del abastecimiento y saneamiento —tradicionales servicios públicos municipales— se aplica el régimen de las tasas municipales o las nuevas figuras tributarias creadas por las CCAA par financiar estos servicios (canon de saneamiento). No debe confundirse, en consecuencia, lo que es, en sentido estricto, recuperación de costes del servicio (según un estudio económico del servicio del agua «en alta», con la recogida de información de costes de los servicios de agua «en baja»). Debiera estarse atento a la incidencia que estas figuras tributarias regionales tienen en la consecución de los objetivos de calidad

fijados y los efectos deslocalizadores de las actividades económicas que puedan provocar la distinta fiscalidad ambiental territorial, que puede conllevar una contribución desigual de los distintos territorios de la cuenca a la consecución de los objetivos ambientales. Y este es un aspecto de indudable trascendencia económica y —finalmente— social, al que con- vendría prestar atención a partir de ahora, pues lo que se haga local o regionalmente, repercute en toda la demarcación hidrográfica, pues a todos beneficia o perjudica.

Carece, en consecuencia, de sentido y no se ajusta a la interpretación jurídica estricta del principio de recuperación de costes previstos en la DMA, la interpretación expansiva —de corte economicista— que por ejemplo se recoge en el art. 41 RPH, relativo a la caracterización económica del uso del agua. Por lo demás, adviértase que existen determinados costes que no pueden imputarse a los usuarios del agua en sentido estricto, porque no sólo a ellos beneficia, al serlo la colectividad en general. Es el caso de los resguardos que obligatoriamente reducen la capacidad máxima de regulación de los embalses para laminar avenidas. Este «descuento» ya está admitido expresamente por el art. 42.2.d) RPH y debe ser asumido por el Estado. Es asimismo, el caso de los caudales ambientales, cuya implantación puede requerir —obviando ahora los procesos de concertación al que probablemente no acudirán voluntariamente los concesionarios «perjudicados»— restricciones en los sistemas de explotación que conlle- van sacrificios patrimoniales singulares de concretos concesionarios cuya indemnización, llegado el caso, habrá de asumir el Estado.

Por lo demás, es difícilmente operativo y discutible en términos jurídicos la introducción de los llamados «costes ambientales» (que no sean los ligados al saneamiento y depuración) y los «costes del recurso».

## **6. Infraestructuras hidráulicas**

Problemática de las infraestructuras hidráulicas, contempladas por el PH del Ebro de 1998 e incluidas y declaradas de interés general, en algunos casos, en los Anexos de la Ley del Plan Hidrológico Nacional (2001, modificado en 2005) y no ejecutadas hasta el momento presente. Las infraestructuras básicas (las que hacen posible la oferta de recursos, según el viejo art. 85.1 RAPA, y además —ahora, en el art. 60 RPH— el cumplimiento de los objetivos medioambientales) debían ser obligatoriamente

incluidas en el plan hidrológico de la cuenca (el citado art. 85.1 RAPA) e integradas en la programación de inversiones que el Gobierno debía desarrollar durante el período 2001-2008, en aplicación de las previsiones establecidas en los Planes Hidrológicos de cuenca (art. 36 LPHN).

Pese a la aparente «obligatoriedad» de su inclusión en los planes hidrológicos y desarrollo por los programas de inversiones del Gobierno de la nación, con los consiguientes «compromisos de gastos adecuados y suficientes» en las leyes de presupuestos, no existe en sentido jurídico estricto obligación exigible alguna, que no sea el compromiso de naturaleza política adquirido en su día y que solo políticamente puede exigirse.

El problema que afecta a tales infraestructuras no ejecutadas es que ahora les será de aplicación el informe de viabilidad económica, técnica, social y ambiental, incluyendo un estudio específico sobre la recuperación de los costes, de acuerdo con el art. 46.5 TRLAg, párrafo incluido en la reforma de 2005, que responde a una doble motivación. De una parte, la justificable exigencia de racionalizar las inversiones públicas, pero, de otra, y —contradictoriamente— a la prevención y prejuicios que en la etapa política anterior han suscitado las obras de regulación y que todavía tiene sus manifestaciones en el EPTI, como se ha señalado con anterioridad. El rigor y alcance de este informe puede, en efecto, condicionar y limitar la ejecución de estas infraestructuras o por el contrario favorecerlas. Es innegable —pese a la objetividad y carácter técnico que debiera presidir este tipo de informes— que existen márgenes muy amplios cuando existe voluntad política para ello, discrecionalidad que llega hasta declarar innecesario dicho requisito (caso paradigmático es el del citado Real Decreto-Ley 3/2008, del abastecimiento o trasvase a Barcelona, que además de excluir el informe de viabilidad excluyó también la evaluación ambiental estratégica del proyecto necesario).

En resumidas cuentas, la obligación incumplida respecto de las infraestructuras hidráulicas previstas en el PH de 1998 y no ejecutadas carece de sanción jurídica alguna. No existe acción judicial alguna para reclamar la ejecución de lo no realizado del PH de 1998. Solo en el terreno político cabe exigir su cumplimiento, al quedar comprometida la igualdad territorial en el reparto de las inversiones estatales, pues resulta manifiesto el desigual trato que unas y otras partes de la demarcación hidrográfica han recibido.

# LA ASUNCIÓN POR LA LEGISLACIÓN ARAGONESA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA CATEGORÍA DE LOS INFORMES DETERMINANTES PARA EL ESTADO<sup>(\*)</sup>

OLGA HERRÁIZ SERRANO

*SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.– II. ALCANCE Y LÍMITES DE LA EXCLUSIVIDAD DE LA COMPETENCIA ARAGONESA EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.– III. SOBRE LA ELECCIÓN DE MECANISMOS DE COOPERACIÓN PARA PREVENIR CONFLICTOS ENTRE COMPETENCIAS MATERIALMENTE CONCURRENTES. EN PARTICULAR, LA TÉCNICA DE LOS INFORMES PRECEPTIVOS PREVISTOS POR LEYES AUTONÓMICAS.– IV. DE LA CATEGORÍA DE LOS INFORMES DETERMINANTES COMO UN GÉNERO DISTINTO DE LOS INFORMES VINCULANTES: SU CREACIÓN POR EL LEGISLADOR ESTATAL Y SU ASUNCIÓN POR EL ARAGONÉS EN SU LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. SIGNIFICADO.– V. SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA.*

*RESUMEN:* La Ley de Ordenación del Territorio de Aragón aprobada en 2009 hace suya la categoría de los informes determinantes para el Estado en relación con los planes y proyectos de éste con incidencia territorial en la Comunidad Autónoma. El presente trabajo se dirige a explorar las posibilidades interpretativas del adjetivo determinante y a singularizar los informes que revisten este carácter como especie del género de los no vinculantes, pero con un matiz diferencial, que impondría una motivación cualificada para discrepar de los mismos.

*Palabras clave:* Aragón; ordenación del territorio; coordinación interadministrativa; cooperación interadministrativa; dictamen vinculante; dictamen determinante.

*ABSTRACT:* The management of territory Law passed in 2009 in Aragon incorporates the category of determinants reports for the State regarding its plans and projects with territorial effect in the Autonomous Community. This paper aims to explore the interpretive possibilities of adjective "determining" and to identify reports

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 24 de mayo de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 3 de junio de 2010.

*that are of this character as a species of the genus of non-binding ones, but with a difference, that would imply a motivation qualified to disagree with them.*

*Key words: Aragon; management of territory; inter-administrative coordination, inter-administrative cooperation; binding report; determining report.*

## **I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

La Comunidad Autónoma de Aragón aprobó, en junio de 2009, dos importantes leyes, que, tramitadas a la vez para posibilitar la coherencia en la regulación de sus puntos de conexión, sustituían en su totalidad a las que, sobre las respectivas materias, habían venido rigiendo desde hacía más de una década. Nos referimos a la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo, y a la Ley 4/2009, de 22 de junio, de Ordenación del Territorio (LOTA). En particular, por lo que respecta a esta última, se había demandado insistentemente la renovación de la Ley anteriormente vigente, 11/1992, de 24 de noviembre, y ello por cuanto se estimaba necesario adaptarla a las directrices contenidas en las últimas normas europeas en la materia y en la reciente normativa medioambiental española, al tiempo que se subrayaba que aquella disposición no había podido tener en cuenta la consolidación de la organización comarcal en Aragón y que carecía de mecanismos suficientes de coordinación entre las distintas Administraciones con competencias sobre el territorio y, significativamente, con la Administración General del Estado (1).

Precisamente, para tratar de propiciar dicha coordinación, entre otras medidas, la nueva LOTA regula como instrumentos que califica de *complementarios de ordenación del territorio* el denominado dictamen autonómico sobre los planes y proyectos del Estado con incidencia territorial (arts. 48 a 50) y, en segundo término, los informes territoriales sobre planes, programas y proyectos con incidencia en la ordenación del territorio (arts. 51 a 56). La diferencia entre las dos técnicas parece clara a la vista de su regulación: la primera recae sobre la planificación de infraestructuras, hidrológica o de cualquier otro tipo (como ejemplifica el anexo de la Ley) que promueva el Estado en el ejercicio de sus competencias, mientras que la segunda lo hace sobre los planes y proyectos formulados por los

---

(1) Véase LÓPEZ RAMÓN (2004: pp. 356 y ss.).

diversos Departamentos de la propia Administración de la Comunidad Autónoma o, incluso, por los municipios de su territorio cuando se trate de planes urbanísticos. Además, el segundo dictamen es el realmente novedoso toda vez que el primero hunde sus raíces en la disposición adicional novena de la LOTA 1992, introducida en 2001, y en el mismo art. 72.3 del Estatuto de Autonomía (EAAr), tras su reforma operada por Ley Orgánica 5/2007.

Dichos antecedentes, por cierto, explican bien el origen de esta técnica de coordinación, a cuyo contenido se circunscribe el presente trabajo. La disposición adicional citada se incorporó por medio de la Ley 1/2001, de 8 de febrero, y, por tanto, en plena polémica por la ejecución del trasvase del Ebro en aplicación de la Ley del Plan Hidrológico Nacional, como un arma legal para dificultarlo (2). Por idéntico motivo, el art. 72.3 EAAr se enmarca en pleno diálogo sobre el agua entre los que se dicen Estatutos de segunda generación, tras la última oleada de reformas de estas normas institucionales básicas, para tratar de garantizar los derechos del art. 19 de aquel cuerpo legal asegurando que la Comunidad Autónoma será escuchada ante cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas que afecte al territorio aragonés (3).

No obstante, repárese en que tanto en la regulación antecedente de la LOTA 1992 como en la que ahora se contempla en los arts. 48 a 50 de la nueva Ley, el ámbito de aplicación del dictamen autonómico trasciende el de la planificación hidrológica estatal, extendiéndose a todo plan o proyecto *promovido en el ejercicio de sus competencias por el Estado que, directa o indirectamente, afecte a las de la Comunidad Autónoma en materia de ordenación territorial, así como a las modificaciones o revisiones de aquellos*. Con todo, a diferencia de lo que sucedió en 2001 cuando se introdujo, la polémica ahora no se ha suscitado por la regulación general de este mecanismo de coordinación (4), presente como se verá en otras

---

(2) Como explica LÓPEZ RAMÓN (2004: pp. 335 y 336).

(3) Entre otros, TUDELA ARANDA (2009: pp. 239-241).

(4) Recuérdese que la disp. adic. novena de la LOTA 1992 fue recurrida por el Estado, pero que éste desistió tanto del mismo como de su recurso contra la disp. adic. séptima de la Ley 6/2001, de 25 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (que previó la necesidad de recabar informe preceptivo previo del Instituto del Agua en Aragón en el procedimiento de aprobación de cualesquiera instrumentos de planificación hidrológica que afecten al territorio de la Comunidad), tras sendos acuerdos de la Comisión Bilateral de Cooperación con la Administración aragonesa de 5 de octubre de 2004. Tales desistimientos acompañaron a la derogación por el nuevo

leyes autonómicas, sino que se ha circunscrito al adjetivo determinante que, esta vez sí con carácter novedoso, acompaña a la descripción del contenido que habrá de tener el dictamen que emita la Comunidad Autónoma de Aragón en los siguientes términos:

«Artículo 49. *Contenido*

El dictamen del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón establecido en el artículo anterior versa sobre la coherencia del contenido de los correspondientes Planes, Proyectos y demás instrumentos del Estado con la política de ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma, especialmente con sus instrumentos de ordenación del territorio, teniendo carácter determinante».

La publicación, en el Boletín Oficial de Aragón de 22 de octubre de 2009, del acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, por el que se iniciaban las negociaciones para resolver las discrepancias sobre el significado del inciso «teniendo carácter determinante» del art. 49 de la LOTA 2009, indujo a pensar que el Estado interpretaba que este precepto atribuía naturaleza vinculante al dictamen allí regulado y que estaba dispuesto a defender su inconstitucionalidad ante el intérprete supremo de nuestra Carta Magna. Así lo ha venido a confirmar el postrero acuerdo con el que han concluido las negociaciones llevadas a cabo durante más de seis meses y por el que la Comunidad Autónoma se compromete a no conferir dicho carácter a los mencionados dictámenes y a incorporar en su día esta interpretación al reglamento de desarrollo de la LOTA (5).

El presente trabajo se dirige, sin embargo, a explorar las posibilidades interpretativas del controvertido inciso, que pasó sin reparos jurídicos ni enmienda alguna durante su tramitación parlamentaria (6), y a tratar de

---

Gobierno, surgido de las elecciones de 2004, del trasvase del Ebro por medio, inicialmente, del Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio, tramitado después como Ley 11/2005, de 22 de junio. Vid. BERMEJO LATRE (2006: p. 162) y HERRÁIZ SERRANO (2007: p. 293).

(5) Mediante Resolución de 29 de marzo de 2010, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial (BOA 5 mayo), se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado por el que ambas partes concretan los términos y compromisos con los que dan por solventadas las discrepancias surgidas.

(6) Como demuestra la lectura del Informe elaborado por la Ponencia designada para su tramitación, en el seno de la Comisión de Política Territorial, Justicia e Interior, y que fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón núm. 142, de 3 de junio de 2009.

demostrar que era posible atribuirle un significado plenamente conforme con el reparto constitucional de competencias entre las distintas entidades territoriales. A dicha conclusión cabe llegar con fundamento en la creación por el propio Estado de la categoría de los informes determinantes como un *tertium genus* frente a los preceptivos (con su opuesto en los meramente facultativos) y los vinculantes (con el suyo propio) o, más precisamente, como una variante de los informes no vinculantes, partiendo de la premisa de la admisión por el Tribunal Constitucional de la imposición autonómica de la exigencia de informes preceptivos en determinados procedimientos estatales de toma de decisiones, como suerte de gestión coordinada de sus respectivas competencias.

## II. ALCANCE Y LÍMITES DE LA EXCLUSIVIDAD DE LA COMPETENCIA ARAGONESA EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

En una primera aproximación constitucional a la ordenación del territorio, ésta aparece configurada como una materia de posible asunción por las Comunidades Autónomas con carácter de exclusividad (art. 148.1.3<sup>ª</sup>), sin reserva alguna de funciones estatales (7). Así se asumió de hecho en los Estatutos de Autonomía (por ejemplo, art. 71.8<sup>º</sup> EAAr), por más que esa literalidad no haya podido superar el contraste con la pluralidad de títulos competenciales a favor del Estado que, inevitablemente, le atribuyen funciones con incidencia sobre el territorio. Se corrige, por tanto, aquella apreciación inicial para afirmar, con la *Carta Europea de Ordenación del Territorio*, que la ordenación territorial es una política, la resultante de un conjunto de ellas o, mejor, una función pública de responsabilidad primaria (que no exclusivamente) autonómica, cuyo contenido es esencialmente coordinador de la pluralidad de actuaciones llevadas a cabo por los diferentes entes territoriales en un mismo espacio físico (8), persiguiendo

---

(7) Pese a ello, no han faltado autores [TEJEDOR BIELSA (2001: p. 18)] que han destacado la mayor coherencia que revestiría un sistema que atribuyera expresamente al Estado competencias para la ordenación general del territorio nacional aunque se reconozca que no por esa ausencia el Estado deja de ser, en virtud de sus títulos propios, un agente cualificado de dicha ordenación [PAREJO ALFONSO (1985: p. 227)].

(8) En ello coincide la mayoría de la doctrina, debiendo destacarse, entre otros, los trabajos de LÓPEZ RAMÓN (1995: p. 95 y ss; así como 2009a: p. 63), ANDRÉS PÉREZ (1999: p. 364 y ss), TEJEDOR BIELSA (2001: p. 47) y JIMÉNEZ DORANTES (2003: p. 71).

cada uno de ellos (y es importante remarcarlo) la gestión de sus respectivos intereses (9).

La definición anterior [con base, entre otras, en las SSTC 149/1991, FJ 1.B; 40/1998, FJ 30; 149/1998, FJ 3] aboca, no obstante, a una suerte de conflictividad pareciera que residual, pero en la práctica frecuente cuando los intereses hechos valer por las distintas instancias se contradicen entre sí y ya el Estado, ya una Comunidad Autónoma, pretende anteponer su competencia para solucionar un conflicto entre títulos, que no ha podido evitarse por la ausencia o la no aplicación de mecanismos de colaboración con anterioridad. Se colige de inmediato la importancia capital de la puesta en práctica de este tipo de herramientas y del campo abonado que representa la mera invocación de la competencia autonómica sobre la ordenación del territorio frente a otros títulos del Estado materialmente concurrentes para el ensayo de técnicas de cooperación o, incluso, de coordinación. La solución constitucional en última instancia para los casos en que la aplicación de las mismas ha fracasado o no ha existido, la prevalencia del Derecho estatal, no ha estado tampoco exenta de polémica aunque el objeto de este trabajo nos limite a la fase anterior a toda controversia o, lo que es lo mismo, a la posible caracterización del *informe determinante* impuesto al Estado por una ley autonómica como técnica de cooperación legítima para tratar de dar coherencia a aquellas actuaciones de distintas entidades con incidencia sobre un mismo lugar.

Antes de analizar su constitucionalidad, podemos sintetizar en unas pocas afirmaciones la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que deberá servirnos de parámetro de contraste. Partiendo de que la ordenación del territorio «tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial» (SSTC 77/1984, FJ 2, y 149/1991 FJ 1.b) por medio de «un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador» (SSTC 36/1994, FJ 3, y 28/1997, FJ 5), *el alto tribunal sanciona que ni debe reconocérsele un alcance tan amplio que desconozca el contenido específico de otros títulos competenciales del Estado ni puede negársele toda suerte de afección o incidencia sobre estos últimos, dada su condición horizontal o integradora.*

---

(9) Intereses incluso europeos como atestigua el art. 192 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al apoderar al Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, a adoptar por unanimidad medidas que afecten, entre otros ámbitos, a la ordenación territorial.

Así, dentro del ámbito material, de enorme amplitud, de la competencia exclusiva autonómica sobre ordenación del territorio, «no se incluyen todas las actuaciones de los poderes públicos que tienen incidencia territorial» (SSTC 61/1997, FJ 16, y 40/1998, FJ 30). «El Estado tiene constitucionalmente atribuidas una pluralidad de competencias dotadas de una clara dimensión espacial, en tanto que proyectadas de forma inmediata sobre el espacio físico, y, en consecuencia, su ejercicio incide en la ordenación del territorio (v.gr. arts. 149.1.4, 13, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 28 CE)», o, lo que es lo mismo, condiciona» la estrategia territorial que las Comunidades Autónomas pretendan llevar a cabo» (STC 61/1997, FJ 22). La exclusividad con la que las Comunidades Autónomas, como es el caso de la de Aragón, han asumido la competencia en materia de ordenación territorial no autoriza a desconocer las que, con el mismo carácter, vienen reservadas al Estado en virtud del art. 149.1 CE (SSTC 56/1986, FJ 3, 149/1991, FJ 1.B, y 36/1994, FJ 2), cuyo ejercicio puede condicionar ciertamente la competencia autonómica (SSTC 61/1997, FJ 5, y 46/2007, FJ 3). Ahora bien, para que ese condicionamiento lógico no se transforme en una usurpación ilícita, es indispensable «que el ejercicio de esas otras competencias se mantenga dentro de los límites propios sin utilizarlas para proceder, bajo su cobertura, a la ordenación del territorio en el que han de ejercerse», debiendo atenderse, para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de la interacción en cada caso, a la competencia estatal de carácter sectorial que se invoque, las razones que han llevado al constituyente a reservársela al Estado, la necesidad o no de plasmarla mediante previsiones territoriales, al marco territorial obligado de éstas y al modo, en definitiva, en que aquél o la Comunidad Autónoma pretendan ejercitar sus competencias respectivas (SSTC 149/1998, FJ 30, y 46/2007, FJ. 3). En pocas palabras, que la ordenación del territorio tampoco puede quedar reducida de hecho a una simple capacidad de planificar actividades sin consecuencias para la actuación de otros entes públicos (singularmente, el Estado) que despliegan su acción en ese mismo ámbito (SSTC 149/1991, FJ 1.B, y 40/1998, FJ 30).

Por todo ello, siguiendo la línea argumental del Tribunal Constitucional en una ya muy nutrida serie de sentencias (10), *una primera aproximación*

---

(10) Básicamente, SSTC 77/1984, de 3 de julio, asunto puertos; 56/1986, de 13 de mayo, defensa; 227/1988, de 29 de noviembre, aguas; 103/1989, de 8 de junio, cultivos marinos; 149/1991, de 4 de julio, costas; 36/1994, de 10 de febrero, Mar Menor; 61/1997, de 20 de marzo, suelo; 40/1998, de 19 de febrero, puertos de interés general; 110/1998, de 21 de mayo, Ley de pesca de Castilla y León; 149/1998, de 2 de julio, Ley de ordenación del territorio del País

*a la resolución de tales situaciones de concurrencia competencial sobre un espacio físico la ofrecen las técnicas de colaboración y concertación. Los espacios de tangencia entre las distintas materias hacen imprescindible el establecimiento de mecanismos que favorezcan la necesaria aproximación entre las Administraciones públicas implicadas para alcanzar aquellas decisiones con las que se consiga optimizar el ejercicio de sus competencias. La solución no puede plantearse en términos de exclusión, sino que pasa por acudir a «un expediente de acomodación e integración de los títulos competenciales —estatal y autonómico— que convergen sobre un mismo espacio físico y que, por eso mismo, están llamados a cohesionarse» para lograr una correcta visión de conjunto (STC 46/2007, FJ 5).*

*Únicamente cuando esos cauces de cooperación resulten insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, será preciso determinar cuál es el título prevalente en función del interés general concernido y, por ende, qué competencia habrá de ser aplicada con preferencia. Al efecto, el Tribunal recuerda que, en última instancia, cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque, bajo la misma, se ha entendido subyace un interés general, interés que debe prevalecer sobre los que puedan tener otras entidades territoriales afectadas. Dos son, pues, los parámetros derivados de nuestra doctrina constitucional que deben ser utilizados a la hora de resolver este tipo de controversias. «En primer lugar, la previsión de adecuadas técnicas de cooperación que permitan llegar a una solución satisfactoria para los intereses de las partes en conflicto, dado que resulta obligado para los titulares de los mismos tratar de integrarlas mediante los diversos instrumentos de colaboración y cooperación; en segundo lugar, y para el caso de que ello no sea posible, la determinación de cuál de las competencias en presencia haya de considerarse prevalente» (STC 46/2007, en este caso FJ 6).*

Una vez admitida no sólo conceptual, sino también legislativamente como veremos, la necesidad de cooperar en materia de ordenación del territorio por razones de lealtad constitucional, la clave, sin duda, reside en acertar con la elección y el establecimiento de los instrumentos más adecuados para llevarla a la práctica. El mismo Tribunal Constitucional empezó, sin más, afirmando que podían «elegirse en cada caso las técni-

---

Vasco; 164/2001, de 11 de julio, régimen del suelo y valoraciones; 204/2002, de 31 de octubre, aeropuertos de interés general; 14/2004, de 12 de febrero, Ley aragonesa de ordenación del territorio; 46/2007, de 1 de marzo, directrices de ordenación territorial de las Illes Balears.

cas que se estimen más adecuadas», para tener después que pronunciarse sobre la conformidad con nuestra Carta Magna de algunas de las concretamente previstas tanto por el legislador estatal como por sus homólogos autonómicos. Veámoslo.

### **III. SOBRE LA ELECCIÓN DE MECANISMOS DE COOPERACIÓN PARA PREVENIR CONFLICTOS ENTRE COMPETENCIAS MATERIALMENTE CONCURRENTES. EN PARTICULAR, LA TÉCNICA DE LOS INFORMES PRECEPTIVOS PREVISTOS POR LEYES AUTONÓMICAS**

Ya se trate de las competencias del Estado, vinculadas al interés nacional, ya de las que corresponden a las Comunidades Autónomas, en tanto expresivas de sus respectivos intereses, ni unas ni otras pueden analizarse en abstracto, sino que habrán de serlo en relación, como reflejo de la interacción y limitación recíproca entre aquellos intereses [TEJEDOR BIELSA (2002: p. 187)]. La estricta separación de competencias es tan solo una visión idílica del Estado descentralizado pues han sido apuntados más arriba los numerosos casos de concurrencia material, que vienen a añadirse a los de reparto de funciones sobre un mismo sector de la realidad social (concurrencia funcional). Ciñéndonos ahora a los primeros, resulta fácil el expediente de solucionar las eventuales discrepancias entre las entidades territoriales mediante la aplicación de la regla de conflicto que se configura como cláusula de cierre del sistema de distribución operado por los arts. 148 y 149 CE y que se incluye en el número tercero de este último, a saber: dar prevalencia a la norma del Estado como expresión de los intereses nacionales. Sin embargo, ya hemos abundando en por qué no es la mejor solución *a priori* y en que a la misma habría de llegarse solamente en determinadas condiciones y en caso de necesidad, tras haber previsto oportunidades de encuentro entre las opciones barajadas por los entes territoriales afectados y podido utilizar técnicas de prevención de conflictos competenciales (11).

---

(11) Siguiendo a LÓPEZ RAMÓN (1995: pp. 88-90), si el ámbito de aplicación del principio de prevalencia del Derecho estatal puede ser muy amplio, en cambio las condiciones necesarias para su correcta aplicación son bastante más estrictas. Para empezar, el principio sólo opera en caso de conflicto por la actuación contradictoria de dos instancias territoriales que esgrimen títulos competenciales concurrentes. En segundo término, será necesario que se haya hecho un ejercicio razonable del título competencial que el Estado pretende que prevalezca. Finalmente, el principio de cooperación se ha impuesto como elemento procedimental para la aplicación de la citada regla de prevalencia.

Acerca de la iniciativa y virtualidad de las herramientas que se brindan para ello, el Tribunal Constitucional ha venido consagrando genéricamente una *libertad de elección de medios*, como parece lógico al estarle vedados los juicios preventivos de constitucionalidad. Sin embargo, el enjuiciamiento a la luz de la Carta Magna de concretos mecanismos previstos por la legislación le ha permitido afinar un poco más aquella afirmación de manera que ha admitido que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden en abstracto regular este tipo de herramientas de cooperación siempre y cuando aquellas, mediante los instrumentos que prevean, no supediten el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado a la de ordenación de su territorio. Al reconocimiento de la iniciativa a los diversos entes territoriales implicados, se une la tradicional dicotomía entre técnicas orgánicas y procedimentales, todas ellas a disposición de los fines de colaboración en este campo, sin más preferencia de antemano que la que resulte de la libertad de configuración del legislador, guiado por consideraciones de eficacia. Sin duda ninguna, aunque cabría pensar que la mejor fórmula sería aquella que aunara elementos tanto de tipo organizativo como funcional [LÓPEZ RAMÓN (1995: p. 49)], el varapalo sufrido por el mecanismo previsto en el art. 9 del proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (STC 76/1983) (12), quizá haya inclinado la balanza a favor de las técnicas procedimentales (13).

---

(12) Como se recordara, el citado precepto decía: «1. El ejercicio de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, que afecten a la utilización del territorio y al aprovechamiento de los recursos naturales que sean de interés general, se ajustará, en todo caso, a las directrices generales que establezcan los planes aprobados conforme al artículo 131 de la Constitución. 2. En los supuestos no contemplados en el número anterior, los planes, programas o acuerdos del Estado y de las Comunidades Autónomas que, siendo competencia de una de estas esferas, afecten a servicios o competencias de la otra, se establecerán, exclusivamente en cuanto a este extremo, de común acuerdo entre ambas. Si no se obtuviera el acuerdo, se someterán las diferencias al Consejo a que se refiere el art. 131.2 de la Constitución» [Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado, núm. 284 a), de 6 de julio de 1982, p. 3].

El Tribunal Constitucional lo anuló al entender que su párrafo primero operaba una reformulación del ámbito competencial del Estado y de las Comunidades Autónomas tal como se define en la Constitución y los Estatutos, y que su párrafo segundo era excesivamente genérico, lesivo de las competencias autonómicas e inadecuado a las funciones del Consejo Económico y Social. Este órgano había sustituido, durante la tramitación parlamentaria de la Ley, al Senado, a quien, en la versión originaria del precepto (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, núm. 235-I, de 17 de noviembre de 1981, p. 1809), quedaba encomendada la resolución que en cada caso considerase procedente. La rigurosidad de la doctrina sentada por la STC 76/1983 ha sido subrayada, entre otros, por LÓPEZ RAMÓN (2009a: p. 70).

(13) En palabras de AGOUES MENDIZÁBAL (1996: p. p. 152), la vía del informe es una de las fórmulas de coordinación funcional más utilizadas para la consecución de una regulación coherente

Como se ha anticipado, no sólo el Estado, sino también las Comunidades Autónomas han previsto algunas de dichas herramientas en sus regulaciones para tratar de concertar actuaciones o, mejor dicho en los casos de iniciativa autonómica, de influir en las decisiones estatales o de hacerlas más permeables hacia los intereses de sus ciudadanos. Dejando a un lado ahora aquellos procedimientos instrumentados para dar cabida a los intereses locales (14), y centrándonos, por tanto, en las relaciones de cooperación Estado-Comunidades, comenzaremos ejemplificando el beneplácito dado por el Tribunal Constitucional a los informes vinculantes impuestos en la propia legislación estatal (15).

En efecto, al margen del empleo de otro tipo de técnicas, las leyes sectoriales del Estado regulan con frecuencia procedimientos decisorios conjuntos en los que, en ocasiones, la decisión final puede recaer en la Administración autonómica previo informe vinculante de la estatal (16). Pues bien, el alto intérprete de la Carta Magna ha validado esa forma de asegurar que la realización de determinados planes y proyectos no encuentre al final un obstáculo insalvable y ha admitido la posibilidad de que la Administración estatal proponga objeciones obstativas de determinadas actuaciones de una Comunidad siempre que aquella se base en el ejercicio de facultades propias, supuestos éstos en los que *su voluntad vinculará, sin duda, a la Administración autonómica* (por todas, SSTC 103/1989 FJ 7 y 149/1991, FJ 7.A). En el primero de dichos fallos, se afirmó que

«los informes vinculantes (...) no suponen, en el caso de que alguno de ellos hubiera de recabarse de un «organismo» de la Administración estatal, una constricción ilegítima de las competencias autonómicas sobre cultivos marinos, sino un expediente de acomodación o integración entre dos competencias concurrentes —estatal y autonómica— que, partiendo de títulos diversos y

---

con la ordenación del territorio por la legislación sectorial del Estado, quien lo configura como vinculante cuando es la propia Administración estatal la que lo emite y meramente potestativo cuando procede de la Administración local o autonómica.

(14) Una aproximación a los mismos la ofrece AGOUES MENDIZÁBAL (ibídem: p. 135 y ss), quien se refiere, entre otros, al informe autonómico vinculante en el otorgamiento de licencias de actividad clasificada, de obras en inmuebles del patrimonio histórico, o a la obligación de modificar el planeamiento urbanístico municipal por la colisión con los intereses autonómicos plasmados en determinadas infraestructuras, tales como las viarias.

(15) Por lo que a las técnicas de coordinación y de cooperación que encontramos en la legislación sectorial del Estado, realiza un estudio pormenorizado de algunas de ellas JIMÉNEZ DORANTES (2003: p. 89 y ss).

(16) Vid. MENÉNDEZ REXACH (1992: p. 242).

con distinto objeto jurídico, convergen sobre un mismo espacio físico, y que están llamadas, por consiguiente, a cohonestarse».

En segundo término, respecto de los mecanismos de cooperación para prevenir conflictos entre competencias materialmente concurrentes previstos en leyes autonómicas, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la imposición al Estado de la solicitud de informes, sancionando, por el contrario, la inconstitucionalidad del carácter vinculante de dichos dictámenes autonómicos en el ámbito de la planificación hidrológica o de la ordenación territorial general (SSTC 110/1998 y 46/2007, respectivamente), pero admitiendo de hecho la ausencia de reparos a los informes meramente preceptivos en los siguientes términos:

«La exigencia del informe preceptivo de la Comunidad Autónoma (...) merece la consideración de norma complementaria de protección de la pesca y del ecosistema en el que ésta se desarrolla, que se limita a establecer, mediante una fórmula de colaboración interadministrativa, una garantía adicional que, prima facie, no perturba "gravemente el ejercicio de las competencias estatales sobre las fajas laterales de los cauces, puesto que con las zonas de servidumbre y policía se pretende básicamente garantizar los accesos y el trazado de los cauces" (STC 15/1998, fundamento jurídico 10) (...). No obstante, la norma autonómica que ahora examinamos excede del marco competencial, así como del ámbito de colaboración y cooperación interadministrativa anteriormente descrito, pues el informe de la Comunidad Autónoma se configura no sólo como preceptivo, sino, además, como vinculante para el organismo de cuenca, lo que supone la imposición unilateral del criterio autonómico en un ámbito de decisión materialmente compartido por proyectarse sobre un mismo espacio físico, y sobre el que también ostenta competencias el organismo de cuenca» (STC 110/1998, FJ 7).

«Dada la indudable incidencia que las actuaciones sectoriales del Estado pueden tener sobre la ordenación territorial dispuesta por la Comunidad Autónoma, *nada impide que ésta pueda sujetar aquéllas al preceptivo informe. Sin embargo, la norma autonómica que ahora examinamos excede del marco competencial, así como del ámbito de colaboración y cooperación interadministrativa anteriormente descrito, pues el informe de la Comunidad Autónoma se configura no sólo como preceptivo sino, además, como vinculante para el Estado*, lo que supone en última instancia la imposición unilateral del criterio autonómico en un ámbito de decisión materialmente compartido por proyectarse sobre un mismo espacio físico.

Por ello, no resulta admisible, desde la perspectiva de la distribución constitucional de competencias, una regulación como la prevista en el precepto balear, puesto que la misma desconoce el carácter prevalente de las compe-

tencias estatales en los términos establecidos por este Tribunal (por todas, STC 40/1998, de 19 de febrero, FFJJ 30 y 40), las cuales, con las salvedades que ya se han expuesto, no pueden quedar subordinadas al parecer autonómico en cuyo territorio inciden (...).

“Respecto a informes de este signo, hemos declarado en caso similar que no puede pretenderse que sean vinculantes para la Administración estatal, pues ello sería tanto como supeditar el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado a la competencia de ordenación del territorio y urbanismo de las entidades territoriales afectadas (STC 40/1998, FJ 34)”» (STC 46/2007, FJ 10 —cursiva nuestra—).

En suma, que la técnica del informe vinculante, en la medida en que determina con carácter general el sentido de la resolución final que adopte el Estado en el ejercicio de sus competencias, supone una limitación que va más allá del derecho que asiste a la Comunidad Autónoma a intervenir o participar en la elaboración de los proyectos o planes estatales, no encontrando así amparo en su competencia exclusiva sobre ordenación del territorio. *Al no asegurar la debida ponderación de los intereses eventualmente afectados por la concurrencia competencial sobre el mismo espacio físico y establecer la subordinación de unos a otros*, la imposición al Estado del carácter vinculante de los informes autonómicos es contraria al orden constitucional de competencias, vulneración que no se produce *a priori* cuando no se confieren tales efectos a dichos informes sino que sólo se configuran como preceptivos (17).

Prueba de ello son las múltiples previsiones que jalonan las leyes autonómicas sin haber sido impugnadas por el Estado. Sin ir más lejos, los arts. 29 de la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de Andalucía, 27 de la Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de Ordenación del Territorio de Castilla y León y 98 de la Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje de la Comunidad Valenciana, establecen la sujeción de los planes, programas o proyectos promovidos por el Estado y con incidencia sobre las respectivas Comunidades

---

(17) Se afirma con claridad en las dos Sentencias reseñadas, pese a que, en otra, también de 1998, la núm. 149 en el asunto, ya citado, Ley de ordenación del territorio del País Vasco, hubiese declarado la inconstitucionalidad de la disposición adicional segunda que, en relación con el 20.1, sujetaba los Planes Territoriales Sectoriales del Estado al informe preceptivo de la Comisión de Ordenación del Territorio de dicha Comunidad. No obstante, como se deduce de la lectura del F.J. 6 de la citada Sentencia, la inconstitucionalidad se refirió a la incompetencia para habilitar genéricamente a la Administración estatal a formular y preparar los referidos planes.

a informe preceptivo del órgano autonómico competente. Los dos primeros preceptos aludidos aclaran, incluso, que la resolución de las discrepancias que pudieran plantearse entre ambas Administraciones se realizará de común acuerdo, para lo cual se constituirán comisiones mixtas de concertación que propondrán convenios u otras fórmulas de solución (18).

Por su parte, los arts. 10 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, y 11 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias, articulan la colaboración mediante un trámite de consulta o de información pública, que, en el primer caso, también da lugar a un informe que evacuará la Comisión de Concertación Interadministrativa. La participación de un órgano de este tipo (con la denominación de Comisión de Concertación de la Acción Territorial) se prevé asimismo en el art. 6 de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, por la que se regulan las medidas de política territorial, suelo y urbanismo de la Comunidad de Madrid, en cuyo número 3, inciso segundo se señala que dicha Comunidad invitará a la Administración General del Estado a participar en la concertación interadministrativa «cuando considere que su esfera competencial pueda llegar a verse afectada» (19).

---

(18) Como ejemplo, sirva la transcripción del art. 27.4 y .5 de la Ley castellano-leonesa: «4. Los planes y programas promovidos por la Administración del Estado, sus organismos y las entidades de Derecho Público de ellos dependientes, que deban ser conocidos por la Comunidad Autónoma a causa de su incidencia sobre el modelo territorial de Castilla y León, serán sometidos a informe del Consejo de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Castilla y León. Este informe versará sobre la coherencia del plan o programa examinado con el modelo territorial de la Comunidad Autónoma, definido por los instrumentos de ordenación del territorio vigentes, y se entenderá favorable por el transcurso de tres meses desde su solicitud sin que haya sido emitido. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación sectorial, las discrepancias entre los planes y programas promovidos por la Administración del Estado y los instrumentos de ordenación del territorio previstos en esta Ley se resolverán preferentemente por Convenio o mediante la constitución de Comisiones mixtas que propongan fórmulas de resolución de las mismas».

(19) El art. 8 de la citada Ley madrileña, al tratar del contenido y alcance de la intervención de esa Comisión prescribe, con carácter general, que: «1. La Comisión de Concertación de la Acción Territorial delibera y dictamina sobre los asuntos y cuestiones que se formulen expresamente. Sus deliberaciones y dictámenes tienen por objeto obtener o conseguir el acuerdo de las Administraciones interesadas acerca del interés público que objetivamente debe prevalecer. 2. En el ejercicio de sus funciones la Comisión de Concertación de la Acción Territorial velará, en todo caso, por el respeto de los principios que rigen las relaciones entre las Administraciones Públicas y la armonización en su ejercicio, de las competencias legalmente atribuidas a éstas».

En resumidas cuentas, las disposiciones autonómicas mencionadas reconocen, pues, el deber de *concertación y armonización de las competencias administrativas con transcendencia territorial* (20), «de suerte que no resulte lesionado el contenido esencial, ni impedido o desproporcionadamente agravado el cumplimiento de los fines legales de cualquiera de las competencias implicadas» (21), a través de mecanismos (las consultas o informes preceptivos) que habrán de proporcionar *efectivamente a todas las Administraciones afectadas la posibilidad de exponer y hacer valer de manera suficiente y motivada las exigencias que, en orden al contenido de la actuación en curso de aprobación, resulten de los intereses públicos cuya gestión les esté encomendada* (22).

En palabras de PAREJO ALFONSO (1985: p. 218), «la prohibición recae sólo sobre el efecto extremo: la anulación o el desplazamiento de una competencia, de modo tal que ésta no pueda desplegar la función que le está reservada y que está en la base de su atribución». Volviendo, con este autor, a recuperar los fundamentos teóricos de la ordenación del territorio, cuando la Constitución la asignó al círculo de intereses de las Comunida-

---

(20) A título ejemplificativo, tal es la expresiva rúbrica del art. 90 de la Ley 4/2004, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje de la Comunidad Valenciana, que reza literalmente así: «1. Las relaciones entre administraciones públicas afectadas en las materias reguladas por esta ley se regirán por los principios de coordinación y cooperación, y garantizarán la plena aplicación y eficacia de los instrumentos de ordenación del territorio, sin perjuicio de las competencias atribuidas a cada una de ellas. 2. Las administraciones públicas con competencias en materia de ordenación territorial y urbanística o sectorial con relevancia territorial o que ejerzan actos de ocupación o utilización del suelo o el subsuelo deberán concertar las actuaciones que afecten al territorio valenciano y, en especial, la aprobación de los instrumentos de planificación y ejecución, pudiendo a tal fin formalizar convenios de colaboración y cooperación entre administraciones. 3. La administración de la Generalitat prestará la cooperación y asistencia activa que otra administración pudiera recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias. A estos efectos deberá coordinarse con la administración general del Estado y, en su caso, de la Unión Europea para la ejecución de actuaciones estratégicas de interés suprarregional».

En parecidos términos, se encuentra redactado el art. 9 del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha. Mucho más breve, sin embargo, como mero enunciado de principios, se establece el deber de colaboración, entre otros, en los arts. 2 de la Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y 80 de la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las Directrices de Ordenación Territorial de las Illes Balears y Medidas Tributarias.

(21) Como matiza el art. 9.2 del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha.

(22) Así lo expresaba el art. 10.3 del recientemente derogado, por la disposición que se cita en la nota anterior, Decreto Legislativo castellano-manchego 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

des Autónomas, quiso que éstos pudieran tener un espacio amplio para su despliegue, «de capital importancia para el funcionamiento coherente del conjunto de los poderes públicos territoriales y, en definitiva, la consecución de los valores proclamados por la Constitución en sus artículos 40, 45 y 47» [PAREJO ALFONSO (1985: p. 231)]. Tales valores, principios y derechos constitucionales exigen que se garantice la coherencia final de las decisiones públicas con incidencia sobre el territorio y que éstas sean las más acordes con la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, el uso racional del suelo y el correcto aprovechamiento de los recursos naturales. Para lograrlo, la sujeción al preceptivo dictamen autonómico de los planes o programas del Estado con incidencia sobre el territorio puede ser un instrumento adecuado siempre que aquél pondere en efecto los intereses esgrimidos por la Comunidad Autónoma afectada y justifique suficientemente su decisión final. De ahí que el legislador aragonés parezca haber interiorizado el significado atribuido a los informes determinantes en las últimas leyes estatales y reforzado aquel deber de motivación.

#### **IV. DE LA CATEGORÍA DE LOS INFORMES DETERMINANTES COMO UN GÉNERO DISTINTO DE LOS INFORMES VINCULANTES: SU CREACIÓN POR EL LEGISLADOR ESTATAL Y SU ASUNCIÓN POR EL ARAGONÉS EN SU LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. SIGNIFICADO**

El malestar existente en nuestra Comunidad Autónoma ante la nula incidencia de sus intereses en la configuración en Aragón de infraestructuras estatales que aquélla ha considerado esenciales para su desarrollo y su ordenación territorial, no obstante afirmarse sus competencias exclusivas sobre esta última, han podido provocar el intento de dotarse de una herramienta que, escrupulosamente respetuosa a nuestro juicio con el reparto constitucional de poder, pretende hacer más permeables a los intereses autonómicos las decisiones del Estado. La doctrina [LÓPEZ RAMÓN (2004: p. 337)] lo había puesto de manifiesto reclamando vías institucionales de cooperación para todas las cuestiones relacionadas con las grandes infraestructuras (23).

---

(23) Para el mencionado autor, el mantenimiento de posturas centralistas, que relegan al papel de mero espectador a quien aparece con competencias exclusivas sobre la ordenación territorial, no puede extrañar que haya provocado actitudes de rechazo y sentimientos de discriminación frente a otras Comunidades. Y lo ilustra con numerosos ejemplos de obras públicas llevadas a cabo o proyectadas por el Estado en Aragón en los últimos años (el trazado de la línea de alta velocidad;

La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al analizar la técnica de los informes vinculantes, ha utilizado el argumento de la ponderación de los intereses afectados (STC 46/2007, FJ 10), que es la que algunos autores han reclamado con insistencia para toda la actividad de planificación de las Administraciones públicas. En opinión de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000: p. 35) y JIMÉNEZ DORANTES (2003: p. 117), la entrada de la ponderación en estos supuestos permitiría imprimir mayor racionalidad a la libertad conformadora de que goza el planificador, garantizar un control más efectivo de dicha actividad y, por ende, proteger en mayor medida a los particulares implicados. Al fin y al cabo, el método de la ponderación exige que la decisión se adopte después de identificar todos los intereses en juego, de atribuir a cada uno la importancia que les corresponda y de establecer prevalencias entre ellos según las circunstancias del caso. «La ponderación como procedimiento, más allá de una mera forma de argumentar, se refiere a un procedimiento administrativo en sentido estricto», con una serie de trámites a cumplimentar en cada etapa (24).

Se trataría, en definitiva, de guiar la actuación de la Administración para encontrar el punto de equilibrio adecuado entre las competencias en tensión a través de los fines para los que éstas han sido conferidas, teniendo bien presentes las circunstancias concurrentes o, dicho de otro modo, sin prejuicios concebidos *prima facie* por la mera presencia de entes titulares de intereses más generales. Si en efecto, en la concurrencia material entre dos títulos competenciales que inciden en un mismo espacio físico, la Constitución ha sentado la regla de la prevalencia del Derecho estatal, ello no debería cerrar el camino a la ponderación de los intereses autonómicos y al razonamiento sobre los mismos en la adopción de la decisión finalmente prevalente por el Estado. Precisamente, por respeto al ejercicio de las competencias ajenas, a éste debería imponérsele una especial carga argumentativa que avale la justificación de las controvertidas medidas de que se trate en intereses públicos superiores (25).

---

los accesos a la misma; la ubicación de la estación en Zaragoza; el recrecimiento de Yesa o las obras de la autovía Somport-Sagunto), en cuya definición el papel autonómico ha sido poco más o menos que el de comparsa.

(24) De nuevo, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000: p. 52) y JIMÉNEZ DORANTES (2003: p. 118).

(25) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000: p. 154) llega a defender que la ponderación de bienes e intereses en Derecho administrativo es capaz de operar «desplazamientos especialmente llamativos en el orden constitucional y legal de distribución del poder entre los distintos órganos del Estado (en sentido amplio)».

Y en esa línea es en la que consideramos cabe situar a los informes calificados como determinantes por el art. 49 LOTA. Como se constata en el dictamen 127/2010 del Consejo de Estado, en consulta elevada por el Vicepresidente Tercero del Gobierno y Ministro de Política Territorial para determinar si existían fundamentos jurídicos suficientes para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el inciso final de aquel precepto, el detonante de los recelos estatales a una posible interpretación del adjetivo determinante como vinculante lo constituyó

«la no introducción en el texto final de la Ley 4/2009 de una disposición adicional que se había acordado entre la Comunidad Autónoma de Aragón y la Administración del Estado por la que se fijaba el sentido que habría de darse al dictamen determinante del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón («la posición de la Comunidad Autónoma expresada en los informes determinantes previstos en la presente Ley no será vinculante para el Estado, pero si no la acoge deberá motivar sus razones»).

El propio Consejo de Estado hizo suyos, en su dictamen, los argumentos esgrimidos por los diversos órganos de la Administración del Estado que habían intervenido con anterioridad (26) y que habían puesto de relieve, en primer lugar, que la calificación legal como determinante del instrumento complementario de ordenación del territorio que analizamos no concuerda de manera exacta con las previsiones de las leyes estatales sobre obras públicas, ferrocarriles, carreteras, aeropuertos y demás infraestructuras de interés general, ni tan siquiera con las de los arts. 71 y 72.3 EAAr (27).

---

(26) Las Secretarías Generales Técnicas, respectivamente, del Ministerio de Economía y Hacienda (16 julio 2009), del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino (21 julio 2009), y del Ministerio de Fomento (2 septiembre 2009), así como la Dirección General de Desarrollo Autonómico del Ministerio de Política Territorial (26 enero 2010).

(27) Se citan, entre otras, la disposición adicional segunda de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que, sobre «colaboración y coordinación entre Administraciones Públicas», prevé que la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades locales tienen los deberes de recíproca información y de colaboración y cooperación mutuas en el ejercicio de sus actuaciones de planificación y construcción de obras públicas, según lo establecido en el ordenamiento vigente. Asimismo establece que, en defecto de acuerdo entre las Administraciones, y sin perjuicio de lo previsto en la legislación medioambiental, los planes y proyectos de obras públicas de competencia del Estado prevalecerán sobre cualquier instrumento de planificación u ordenación territorial o urbanística en lo que se refiere a las competencias estatales exclusivas, en cuyo caso las Comunidades Autónomas deberán incorporar necesariamente en sus respectivos instrumentos de ordenación las rectificaciones imprescindibles para acomodar sus determinaciones a aquéllos. Menciona también el Consejo de Estado la disposición adicional tercera de la misma Ley («construcción de las obras

Tampoco aceptaba dicho órgano consultivo el razonamiento de la Comunidad Autónoma sobre la existencia de una nueva categoría de informes en función de la obligación de motivación en caso de discrepancia con ellos ya que esto, se decía, no difiere de la exigencia del art. 54.1.c) de la Ley 30/1992, relativa a la necesidad de motivar todos los actos administrativos que se separen del dictamen de órganos consultivos. Se puso de relieve que, en la concepción precisamente de la propia legislación básica del procedimiento administrativo común (art. 83.3), el carácter determinante de un informe tiene sobre todo que ver con la posibilidad de interrumpir o suspender un procedimiento mientras que, en el art. 50 LOTA, se establece que, transcurridos dos meses sin haberse emitido el susodicho informe determinante, el silencio se entenderá favorable. Es decir, el Consejo de Estado destacaba la contradicción en la que, a su juicio, incurría la Comunidad Autónoma de Aragón al afirmar la singularidad de una nueva categoría de informes sin sustento en la Ley 30/1992, máxime con respecto a procedimientos de la Administración del Estado.

Ahora bien, el mismo Consejo de Estado admitía la posibilidad de una interpretación del polémico precepto de conformidad con la Constitución, lo que, como sabemos, pese a que acabara concluyendo que existían fundamentos jurídicos suficientes para la interposición del recurso, anticipaba de antemano el posible fallo del Tribunal Constitucional, cuya

---

públicas de interés general»), pues prescribe que «los proyectos de obras públicas de interés general se remitirán a la Administración urbanística competente al objeto de que informe sobre la adaptación de dichos proyectos al planeamiento urbanístico que resulte de aplicación», reconociendo (con carácter básico en virtud de la disposición final primera, 4) efectos positivos al silencio administrativo transcurrido el plazo de un mes. Al decir del supremo órgano consultivo del Gobierno, de manera similar se articula la participación de las Comunidades Autónomas en proyectos de infraestructuras del Estado en la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras (artículo 10.1), y en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (artículo 19.1).

Lo anterior permite dejar apuntado, por cierto, un interesante problema paralelo que se deduce de la legislación citada. Nos referimos a la necesidad o no de licencia municipal para las obras públicas estatales (o autonómicas) y a la muy discutible dispensa automática (sin seguir el procedimiento de excepción de licencia que recoge hoy la disposición adicional 10ª del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008) que han consagrado las antedichas disposiciones adicionales segunda y tercera de la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas, en línea de continuidad con una más que discutible línea jurisprudencial. A los efectos del presente trabajo, interesa destacar las dudas planteadas por LÓPEZ RAMÓN (2009a: pp. 180-182) sobre dicho «mecanismo de prevalencia de las decisiones estatales tan ajeno a las posibilidades de una previa coordinación, dado que la toma de decisión sobre los proyectos de obras estatales ha podido realizarse sin conocimiento del municipio afectado, por lo que difícilmente puede estimarse garantizada la ponderación de los intereses territoriales por el Estado» (p. 182).

actuación viene presidida por aquel principio de conservación. En efecto, al final de su argumentación aceptaba el máximo órgano consultivo del Gobierno que:

«Ciertamente podría valorarse la posibilidad de una interpretación conforme con la Constitución del precepto analizado, dado que, a tenor de la regla general del artículo 83.1 de la Ley 30/1992 y puesto que el artículo 49 de la Ley autonómica 4/2009 no establece nada en contrario, el dictamen a que se refiere este último no ha de tener carácter vinculante. No obstante, es patente que el precepto en cuestión ha ido más allá de los términos previstos en el Estatuto de Autonomía y de las leyes básicas del Estado en su exigencia literal de un informe preceptivo de la Comunidad Autónoma, introduciendo —con notoria ambigüedad en cuanto a sus efectos— la categoría del dictamen determinante en un contexto, por lo demás, no referido estrictamente al desarrollo del procedimiento en que se desenvuelve la noción de determinante en la Ley 30/1992».

Con todo, las dos Administraciones implicadas parecen haber obviado, en este expediente, que la categoría de los informes determinantes con ese significado preciso que la Comunidad Autónoma ha querido conferirles ha sido creada por el legislador estatal, aunque no, como sería recomendable *de lege ferenda*, por el de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (cuyo art. 83.3 sólo los relaciona, en efecto, con la posible interrupción de las actuaciones), sino, hasta la fecha, por el legislador básico sobre medio ambiente o el de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad urbana.

Como la doctrina en esas materias ha explicitado muy bien [LÓPEZ RAMÓN (2009b: p. 91)], fue inicialmente la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, a través de su art. 15.3 (que continúa vigente en el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008), y, con posterioridad, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad (art. 18.3), las que *potenciaron el significado del adjetivo determinante en relación con el previsto en la Ley 30/1992*. Al establecer la primera que ciertos informes preceptivos sobre instrumentos urbanísticos «serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que sólo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada» y emplear esa misma técnica de la determinación la Ley del Patrimonio Natural, bien que no en referencia a los informes, sino a los planes de ordenación de los recursos

naturales respecto de cualesquiera otras actuaciones, planes o programas sectoriales, para el mencionado autor se estaría pretendiendo añadir un nuevo efecto al alcance concedido por la legislación del procedimiento administrativo común. El mismo consistiría en la exigencia de una especial motivación para quien pretenda discrepar del contenido de un informe determinante, que permita mejorar el nivel de la «sucinta explicación» con el que la jurisprudencia entiende satisfecha la exigencia genérica del art. 54 de la Ley 30/1992, todo ello en aras del respeto, en nuestro caso, a la competencia autonómica sobre la ordenación del territorio. Lo que en absoluto se defiende es que la determinación del informe pudiera equivaler a su carácter vinculante sino que nos encontraríamos dentro del régimen jurídico de los informes con limitada capacidad de condicionar la decisión estatal, es decir, no vinculantes (28).

En efecto, la imposición de la voluntad estatal, aun hallándose avallada por la regla de conflicto de la prevalencia de sus normas según el art. 149.3, debe venir justificada por la mejor defensa de los intereses del conjunto de los españoles con la decisión amparada en el plan o proyecto de que se trate de la Administración del Estado, hasta el punto de que sea necesario sacrificar el criterio que esgrime el territorio más directamente afectado por su implantación. De lo que se trata es de obligar a ponderar los intereses del territorio, en nuestro caso aragonés, frente a los generales del conjunto de España en la concreta infraestructura de que se trate, pero escuchando de verdad a la Administración autonómica implicada y, por ende, haciendo el ejercicio de ponderar la importancia relativa de cada uno de los intereses en juego. La motivación pormenorizada, en suma, brindaría la oportunidad de que se escenifique que las soluciones admiten ciertas modulaciones en razón de la presencia de un interlocutor con representación legítima de un parte del territorio, así como que éste pueda conocer los datos fácticos y jurídicos que han fundamentado una actuación y articular, en consecuencia, una defensa apropiada ante el órgano judicial competente.

En conclusión, una interpretación de los efectos del dictamen determinante en la LOTA como la que postulaba la Comunidad Autónoma en el proceso *a quo* tiene perfecto encaje en la legislación del Estado, quien, al sostener que el adjetivo en cuestión podía abocar a pretensiones habi-

---

(28) Sobre el del art. 15.3 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008, vid. ESCARTÍN ESCUDÉ (2010: p. 210).

litantes u obstativas según el sentido de los informes autonómicos, estaba desconociendo sus propios actos conforme a los cuales era perfectamente posible un interpretación de conformidad con la Constitución. Presuponer *a priori* una voluntad de la Comunidad Autónoma abiertamente contraria con la Carta Magna a tenor de la conocida jurisprudencia anterior sobre los informes autonómicos vinculantes (las ya reseñadas SSTC 40/1998, 110/1998 y 46/2007), además de encerrar un incomprensible, si se nos permite, pulso absurdo con la Administración del Estado, exige realizar un juicio preventivo que el intérprete supremo de la Constitución nunca emitiría por estarle prohibidos. Su papel, es evidente, se circunscribe al enjuiciamiento de las normas y no de posibles intenciones y a la expulsión de aquéllas que no quepa interpretar conforme al texto constitucional, lo que en absoluto sucedía, como hemos tratado de explicar, en el caso que nos ocupa.

Por todo lo expuesto, entendemos que la Comunidad Autónoma no podía renunciar a hacer una interpretación como la defendida, perfectamente acomodada al reparto de competencias con el Estado en tanto no le impide a éste la adopción de sus propias decisiones, pero que sí le exigiría, en nuestra opinión, una motivación suficiente para apartarse de las opciones que haya hecho valer la Comunidad en su dictamen, una motivación, si se prefiere, cualificada en relación al deber genérico impuesto por el art. 54 de la Ley 30/1992.

De ahí que quepa considerar como manifiestamente mejorable el acuerdo adoptado en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado para dar por cerrado el litigio sobre la interpretación del adjetivo determinante del art. 49 LOTA. A saber:

«La Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, en su reunión celebrada el día 26 de marzo de 2010, ha adoptado el siguiente Acuerdo:

1.º De conformidad con las negociaciones previas celebradas por el Grupo de Trabajo, constituido en cumplimiento de lo previsto en el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, de 11 de septiembre de 2009, para el estudio y propuesta de solución de las discrepancias competenciales manifestadas en relación con los artículos 48 y 49 de la Ley 4/2009, de 22 de junio, de Ordenación del Territorio de Aragón, ambas partes consideran que las discrepancias surgidas han quedado solventadas en razón de las siguientes consideraciones y compromisos:

a) El dictamen preceptivo y determinante del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón (COTA), regulado en los artículos 48 y 49 de la Ley

de Aragón 4/2009, de 22 de junio, no tiene naturaleza vinculante, y de no emitirse en el plazo establecido, se entenderá favorable.

b) De acuerdo con lo establecido en el artículo 48 de la misma Ley de Aragón 4/2009, de 22 de junio, el dictamen del COTA deberá ser tenido en cuenta en la resolución de los procedimientos tramitados por el Estado que se refieran a planes y proyectos que tengan incidencia en la ordenación territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón. *En todo caso, si existen discrepancias entre ambas Administraciones, el Estado deberá motivar las razones por las que se separa de la posición de la Comunidad Autónoma expresada en el dictamen.* Ello, sin perjuicio de que pueda plantearse la negociación para resolver las discrepancias en el seno de la Comisión Bilateral Aragón-Estado a instancia de cualquiera de ambas Administraciones.

c) El dictamen del COTA deberá evacuarse en el plazo de dos meses. En los casos de urgencia el plazo se reducirá a un mes.

d) Transcurrido el plazo para la emisión del dictamen, el Estado podrá proseguir sus actuaciones y dictar resolución.

e) Esta interpretación se incorporará al Decreto de desarrollo de la Ley de Aragón 4/2009, de 22 de junio, que deberá efectuar el Gobierno de Aragón. No obstante, hasta tanto no se efectúe dicho desarrollo, las partes se comprometen a interpretar los citados artículos 48 y 49 de la Ley de Aragón 4/2009, de 22 de junio, de conformidad con el presente acuerdo.

(....)» (29) (cursiva nuestra).

En la tesis que hemos mantenido en las páginas que anteceden, creemos que se ha conseguido que el Estado reconociera el matiz diferencial de la especie informes determinantes respecto del género de los no vinculantes, un matiz, como se puesto de relieve *supra*, que ya se deducía de la interpretación sistemática de los arts. 15.3 del texto refundido de la Ley de Suelo y 18.3 de la Ley del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, en conjunción con el 54 de la Ley 30/1992. Sin embargo, estimamos que se ha perdido la oportunidad de haber ido más allá para dejar claro que la motivación exigida no puede ser la mera constatación sucinta por el Estado de que ostenta una competencia materialmente concurrente que le permite adoptar la decisión final. La obviedad de que representa intereses más generales que los de la Comunidad Autónoma, precisamente por serlo, parece debiera dar paso a una explicación pormenorizada del porqué dichos intereses exigen precisamente la solución propuesta por la Administración estatal en lugar de la defendida por el territorio

---

(29) Véase, de nuevo, la Resolución de 29 de marzo de 2010, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial.

afectado, de la importancia relativa que cabe atribuir a cada una según las circunstancias y de las razones concretas de la prevalencia en el supuesto de que se trate. Acaso la necesaria ponderación pueda conducir a soluciones intermedias con el razonamiento consiguiente sobre la parte de la argumentación autonómica que no es asumida. En definitiva, de lo que se trata es de ir creando una nueva cultura administrativa en la que, por ejemplo, dicha técnica de la ponderación de intereses como paso previo a la decisión de prevalencia permita engrasar mejor el siempre complicado engranaje de las reglas de la distribución de competencias y que el resultado del ejercicio de las concurrentes materialmente sea, nunca mejor dicho, *ponderado*.

## V. SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

- AGOUES MENDIZÁBAL, Carmen (1996): *El régimen jurídico de la planificación territorial: conflictos competenciales y aspectos jurídicos*, IVAP, Bilbao.
- BERMEJO LATRE, José Luis (2006): «Aragón», en Joaquín TORNOS MAS (Dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, pp. 152-174.
- ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor (2010): *Agua y urbanismo. Análisis de las tensiones competenciales derivadas del proceso de descentralización territorial*, Fundación Manuel GIMÉNEZ Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado autonómico, Zaragoza.
- HERRÁIZ SERRANO, Olga (2007): «Política ambiental de Aragón», en Fernando LÓPEZ RAMÓN (Coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2007*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 287-333.
- JIMÉNEZ DORANTES, Manuel (2003): *Coordinación interadministrativa en la ordenación territorial*, Marcial Pons, Madrid.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1995): *Estudios jurídicos sobre ordenación del territorio*, Aranzadi, Pamplona.
- (2004): «Necesidades de revisión de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón», en esta REVISTA, núm. 24, pp. 333-368.
- (2009a): *Introducción al Derecho urbanístico*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid.

- (2009b): *Política ecológica y pluralismo territorial. Ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la conservación de la biodiversidad*, Marcial Pons, Madrid.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (1992): «Coordinación de la ordenación del territorio con políticas sectoriales que inciden sobre el medio físico», en *Documentación Administrativa*, núm. 230-231, pp. 229-296.
- PAREJO ALFONSO (1985): *La ordenación territorial; un reto para el Estado de las Autonomías*, en «Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica», núm. 226, pp. 209-240.
- PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso (1998): «La ordenación del territorio, una encrucijada de competencias planificadoras», en *Revista de Administración Pública*, núm. 147, pp. 97-138.
- (1999): *La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías*, Marcial Pons, Madrid.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- TEJEDOR BIELSA, Julio (2001): *Gobierno del territorio y Estado autonómico*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- TUDELA ARANDA, José (2009): *El Estado desconcertado y la necesidad federal*, Aranzadi, Cizur Menor.



# **ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO DE LAS AGUAS RESIDUALES URBANAS EN ESPAÑA(\*)**

JOSÉ LUIS CALVO MIRANDA

*SUMARIO: I. BREVE INTRODUCCIÓN.– II. EVOLUCIÓN DE LOS SERVICIOS DESDE LA ÓPTICA DEL ORDENAMIENTO LOCAL: 1. ALGO DE HISTORIA. 2. EL DERECHO VIGENTE.– III. LA PERSPECTIVA SANITARIA.– BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* El presente trabajo es una crónica de la evolución de los servicios que integran el ciclo urbano del agua (abastecimiento, alcantarillado y depuración) desde las perspectivas de nuestro régimen local y del Derecho Sanitario. El repaso arranca desde los orígenes del constitucionalismo hasta nuestros días, predominando la visión histórica.

*Palabras clave:* abastecimiento de agua potable; saneamiento; aguas residuales urbanas; alcantarillado y potabilización.

*ABSTRACT:* This work is a chronicle about the evolution of the services that integrate the urban cycle of water (supplying, sewerage and treatment) from the view of our local regime and the Sanitary Law. The review begins from the origins of constitutionalism until our days, prevailing the historical vision.

*Key words:* supplying of drinking water; treatment of waste; residual urban waters; sewerage and making water drinkable.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 21 de marzo de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 6 de abril de 2010.

El presente trabajo se enmarca dentro de las actividades del Grupo consolidado de investigación reconocido por el Gobierno de Aragón sobre Administración, Economía, Sociedad y Territorio (ADESTER) (Ref. UZ S-62).

## I. BREVE INTRODUCCIÓN

Los servicios de abastecimiento de agua potable, alcantarillado y depuración de las residuales integran lo que podemos denominar «el ciclo urbano del agua». Este ciclo está compuesto de una serie de fases interdependientes que van desde la captación del agua hasta su tratamiento final, pasando por su transporte, potabilización, suministro domiciliario, evacuación y vertido final.

Lo que genéricamente llamamos «saneamiento» está integrado por dos servicios: el alcantarillado o simple evacuación de las aguas fecales, y el tratamiento o depuración de esas aguas previo a su vertido final.

El ciclo urbano del agua no ha merecido una regulación unitaria sino que su ordenación se halla dispersa en el ordenamiento jurídico. Ha sido tradicionalmente la normativa propia de régimen local la que ha abordado con más intensidad esta materia completada con disposiciones de naturaleza sanitaria y ayudas económicas del Estado a los entes locales para la efectiva implantación y prestación de estos servicios esenciales. Las obligaciones impuestas desde los Derechos local y sanitario eran declaraciones meramente programáticas si no iban acompañadas de fuertes inversiones en infraestructuras hidráulicas y en controles químicos.

Como expone PALLARÉS MORENO (1966, p. 32), fue a primeros del siglo veinte cuando de manera tímida comenzó a admitirse la posibilidad de que los municipios fuesen ayudados por la Provincia o el Estado en la ejecución de las obras de abastecimiento. A este respecto, es de destacar el Real Decreto de 9 de junio de 1925, a partir del cual se institucionalizó el régimen de auxilios de la Administración central a la municipal hasta la aprobación de la Ley de Régimen Local, Texto Refundido de 24 de junio de 1955, que intentó canalizar la cooperación estatal a través del correspondiente plan provincial. En la actualidad, la atribución por excelencia de las Provincias, garante además de su autonomía constitucionalmente reconocida (arts. 137 y 141 Constitución española), es la asistencia y cooperación a los municipios que la integran como forma de asegurar la prestación integral y adecuada de los servicios de su competencia (arts. 36.1.a y b, y 31.1.a Ley de Bases de Régimen Local de 1985). Esta cooperación provincial se articula, fundamentalmente, a través de los planes provinciales de obras y servicios de competencia municipal. Se trata de planes anuales en cuya elaboración participan los municipios de

la provincia. Su financiación corre a cargo de las propias Diputaciones Provinciales, las aportaciones municipales y las subvenciones que canaliza el Estado y la Comunidad Autónoma respectiva.

Una exposición más detallada merece la evolución de los servicios de abastecimiento y saneamiento desde la perspectiva de nuestro régimen local y desde la visión sanitaria. Veámoslo.

## **II. EVOLUCIÓN DE LOS SERVICIOS DESDE LA ÓPTICA DEL ORDENAMIENTO LOCAL**

### **1. Algo de historia**

La atribución a la autoridad municipal de la prestación de los servicios de abastecimiento de agua a poblaciones y evacuación de las residuales, con su distinto grado de intensidad y de exigibilidad, ha sido una constante en la historia de nuestra legislación local. No ha ocurrido así, sin embargo, con el tratamiento o depuración de las aguas residuales.

La Constitución gaditana de 1812 es la única en la historia del constitucionalismo español que bajo el enunciado «*estarán a cargo de los Ayuntamientos*» concreta un listado de competencias municipales. Entre éstas atribuyó a los municipios el cuidado de la salubridad y la construcción de obras públicas. Dentro de la primera podemos incluir lo que ahora denominamos alcantarillado, definido en la Instrucción para el Gobierno Económico de las Provincias, de 23 de junio de 1813, como «*dar curso a las aguas estancadas o insalubres*». Redacción que pasó a la primera Ley Municipal de nuestro constitucionalismo, la Ley de 3 de febrero de 1823, por la que se aprobó la Instrucción para el Gobierno Económico-Político de las Provincias. En materia de abastecimiento de agua hubo que esperar, sin embargo, a la Instrucción de 1823 para encomendar a los Ayuntamientos la conservación y limpieza de las fuentes públicas, así como, de que hubiera la conveniente abundancia de aguas tanto para las personas como para el ganado (art. 16).

La vigencia de la Ley de 3 de febrero de 1823 se vio muy pronto truncada por el manifiesto del rey absolutista Fernando VII, de 1 de octubre de 1823, si bien fue restablecida varias veces, la primera de ellas por Ley de 15 de octubre de 1836. Hasta esa fecha se dictó el Real Decreto de 23 de julio de 1835, relevante a nuestros efectos, pues encomendó

a los Ayuntamientos la facultad, que no la obligación, de «*procurar el mejor surtido de aguas potables y abundantes para el servicio del pueblo*» (art. 48.6).

Más genérica fue la Ley de 8 de enero de 1845, sobre organización y atribuciones de los Ayuntamientos, en cuanto al servicio de abastecimiento de aguas se refiere, pues disponía que era propio de los Ayuntamientos arreglar por medio de acuerdos el disfrute de las aguas y las mejoras materiales de que fuera susceptible el pueblo. Hasta el sexenio revolucionario (1868-1874) estuvo vigente la Ley de 1845, con el paréntesis del bienio progresista (1845-1856) en el que se restableció nuevamente la Ley de 3 de febrero de 1823, que sería posteriormente sustituida por la de 5 de julio de 1856, sobre organización y atribuciones de los Ayuntamientos. Ley, ésta última, que encomendó a los Ayuntamientos la competencia para la conservación, reparación y mejora de las fuentes (art. 126.10).

La norma decimonónica más clara en la materia que tratamos fue la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877, fruto de las reformas introducidas en la Ley Municipal de 1870 por la Ley de 16 de diciembre de 1876. Dentro del capítulo dedicado a las atribuciones de los Ayuntamientos, les confió la exclusiva competencia del gobierno y dirección de los intereses peculiares de los pueblos y, en particular, el surtido de aguas y el alcantarillado (art. 71.3). La novedad consistió en imponer la técnica de consignar en los Presupuestos anuales ordinarios las partidas necesarias para atender a los servicios enumerados en el artículo 72, entre los que se encontraban el surtido de agua y el alcantarillado, aunque mitigó esta obligatoriedad condicionándola a los recursos económicos del municipio, lo que en la práctica supuso dejar sin efecto esta imposición legal (art. 134). La insuficiencia de esta técnica es afirmada por C. MARTÍN-RETORTILLO (1956), pues en su opinión la enunciación de obligaciones mínimas no tuvo en la Ley «*otro alcance que el de mera enunciación programática*». Esta disposición estuvo vigente, por lo que a nosotros nos afecta, hasta la aprobación del Estatuto Municipal, Decreto-ley de 8 de marzo de 1924.

Siguiendo la tradición local española, su artículo 150.9 dio como exclusiva competencia de los Ayuntamientos el abastecimiento de aguas y el alcantarillado, con la novedad de configurarlos como servicios municipalizables con carácter de monopolio (art. 170). Desde un punto de vista estrictamente sanitario, el propio Estatuto impuso como obligación de los Ayuntamientos la protección de las aguas potables (art. 201.a), que se

concretó en el Reglamento de Sanidad Municipal de 1925, en el sentido de encomendar la aprobación de un reglamento sanitario y distribuir el agua potable con una composición química y de pureza bacteriológica adecuada (art. 5).

El Estatuto Municipal dio un paso más y fijó como dotación de agua 200 litros por habitante y día, aunque sólo para las poblaciones de más de 15.000 almas; para los municipios menores la dotación se reducía a 150 litros por habitante y día (art. 204.c) del Estatuto y 67 y 73 del Reglamento de Sanidad Municipal). También para el alcantarillado el Reglamento de Sanidad Municipal estableció como disposición de interés la prohibición de pozos negros, aunque autorizó la construcción de fosas sépticas (art. 10).

Una de las principales aportaciones del Estatuto Municipal a la materia que nos ocupa fue haber encomendado a los municipios, no sólo el abastecimiento y la evacuación de las aguas sucias, sino el «*dar destino a las aguas residuales*» (art. 150.9), separando esta atribución de la correspondiente al alcantarillado (art. 150.10); lo que nos lleva a pensar que el legislador estaba refiriéndose a la depuración de las aguas residuales urbanas. Esta interpretación se ve confirmada por el propio Estatuto cuando al referirse a las obras de ensanche, saneamiento y urbanización aludió, en términos muy claros, a las obras que tuvieran por objeto el «*tratamiento de aguas residuales*» (art. 18.2), incluyendo en las mismas las conducciones, redes y depósitos necesarios para la «*depuración de las aguas*» (art. 180.2.d). Completó esta regulación legal el Reglamento de Sanidad Municipal que obligó a depurar las aguas procedentes de la red de alcantarillado, prohibiendo su vertido directo a los cauces de los ríos (art. 9).

La otra gran aportación del Estatuto Municipal consistió en fijar una serie de servicios de prestación necesaria entre los que se encontraban el suministro de agua potable y la evacuación de las aguas negras; estableciendo ciertas garantías como fue la consignación presupuestaria para cumplir las obligaciones mínimas de los artículos 200 y siguientes (art. 293.5). No obstante, QUINTANA LÓPEZ (1987, p. 19) pone de manifiesto cómo esos mecanismos fueron insuficientes para poner en marcha «*la maquinaria judicial al servicio del efectivo cumplimiento de las obligaciones impuestas a los municipios por el Estado*». Un buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1935.

Proclamada la II República se somete de nuevo a debate la legislación local, tarea que culminó con la aprobación de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935. Poco aportó esta norma a la materia que tratamos. Nuevamente, reiteró la competencia municipal para prestar los servicios de suministro e inspección de aguas potables y de evacuación de las aguas negras y materias residuales, incluyendo la clausura de pozos antihigiénicos y la supresión de las aguas estancadas (art. 110.a y c); siendo municipalizables, con carácter de monopolio tanto el abastecimiento de aguas como el alcantarillado (art. 132). En relación a la configuración de estos servicios como obligaciones mínimas esta Ley introdujo la novedad de designar al Estado como el encargado de velar por el exacto cumplimiento de esas obligaciones (arts. 107 y 110). Esta última disposición llevó a C. MARTÍN-RETORTILLO (1956, p. 104) a afirmar que esas obligaciones mínimas ya no eran una enumeración programática más o menos extensa de fines que cumplir o de servicios a realizar, como aconteció con las leyes municipales de 1870 y las de 1877, sino que desde la promulgación de dicha ley, el Estado «*exigirá*» a los Ayuntamientos el exacto cumplimiento de las obligaciones mínimas impuestas.

Ya en plena guerra civil existió una preocupación del régimen franquista por dotarse de una legislación local acorde con sus principios políticos. Ese camino se inició con la creación en 1938 de una Comisión a la que se le encargó la elaboración de un proyecto de ley de gobierno y administración local. Su fruto fue la Ley de 17 de julio de 1945, que dictó las bases sobre las que se asentaría el nuevo régimen jurídico; Ley que sería modificada unos años más tarde por la Ley de 3 de diciembre de 1953. Como consecuencia de estas normas nació el Decreto de 24 de junio de 1955, por el que se aprobó el Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local.

Tanto en materia de abastecimiento de agua como de alcantarillado, esta nueva ley local supuso un importante avance. Así, en relación con el primero de los servicios, no sólo fijó como competencia municipal el surtido de agua (art 102), sino también y muy especialmente obligó a efectuar un «*abastecimiento domiciliario de agua potable*» para los núcleos urbanos de más de 5.000 habitantes (art. 103), superando el tradicional suministro en fuentes públicas. En la misma línea, y en materia de alcantarillado, la obligación municipal de prestar este servicio alcanzó a los núcleos de población de más de 5.000 habitantes (art. 103.b) en vez de los 15.000 que consideró como límite mínimo el Estatuto Municipal (art. 201). Por lo

que hacía a la depuración de las aguas residuales, el Texto Refundido local de 1955 se limitó a atribuir a los municipios, aunque ahora de forma mucho más clara, las funciones de depuración y aprovechamiento de las aguas residuales.

La fijación de una serie de servicios que debían cumplirse obligatoriamente por los municipios, según su población, entre ellos el abastecimiento domiciliario de agua potable, o en fuentes públicas, y el alcantarillado (arts. 102 y 103), generó cierta controversia en la doctrina. Por un lado, estaban autores como C. MARTÍN-RETORTILLO (1956, pp. 142 y 264) que identificaban esas obligaciones mínimas como auténticos deberes públicos y, además, preferentes respecto de cualesquiera otros por constituir un mínimo de prestaciones, si bien negaba que contra su incumplimiento pudiera «*promoverse con éxito el recurso contencioso-administrativo dados los términos exigidos en nuestro régimen jurídico para que éste pueda operar*». Más allá iban MALLOL GARCÍA (REVL, núm. 62, p. 225) que hablaba de derechos subjetivos a favor de los vecinos como correlato de la palabra obligaciones que empleaba la ley; y GARCÍA DE ENTERRÍA (1981, p. 69) que afirmaba «*la existencia de un derecho en el ciudadano*». En el polo opuesto se encontraban autores como GARRIDO FALLA (1980, p. 425) que veía serias dificultades prácticas para considerar que el servicio obligatorio se correspondiera con un derecho del particular a exigir su establecimiento; y ALBI (1960, p. 619) para quien la existencia de prestaciones mínimas no era «*determinante de verdaderos derechos subjetivos en los usuarios potenciales*». Lo cierto es que el texto de 1955 fijó un control presupuestario que asegurara esas prestaciones mínimas pudiendo entablar reclamaciones ante el Delegado de Hacienda con el fin de que no aprobara el presupuesto municipal (arts. 683 y 684); pero como dice T.R. FERNÁNDEZ (1975, p. 238) «*la inclusión del crédito en el presupuesto no equivale a la implantación efectiva del servicio*» por lo que la regla general en la materia fue la que consagraba el artículo 30 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, según el cual las Corporaciones locales tienen «*plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia*». En definitiva, parece que la idea dominante fue la de considerar a esas prestaciones, formalmente obligatorias, como carentes de fuerza vinculante. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1979 habló de que los servicios públicos obligatorios más que obligaciones propiamente dichas «*constituyen una aspiración que muchas veces por falta de medios es imposible cumplir*». O como dice la

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1990, en la creación del servicio *«existe una profunda discrecionalidad, en clara relación con las posibilidades económicas»*. Hoy, sin embargo, se trata de servicios plenamente exigibles, como veremos a continuación.

## **2. El Derecho vigente**

El régimen jurídico previsto en el Texto Refundido Local de 1955, con las precisas adaptaciones a la Constitución de 1978 que no incidieron en la materia que tratamos, permaneció vigente hasta la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

La Ley 7/1985, siguiendo con nuestra tradición histórica, determina que los municipios asumen competencias sobre los servicios de suministro de agua, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales (art. 25.2.1) si bien en los términos que disponga la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

La naturaleza de esta colaboración no permite efectuar un análisis del complejo sistema de distribución competencial que en materia de abastecimiento y saneamiento está vigente en España. Lo que tradicionalmente eran, como hemos visto, servicios de estricta responsabilidad municipal ahora se transforman en responsabilidades compartidas entre las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos con distinto alcance según se trate de uno u otro servicio.

Dejando a un lado matices y especialidades propios de cada una de las regulaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas, podemos afirmar que los municipios conservan la competencia para la ordenación de la distribución domiciliar de agua potable, es decir, el suministro del líquido elemento desde los depósitos municipales hasta las instalaciones interiores o tuberías de canalización de las edificaciones (instalaciones de fontanería). Expresado gráficamente: de puertas a dentro, el municipio es el encargado de establecer el régimen de distribución del agua; por el contrario, todo lo que concierne a la traída del agua desde la toma hasta la red de distribución municipal puede ser objeto de ordenación autonómica. Sobre su ámbito de actuación exclusivo, los Ayuntamientos asumen, en general, las atribuciones para planificar, construir y conservar las redes de suministro público, aprobar las tasas del servicio y establecer una reglamentación detallada de todo lo que afecte al funcionamiento del

servicio (formas de gestión, régimen de altas y bajas de los consumidores, corte del suministro por impago, derechos y deberes de los usuarios, etc.). En todo caso, los Ayuntamientos deben respetar aquellas regulaciones sectoriales vigentes sobre elementos conexos a este servicio local pero que exceden de las atribuciones propiamente municipales, como son las instalaciones interiores de los edificios, la dotación mínima por habitante y día y los parámetros de calidad del agua de consumo humano.

En todo caso, esta competencia municipal sobre el suministro propiamente urbano debe respetar los puntos de traída de agua en alta que fije la planificación autonómica en ejercicio de sus competencias sobre las redes supramunicipales de captación, embalse y conducción de las aguas. Este punto de unión entre las fases de aducción y distribución en baja es un elemento de coordinación interadministrativa.

En resumen, dentro del abastecimiento de agua potable se distinguen dos fases: la aducción o distribución en alta de competencia y responsabilidad de las Comunidades Autónomas y el suministro domiciliario o distribución en baja reservado a los Ayuntamientos.

En paralelo a lo que ocurre con el servicio de abastecimiento, el saneamiento se divide, también, en dos prestaciones perfectamente diferenciadas: el alcantarillado y la depuración. El servicio de alcantarillado es de estricta competencia municipal y comprende la recogida de las aguas residuales y pluviales y su evacuación a los colectores generales o a los puntos de vertido final.

La declaración del alcantarillado como servicio de competencia municipal se traduce en la atribución a la Corporación local de las siguientes facultades: planificación, construcción, explotación y mantenimiento de las redes de evacuación, control de los vertidos a la red municipal y aprobación de las tasas del servicio; así como la potestad reglamentaria local para establecer una ordenación detallada del servicio que, en la mayoría de las ocasiones, irá paralela a la regulación de la distribución domiciliaria del agua potable.

Si en los servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado podemos identificar un núcleo de competencias municipales, no ocurre lo mismo en el servicio de depuración de aguas residuales urbanas. La tendencia supramunicipal de esta prestación pública y su incidencia en un territorio que excede con mucho los estrictos términos municipales, legitiman

la intervención de otras Administraciones, especialmente de la autonómica, como poder competente para ordenar y para actuar. La tendencia generalizada que se observa en las distintas legislaciones aprobadas por los parlamentos autonómicos es la declaración de interés regional del servicio de depuración y la reserva de la actividad planificadora a la Administración autonómica, lo que se traduce en encomendar a ésta la ordenación general del servicio. La declaración genérica que hace la Ley de Bases del Régimen Local de 1985 queda así muy relativizada.

En materia de depuración de aguas no querría terminar sin apuntar una institución clave a la que han recurrido las autoridades regionales para hacer frente a los enormes desembolsos económicos imprescindibles para culminar con la tarea impuesta desde la Unión Europea de implantar un sistema eficaz de tratamiento de las aguas: el canon de saneamiento. Se trata de un ingreso finalista afecto a los costes del servicio que se declara compatible con las tradicionales tasas municipales por la distribución del agua potable y la prestación del servicio de alcantarillado. En general los gravámenes sobre los servicios de abastecimiento, alcantarillado y depuración se insertan en la línea del principio de recuperación de los costes del uso del agua formulado por la Directiva marco sobre el agua (Directiva 2000/60, de 23 de octubre, art. 9).

Retomando la evolución que ha experimentado el Derecho español sobre la exigibilidad o no de la prestación pública de los servicios de abastecimiento y saneamiento, tenemos que apelar al artículo 26.a) de la Ley de régimen local vigente que prescribe que todo municipio, con independencia de su extensión, población y recursos, debe prestar los servicios de «*abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado*».

La existencia de una obligación de hacer por parte de la Administración a favor de los ciudadanos se convertiría en una mera declaración de intenciones si el ordenamiento jurídico no dotara de medios efectivos y eficaces para exigir esa prestación pública. Consciente de ello, el legislador de 1985 articuló el mecanismo necesario para poder exigir la prestación de los servicios de abastecimiento y saneamiento. Al respecto, es el artículo 18.1 el que concede a los vecinos el derecho a «*exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio*». El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, en varias ocasiones, sobre este derecho vecinal en sentido favorable. A tal

efecto son significativas las Sentencias de 21 de noviembre de 1996, referida al abastecimiento de agua, la de 3 de octubre de 1994, referida al alcantarillado y la de 25 de abril de 1989, referida a la depuración de las aguas residuales urbanas.

Este derecho subjetivo vecinal, como cualquier otro derecho, tiene límites. El primero de ellos es de naturaleza subjetiva y trata de responder a la pregunta de quién ostenta el derecho a exigir su establecimiento y funcionamiento.

Aparentemente, la Ley de Bases de Régimen Local nos da una respuesta clara cuando habla de que son derechos de «*los vecinos*» exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio. El concepto de vecino es un concepto normativo y por tal se entiende la persona que reside en el municipio y que se halla inscrita en el padrón municipal (art. 15). No obstante, también se puede defender una noción amplia de vecino entendiendo por tal todo residente de hecho que use y disfrute de una construcción necesitada de un suministro de agua potable y de un sistema de alcantarillado adecuado. En este sentido podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2001 que apela a un concepto material de residente frente al formal de vecino propiamente dicho.

Otro límite lo constituye el objeto de la prestación pública, particularmente, el destino que debe darse al agua suministrada desde la red pública. A este respecto debe tenerse muy presente que el artículo 26.1.a LBRL (1985) habla de «*abastecimiento domiciliario de agua potable*», por lo que el aprovechamiento del agua suministrada a través de la red municipal no puede diferir en exceso del específico de un consumo humano. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo 16 diciembre 1987 ratifica un acuerdo municipal de denegación del suministro de agua a una finca por destinar los caudales al riego del huerto y no al consumo humano.

No obstante, para efectuar una adecuada interpretación de qué debe entenderse por abastecimiento de agua potable no debemos olvidar que dentro del mismo la Ley de Aguas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2001, de 20 de julio, incluye la «*dotación necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal*» (art. 60.3.1<sup>º</sup>). De una interpretación de conjunto del ordenamiento jurídico, por abastecimiento domiciliario de agua potable no debe entenderse sólo el que se realiza a

los domicilios en su acepción popular, sino que también tienen derecho a esta prestación los locales comerciales y las industrias de escaso consumo, siempre que se ubiquen en el núcleo urbano y estén conectados a la red municipal.

Esta interpretación particular del servicio de suministro de agua potable es extensible al sistema de alcantarillado, pues resultaría a mi entender incoherente que se pudiera exigir un suministro de agua pero no un sistema de evacuación de las residuales. Por ello, la lógica del sistema impone que si las viviendas, los locales comerciales y las industriales de pequeño consumo pueden acceder a un abastecimiento de agua potable, también estén facultados para engancharse al sistema de evacuación de aguas fecales.

Ahora bien, una última distinción puede formularse. Los sujetos que pretendan disponer de los servicios de suministro de agua potable y de alcantarillado en un local comercial o en industrias de pequeño consumo no están legitimados para solicitar de la Administración municipal el establecimiento o ampliación del correspondiente servicio, pues la Ley de bases del Régimen Local circunscribe estos servicios al ámbito domiciliario; estando únicamente facultados para hacer uso de ellos una vez en funcionamiento, siendo ésta la principal diferencia con los titulares de una vivienda.

Finalmente, hemos de manifestar que la incapacidad del servicio no es justificación suficiente para denegar la petición de enganche a la red municipal cuando el solicitante reúne los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para disfrutar de esta prestación pública. La actuación municipal, en estos supuestos, debe ir dirigida a ampliar la capacidad del servicio o a su implantación *ex novo* en caso de que no esté instalado.

### **III. LA PERSPECTIVA SANITARIA**

La obligatoriedad que hemos predicado del suministro domiciliario de agua potable alcanza a las características sanitarias del mismo. La regulación vigente está contenida en el Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la calidad de las aguas potables de consumo humano. Es una transposición de la Directiva 98/83, del Consejo, de 3 de noviembre, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano.

Históricamente, como afirma DE MIGUEL GARCÍA (1982, p. 602), la preocupación por la calidad de las aguas de consumo humano ha venido de la mano de la legislación sanitaria, especialmente, de la dictada a comienzos del siglo XX. A juicio de este autor, aquella inicial preocupación se redujo a una elemental acción purificadora y de vigilancia que se encomendó a los laboratorios municipales y a una acción reglamentadora de las canalizaciones, depósitos, pozos y aljibes que en algunas ocasiones llegó a ser minuciosa. No obstante, como el mismo autor constata, hubo una clara consciencia de la insuficiencia de estas medidas como lo demuestra la Orden de 5 de marzo de 1912 que llegó a ordenar la elaboración de un proyecto de Ley de Defensa del agua potable.

La norma más importante de principios de siglo fue la Instrucción General de Sanidad de 12 de enero de 1904 que encomendó a la higiene municipal el suministro de aguas y la obligación de vigilar su pureza tanto en los depósitos, como en las cañerías y manantiales. Para el cumplimiento de estos objetivos, los Ayuntamientos debían elaborar un «Reglamento de higiene» que detallara las prescripciones a cumplir en orden a la protección de las aguas que discurrieran por su término (arts. 110 y 111).

Le siguió en el tiempo, como norma más significativa, el Real Decreto de 9 de febrero de 1925, aprobatorio del Reglamento de Sanidad Municipal, ya citado en este trabajo. A tenor del mismo, pesaba sobre los Ayuntamientos la obligación primordial de proveer a la población de agua potable en pureza y cantidad suficiente, precisando que, como la potabilidad química era deficiente en muchas comarcas de España debido a la excesiva mineralización del agua, los municipios estaban obligados a implantar procedimientos que corrigiesen ese defecto excesivo. En general, se prescribía la potabilización de todos los abastos de aguas que pudieran ser polucionados por materias susceptibles de provocar infecciones, siendo el municipio el responsable último.

La principal novedad del Reglamento de Sanidad Municipal estuvo en que extendió la preocupación por la pureza de las aguas a los cauces o lugares de captación, conducción y distribución, yendo más allá del simple lugar de consumo final, quedando terminantemente prohibida la polución de los cursos superficiales de agua y de los manantiales, pozos y depósitos (arts. 5 y 6).

No fue hasta la aprobación del Código Alimentario de 21 de septiembre de 1967 (Decreto 2484/1967) cuando el Derecho español dio

un verdadero paso hacia un sistema moderno de potabilización de las aguas de consumo humano. En este sentido, se fijaron los caracteres físicos, químicos y microbiológicos, distinguiendo en los tres casos entre valores tolerables y valores convenientes; además de un límite máximo a la radioactividad y valores límite para ciertos componentes calificados de extraños. En función del cumplimiento de las características diseñadas por la norma, el Código clasificó las aguas en potables, sanitariamente tolerables y no potables, prohibiendo, con carácter general, el consumo humano de aguas no potables pero permitiendo el uso de agua sanitariamente tolerable cuando no se dispusiera de otra fuente de mejor calidad.

Junto a las características de potabilidad de las aguas, el Código configuró una acción de vigilancia y control, obligando a un análisis periódico de las aguas, tanto a la salida de las instalaciones de tratamiento como en la red de distribución, especialmente en las zonas más alejadas de los puntos de origen.

El Código Alimentario fue expresamente derogado, en lo que al agua potable se refiere, por el Real Decreto 1423/1982, de 18 de junio, que aprobó la reglamentación técnico-sanitaria para el abastecimiento y control de calidad de las aguas potables de consumo humano.

La nueva reglamentación siguió la clasificación tripartita establecida por el Código si bien incrementó la relación de sustancias a controlar para determinar la calidad de las aguas de consumo humano. También operó una importante modificación en el tema de la vigilancia de las aguas. Frente a la simple regulación de la frecuencia de muestreo y la periodicidad de los análisis que establecía el Código, el reglamento de 1982 recogió los métodos de análisis (análisis mínimo, análisis normal y análisis completo —arts. 25 y 26—), obligó a las entidades suministradoras a tener servicios de control de la potabilidad del agua en todas las poblaciones de, al menos, diez mil habitantes, y prescribió como posibles procesos de tratamiento la coagulación, la sedimentación, la absorción, la filtración y la desinfección (art. 12).

Por lo demás, la reglamentación técnico-sanitaria volvió a reiterar la obligación municipal de prestar el servicio de abastecimiento de agua; la prohibición de otorgar licencia para nuevas instalaciones si se carecía del agua potable necesaria; la posibilidad excepcional de emplear agua sanitariamente permisible previa autorización ad hoc e introdujo una dis-

posición nueva en virtud de la cual se fijó el volumen de cien litros como dotación mínima por persona y día (arts. 7 y 16).

La Directiva 80/778, de 15 de julio, fue transpuesta a nuestro Derecho por el Real Decreto 1138/1990, de 14 de septiembre, que derogó el Real Decreto 1423/1982, de 18 de junio. La aprobación de la Directiva del Consejo 98/83, de 3 de noviembre, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano, ha determinado la obligación del Estado de adaptar la normativa interna a las nuevas exigencias comunitarias lo que se ha producido con la aprobación del Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que establecen los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano.

De la nueva reglamentación sólo vamos a destacar los siguientes aspectos. En primer lugar que el control sanitario se extiende a las propias instalaciones que permiten el suministro desde la captación hasta el grifo del consumidor, tal es así que las aguas deben cumplir los requisitos de calidad en *«el punto en el cual surge de los grifos que son utilizados habitualmente para el consumo humano»*. Para el caso de que la distribución se efectúe a partir de cisternas o depósitos móviles, el control se realiza en el *«punto en que (el agua) se pone a disposición del consumidor»* (arts. 1 y 6). Es decir, las autoridades sanitarias son conscientes de que el transporte y conducción de las aguas puede alterar su grado de potabilización.

En segundo lugar, hemos de señalar que la reglamentación técnico-sanitaria se extiende al punto de captación, si bien con la siguiente prescripción genérica: *«la calidad del agua de la captación deberá ser tal que pueda ser potabilizada con los tratamientos de potabilización previstos en el abastecimiento»*. No existe en el Derecho español una normativa específica que proteja los puntos de origen del agua disponiendo, únicamente, que *«la entidad pública o privada responsable de la construcción de la captación deberá instalar las medidas de protección adecuadas y señalar de forma visible para su identificación como punto de captación de aguas destinada al abastecimiento de la población con el fin de evitar la contaminación y degradación de la calidad del agua»* (art. 7). Son lo que se ha dado en denominar *«aguas prepotables»* y a ellas se refiere brevemente la Directiva 2000/60, del Parlamento y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (art. 7).

Finalmente, todo el sistema de control y vigilancia de las aguas determina su clasificación en «*apta para el consumo*» y «*no apta para el consumo*», superando así la clasificación tripartita del Código Alimentario. El agua no apta para el consumo puede ser calificada, además, como «*no apta para el consumo y con riesgos para la salud*» (art. 17). La responsabilidad principal en este control sanitario corresponde a las Comunidades Autónomas en su condición de «*autoridad sanitaria*», si bien los municipios son los responsables de asegurar que el agua suministrada a través de cualquier red de distribución, cisterna o depósito móvil en su ámbito territorial sea apta para el consumo en el punto de entrega al consumidor (arts. 2, 4 y 19).

Por lo demás, la reglamentación de 2003 mantiene en 100 litros por habitante y día la dotación mínima de agua (art. 7.1).

## BIBLIOGRAFÍA

ALBI, Fernando (1960): *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, Aguilar.

ÁLVAREZ CARREÑO, S. M. (2002): *El régimen jurídico de la depuración de aguas residuales urbanas*, Madrid, Montecorvo.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M. (2004): *El abastecimiento de agua en España*, Madrid, Cívitas.

BLANQUER, David (2005): *La iniciativa privada y el ciclo integral del agua*, Valencia, Tirant lo Blanch.

CALVO MIRANDA, J. L. (2002): *El ciclo urbano del agua: abastecimiento, alcantarillado y depuración, tres responsabilidades municipales*, Zaragoza, El Justicia de Aragón.

DE MIGUEL GARCÍA, P. (1982): *Contaminación y calidad de aguas continentales: el Derecho español ante la normativa de la Comunidad Económica Europea*, en «*Revista Española de Derecho Administrativo*» (REDA), núm. 35.

EMBID IRUJO, Antonio (1996): *Los servicios públicos del agua: su problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales*, en esta REVISTA, núm. 9.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1975): *Responsabilidad municipal por daños causados por los servicios públicos*, en «Revista Española de Derecho Administrativo» (RED), núm. 5.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo. Vol. I y II*, Madrid, Cívitas, segunda edición, 1975 y 1981, respectivamente.

GARRIDO LOPERA, F. (1973): *El servicio público de abastecimiento de agua a poblaciones*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local.

MALLOL GARCÍA, J.: *Carácter de las obligaciones mínimas de las Entidades locales y acciones de los vecinos para conseguir su cumplimiento*, en «Revista de Estudios de la Vida Local» (actual «Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica»), núm. 62.

MARTÍN-RETORTILLO, C. (1956): *Las obligaciones mínimas de los Ayuntamientos*, Madrid, Instituto Editorial Reus.

MARTÍN-RETORTILLO, S. (1997): *Derecho de Aguas*, Madrid, Cívitas.

MOLINA GIMÉNEZ, A. (2001): *El servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones. El contexto liberador*, Valencia, Tirant lo blanch.

QUINTANA LÓPEZ, T. (1987): *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Madrid, Cuadernos Cívitas.

PALLARÉS MORENO, M. (1966): *El régimen de auxilios a las obras de abastecimiento de aguas y saneamiento de poblaciones*, en «Revista de Estudios de la Vida Local» (actual «Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica»), núm. 145.

SETUAIN MENDIA, B. (2002): *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen jurídico*, Valladolid, Lex Nova.



# **RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DEL DERECHO DE ADMISIÓN EN ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO ANDALUZ<sup>(\*)</sup>**

MARÍA LUISA ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS

*SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DERECHO DE ADMISIÓN.– II. MARCO NORMATIVO VIGENTE EN ANDALUCÍA.– III. SOBRE EL POSIBLE ENCAJE DEL DERECHO ADMISIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.– IV. DELIMITACIÓN SUBJETIVA: LA TITULARIDAD DEL DERECHO ADMISIÓN.– V. DELIMITACIÓN OBJETIVA: CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, ACTIVIDADES RECREATIVAS Y ESPECTÁCULOS PÚBLICOS.– VI. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL EJERCICIO DE LA RESERVA DEL DERECHO DE ADMISIÓN: 1. Requisitos de ejercicio: A) Aclaraciones previas: limitaciones y condiciones específicas de admisión. B) Condiciones específicas de admisión: objetividad y publicidad. B.1) Objetividad: a) Prohibición de introducir alimentos o bebidas. b) Prohibición de fumar. c) Prohibición de acceso con animales. d) Prohibición del uso de cámaras fotográficas, videograbadoras o de grabadoras con sonido en establecimientos autorizados para la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades culturales o sociales. e) Prohibición del acceso de menores de dieciocho años a discotecas, salas de fiesta, pubs y bares con música. f) Condiciones que establezcan una determinada etiqueta indumentaria o de calzado. B.2) Publicidad. C). Breve referencia al procedimiento de autorización.– 7. REFLEXIÓN FINAL.– BIBLIOGRAFÍA.– ANEXOS NORMATIVOS.*

*RESUMEN:* La existencia de normas específicas en las que se disciplina el ejercicio del denominado «derecho de admisión» es relativamente reciente. En Andalucía, en el año 2003 se publica el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos Públicos y Actividades Recreativas. Sin embargo, la doctrina ha prestado escasa atención a los diversos problemas que se plantean en relación con la configuración legal de este derecho y su ejercicio, no existiendo

---

(\*) El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto I+D del Ministerio de Educación y Ciencia «El alojamiento turístico y sus especies: hacia la construcción de su estatuto jurídico público y privado» (SEJ 2006-05872), del que es investigador principal el Prof. José Ángel Torres Lana, Catedrático de Derecho civil de la UIB.

apenas trabajos al respecto. El objetivo de este artículo es realizar una aproximación a algunas cuestiones jurídicas que se plantean con relación al derecho de admisión, con especial atención al régimen de intervención administrativa.

*Palabras clave:* derecho de admisión; intervención administrativa; Comunidad Autónoma de Andalucía.

*ABSTRACT:* Specifics rules concerning the so-called «right of admission» is quite recent in Spain. In 2003, Andalusian Government passed the General Regulation concerning Admission of people in public premises. However, since then, scholars have hardly studied the problems that arise from this new regulation. The aim of this paper is to offer a general approach to some of the legal problems connected with this topic, with special attention to the role of the Spanish Administration.

*Key words:* right of admission; administrative control; Andalusia Autonomous Region.

## I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DERECHO DE ADMISIÓN

El cartel con la leyenda «*reservado el derecho de admisión*» puede encontrarse con bastante frecuencia en la puerta de determinados establecimientos abiertos al público. Suele estar en la puerta de pubs o discotecas pero también en restaurantes, cafeterías, casinos o salas de juego. Qué duda cabe que su sola presencia provoca cierta inquietud a los ciudadanos que, no sin razón, tememos que a su amparo se nos pueda denegar la entrada esgrimiendo las razones más peregrinas. A lo largo de nuestra vida, casi todos nos hemos encontrado en alguna ocasión con la desagradable sorpresa de que el portero de uno de estos establecimientos nos ha informado, con más o menos amabilidad, que no podíamos acceder a su interior por no cumplir ciertos criterios establecidos por la empresa. En definitiva, se nos impide la entrada con el argumento de que se encuentra «*reservado el derecho de admisión*».

Es curioso que esta advertencia tan habitual como asumida por todos resulte, como regla general, desconocida en su contenido y alcance. Porque ¿qué significa realmente que está reservado el derecho de admisión? ¿Puede denegarse lícitamente la entrada en un establecimiento abierto al público? En caso de ser así ¿en qué tipo de establecimientos y bajo qué condiciones podrá impedirse el acceso esgrimiendo dicho derecho? ¿A quien corresponde su titularidad? ¿Cuál es su naturaleza jurídica?

¿Qué papel juega o debe jugar la Administración en el control de su ejercicio?

Son preguntas importantes que requieren respuestas contundentes, pues, como se verá, en juego está la protección de derechos fundamentales que entran en conflicto. Si bien es cierto que existen valiosas aportaciones en torno a los espectáculos públicos (1), la doctrina no ha prestado especial atención a la problemática que el ejercicio del derecho de admisión plantea. El objeto de este trabajo es, pues, tratar de contestar a ciertas cuestiones que aún no han encontrado respuesta. Para ello se ha tomado como referencia la normativa andaluza, si bien, las conclusiones que se extraigan en este proceso resultan perfectamente extrapolables al resto de las Comunidades Autónomas cuya regulación coincide, al menos sustancialmente, con las de aquélla.

## II. MARCO NORMATIVO VIGENTE EN ANDALUCÍA

La Constitución Española no menciona los espectáculos públicos entre las listas competenciales de los artículos 148 y 149. En un principio, esta materia se reguló a nivel estatal por el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto (2), que aprobó el Reglamento General de Policía de espectáculos públicos y actividades recreativas (3) (en adelante, REGP) promulgado al amparo de las competencias exclusivas del Estado en materia de seguridad pública (art. 149.1.29 CE). En él se contiene, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, una específica cobertura para la reserva del derecho de admisión, al prever su artículo 59 que: «*El público no podrá: e) Entrar en el recinto o local sin cumplir los requisitos a los que la empresa tuviese condicionado el derecho de admisión, a través de su publicidad*

(1) Vid., por ejemplo, los trabajos de LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F (1989): *Espectáculos y establecimientos públicos*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, o CASTILLO BLANCO, F. y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, M<sup>a</sup> P. (2000), *Espectáculos públicos y actividades recreativas: Régimen jurídico y problemática actual*. Lex Nova, Barcelona.

(2) BOE núm. 267, de 6 de noviembre.

(3) Su oportunidad se justifica en su Preámbulo, «*si se tiene en cuenta que han transcurrido más de cuarenta y cinco años desde que se promulgara el vigente (Reglamento) de tres de mayo de 1935 y que, durante ese tiempo, han cambiado sustancialmente la problemática general de los espectáculos, las preocupaciones y actitudes de la sociedad destinataria de los mismos y las estructuras administrativas encargadas de velar por la protección de los intereses generales relacionadas con ellos*». Posteriormente ha sido modificado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo [BOE núm. 74, de 28 de marzo] y por el Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo [BOE núm. 72, de 24 de marzo].

*o mediante carteles, bien visibles, colocados en los lugares de acceso, haciendo constar claramente tales requisitos».*

Sin embargo, la aplicación del REGP planteó no pocos problemas derivados de su insuficiente rango normativo con la consiguiente imposibilidad de llevar a la práctica muchas de sus prescripciones (4). Tras la aprobación de los Estatutos de Autonomía y la promulgación de la Ley orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, todas las Comunidades Autónomas han asumido como propia la competencia sobre espectáculos públicos, dictando disposiciones concretas que desplazan al REGP, cuyas prescripciones, no obstante, seguirán aplicándose en lo que afecten a la seguridad pública, competencia exclusiva del Estado, como se ha indicado. Asimismo, el REGP se aplica transitoriamente en aquellas Comunidades Autónomas que no disponen de normativa específica al respecto (5).

En las leyes autonómicas sobre espectáculos públicos no suele contenerse una completa regulación del derecho de admisión sino que esta cuestión se remite a un ulterior desarrollo reglamentario. Concretamente, en Andalucía, el artículo 13.32 de su Estatuto atribuyó a esta Comunidad competencia exclusiva en esta materia, *«sin perjuicio de las competencias del Estado»* (6). El traspaso efectivo de competencias se llevó a cabo por RD 177/1984, de 18 de julio, y la norma de cabecera es la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, Ley que sirve de fundamento (7) al Decreto 10/2003, de 28 de enero,

---

(4) El principal problema se planteó en relación con el régimen sancionador. Sobre este punto puede verse el trabajo de ROMERO SOLÍS, E.: (1995): «La reciente evolución jurisprudencial en torno al principio de legalidad en el Derecho administrativo sancionador. A propósito del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de 27 de agosto de 1982», RAAP núm. 21, págs. 123 y ss. Vid. También SOLA TEYSSIERE, J.: (2001), «La Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía: delimitación de competencias y ámbito de aplicación», RAAP núm. 43, págs. 311 y ss.

Sobre la potestad sancionadora de la Administración y los problemas que plantea, vid. la obra de GALLARDO CASTILLO, M<sup>a</sup> J. (2008): *Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica*. Lustel, Madrid.

(5) La enumeración de las distintas normas autonómicas en materia de espectáculos públicos se contiene en el Anexo I.

(6) Sobre la distribución de competencias en materia de espectáculos públicos vid. SOLA TEYSSIERE, J. (2001), págs. 311 y ss.

(7) Conforme al art. 5.5 de la misma *«Sin perjuicio de cualesquiera otras competencias que tengan atribuidas, corresponderá a los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma: (...)»*.

5. *Establecer los requisitos y condiciones reglamentarias de admisión de las personas en los mencionados establecimientos públicos».*

que aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas en Andalucía (en adelante, RGAA), desarrollado, a su vez, por la Orden de 11 de marzo de 2003 (8). La normativa expuesta resulta aplicable a las actividades recreativas, espectáculos públicos y establecimientos enumerados en el RD 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Nomenclátor y Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía.

Pues bien, a la hora de determinar qué deba entenderse por derecho de admisión, nos encontramos con que el RGAA no contiene una clara configuración del mismo, limitándose a señalar en su artículo 4 (9) que *«podrá ser ejercido por las personas titulares de los establecimientos públicos, las empresas organizadoras de espectáculos y actividades recreativas, así como por el personal dependiente de éstos, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre (10), con los requisitos, condiciones y autorizaciones administrativas previas establecidos en el presente Reglamento y en sus normas de desarrollo»*.

Por fortuna, a diferencia de lo que ocurre en la norma andaluza, otras Comunidades Autónomas sí han tratado de definirlo. (11) A la vista de lo dispuesto en ellas, puede afirmarse que el derecho de admisión es aquella facultad que corresponde a los titulares de los establecimientos abiertos al público y a los organizadores de espectáculos públicos y actividades

---

(8) Las enumeración de las normas autonómicas reguladoras del derecho de admisión se contiene en el Anexo II.

(9) Debe tenerse en cuenta que el texto transcrito es fruto de la modificación operada por el Decreto 258/2007, de 9 de octubre, que trae su causa de las sentencias del TSJA de 25 de abril y 23 de mayo de 2006.

(10) Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía (BOJA núm. 152, de 31 de diciembre).

(11) Tal es el caso del Decreto catalán 200/1999, de 27 de julio (DOGC núm. 2942, de 30 de julio), que regula el Derecho de admisión en establecimientos públicos donde se realizan espectáculos y actividades recreativas, cuyo artículo 2 dispone que: *«Se entiende por derecho de admisión la facultad que tienen los titulares de los establecimientos públicos y los organizadores de espectáculos y actividades recreativas de determinar las condiciones de acceso a éstos dentro de los límites legales establecidos en este Decreto»*. En el mismo sentido *vid.*, entre otros, el art. 2 del Decreto aragonés 23/2010, de 23 de febrero (BOA núm. 46, de 8 de marzo), que se aprueba el Reglamento de admisión en espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de Aragón y el art. 129 del Decreto valenciano 52/2010, de 26 de marzo (DOCV núm. 6236, de 30 de marzo), que aprueba el Reglamento de espectáculos, establecimientos públicos y actividades recreativas en la Comunidad Valenciana.

recreativas para decidir las condiciones a las que puede subordinarse el libre acceso y permanencia de los ciudadanos a dichos establecimientos, espectáculos o actividades, dentro de los límites legal y reglamentariamente establecidos.

La lectura de esta definición permite vislumbrar la complicación de un tema que se anuncia como polémico. Veamos, a continuación, alguna de las cuestiones principales que se suscitan en relación con el mismo.

### III. SOBRE EL POSIBLE ENCAJE DEL DERECHO DE ADMISIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

El derecho de admisión es una facultad (12) del titular del establecimiento, espectáculo público o actividad recreativa que se engloba dentro de su derecho fundamental a la libertad de empresa (art. 38 CE) (13). Su reconocimiento le permite decidir la forma en que va a organizar u orientar su negocio o actividad, seleccionando a la clientela de acuerdo con los criterios que estime más oportunos.

Ahora bien, como es sabido, la libertad de empresa, verdadero derecho subjetivo del empresario (14), no tiene carácter absoluto sino que está

---

(12) Para ARIÑO ORTIZ, G. (2001), *Principios de derecho público económico* (2ª ed.). Comares, Granada, pág. 221, la libertad de empresa se integra por los siguientes aspectos esenciales:

1. Libertad de *creación* de empresas y de acceso al mercado
2. Libertad de *organización*: de elección de nombre, de emplazamiento, de forma de organización, y de composición de los órganos de dirección.
3. Libertad de *dirección*: de producción, de inversión, de política comercial, de precios, de competencia leal y de contratación.

(13) Tal libertad se consagraba de forma expresa para las empresas turísticas en el art. 8 del Estatuto Ordenador de las Empresas y Actividades Turísticas de 1965 (BOE núm. 30 de 4 de febrero), hoy derogado por el RD 39/2010, de 15 de enero. Dicho RD deja sin efecto diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio, derogación que se justifica en la necesaria adaptación de la normativa española a las exigencias derivadas de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior, incorporada al ordenamiento interno por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (BOE núm. 283, de 24 de noviembre), sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, a la que sigue la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (BOE núm. 308, de 23 de diciembre), de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

(14) Como derecho fundamental que es, resultan aplicables a la libertad de empresa las garantías previstas en el art. 53 de la CE.

sujeta a una serie de limitaciones (15) orientadas a proteger otros bienes constitucionales o intereses sociales, como el respeto a los derechos de los demás (la seguridad o los derechos de los consumidores) y los previstos, en general, en las leyes y en la propia Constitución. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones «*no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo que pretenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de la libertad pública protegida, un sacrificio menor*» [SSTC 26/1981, de 17 de julio (FJ. 15<sup>º</sup>) y 109/2003, de 5 de junio (FJ 15<sup>º</sup>)].

Por tanto, si bien es indudable que el empresario puede legítimamente condicionar el acceso y permanencia en su local o espectáculo al cumplimiento de ciertos requisitos, esa decisión se encuentra sometida a la constatación de que, en ningún caso, puede suponer una discriminación arbitraria y no justificada: la protección de la dignidad de la persona, la defensa de la igualdad y el derecho a un trato no discriminatorio, son derechos fundamentales que legitiman suficientemente la existencia de una regulación, que discipline el modo en que el derecho de admisión (16) puede hacerse valer.

La relevancia de incluir el derecho de admisión como manifestación de la libertad de empresa deriva de las consecuencias que se anudan

---

(15) Para PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2008), en su comentario al art. 38 de la Constitución, incluido en CASAS BAAMONDE, E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., *Comentarios a la Constitución española*. Wolters Kluwer, Madrid, pág. 994, «*Debe considerarse limitación a la libertad de empresa cualquier regulación que obligue a una persona a desarrollar una actividad; que le impida desarrollarla (...); que someta dichas actividades a la obtención de un permiso, licencia autorización o concesión; que establezca las condiciones en que puede adquirirse o comercializarse el producto o servicio; que sujete la producción o prestación de servicios al cumplimiento de requisitos de cualificación personal y, en general, cualquier limitación de la libre competencia*».

(16) Como señalan PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2008), pág. 993, «*Partiendo de la premisa de que existen intereses públicos que justifican la adopción de medidas restrictivas de la libertad empresarial, todo el problema se sustancia en la debida aplicación del juicio de proporcionalidad que conducirá a rechazar la medida como inconstitucional cuando se verifique que no era adecuada, necesaria y/o proporcionada (...). El método de la ponderación y el juicio de proporcionalidad constituyen una exigencia derivada de la unidad de la Constitución que reclama salvaguardar al máximo la eficacia de los bienes constitucionales que se contraponen (...)*».

al carácter fundamental (17) de tal derecho, ya que tal calificación conlleva la inmediata consecuencia de que su regulación —y por tanto, las determinaciones del modo en que el derecho de admisión puede hacerse efectiva— debe hacerse necesariamente por ley. Ahora bien, es doctrina ya consolidada que el principio de legalidad no significa no quepa en modo alguno la colaboración reglamentaria. Tal colaboración es posible (18), siempre y cuando se sitúe dentro del marco y con sujeción a los requisitos que en la ley se establecen. De este modo, es legítimo que reglamentariamente se concreten los perfiles del derecho de admisión, pues la reserva legal sólo se refiere a la regulación general de la libertad y no impide una intervención por medio de normas reglamentarias que, con fundamento en otras normas legales, desarrollen o modulen condiciones concretas de su ejercicio [STC 8/1984, de 24 de julio]. De ahí que las normas autonómicas regulen las condiciones básicas de su ejercicio en una ley, pero sin agotar su regulación que se remite a un posterior desarrollo reglamentario. Así se ha hecho en Andalucía, pues, como se ha anticipado, el RGAA trae su causa de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, cuyo artículo 5 encomienda a un posterior desarrollo reglamentario la regulación de los requisitos y condiciones de admisión en espectáculos públicos, detallando su artículo 7 las condiciones genéricas de su ejercicio, habilitación que, por tanto, cumplimenta adecuadamente la exigencia requerida de reserva legal.

#### **IV. DELIMITACIÓN SUBJETIVA: LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE ADMISIÓN**

La lectura de las normas regionales sobre derecho de admisión permite deducir los elementos personales o subjetivos de dicho derecho. En este

---

(17) No hay duda que la libertad de empresa es un derecho fundamental. Como señala acertadamente ARAGÓN, M. (1996): «Constitución económica y libertad de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Civitas, Madrid, pág. 170, «el hecho de que no esté protegido por el recurso de amparo ni reservada su regulación de su ejercicio a ley orgánica, al estar situado el artículo 38 CE en la Sección 2ª del Capítulo 2º del Título I de la Constitución, no significa que deje de ser derecho fundamental, cualidad que tienen todos los derechos del Capítulo 2º como se desprende con claridad de las previsiones contenidas en el artículo 53.1 CE; su tutela frente al legislador corresponde al Tribunal Constitucional, y su tutela frente a todos los demás poderes públicos y particulares corresponde a los jueces y tribunales ordinarios».

(18) En este sentido, *vid.* RUBIO LORENTE, F (1996): «La libertad de empresa en la Constitución», en *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Civitas, Madrid, pág. 438.

sentido, resulta claro que el sujeto activo del mismo es el titular del establecimiento, organizador del espectáculo público o actividad recreativa, pues es él el que decide las condiciones a las que admisión va a sujetarse y que, una vez aprobadas, podrán hacerse valer frente al público. La titularidad no debe identificarse necesariamente con la propiedad sino con la titularidad administrativa, de manera que el titular de la licencia de apertura o el que haya obtenido la autorización para la celebración de un espectáculo o actividad es también titular del derecho de admisión. Por lo demás, debe precisarse que, aún cuando se hable de «*empresas organizadoras*», el término empresa se utiliza en sentido amplio comprendiendo, por ende, tanto los sujetos privados como públicos

En la identificación del titular del derecho, pueden criticarse algunas imprecisiones advertidas en la norma andaluza cuyo Preámbulo se refiere al derecho de admisión como el que «*asiste a todos los consumidores y usuarios para ser admitidos, con carácter general y en las mismas condiciones objetivas, en todos los establecimientos públicos que se dediquen a la celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas, siempre que la capacidad del aforo lo permita y no concurra alguna de las causas de exclusión previstas en el Reglamento*».

Si, como acaba de indicarse, el derecho de admisión es aquél que permite singularizar las condiciones de acceso, atribuirlo a los usuarios es técnicamente incorrecto, pues estos no son sino titulares del derecho a acceder (o ser admitidos, si se prefiere) en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos.

El error apuntado es remanente de la deficiente configuración del derecho que se recogía en la redacción original del Decreto (19), redacción que, como se verá, tuvo que ser rectificada tras la anulación de varios de sus preceptos por el TSJA. En efecto, la versión original de aquél atribuía de forma equivocada en su artículo 4 la titularidad del derecho de admisión a los consumidores y usuarios cuando, como se ha indicado, ésta corresponde al titular establecimiento o al organizador del espectáculo o actividad recreativa (20). A los usuarios o espectadores

---

(19) Probablemente esta confusión proviene de haber tomado como referencia lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 13/1999, cuyo apartado e) incluye como derecho de los espectadores o asistentes el de ser admitidos en las mismas condiciones objetivas que cualquier otro usuario.

(20) Con un tenor prácticamente idéntico al del Preámbulo, el antiguo art. 4, disponía que «*A los efectos del presente Reglamento se entiende por derecho de admisión el que asiste a todos*

no asiste más derecho que el de acceder a dichos establecimientos en condiciones de igualdad. Aún cuando tal imprecisión fue corregida por el Decreto 258/2007, de 9 de octubre (21), pudo haberse evitado desde el principio ya que el error se puso de manifiesto en el informe del Gabinete Jurídico y por el Consejo de Gobierno antes de la publicación del texto definitivo. Sin embargo, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Gobernación y Administración Pública, no realizó corrección alguna en la propuesta, dejación que desembocó, como era previsible, en la anulación de determinados preceptos por la STSJA de 23 de mayo de 2006 (22). Y es que como destaca el FJ 4º de dicha sentencia, si bien la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía remite al posterior desarrollo reglamentario la fijación de «los requisitos y condiciones de admisión de personas en establecimientos públicos y la posibilidad de que los titulares de establecimientos públicos puedan establecer condiciones objetivas de admisión (...) dicha habilitación legal, lo que no permite es alterar o regular de manera distinta el derecho de admisión, facultad del titular del establecimiento conceptuando como tal el de los usuarios y consumidores (...). Por tanto, si bien es cierto que la Ley habilita al Reglamento para que se establezcan los requisitos y condiciones para el ejercicio de ese derecho de admisión por el titular del establecimiento y que aquéllos puedan establecer también condiciones objetivas, no le habilita para definir un derecho que corresponde a la Ley, y menos para cambiar el titular del mismo, creando la confusión denunciada y afectando a la seguridad jurídica, por cuanto, si bien el artículo 4 define el derecho de admisión como el de los usuarios y consumidores, las condiciones y requisitos están referidos siempre al titular del establecimiento, de ahí que deba ser declarada la nulidad de ese artículo 4, que no afecta a los siguientes en cuanto correctamente se refieren al titular del establecimiento como el que tiene la facultad de establecer las condiciones o requisitos de admisión, siendo los usuarios y consumidores titulares del derecho de acceso, no del de admisión».

---

los consumidores y usuarios para ser admitidos, con carácter general y en las mismas condiciones objetivas, en todos los establecimientos públicos que se dediquen a la celebración de espectáculos públicos y al desarrollo de actividades recreativas siempre que la capacidad del aforo lo permita y no concurra alguna de las causas de exclusión previstas en el presente Reglamento».

(21) BOJA núm. 211, de 25 de octubre.

(22) Ponente Ilma. Sra. María Luisa Alejandre Durán.

Por otra parte, debe diferenciarse entre la *titularidad* del derecho que, como se ha indicado, corresponde a los titulares administrativos, y la *actividad material de permitir o impedir el acceso* que corresponde indistintamente a éstos o a los trabajadores empleados o dependientes a su servicio y que, en cualquier caso, deberá realizarse con cumplido respeto a las condiciones de admisión visadas por la Administración. De ahí que no pueda recibir favorable acogida los términos en que se expresa el artículo 4 del RGAA en el que se afirma que el derecho de admisión podrá ser ejercido por las personas titulares de los establecimientos públicos, las empresas organizadoras de espectáculos públicos y «*por el personal dependiente de éstos*», en cuanto parece dar a entender que estos últimos son titulares de este derecho cuando, como se ha indicado, son simples ejecutores materiales del mismo.

Además, el RGAA diferencia entre las personas que ejercen la actividad de admisión —que integran el denominado «*servicio de admisión*» (los «*porteros*»)— y aquellas otras encargadas de los «*servicios de vigilancia*»:

— Por servicio de admisión se entiende «*el prestado por personal dependiente del titular del local u organizador del espectáculo público al objeto de llevar el control del acceso de los usuario*» (art. 10 RGAA). Dicho servicio se prevé como obligatorio para los establecimientos públicos para cuyo acceso se exija el abono de un precio para acceder o para ocupar una localidad en el interior de los mismos (cines, teatros, etc.), por lo que no es necesario para otros en los que no concurre esta circunstancia (cafeterías, bares, hoteles o restaurantes). Las funciones del servicio de admisión se enumeran en el art. 11 del RGAA y consisten, básicamente, en supervisar que en los usuarios o espectadores concurren las condiciones a las que se subordina el acceso y que estos han adquirido, de ser necesario, el correspondiente ticket o entrada (23). No les corresponde, por tanto, impedir el

---

(23) En concreto, las funciones del servicio de vigilancia se enumeran en el art. 11 del RGAA y son las siguientes:

- a) Asegurar el normal desarrollo de la entrada de personas al establecimiento público, espectáculo público o actividad recreativa.
- b) Requerir la intervención del personal de vigilancia del establecimiento para que impida el acceso de las personas que incurran en los supuestos del art. 5 o incumplan las condiciones específicas de admisión autorizadas e indicadas en el cartel situado a la entrada del mismo.
- c) Controlar, en su caso, la adquisición de la entrada o localidad por parte de los asistentes al establecimiento.

acceso, o en su caso, proceder a la expulsión de aquéllos que hubieran accedido indebidamente al establecimiento, función que se encuentra asignada al personal integrado en el servicio de vigilancia al que habrá de acudir de ser necesario (24). En este punto, se echa en falta en el RGAA, a diferencia de lo que ocurre en otras normas autonómicas, una regulación pormenorizada del régimen del personal de admisión con especificación de los requisitos que deben concurrir en las personas que pretendan actuar como tales. La exigencia de personal cualificado contribuiría, sin duda, a reducir las situaciones de abuso que, lamentablemente, se producen con más frecuencia de la deseada, previendo las precauciones precisas para que la actividad se lleve a cabo con todas las garantías para la libertad, seguridad e igualdad del público tanto en el acceso como en el interior del establecimiento (25).

— Por su parte, el servicio de vigilancia se configura como aquel prestado en establecimientos públicos y actividades recreativas por vigilantes de seguridad integrados en empresas de seguridad privada debidamente autorizadas e inscritas en el Registro General de Empresas de Seguridad del Ministerio del Interior (arts. 13 y 14 del RGAA), que ejercerán las funciones previstas en la normativa sobre seguridad privada (26). Sólo ellos podrán llevar a cabo tales funciones y no el personal que integra el servicio de admisión, constituyendo el incumplimiento de esta previsión infracción muy grave que podrá ser sancionada con multas de 3.005,07

- 
- d) Colaborar en las inspecciones o controles reglamentarios establecidos en la normativa vigente.
  - e) Comprobar la edad de las personas que pretendan acceder al local cuando sea procedente.
  - f) Comprobar el buen funcionamiento de los servicios que garantizan la comodidad y salubridad de los usuarios como el de guardarropía, aseos y correcto funcionamiento de las máquinas expendedoras y dispensadoras de productos o servicios instaladas en el establecimiento.
  - g) Asegurar y facilitar el acceso de las personas asistentes discapacitadas al establecimiento.

(24) *Vid.* art. 11 b) RGAA.

(25) En el Decreto aragonés 23/2010, de 23 de febrero, se detallan los requisitos que deben concurrir para poder ejercer la actividad de admisión (no tener antecedentes penales, ser mayor de edad, poseer los suficientes conocimientos de la lengua castellana, titulación mínima...), así como haber seguido y superado un curso de preparación y la superación de determinadas pruebas en centros autorizados.

(26) *Vid.* Ley 23/1992, de 30 de julio (BOE núm. 186, de 4 de agosto), de Seguridad Privada.

a 30.050,61 euros (27). Además, los vigilantes deberán ejercer su actividad con carácter exclusivo pues, como señala el artículo 12.2 de la Ley 23/1992, de 30 de julio (28), de Seguridad Privada « *dentro de la entidad o empresa donde presten sus servicios, se dedicarán exclusivamente a la función de seguridad propia de su cargo, no pudiendo simultanear la misma con otras misiones*», lo que lleva a plantear la dudosa legalidad del artículo 11.3 del RGAA en el que se prevé la posibilidad de que el titular del establecimiento encomiende, cuando lo considere oportuno, el control de acceso al local a los miembros de seguridad que desempeñen el servicio de vigilancia (29).

Una de las cuestiones más controvertidas en relación con este personal es la de si tienen o no la condición de agentes de la autoridad. A este respecto no hay duda de que carecen de dicha cualidad, al menos con carácter directo (30), pues sí estarán protegidos penalmente como si lo

---

(27) Vid. art. 12 de la Ley 23/1982, de 30 de julio. Sobre la obligación de que las funciones de vigilancia se ejerzan únicamente por personal de seguridad vid., entre otras, las sentencias de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2004 (Ponente Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina) y de 27 de abril de 2005 (Ponente Excmo. Sra. M<sup>o</sup> Luz Lourdes Sanz Calvo).

(28) BOE núm. 186, de 4 de agosto.

(29) No obstante, resulta difícil determinar cuando el ejercicio de las funciones de acceso puede estar comprendido dentro del ámbito de las funciones de vigilancia y, por tanto, ser ejercidas por vigilantes de seguridad. Así lo ha puesto de manifiesto IZQUIERDO CARRASCO, M. (2004), en su libro *La seguridad privada: régimen jurídico administrativo*. Lex Nova, Madrid (en particular vid. págs. 215 a 217).

(30) A efectos de movilidad dentro del espacio europeo, el TJCE niega que sus funciones puedan calificarse de públicas y, por ende, reservarse a los nacionales españoles. Así se puso de manifiesto en la sentencia de 15 de marzo de 1988 (Comisión contra España), en la que a propósito del requisito de la nacionalidad española para la prestación de servicios de vigilancia privada, previsto en la redacción originaria de la Ley 23/1992, de 30 de julio, señaló que «*la actividad de las empresas y del personal de seguridad tiene por objeto llevar a cabo misiones de vigilancia y de protección sobre la base de relaciones jurídico privadas. Pues bien, el ejercicio de esta actividad no implica que las empresas y el personal de seguridad estén investidos de poderes coercitivos. En efecto, la mera contribución al mantenimiento de la seguridad pública a la que puede verse requerido cualquier individuo no constituye ejercicio de poder público*».

Como señala DE VICENTE PACHÉS, F. (2001), «Naturaleza jurídica de las funciones de los guardias jurados de seguridad privada: ¿suponen sus actividades ejercicio de poder público? Comentario a la STJCE de 31 de mayo de 2001, Comisión/República Italiana (asunto C-283/99)», disponible a través de la base de datos de Aranzadi con la referencia BIB 2001/985, tras la modificación de la Ley 23/1992, de 30 julio, «*no hay duda de que los vigilantes jurados de seguridad carecen de la condición directa de agentes de autoridad y por consiguiente las funciones que se les encomiendan tienen carácter privado y no público*». En el mismo sentido se pronuncia CÁMARA DEL PORTILLO, D. (2007), «La intervención de la Administración en la seguridad ciudadana y espectáculos públicos», en LINDE PANIAGUA, E. (Coord.), *Parte especial del Derecho administrativo*. Colex, Madrid, pág. 341 y 342.

fueran cuando en cumplimiento de sus obligaciones colaboren o participen en el ejercicio de funciones públicas, interpretación que debe hacerse con un criterio restrictivo (31).

Por lo demás, el servicio de vigilancia será obligatorio para las discotecas (incluidas las de juventud), salas de fiesta, pubs y bares con música, siempre que su aforo sea igual o superior a 300 personas y para los conciertos de música pop, rock o de naturaleza análoga y que tengan lugar en establecimientos con aforo superior a 750 personas, o cuando se trate de actividades recreativas y espectáculos públicos de carácter ocasional y extraordinario en los que se prevea una ocupación superior a dicho número (32). La limitación de esta obligación a los establecimientos y espectáculos públicos mencionados, se introduce tras la STSJA de 6 de marzo de 2008 (33), que trae su causa del recurso contencioso administrativo interpuesto por la Federación de Entidades de Empresarios de Cine de España contra determinados artículos del RGAA. Dicha sentencia declara ilegal, entre otros, el artículo 16 en el que se preveía la necesidad de dicho servicio en *«todos aquellos establecimientos públicos que tengan un aforo superior a 300 personas y, en cualquier caso (...) en los establecimientos de esparcimiento»*. No hay duda —como se sostuvo por el recurrente— que la obligación de disponer de servicios de vigilancia propios repercute gravemente en el rendimiento económico de ciertos establecimientos públicos dedicados a actividades culturales (como los cines), cuyo aforo suele superar el número citado y en los que se lleva a cabo una actividad en la que no suele producirse alteración alguna del orden público. De este modo, se estima plenamente acertado la supresión de la obligación en relación con dichos establecimientos, pues, como señala la mentada sentencia en los cines *«se desarrolla una actividad cultural, y (...) la carga impuesta por el Reglamento según el estudio económico aportado, supondría la asfixia del sector al reducir la rentabilidad, incurriendo en muchas pérdidas que obligan al cierre de los mismos. Dicho sector es ajeno*

---

(31) Vid. Consulta 3/1993, de 20 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, relativa a los vigilantes de seguridad y su posible consideración como agentes de la autoridad durante el ejercicio de sus funciones (Boletín Informativo del Ministerio de Justicia núm. 1697, de 5 de febrero de 1994).

(32) El número de vigilantes requerido varía según el aforo. En establecimientos en que sea de 300 a 450 personas, se requerirá la presencia de un vigilante de seguridad; dos cuando oscile entre 451 a 750 personas; tres cuando se sitúe entre 751 y 1.000 personas y cuatro cuando sea superior a 1.000, debiendo incrementarse en uno más por cada fracción de 1.000 personas.

(33) Recurso núm. 931/2003, Ponente Ilma. Sra. María Luisa Alejandre Durán.

además a cualquier alteración del orden público, lo que hace injustificada la generalización introducida por el Decreto» (34).

Asimismo, en otro lugar de la sentencia se afirma que «el superar un aforo determinado no implica una mayor o menor alteración del orden público» (35) para añadir que «no hay duda (...) que en las salas de cine, con independencia de su ocupación no se produce alteración alguna del orden. Y lo mismo cada decir de las salas de música, teatro y actividades culturales en general donde las personas que acuden no tienen otro objetivo que enriquecerse culturalmente y no alterar la paz social».

## V. DELIMITACIÓN OBJETIVA: ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, ACTIVIDADES RECREATIVAS Y ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

Aclarada la naturaleza jurídica y la titularidad del derecho de admisión es preciso determinar qué debe entenderse por establecimiento público y por espectáculo o actividad recreativa a efectos de su ejercicio.

Para ello, debe partirse de una constatación inicial: quedan fuera del ámbito de aplicación de esta normativa las viviendas y los establecimientos privados, respecto de los que propietario o titular puede legítimamente restringir el acceso, con ciertas excepciones a las que luego se hará referencia, así como decidir en ejercicio de la autonomía de la voluntad, con quien contratar (36). Asimismo, quedan fuera del ámbito de aplicación de esta normativa, las fiestas o espectáculos de carácter privado o familiar.

Respecto del domicilio, entendiendo como tal «todo ámbito en el que una persona desarrolla su vida privada y donde ejerce su libertad más íntima» (37), no hay duda que puede legítimamente impedirse el acceso

---

(34) FJ 3º.

(35) FJ 6º.

(36) Por ejemplo, el propietario puede decidir alquilar su vivienda a una persona o a otra sin tener que justificar las razones que le llevan a adoptar dicha decisión.

(37) Debe tenerse en cuenta que el concepto constitucional de domicilio es diferente al previsto en el Derecho privado. Como señala la STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 2º): «la idea de domicilio que utiliza el art. 18 CE no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado y en especial en el art. 40 Cc como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. Como se ha dicho acertadamente en los alegatos que en este proceso se han realizado, la protección constitucional es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello, existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 CE)

a terceros, al ser éste inviolable (38), lo que se concreta en la prohibición de entrar en la morada de una persona o proceder a su registro (39) sin su consentimiento (40) (que no debe ser necesariamente expreso) (41) o, a falta del mismo, previa autorización judicial (42), salvo los casos

---

y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 CE). Todo ello obliga a mantener, por lo menos "prima facie" un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo». En el mismo sentido Vid. las SSTC 137/1985, de 17 de octubre (FJ 2<sup>º</sup>); 50/1995, de 23 de febrero (FJ. 5<sup>º</sup>) y 69/1999, de 26 de junio (FJ. 2<sup>º</sup>).

Vid. también GARRIDO FALLA, F. et al. (2001): *Comentarios a la Constitución* (3<sup>ª</sup> ed.). Civitas, Madrid, pág. 426. Como señala ESPÍN, E. (1994), en LÓPEZ GUERRA, L., et al.: *Derecho constitucional* (vol. I). Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 216, «el criterio esencial para calificar como domicilio constitucionalmente protegido a un determinado recinto es que sirva de manera habitual y efectiva como residencia o que, aunque su uso sea ocasional, su destino sea precisamente el de servir a dicho fin».

(38) Como ha señalado el TC, la protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 de la Constitución, se concreta en dos reglas distintas. La primera define su «inviolabilidad», que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido como garantía de que el ámbito de la privacidad dentro del espacio limitado que la propia persona elige resulte «exento de» o «inmune a» cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, que supone una aflicción concreta de la primera, establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliario, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial. La jurisprudencia constitucional ha destacado la conexión entre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad.

(39) Sobre las excepciones a la inviolabilidad del domicilio Vid. GARRIDO FALLA, F., et al. (2001), págs. 427 y ss. Vid. también GÓMEZ AMIGO, L (2004): *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Thomson-Civitas, Madrid, págs. 472 a 506.

(40) El art. 202 del Código Penal tipifica el delito de allanamiento de morada. Dispone dicho precepto que: «El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

*Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses».*

Como señala BARREIRO, J. (1999): «Comentario al artículo 202», en COBO DEL ROSAL, M., (Dir.), et al.: *Comentarios al Código Penal (Tomo VII)*. Edersa, Madrid, pág. 302, en este artículo «nos encontramos ante la regulación de una figura delictiva que trata de proteger el bien jurídico de la intimidad domiciliaria o la intimidad personal localizada en la morada., que nos remite al derecho fundamental de la intimidad personal, entendida como «el ámbito donde cada uno, preservado del mundo exterior encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad». Este derecho personalísimo, vinculado a la a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, se reconoce expresamente, entre otros sectores del ordenamiento jurídico en el ámbito del Derecho civil, del Derecho internacional y del Derecho constitucional».

Sobre la prestación del consentimiento para la entrada Vid. arts. 545 y 551 de la LECr.

(41) Vid. STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 2<sup>º</sup>).

(42) Vid. arts. 550, 558 y 569 LECr.

de flagrante delito (43), estado de necesidad o fuerza mayor (44). En el concepto constitucional de domicilio debe incluirse no sólo el de las personas físicas sino también el de las personas jurídicas (45), públicas y privadas, así como los despachos profesionales u oficinas y los establecimientos mercantiles (46). Así resulta de lo dispuesto en el artículo 203 del Código Penal a cuyo tenor: *«Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.*

*Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público».*

Por lo demás, es preciso destacar que según ha señalado el TC la inviolabilidad del domicilio debe predicarse tanto respecto del acceso autoridades públicas, como de particulares (47).

Por último, a efectos de su inviolabilidad, el Tribunal Constitucional ha extendido el concepto de domicilio a las habitaciones de los hoteles pues: *«en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada (...). Ello, no obstante, no significa que las habitaciones de los hoteles no puedan ser utilizadas también*

---

(43) Vid. art. 553 de la LECr.

(44) Así lo ha destacado ESPÍN, E. (1994), pág. 216, para quien, en estos casos, los riesgos para la vida o seguridad de las personas justifican la entrada de los agentes de la autoridad o particulares sin que dicha entrada, aunque no esté autorizada de forma expresa, pueda considerarse una vulneración de la inviolabilidad del domicilio.

(45) La STC 137/1985, de 17 de octubre, reconoce a las personas jurídicas el derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho que, como señala ESPÍN, posee en este caso *«rasgos peculiares que minimizan su aplicación».* Vid. ESPÍN, E. (1994), pág. 214.

(46) A mayor abundamiento, vid. GALLARDO CASTILLO, M<sup>º</sup> J. (2010), *Comentario sistemático a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común.* Tecnos, Madrid, pág. 327.

(47) Así lo declara de forma taxativa la STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 5<sup>º</sup>): *«la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige (...) tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública».*

*para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, en cuyo caso no se considerarán domicilio de quien las usa a tales fines» [STC 10/2002, de 10 de enero (FFJJ 7º y 8º)]*

Además de al domicilio, también puede restringirse el acceso libremente a los establecimientos que tienen la consideración de *privados*. Aunque la delimitación de los que pueden incluirse en esta categoría presenta algunos problemas, puede afirmarse que abarca los clubs o asociaciones recreativo-culturales, respecto de los que la jurisprudencia ha reconocido su derecho de decidir a quien permitir el acceso o admitir como socio sin que pueda alegarse por los particulares, en caso que tal admisión se deniegue, la vulneración del derecho fundamental a la igualdad (48). Así lo ha destacado el Tribunal Constitucional, para quien el respeto a dicho derecho no podrá alegarse para hacer valer, en todo caso, la existencia de un «derecho de acceso ilimitado» de los particulares [STC 73/1985, de 14 de junio] (49), si bien esta afirmación puede cuestionarse en el caso de que la entidad que discrimina ocupe una posición dominante o monopolística en la sociedad pues, como se señalado «una cosa es acotar un espacio de libertad en el que priman las preferencias y simpatías personales y otra abusar de una posición de virtual monopolio para discriminar a quienes no tienen otra alternativa y no pueden acudir a otro establecimiento en la zona que ofrezca este mismo servicio», supuestos en los que debería reducirse, hasta hacerlo desaparecer, el libre arbitrio de la entidad en cuanto al público a admitir (50).

---

(48) La sentencia de 24 de enero de 1998 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Irún (Guipúzcoa), desestima la demanda formulada contra el Casino de esta localidad por una persona que ve rechazada su solicitud de ingreso como socio alegando su derecho a no ser discriminado en el acceso a las dependencias del Casino abiertas al público en general. La citada sentencia estima que no se produce una violación de los derechos constitucionales del demandante habida cuenta de que el Casino es una entidad privada y propietaria de sus instalaciones.

(49) En esta sentencia TC resuelve si puede considerarse como violación del derecho de igualdad reconocido en el art. 14 de la CE la prohibición de entrada en un casino de juego a una persona no socia decidida por los empleados del éste, para llegar a la conclusión de que ello «no constituye vulneración de derecho fundamental alguno, ya que la admisión de los no socios se hace depender del consentimiento de los encargados del establecimiento, sin que resulte del ordenamiento un derecho de cualquier ciudadano al acceso a este tipo de locales» añadiendo que «la prohibición de acceso de que aquí se trata es una decisión adoptada por terceros particulares sobre la base de suposiciones fundadas, de la que no cabe decir que por sí misma, vulnere el principio de igualdad ya que constituye una actividad protectora de los intereses de la propia entidad privada».

(50) Como apunta, con razón, BILBAO UBILLOS, J. M<sup>º</sup>, se trata de «conductas aparentemente privadas que tienen una trascendencia social» en estos casos «la autonomía privada deja de ser un valor absoluto y puede ceder ante la necesidad de erradicar todas las formas de discriminación».

Hechas estas precisiones, para fijar el ámbito material de aplicación del RGAA, sus previsiones deben ponerse en conexión con lo previsto en la Ley 13/1999, de donde resulta un concepto amplísimo de establecimiento público que abarca todo tipo de espacios en los que se celebren espectáculos públicos o actividades recreativas ya se trate de locales cerrados o los lugares abiertos ( vías públicas, zonas marítimo terrestres o portuarias o, cualesquiera otras zonas de dominio público), afirmación que se corrobora a la vista de la concreta determinación de los mismos se contiene en el Decreto 78/2002, de 26 de febrero (51), por el que se aprueba el Nomenclátor y Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos públicos de dicha Comunidad (52).

---

específicamente condenadas por el constituyente». Vid. BILBAO UBILLOS, J. M. (2006): «Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público», en CARRASCO DURÁN, M.; PÉREZ ROYO, F. J.; URÍAS MARTÍNEZ, J.; TEROL BECERA, M. J. (Coords.): *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Vol. I). Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), pág. 819. Este capítulo está disponible en Internet en el enlace <http://centro.us.es/cidc/Ponencias/igualdad/JuanBilbao.pdf>.

(51) BOJA núm. 58, de 18 de mayo.

(52) Los establecimientos públicos se clasifican del siguiente modo: 1. *Establecimientos de espectáculos públicos* [1.1. Cines: 1.1.a) Cines tradicionales; 1.1.b) Multicines o Multiplexes; 1.1.c) Cines de verano o al aire libre; 1.1.d) Autocines; 1.1.e) Cine-Clubes; 1.1.f) Cines X. 1.2. Teatros: 1.2.a) Teatros; 1.2.b) Teatros al aire libre; 1.2.c) Teatros eventuales; 1.2.d) Cafés-teatro. 1.3. Auditorios: 1.3.a) Auditorios; 1.3.b) Auditorios al aire libre; 1.3.c) Auditorios eventuales. 1.4. Circos: 1.4.a) Circos permanentes; 1.4.b) Circos eventuales. 1.5. Plazas de Toros: 1.5.a) Plazas de toros permanentes; 1.5.b) Plazas de toros portátiles; 1.5.c) Plazas de toros no permanentes; 1.5.d) Plazas de toros de esparcimiento. 1.6. Establecimientos de espectáculos deportivos: 1.6.a) Estadios; 1.6.b) Circuitos de velocidad; 1.6.c) Pabellones polideportivos; 1.6.d) Instalaciones eventuales deportivas; 1.6.e) Hipódromos temporales]. 2. *Establecimientos de actividades recreativas* [2.1. Establecimientos de juego: 2.1.a) Casinos de juego; 2.1.b) Hipódromos; 2.1.c) Salas de bingo; 2.1.d) Salones de juego; 2.1.e) Locales de apuestas hípcas externas; 2.1.f) Canódromos. 2.2. Establecimientos recreativos: 2.2.a) Salones recreativos; 2.2.b) Cibersalas; 2.2.c) Centros de ocio y diversión; 2.2.d) Bolerías; 2.2.e) Salones de celebraciones infantiles; 2.2.f) Parques acuáticos. 2.3. Establecimientos de atracciones recreativas: 2.3.a) Parques de atracciones y temáticos; 2.3.b) Parques infantiles; 2.3.c) Atracciones de feria. 2.4. Establecimientos de actividades deportivas: 2.4.a) Complejos deportivos; 2.4.b) Gimnasios; 2.4.c) Piscinas públicas. 2.5. Establecimientos de actividades culturales y sociales: 2.5.a) Museos; 2.5.b) Bibliotecas; 2.5.c) Ludotecas; 2.5.d) Videotecas; 2.5.e) Hemerotecas; 2.5.f) Salas de exposiciones; 2.5.g) Salas de conferencias; 2.5.h) Palacios de exposiciones y congresos. 2.6. Recintos de ferias y verbenas populares: 2.6.a) Recintos feriales y verbenas populares de iniciativa municipal; 2.6.b) Recintos feriales y verbenas populares de iniciativa privada. 2.7. Establecimientos de actividades zoológicas, botánicas y geológicas: 2.7.a) Parques zoológicos; 2.7.b) Acuarios; 2.7.c) Terrarios; 2.7.d) Parques o enclaves botánicos; 2.7.e) Parques o enclaves geológicos. 2.8. Establecimientos de hostelería: 2.8.a) Restaurantes; 2.8.b) Autoservicios; 2.8.c) Cafeterías; 2.8.d) Bares; 2.8.e) Bares-quinosco; 2.8.f) Pubs y bares con música. 2.9. Establecimientos de esparcimiento: 2.9.a) Salas de fiesta; 2.9.b) Discotecas; 2.9.c) Discotecas de juventud; 2.9.d) Salones de celebraciones].

Por tanto, el término no se utiliza en el sentido tradicional (53) que identifica los establecimientos públicos con aquellas personas jurídicas públicas que tienen encomendado el desarrollo de una concreta actividad (54). Así resulta del RGAA cuyo artículo 1 a) limita su ámbito de aplicación a «*los establecimientos públicos dedicados a la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades recreativas*».

Qué duda cabe que en estos edificios públicos pueden existir —y de hecho existen— limitaciones motivadas por razones de seguridad u orden público (55), o determinadas por el horario de apertura o por la función a la que el organismo está llamado a desempeñar, lo que conlleva que no sean accesibles en cualquier momento o circunstancia. Sin embargo, difícilmente se puede extrapolar a los mismos la normativa que se aplica en los establecimientos de pública concurrencia o en los que se realizan actividades recreativas o espectáculos públicos. Por ello, con el fin de evitar posibles confusiones, hubiese sido preferible sustituir la expresión «establecimientos públicos» por la de «*establecimientos de pública concurrencia*» o «*abiertos al público*» (56).

---

(53) Vid. GARRIDO FALLA, F (2005) et al: *Tratado de Derecho administrativo* (Vol. I), 14ª ed. Tecnos, Madrid, pág. 399. Como señalara hace ya muchos años el Profesor Alejandro Nieto, «*los establecimientos públicos nos ofrecen el ejemplo verdaderamente extraordinario de una figura que en el breve espacio de una centuria ha experimentado una evolución completa: nace, se desarrolla, llega a su apogeo, entra en crisis, decae y hasta desaparece sin dejar rastro —o por lo menos, se transforma enteramente— e incluso muestra atisbos de una regeneración*». Vid. NIETO GARCÍA, A. (1969): «Valor actual de los establecimientos públicos», en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX: Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, pág. 1053.

(54) Entre los establecimientos públicos el Prof. GONZÁLEZ NAVARRO, cita entre otros, los hospitales, los colegios públicos o las cárceles. Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1991): «Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (Coord.) et al., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (Vol. II). Civitas, Madrid, pág. 1092. Para este autor el «edificio» no es sino uno de los elementos del establecimiento (su soporte, o base material) que forma parte de su concepto y que es «*algo más que el habitáculo en el que usualmente se cobijan las instalaciones y el personal que trabaja en ellas*».

(55) Son muchos los edificios oficiales en los que, como garantía de seguridad, se obliga a los ciudadanos a exhibir previamente su DNI y/o a pasar por debajo del arco correspondiente así como a mostrar o dejar se compruebe —mediante los equipos necesarios— el contenido del bolso de mano u otros objetos personales. La negativa a someterse a dichas medidas implicará que se nos deniegue el acceso al interior del edificio. Sin embargo, en tales casos es evidente que dichas restricciones no constituyen una manifestación de la reserva del derecho de admisión sino que se fundamentan en razones de seguridad.

(56) Como señala VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A (2003): «Reservado el derecho de admisión. De advertencia arbitraria a principio reglado y garantista [Decreto 10/2003, de 28 de enero, de la Junta de Andalucía]», *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados* núm. 20 pág. 3438, «*esta*

Dentro de los establecimientos públicos, concebidos en el sentido expuesto, pueden distinguirse dos categorías (57). Ambas tienen en común que son establecimiento de libre la concurrencia, pero mientras la primera abarca todos aquellos cuya finalidad fundamental es ofrecer un espectáculo público o una actividad recreativa (discotecas, salas de fiesta, etc.), en la segunda se incluyen aquellos otros a los que los ciudadanos acuden con el fin de permanecer algún tiempo, consumiendo bebidas y comida o ambas cosas a la vez. En esta última categoría se incluyen, esencialmente, los establecimientos de hostelería —bares, restaurantes, cafeterías u hoteles—, si bien estos últimos no aparecen expresamente incluidos en la enumeración del Nomenclátor. Sin embargo, a mi parecer, no hay duda de que los empresarios hoteleros pueden ejercer el derecho de admisión, así resulta de lo dispuesto en las normas concretas sobre establecimientos hoteleros y, en todo caso, del reconocimiento genérico de esta posibilidad en las respectivas leyes de turismo (58) y en las normas específicas sobre establecimientos hoteleros (59). No obstante, como quiera que las previsiones de estas normas sectoriales son muy escuetas, sin que en ninguna de ellas se contenga una completa regulación de las condiciones a las que se

---

*expresión no es ajena a nuestra normativa, ya que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 la utiliza en su artículo 14».*

(57) Vid. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F (1989): pág. 205 y ss.

(58) En la regulación del Derecho de admisión, las leyes de turismo suelen reproducir el texto del artículo 14 de la Constitución española, al señalar que no podrá limitarse el acceso en función de causas que puedan suponer discriminación por razón de «*raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*». Además, la delimitación concreta de los motivos que permiten limitar el acceso no se realiza de forma cerrada sino con remisión a lo establecido en la ley, las prescripciones específicas que regulen la actividad y, en su caso, al «*reglamento de régimen interior que establezcan las mismas empresas*».

En caso de acceso indebido, se contempla la posibilidad de que los titulares de los establecimientos puedan solicitar la ayuda de los agentes de la autoridad para impedir el acceso o expulsar a las personas que «*incumplan el reglamento de régimen interior, las normas lógicas de la buena convivencia social o las que pretendan usar las instalaciones con una finalidad diferente de la propia del servicio o actividad de que se trate*». Por último, en algunos casos se incluyen referencias específicas al régimen de admisión de animales domésticos y la obligada admisión de los perros guía (vid, por ejemplo, el art. 37 de la Ley 13/2002, de 21 de junio —BOE núm. 169, de 16 de junio—, de Turismo de Cataluña).

(59) Casi todas las comunidades autónomas disponen de disposiciones reglamentarias particulares sobre establecimientos hoteleros. En la mayoría de ellas se hace una referencia a la posibilidad de reservar el derecho de admisión, siendo destacable que esta previsión se contiene en aquéllas que se promulgaron con posterioridad a sus leyes de turismo —que, como es sabido, datan de los años noventa— y no en las anteriores. La enumeración de dichas leyes se contiene en el Anexo III, al que me remito.

sujeta el ejercicio de este derecho (60), parece indudable que la normativa sectorial deberá completarse con la de los espectáculos públicos y actividades recreativas que se aplicará supletoriamente con las modulaciones derivadas de las peculiaridades propias de este tipo de establecimientos. No es ahora el lugar para profundizar sobre esta cuestión, baste apuntar que no hay duda que los establecimientos de alojamiento turístico son establecimientos abiertos al público que congregan a un gran número de personas y que, por tanto, se encuentran sujetos a las normas que velan por el pacífico y correcto disfrute del servicio.

## VI. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL EJERCICIO DE LA RESERVA DEL DERECHO DE ADMISIÓN

El carácter público de los espectáculos y establecimientos a los que se refiere la normativa sobre el derecho de admisión, conlleva que, en principio, el acceso a los mismos es libre para los espectadores o usuarios. Ello implica que los titulares u organizadores, por el hecho de estar abiertos al público, manifiestan su deseo de contratar con cualquiera que acepte sus precios y condiciones de manera que como señala ALFARO «*aunque no exista propiamente una obligación de contratar, la apertura del local implica, al menos, la renuncia a seleccionar con criterios individuales a su clientela*» (61).

Sin embargo, como se ha afirmado páginas atrás, el reconocimiento del derecho de admisión habilita para que puedan establecerse limitaciones de acceso, surgiendo, de este modo, el conflicto entre el derecho de los

---

(60) En Andalucía, el artículo 5 del Decreto 47/2004, de 10 de febrero (BOJA núm. 42, de 2 de marzo) dispone que: «(...) los establecimientos hoteleros serán considerados, a todos los efectos, como establecimientos de uso público, siendo libre el acceso a los mismos, sin más restricciones que las derivadas de las leyes y los reglamentos.

*La admisión o permanencia en los establecimientos hoteleros sólo podrá denegarse:*

- a) *Por la falta de capacidad de alojamiento o de sus instalaciones.*
- b) *Por incumplir los requisitos de admisión establecidos en su reglamento de régimen interior*
- c) *Por adoptar conductas que puedan producir peligro o molestias a otras personas o usuarios o que dificulten el normal desarrollo de la actividad.*

*En ningún caso el acceso a los establecimientos hoteleros podrá ser restringido por razones de discapacidad, raza, lugar de procedencia, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social».*

(61) ALFARO, J. (1993): «Autonomía privada y derechos fundamentales», en *Anuario de Derecho civil*, Tomo XLVI, Fasc. 1, pág. 78.

usuarios a acceder a dichos locales y el de los titulares a restringirlo invocando el derecho a reservarse la admisión como manifestación concreta de su derecho a ejercer libremente su actividad empresarial. No obstante, como también se ha dicho, las causas que pueden esgrimirse por el empresario deben estar estrictamente tasadas y ser previamente autorizadas por la Administración competente, sin que, como es obvio, en ningún caso, la limitación del acceso pueda fundarse en causas que supongan un trato discriminatorio.

¿Cuáles, son, por tanto, los supuestos en los que podrá legítimamente restringirse el libre acceso de los usuarios o espectadores a los espectáculos y establecimientos públicos? A responder esta pregunta se dedican los siguientes epígrafes.

## 1. Requisitos de ejercicio

### A) Aclaraciones previas: limitaciones y condiciones específicas de admisión

A la hora de delimitar los requisitos que deben concurrir para el legítimo ejercicio del derecho de admisión deben diferenciarse entre las causas que tienen, propiamente, este carácter («condiciones específicas de admisión») y aquellas otras que no implican el ejercicio de un derecho sino el cumplimiento de ciertas obligaciones impuestas al titular por razones de sanidad, seguridad u orden público, y cuya inobservancia puede llevar aparejada la correspondiente sanción. Estas últimas, que aparecen recogidas en el artículo 5 del RGAA bajo la rúbrica de «*limitaciones de acceso y permanencia en los establecimientos públicos*», son las siguientes:

- a) Que se haya completado el aforo (62)
- b) Que se haya superado el horario de cierre (63)

---

(62) Conforme al art. 19.8 de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, constituye infracción muy grave admitir público en número superior al determinado como aforo, de forma que se vean disminuidas las condiciones de seguridad exigibles para las personas o bienes. Además, debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 15 e) de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, los espectadores tienen derecho a ser admitidos en el establecimiento «*en las mismas condiciones objetivas que cualquier otro usuario, siempre que la capacidad del aforo lo permita (...)*».

(63) El art. 20.19 de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, tipifica como infracción grave «*El incumplimiento de los horarios permitidos de apertura y cierre*».

- c) Que se carezca de la edad mínima establecida para acceder al local según la normativa vigente (64).
- d) Que la persona que intente acceder al establecimiento o se encuentre en su interior, manifieste actitudes violentas, en particular, cuando se comporte de manera agresiva o provoque altercados (65).
- e) Que la persona que pretenda acceder porte armas u objetos susceptibles de ser utilizados como tales (66).
- f) Que los asistentes lleven ropa o símbolos que inciten a la violencia, al racismo o la xenofobia (67).
- g) Que la persona que pretenda acceder origine situaciones de peligro o molestias a otros asistentes o no reúna las condiciones de higiene. En particular, se impedirá el acceso o, en su caso, la permanencia de las personas que estén consumiendo drogas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas o muestren síntomas de haberlas consumido y los que muestren signos o comportamientos evidentes de estar embriagados.
- h) Por último, se recoge una causa de exclusión evidente, cual es la de no haber abonado el espectador o usuario la entrada o localidad en los casos en los que sea exigible, incumpliendo de este modo lo que es una de sus obligaciones esenciales como es el pago del precio.

---

(64) Cuando se trate de locales a los que está prohibido el acceso a menores de edad, dicha advertencia debe figurar necesariamente en lugares visibles desde el exterior así como en el billete de entrada o localidad y los folletos o propaganda, constituyendo la omisión de esta obligación infracción leve. *Vid.* el art. 21.8 de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre.

(65) Según el art. 20.18 de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, es infracción grave *«La alteración del orden en el establecimiento público o en sus accesos, durante la celebración del espectáculo o actividad recreativa, y las conductas, o permisividad de éstas que directa o indirectamente provoquen aquella»*. Asimismo debe tenerse en cuenta que conforme al art. 15 e) de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, los espectadores tienen derecho a ser admitidos en el establecimiento *«en las mismas condiciones objetivas que cualquier otro usuario, siempre que (...) no concurra alguna de las causas de exclusión por razones de seguridad o alteración del orden que reglamentariamente se determinen»*.

(66) Conforme al art. 20.21 de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, constituye infracción grave *«permitir de forma consciente por parte del organizador, empresario o personal a su servicio, el acceso de personas que porten armas u otra clase de objetos que puedan usarse como tales por parte de los asistentes o espectadores dentro de los establecimientos públicos, así como su posesión por parte de estos en los precitados establecimientos»*.

(67) Conforme al art. 19.14 de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, constituye infracción muy grave permitir el acceso de personas *«que exhiban prendas, símbolos u objetos que inciten a realizar actividades contrarias a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y, en especial, a la violencia, xenofobia o, en general, a la discriminación»*.

Como se aprecia de su lectura, en la mayoría de estos casos no existe propiamente una limitación decidida voluntariamente por el titular u organizador —a diferencia de lo que ocurre con las condiciones específicas de admisión—, sino una imposición derivada de obligaciones impuestas en otras normas sectoriales (sanidad u orden público principalmente). La principal consecuencia que de ello deriva es la posibilidad de su invocación directa sin necesidad, por tanto, de que hayan sido previamente sometidas a control administrativo, como ocurre con las que se engloban bajo la rúbrica de «condiciones específicas».

Pues bien, esta constatación puede plantear importantes problemas, y ello porque, si bien en la mayoría de los casos se trata de causas objetivas de fácil comprobación (aforo completo; haberse superado la hora de cierre o portar armas), en otros no ocurre así: tal es, por ejemplo, el supuesto que permite limitar el paso basándose en condiciones de «higiene». No hay duda que se trata de un concepto vago y cuya apreciación requiere una valoración subjetiva que puede provocar importantes abusos, con la posible y más que probable consecuencia de que sea precisamente su invocación la que permita impedir arbitrariamente el acceso. Tal puede ser la razón de que en la mayoría de las normas regionales, a diferencia de lo que ocurre en la norma andaluza, esta circunstancia no se contemple.

## **B) Condiciones específicas de admisión: objetividad y publicidad**

Como se ha subrayado en las páginas que anteceden, el derecho de admisión no puede ejercerse libremente por el empresario, pues sólo son admisibles determinadas causas tasadas que deben ser objetivas y que deben ser sometidas a la Administración para su visado y autorización. Una vez autorizadas, deberán hacerse públicas con el fin de facilitar su general conocimiento.

### **B.1) Objetividad**

Que las condiciones deben ser *objetivas* (68), significa que, en todo caso, deben estar dentro de los límites legales establecidos, no pudiéndose

---

(68) En el mismo sentido *Vid.* Art. 11 del Decreto 100/2006, de 6 de septiembre, del Principado de Asturias.

fijar de forma arbitraria ni suponer trato discriminatorio para los usuarios, de ahí la necesidad del control administrativo previo que garantice que dicha exigencia se cumple. El artículo 6 del RGAA prohíbe que puedan establecerse como condiciones específicas de admisión las siguientes:

a) Las que puedan suponer discriminación o trato desigual de acceso al establecimiento en función de la edad, sexo, nacionalidad o raza de los asistentes, así como el establecimiento de precios diferenciados en función de tales circunstancias (69).

b) Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7.2.h) —al que luego se hará referencia— las que establezcan una edad de admisión superior a la permitida para cada tipo de establecimiento por la normativa aplicable.

c) Las que discriminatoriamente establezcan condiciones de admisión con base a la obtención previa de invitaciones o carnés expedidos por el titular del establecimiento público.

d) Las que supongan discriminación o trato desigual de las personas que pretendan acceder al establecimiento público basadas en juicios de valor sobre la apariencia estética de los asistentes que, en su caso, cumplan con las condiciones específicas de admisión autorizadas basadas en la etiqueta de ropa y calzado.

e) Las que supongan discriminación o trato desigual de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial.

f) Cualquier otra condición específica de admisión que no haya sido aprobada previamente por la Administración competente para ello.

---

(69) No obstante se permite que se establezcan precios diferenciados, en función de la edad de los asistentes, en los siguientes tipos de establecimientos públicos:

- a. Cines.
- b. Teatros.
- c. Circos.
- d. Auditorios.
- e. Plazas de toros.
- f. Establecimientos de espectáculos deportivos.
- g. Establecimientos recreativos.
- h. Establecimientos de atracciones recreativas.
- i. Establecimientos de actividades deportivas.
- j. Establecimientos de actividades culturales y sociales.
- k. Establecimientos de actividades zoológicas, botánicas y geológicas

Conforme a lo establecido en el artículo 25.2 del RGAA, el incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones tiene la consideración de infracción grave, y llevará aparejada, además de la sanción que, en su caso, proceda (70), la suspensión de la autorización del establecimiento público y su clausura por un periodo mínimo de un mes.

La enumeración de las condiciones admisibles se contiene en el artículo 7 RGAA. A efectos expositivos, pueden agruparse del siguiente modo:

- a) Las que se basan en la prohibición de introducir alimentos o bebidas [apartados c), e) y g)]
- b) Las que prohíban fumar [apartado d)]
- c) Las que prohíban el acceso con animales a excepción de las personas acompañadas de perros guía conforme establece la Ley 5/1998, de 23 de noviembre, relativa al uso en Andalucía de perros guía por personas con disfunciones visuales [apartado b)]
- d) Las que impiden el uso de cámaras fotográficas, videograbadoras o grabadoras de sonido en establecimientos autorizados para la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades culturales y sociales [apartado f)]
- e) Las que impiden el acceso de los menores de dieciocho años en discotecas, salas de fiesta y en pubs y bares con música [apartado h)]
- f) Las que establezcan una determinada etiqueta indumentaria y de calzado, siempre que ello no suponga la exigencia de marcas comerciales [apartado a)]

Resulta imposible realizar ahora un análisis exhaustivo de los problemas que se plantean en relación con cada una de ellas, por tanto, las páginas siguientes se esbozan simplemente algunas consideraciones generales.

---

(70) Vid. art. 20 de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre. Conforme al art. 22.1 b) las infracciones graves serán sancionadas con multa de 300'51 a 30.050'61 euros.

### **a) Prohibición de introducir alimentos o bebidas**

En relación con este apartado, debe tenerse en cuenta que en el RGAA se contemplan tres supuestos diferentes: la prohibición de introducir comidas y bebidas para ser consumidas en el interior de los establecimientos de hostelería y esparcimiento (apartado c); las que establecen la prohibición de consumir comidas o bebidas en el interior de otros establecimientos (apartado e) y las que exigen la consumición de los bienes o servicios prestados por el propio establecimiento para utilizar sus instalaciones o elementos del mobiliario (apartado g).

En mi opinión, el RGAA no ampara la posibilidad de que se pueda prohibir el acceso con comida o bebidas propias cuando se trate de establecimientos dedicados a espectáculos públicos en cuyo el interior se vendan alimentos o bebidas del mismo tipo (caso típico de los cines). Es decir, tan sólo se podría negar dicho acceso si en el interior estuviese prohibido el consumo de tales bebidas o comidas, pero no en caso contrario. De hacerse así, tal conducta podría entenderse contraria a las previsiones del RGAA y a la normativa sobre la protección de los consumidores y usuarios pues, como ha señalado el TS, *«No es que se imponga a todos los consumidores la adquisición de los productos o bienes referentes a comidas o bebidas en el interior del local pero es evidente que se restringe arbitrariamente su libre capacidad de elección en el caso de que deseen acceder a ese tipo de bienes y servicios, únicamente respecto a aquellos que se expenden en el interior del local y se limita su decisión de acceder al servicio principal que se presta relativo a la exhibición de películas en función de prestaciones accesorias no solicitadas previamente»* [STSJ de Castilla la Mancha 82/2001 de 2 octubre] (71), amén de la posible calificación de esta práctica como competencia desleal respecto de otros comercios situados en las inmediaciones.

### **b) Prohibición de fumar**

Por lo que a la prohibición de fumar se refiere, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional segunda de la

---

(71) Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Rouco RODRÍGUEZ (FJ 6º). En el mismo sentido *vid.* STSJ de Castilla-La Mancha 78/2001 de 28 septiembre (Ponente Illma. Sra. Raquel Iranzo Prades) FJ 2º, y SAP de Lleida [Sección 2ª] 230/1997, de 9 mayo (Ponente, Ilmo. Sr. D. Joaquín Bernat Monje).

Ley 28/2005, de 26 de diciembre de Medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco (72), desarrollada —por lo que a Andalucía se refiere— por el Decreto 105/2006, de 26 de julio (73), los empresarios de los establecimientos de hostelería y restauración cuya superficie útil destinada a clientes y/o visitantes sea inferior a cien metros pueden decidir libremente si se permite o no fumar en su interior. Sea cual fuere su decisión están obligados a informar sobre ello, en castellano y en la lengua cooficial en la Comunidad autónoma. En Andalucía, la regulación concreta del modo en que esta advertencia debe hacerse se contiene en los artículos 4 y 5 del Decreto 105/2006.

Por tanto, por lo que ahora nos interesa, los empresarios que hayan decidido prohibir fumar en el interior de su establecimiento, pueden legítimamente impedir que sus clientes lo hagan incluyendo tal prohibición como condición específica de admisión, con las consecuencias que ello comporta.

### **c) Prohibición de acceso con animales**

Ninguna objeción puede hacerse a esta condición, siempre y cuando se respete el derecho de acceso de personas con discapacidad o que padezcan determinadas enfermedades que vayan acompañadas de perros de asistencia (74).

---

(72) BOE num. 309, de 27 de diciembre.

(73) BOJA núm. 147, de 1 de agosto.

(74) Conforme a lo establecido en el art. 8 de la Ley 5/1998, de 23 de noviembre, «A los efectos de lo establecido en el artículo 1, tendrán la consideración de lugares públicos o de uso público:

a) Los definidos por la legislación urbanística vial aplicables en cada momento, como paso de peatones, peatonales o de disfrute peatonal exclusivo.

b) Los espacios y dependencias, exteriores e interiores, de utilización colectiva de los edificios, establecimientos e instalaciones que se destinen a un uso que implique concurrencia de público, tales como:

- Centros de recreo, ocio y tiempo libre.
- Centros oficiales de toda índole y titularidad.
- Centros de enseñanza a todos los niveles, colegios y academias, tanto públicos como privados.
- Centros hospitalarios, sanitarios y asistenciales, ya sean de titularidad pública o privada.
- Centros religiosos.
- Museos y salas de exposiciones o conferencias.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que si bien en Andalucía sólo se contempla expresamente el caso de los perros guía —que, conforme a lo establecido en el artículo 2.1 de la Ley 5/1998, de 23 de noviembre, son «*aquellos que, tras haber superado el proceso de selección genética y sanitaria, hayan sido adiestrados en centros oficialmente homologados al efecto para el acompañamiento, la conducción y la ayuda de las personas con disfunción visual, habiendo adquirido las aptitudes precisas para tal fin*»— la prohibición de impedir el acceso debe hacerse extensiva a los demás canes que acompañan a personas con otro tipo de discapacidad auditiva o física, o que padecen determinados tipos de enfermedades para las que puede estar prevista la ayuda de estos animales (75), supuestos en

- 
- Edificios y locales de uso público o de atención al público.
  - Almacenes y establecimientos mercantiles.
  - Oficinas y despachos de profesionales liberales a los que se haya de acudir por concretas razones de igual índole.
  - Espacios de uso público general de las estaciones de autobuses, ferrocarril, aeropuertos, puertos y paradas de vehículos ligeros de transporte público.
  - Instalaciones deportivas.

c) Los establecimientos hoteleros y de restauración de toda categoría y clase, tales como albergues, campamentos, bungalós, apartamentos, lugares de acampada, balnearios, parques de recreo, acuáticos, de atracciones, temáticos y zoológicos y los establecimientos turísticos en general, de acuerdo con la normativa vigente.

d) Todo medio de transporte colectivo, de titularidad pública o de uso público, y los servicios urbanos e interurbanos de transportes de viajeros por carretera, taxi, tren, barco o avión, sometidos a la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

e) En general, cualquier otro lugar, local o establecimiento de uso público o de atención al público».

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Decreto 32/2005, de 8 de febrero (BOJA núm. 37, de 22 de febrero), Regula el distintivo de perro guía y el procedimiento para su concesión y crea el Registro de perros guía de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

(75) Así, por ejemplo, la Ley catalana 19/2009, de 26 de noviembre (DOGC núm. 5519; BOE núm. 309, de 24 de diciembre), de Acceso al entorno de las personas acompañadas de perros de asistencia, los clasifica en los siguientes tipos:

a) Perro guía o lazarillo: el adiestrado para guiar a una persona con discapacidad visual o sordo-ciega.

b) Perro de servicio: adiestrado para prestar ayuda a personas con alguna discapacidad física en las actividades de su vida diaria, tanto en su entorno privado como en el entorno externo.

c) Perro de señalización de sonidos: el adiestrado para avisar a las personas con discapacidad auditiva de distintos sonidos e indicarles su fuente de procedencia.

d) Perro de aviso: el adiestrado para dar una alerta médica a las personas que padecen epilepsia, diabetes o alguna de las enfermedades que se reconozcan de acuerdo con lo que dispone el apartado 1 de la disposición final segunda.

e) Perro para personas con trastornos del espectro autista: el perro adiestrado para cuidar de la integridad física de una persona con trastornos del espectro autista, guiarla y controlar las situaciones de emergencia que pueda sufrir.

los que no puede invocarse el derecho de admisión. Como señala la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 2002 (76): *«Cuando se trata de personas invidentes que van acompañados de su perro como una prolongación de sí mismos no pueden tenerse presente los derechos de otras personas a no ser molestadas o los de los dueños o responsables de los establecimientos públicos a los que se garantiza el acceso pleno los cuales no pueden oponer directa o indirectamente el derecho de admisión»*. Además, el derecho de acceso se garantiza aún en el supuesto de que el sujeto que pretenda acceder vaya acompañado de otra persona, circunstancia no podrá ser esgrimida para impedir el acceso del perro de asistencia con su dueño [STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 2002] (77).

**d) Prohibición del uso de de cámaras fotográficas, videograbadoras o grabadoras de sonido en establecimientos autorizados para la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades culturales y sociales**

Ninguna objeción puede ponerse a la condición que se base en la prohibición de entrada con cámaras fotográficas, videograbadoras o grabadoras de sonido en espectáculos públicos o dedicados al desarrollo de actividades culturales y sociales. El 15.3 de la Ley 55/2007, del Cine sanciona *«la grabación de películas proyectadas en salas de exhibición cinematográfica o en otros locales o recintos abiertos al público, incluso los de acceso gratuito»*, de modo que los responsables de tales establecimientos podrán *«prohibir la introducción de cámaras o cualquier tipo de instrumento destinado a grabar imagen o sonido»*, debiendo comunicar a los titulares de las obras cualquier intento de grabación de las mismas.

El fundamento inmediato de esta prohibición se encuentra en la protección de la propiedad intelectual (78) a lo que podría añadirse, en su

---

(76) Ponente, Ilmo. Sr. D. Vicente Rouco RODRÍGUEZ [FJ 3º. Vid. También la STSJ de Galicia de 25 de octubre de 2002 (Ponente Ilmo. Sr. D. Manuel Conde Núñez), FJ 4º.

(77) Ponente, Ilmo. Sr. D. Vicente Rouco RODRÍGUEZ. [FJ 3º] En el mismo sentido vid. la STSJ de Cataluña de 27 de abril de 1999 (Ponente Ilma. Sra. Thea Espinosa Goedert, FJ 2º.

(78) Además debe tenerse en cuenta que conforme al art. 270.1 del CP. *«Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios»*.

caso, la salvaguarda de las condiciones de conservación o mantenimiento de las obras expuestas.

### **e) Prohibición del acceso de los menores de dieciocho años en discotecas, salas de fiesta, pubs y bares con música**

En relación con esta condición debe tenerse en cuenta la existencia de una variadísima normativa sectorial en la que se prevén distintos límites de edad en función del tipo de espectáculo o actividad recreativa de la que se trate [cines (79), toros (80), pubs, discotecas, bingos (81), casinos (82), etc.].

La posibilidad de que se establezca como condición específica de admisión la prohibición del acceso de menores de 18 años a discotecas, salas de fiesta y pubs y bares con música debe ponerse en conexión con lo previsto en el artículo 3 b) del RGAA, que —al igual que la norma

---

(79) El art. 1 de la Orden CUL/314/2010, de 16 de febrero (BOE núm. 43, de 18 de febrero), detalla la calificación por grupos de edad a que se refiere el art. 5.1 del Real Decreto 2062/2008, de 12 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine del siguiente modo: a) Especialmente recomendada para la infancia; b) Apta para todos los públicos; c) No recomendada para menores de siete años; d) No recomendada para menores de doce años; e) No recomendada para menores de dieciséis años; f) No recomendada para menores de dieciocho años; g) Película X.

La calificación «Especialmente recomendada para la infancia» se acumulará, cuando corresponda, a la calificación «Apta para todos los públicos» o «No recomendada para menores de siete años».

Debe entenderse que se trata de simples recomendaciones, sin que pueda prohibirse la entrada a personas con edad inferior a la recomendada salvo las películas X, a las que no podrá permitirse la entrada a los menores de 18 años, pues como señala el art. 9.2 de la Ley 55/2007: *«Las películas y demás obras audiovisuales de carácter pornográfico o que realicen apología de la violencia serán calificadas como películas «X». La exhibición pública de estas películas se realizará exclusivamente en las salas «X», a las que no tendrán acceso, en ningún caso, los menores de 18 años, debiendo figurar visiblemente esta prohibición para información del público. Las demás obras audiovisuales calificadas «X» no podrán ser vendidas ni alquiladas a menores de edad ni podrán estar al alcance del público en los establecimientos en los que los menores tengan acceso».*

(80) A los que no se admite la entrada a menores de 14 años (vid. la Orden de 28 de febrero de 1985)

(81) El art. 23 de la Ley 2/1986, de 19 de abril, del Juego y Apuestas en Andalucía, dispone que *«Los menores de edad no podrán participar en los juegos y apuestas comprendidos en esta Ley, ni entrar en las salas o locales destinados exclusiva o predominantemente a la práctica del juego. Queda excluido de esta prohibición el acceso a Salones Recreativos».* Los locales comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley son, conforme a lo dispuesto en su art. 10, los casinos de juego, las salas de bingo, los salones de juego y los salones recreativos.

(82) Vid. nota anterior.

estatal (83)— establece la prohibición del acceso de menores de dieciséis años (84) a estos establecimientos.

Si no se reúne la edad requerida, deberá impedirse la entrada pudiendo procederse a la expulsión de las personas que indebidamente hubieren introducido en ellos, requiriendo, en caso necesario, la intervención de los Agentes de la Autoridad. En caso de duda sobre la edad de los menores que pretendan acceder o hayan tenido acceso a los referidos establecimientos, los dueños, encargados o responsables podrán exigir la presentación de su documento nacional de identidad como medio de acreditar aquélla (85). En cualquier caso la limitación de la edad de acceso deberá advertirse mediante letreros colocados en lugares visibles desde el exterior así como en el interior de los establecimientos así como, en su caso, en los folletos, carteles, programas o impresos de propaganda que se editen.

#### **f) Condiciones que establecen una determinada etiqueta indumentaria y de calzado**

No hay duda de que el titular del establecimiento u organizador de la actividad es libre para fijar una determinada etiqueta. Además, la exigencia de una determinada indumentaria o calzado para acceder a ciertos tipos de establecimientos no puede discutirse (p. ej. prohibición de acceder con calzado de calle a una piscina, o en bañador a una discoteca). Dicho esto, es preciso insistir en que una vez que el sujeto cumpla

---

(83) Vid. art. 60 del RD 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de Espectáculos Públicos y actividades recreativas (BOE núm. 267, de 6 de noviembre). En el apartado 1º de dicho artículo se prohíbe la entrada de los menores de dieciséis años en las salas de fiesta, discotecas, salas de baile, espectáculos o recreos públicos clasificados genérica o específicamente por el Ministerio de Cultura y, en general, en cualesquiera lugares o establecimientos públicos en los que «pueda padecer su salud o su moralidad». Añade el art. 61 que «Salvo en los casos de fiestas, verbenas o atracciones populares, queda terminantemente prohibido el acceso a todo establecimiento público o local de espectáculos o recreos públicos durante las horas nocturnas a los menores de dieciséis años que no vayan acompañados de personas mayores responsables de su seguridad y moralidad, aunque el espectáculo o actividad fuese apto para ellos (...)».

(84) Además, se prohíbe suministrar o vender bebidas alcohólicas o tabaco a los menores de dieciocho años que accedan a establecimientos de espectáculos públicos o actividades recreativas, constituyendo infracción grave permitir el consumo de tales bebidas o de tabaco en el interior de los establecimientos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 20 de la misma.

(85) Art. 60.4 RD 2816/1982, de 27 de agosto.

las condiciones de etiqueta requeridas (que en cualquier caso no podrán consistir en la exigencia de marcas determinadas) no podrá impedírsele el acceso. Sin embargo, esta es la condición que plantea mayores problemas en su aplicación práctica, pues, es una realidad que, en muchos casos, su invocación permite encubrir una selección de la clientela basada en otras razones que no se explicitan y que constituyen discriminaciones claramente prohibidas, como las que se realizan por razón de la apariencia estética, raza, religión u orientación sexual.

## **B.2) Publicidad**

Una vez autorizadas las condiciones de admisión deberán hacerse públicas de manera que se facilite su general conocimiento por los usuarios o espectadores. Con este fin se previene que deberán constar en un cartel —con unas dimensiones mínimas de 30 centímetros de ancho por 20 centímetros de alto— que se fijará en un lugar visible del acceso al establecimiento y en las taquillas de venta de localidades de manera que resulte claramente visible y legible desde el exterior (86). En dicho cartel deberá figurar, además de la relación pormenorizada de las condiciones a las que se subordina el acceso, la fecha de la resolución y la identificación del órgano autorizante, no siendo suficiente aquel en el que simplemente figure la leyenda «*reservado el derecho de admisión*» (87). Además, dichas condiciones deben figurar en la publicidad o propaganda del espectáculo público o actividad recreativa, así como en las entradas o localidades (88). Por último, como es lógico, se prohíbe efectuar raspaduras, tachaduras o borrados en las condiciones específicas de admisión autorizadas y publicitadas.

## **C) Breve referencia al procedimiento de autorización**

La exposición de esta cuestión debe hacerse teniendo en cuenta el importante impacto que en el régimen de autorizaciones ha causado la tras-

---

(86) El apartado 2º del RGAA señala que «*Con carácter potestativo, también podrán fijarse carteles de idénticas dimensiones y contenido en el interior del local, recinto o establecimiento, recordatorios del cartel que obligatoriamente ha de fijarse en la forma que establece el apartado anterior*»

(87) *Vid.* art. 9 RGAA.

(88) *Vid.* arts. 19 y 20 RGAA.

posición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios). Esta Directiva —traspuesta parcialmente al Derecho español por las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre (89) (Ley Paraguas) y 25/2009, de 22 de diciembre (90) (Ley Ómnibus)— afecta notablemente al tradicional régimen de control administrativo previo encarnado en la figura de la autorización, pero sin que ello suponga, como señala RIVERO (91), una desregulación plena, sino una sustitución de las autorizaciones por filtros mucho más ágiles y menos costosos (comunicación previa o declaración responsable) así como verdaderos controles *ex post* traducidos en inspecciones administrativas.

Con el fin de adaptar la normativa andaluza a las exigencias derivadas de la Directiva se han dictado sendas normas (92) en las que se modifican diversas leyes y reglamentos autonómicos, sustituyendo la autorización previa que debían de obtener ciertos establecimientos abiertos al público por una declaración responsable (tal es el caso de los establecimientos turísticos como hoteles, restaurantes, cafeterías, etc.). Sin embargo, hasta ahora, la modificación no se ha extendido de manera expresa a la totalidad de los establecimientos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Espectáculos Públicos de Andalucía, en los que debe entenderse que sigue vigente la necesidad de autorización previa, lo que, como señalan BARRANCO y BULLEJOS (93) puede justificarse en su vinculación al orden o seguridad pública, la protección de los consumidores o de los destinatarios de los servicios de espectáculos públicos o actividades recreativas, si bien este argumento debe matizarse en el caso de que se trate de actividades inocuas o no calificadas, en las que no parece que exista inconveniente en buscar otros controles menos rigurosos. Esta es la solución que se ha adoptado en Cataluña donde Ley de 11/2009, de 6 de julio mantiene, como criterio general —tal y como explicita su Exposición

---

(89) BOE núm. 283, de 24 de noviembre.

(90) BOE núm. 308, de 22 de diciembre.

(91) RIVERO ORTEGA, R. (2009), «Reformas del Derecho administrativo para 2010: la difícil trasposición de la Directiva de Servicios en España», *RArAP* núm. 34, pág. 63

(92) Son el Decreto 80/2010, de 30 de marzo (BOJA núm. 69, de 30 de marzo) y la Ley

(93) BARRANCO VELA, R., BULLEJOS CALVO, C. (2009), «De la municipalización del orden público a la Directiva 2006/123/CE, de Servicios: evolución del marco normativo y competencial en materia de espectáculos públicos, actividades recreativas y de ocio», *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados* núm. 19 (Ref. La Ley 2827/2009), pág. 10

de Motivos— que los espectáculos públicos y las actividades recreativas, así como los establecimientos abiertos al público en los que se llevan a cabo, quedan sometidos a una licencia municipal o, en casos más bien excepcionales, a una autorización de la Generalidad. La Ley catalana regula con detalle el régimen jurídico aplicable a dichas licencias o autorizaciones, incluida la integración en estas licencias del procedimiento de control ambiental preventivo. Sin embargo, para simplificar lo máximo posible la intervención administrativa, la Ley faculta a los reglamentos de la Generalidad y a las ordenanzas municipales para establecer la obligatoriedad de una comunicación previa en los casos en que la legislación no requiere autorización ni licencia, e incluso para eximir de la necesidad de licencia o de autorización a determinados tipos de espectáculos públicos o de actividades recreativas, especialmente si tienen un aforo limitado o si tienen un valor cultural o artístico especial.

Dicho esto, la cuestión estriba en saber hasta qué punto la necesidad de adaptación afecta o debiera afectar al concreto procedimiento de autorización de las condiciones de admisión. La lectura de las normas autonómicas más recientes pone de manifiesto que se ha optado por mantener un procedimiento de visado o aprobación con plazos de resolución muy breves. No desaparece, por tanto —ni se estima adecuado que sea de otra forma— la necesidad de control previo, al ser éste un filtro necesario para la garantía de los derechos de los usuarios, si bien los trámites para su obtención, en línea con las exigencias simplificadoras, deberán agilizarse en la medida de lo posible (94).

Otra de las modificaciones derivadas de la incorporación de la Directiva de Servicios es la relativa al silencio administrativo. La regla general es que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma

---

(94) En Andalucía, el 8 RGAA, desarrollado por la Orden de 11 de marzo de 2003 exige que las condiciones de admisión se autoricen por el Ayuntamiento que haya otorgado la autorización para la apertura del establecimiento o la celebración del espectáculo, asumiendo, por ende, un papel crucial de control. Asimismo se prevé la necesidad del informe de la Delegación del Gobierno de la Junta (que se configura como preceptivo, aunque no vinculante) al que habrá de añadirse, en caso de que se trate de establecimientos de hostelería, el Delegación provincial de la Consejería de Turismo.

con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario (art. 43 LRJPAC). El problema sobre la interpretación de los supuestos que deben considerarse amparados por la excepción contemplada se aclara, para el caso de Andalucía, en Ley 3/2010, de 21 de mayo (95), que modifica diversas leyes andaluzas para la trasposición de la Directiva. En la Disposición Adicional 8ª de esta Ley se establece que concurren dichas razones —y por tanto el silencio debe ser negativo— en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados por normas con rango de ley o de Derecho comunitario con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto Ley 3/2009, de 22 de diciembre (que modifica diversas leyes para la trasposición en Andalucía de la Directiva), se prevea efectos desestimatorios a la falta de la notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto.

En el concreto caso de las condiciones de admisión, el RGAA prevé que transcurridos dos meses sin que el interesado haya recibido la notificación expresa, puede entender estimada su solicitud (96). Como justificada excepción, el silencio será negativo siempre que se trate de condiciones expresamente prohibidas o no contempladas en alguno de los supuestos previstos en el art. 7 del RGAA (97), supuestos en los que, por tanto, no cabe estimación presunta. Por tanto, si bien el mecanismo del silencio positivo puede estimarse en línea con las nuevas tendencias simplificadoras derivadas de Directiva de Servicios, la adecuada protección de los derechos de los asistentes, usuarios o espectadores, impone, como necesario contrapeso, un necesario reforzamiento de las funciones de inspección y sancionadoras que garanticen un adecuado ejercicio de la facultad del empresario, con exclusión de cualquier práctica discriminatoria.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo establecido en el artículo 25 del RGAA, el incumplimiento de cualquiera de las prohibi-

---

(95) BOJA núm. 111, de 8 de junio.

(96) Art. 8.5 RGAA.

Asimismo, puede citarse el art. 14 del Decreto 100/2006, de 6 de septiembre, del Principado de Asturias —BOPA núm. 229, de 3 de octubre— que regula los servicios de vigilancia y seguridad en los espectáculos públicos y actividades recreativas, en el que se prevé que el transcurso de tres meses sin que recaiga resolución expresa determina que deba entenderse estimada la solicitud de autorización y visado de las condiciones específicas de admisión. Idéntico es el plazo previsto en el Decreto valenciano 197/2008, de 5 de diciembre —DOCV núm. 5910, de 10 de diciembre— que regula el derecho, la reserva y el servicio de admisión en los establecimientos públicos destinados a la realización de espectáculos públicos y actividades recreativas.

(97) *Vid.* art. 4.3 de la Orden de 11 de marzo de 2003.

ciones en él contenidas tiene la consideración de infracción grave (98), pudiéndose adoptar como medida provisional, la suspensión temporal de la autorización del establecimiento público o su clausura.

En caso de incumplimiento de alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 6, las sanciones que puedan imponerse llevará aparejada la sanción de la autorización del establecimiento público y su clausura por un periodo mínimo de un mes.

## 7. REFLEXIÓN FINAL

A lo largo de este trabajo se ha tratado de dar respuesta a diversas cuestiones que plantea el ejercicio del derecho de admisión. Es destacable la ingente cantidad de cuestiones jurídicas que se plantean a propósito del estudio de un tema inexplorado por la doctrina y que, en una primera aproximación, puede parecer sencillo pero en el que una consideración de detalle, revela una importante complicación.

El conflicto entre el derecho del empresario para decidir el modo en que el derecho de admisión puede ejercerse —manifestación concreta de su libertad de empresa— y el de los espectadores o usuarios a acceder a los locales o espectáculos públicos en condiciones de igualdad, revela la necesidad de una regulación en la que, reconocida la legitimidad de la restricción del acceso —que es indiscutible en los casos de salud u orden público—, se establezcan con claridad los requisitos que encadren el modo en que este derecho puede ejercerse, reduciendo al mínimo el margen de arbitrariedad, de modo que las condiciones a las que la admisión se sujeta, sean tasadas y se apliquen objetivamente a todos los ciudadanos a los que debe garantizarse su previo conocimiento mediante una publicidad adecuada.

En este marco, la Administración juega un decisivo papel de balance y contrapeso en la búsqueda del justo equilibrio entre derechos fundamentales que entran en conflicto, actuando como garante para la desaparición de cualquier práctica abusiva o discriminatoria, tanto en el control previo de la legitimidad de las condiciones, como en la necesaria vigilancia *a posteriori*.

---

(98) Vid. art. 20 de la Ley 13/1999, de 15 de diciembre. Conforme al art. 22.1 b) las infracciones graves serán sancionadas con multa de 300'51 a 30.050'61 euros.

El análisis de la norma andaluza revela el acierto que supone su existencia misma, a diferencia de otras Comunidades Autónomas en las que la regulación de esta materia es notablemente insuficiente, constituida, tan solo, por alguna referencia aislada en su normativa de espectáculos públicos. Sin embargo, el juicio global dista de ser favorable, detectándose en ella importantes imprecisiones que van desde la inadecuada configuración del titular del derecho en la redacción original del RGAA, a la criticable inclusión de determinadas condiciones específicas cuya presencia es difícilmente justificable al ofrecer un margen demasiado elástico que sitúa a los espectadores o usuarios en una situación de indefensión frente al titular del establecimiento u organizador del espectáculo. A ello debe añadirse la necesidad de adaptación de la normativa a las nuevas necesidades que la realidad cotidiana demuestra como ineludible, destacando, en particular, la necesidad de prever los requisitos que deben concurrir en el personal de que ejerza las funciones de admisión y la clara delimitación de su actividad respecto de la ejercida por el personal de vigilancia. Por lo demás, convendría llevar a cabo una adaptación del procedimiento de autorización en concordancia con la tendencia simplificadora derivada de la adaptación de la legislación española a la Directiva de servicios, en este sentido, si bien el mecanismo del silencio positivo aparece expresamente previsto en caso de falta de resolución en plazo, es necesario insistir en la importancia los mecanismos de control *ex post* que aseguren la corrección en el ejercicio del derecho.

Por último, no puede olvidarse que una adecuada comprensión de esta materia, requiere la consideración cruzada del RGAA con otras normas sectoriales cuya invocación resulta imprescindible en la configuración global del derecho. Sólo de este modo, podrá ofrecerse una visión de conjunto que permita comprender su verdadera dimensión.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN, M. (1996): «Constitución económica y libertad de empresa», en *Estudios jurídicos en honor al Profesor Aurelio Menéndez*. Civitas, Madrid, págs. 163-180.
- ALFARO, J. (1993): «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho civil*, Tomo XLVI, Fasc. I, págs. 78-82.

- ARIÑO ORTIZ, G. (2001): *Principios de derecho público económico* (2ª ed.). Comares, Granada.
- BARRANCO VELA, R., BULLEJOS CAIVO, C. (2009): «De la municipalización del orden público a la Directiva 2006/123/CE, de Servicios: evolución del marco normativo y competencial en materia de espectáculos públicos, actividades recreativas y de ocio», *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados* núm. 19, Ref. La Ley 2827/2009.
- BARREIRO, J. (1999): «Comentario al artículo 202», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *et al., Comentarios al Código Penal* (Tomo VII). Edersa, Madrid.
- BILBAO UBILLOS, J. M. (2006): «Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público», en CARRASCO DURÁN, M.; PÉREZ ROYO, J.; URÍAS MARTÍNEZ, J.; TEROL BECERRA M. J (Coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Vol. I). Aranzadi, Madrid, págs. 819-842.
- CÁMARA DEL PORTILLO, D. (2007): «La intervención de la Administración en la seguridad ciudadana y espectáculos públicos», en LINDE PANIAGUA, E. (Coord.) *Parte especial del Derecho administrativo*. Colex, Madrid, págs. 267-350.
- CASTILLO BLANCO, F.; ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, M<sup>a</sup> P. (2000): *Espectáculos públicos y actividades recreativas: Régimen jurídico y problemática actual*. Lex Nova, Barcelona
- DE VICENTE PACHÉS, F. (2001): «Naturaleza jurídica de las funciones de los guardias jurados de seguridad privada: ¿suponen sus actividades ejercicio de poder público? Comentario a la STJCE de 31 de mayo de 2001, Comisión/República Italiana (asunto C-283/99) (Ref. Aranzadi BIB 2001/985).
- ESPÍN, E. (1994): *Derecho constitucional* (Vol. I). Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERRERES COMELLA, V. (2002): «La constitucionalidad de la entrada y registro en las habitaciones de hotel sin autorización judicial ¿Una cuestión irrelevante? (Ref. Ar. BIB 2002/66).
- GALLARDO CASTILLO, M<sup>a</sup> J. (2008): *Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica*. Iustel, Madrid.

- (2010): *Comentario sistemático a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*. Tecnos, Madrid.
- GARRIDO FALLA, F., et al. (2001): *Comentarios a la Constitución* (3<sup>ª</sup> ed.). Civitas, Madrid.
- (2005): *Tratado de Derecho administrativo* (Vol. I), 14<sup>ª</sup> ed. Tecnos, Madrid.
- GÓMEZ AMIGO, L. (2004): *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Thomson-Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1991): «Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (Coord.) et al., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (Vol. II). Civitas, Madrid, págs. 1053-1197.
- IZQUIERDO CARRASCO, M. (2004): *La seguridad privada: régimen jurídico administrativo*. Lex Nova, Madrid.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F. (1989): *Espectáculos y establecimientos públicos*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid.
- NIETO GARCÍA, A. (1969): «Valor actual de los establecimientos públicos», en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX: Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, pág. 1051 y ss.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2008): Comentario al art. 38 de la Constitución española, en CASAS BAAMONDE, E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., *Comentarios a la Constitución española*. Wolters Kluwer, Madrid.
- RIVERO ORTEGA, R. (2009): «Reformas del Derecho administrativo para 2010: la difícil trasposición de la Directiva de Servicios en España», *RArAP* núm. 34, págs. 51-80.
- ROMERO SOLÍS, E. (1995): «La reciente evolución jurisprudencial en torno al principio de legalidad en el Derecho administrativo sancionador. A propósito del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de 27 de agosto de 1982», *RAAP* núm. 21, págs. 123-128.

- RUBIO LLORENTE, F. (1996): «La libertad de empresa en la Constitución», en *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Cívitas, Madrid, págs. 431-446.
- SOLA TEYSSIERE, J. (2001): «La Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía: delimitación de competencias y ámbito de aplicación», *RAAP* núm. 43, págs. 311-344.
- VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A. (2003): «Reservado el derecho de admisión. De advertencia arbitraria a principio reglado y garantista (Decreto 10/2003, de 28 de enero de la Junta de Andalucía», *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados* núm. 20, págs. 3438-3441,

## **ANEXO I**

### **NORMAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS**

Andalucía, Ley 13/1999, de 15 de diciembre (BOJA núm. 152, de 31 de diciembre), de Espectáculos públicos y actividades recreativas.

Aragón, Ley 11/2005, de 28 diciembre (BOA núm. 154, de 31 diciembre), de Espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos.

Asturias, Ley 8/2002, de 21 octubre (BOPA núm. 247, de 24 octubre), de Espectáculos públicos y actividades recreativas.

Baleares, Ley 16/2006, de 17 de octubre (BOIB núm. 152, de 28 octubre 2006), de Licencias integradas de actividad.

Canarias, Ley 1/1998, de 8 de enero (BOCAN núm. 6, de 14 de enero), de Régimen jurídico de los espectáculos públicos y de las actividades clasificadas.

Castilla-León, Ley 7/2006, de 2 de octubre (BOCL núm. 194, de 6 de octubre), de Espectáculos públicos.

Cataluña, Ley 11/2009, de 6 julio (DOGC núm. 5419, de 13 julio 2009) de espectáculos públicos y las actividades recreativas.

La Rioja, Ley 4/2000, de 25 de octubre (BOR núm. 144, de 18 de noviembre), de Espectáculos públicos y actividades recreativas.

Madrid, Ley 17/1997, de 4 de julio (BOCM núm. 159, de 7 de julio), de Espectáculos públicos y actividades recreativas.

Navarra, Ley Foral 2/1989, de 13 de marzo (BON núm. 33, de 17 de marzo), de Espectáculos Públicos y actividades recreativas.

País Vasco, Ley 4/1995, de 10 de noviembre (BOPV núm. 230, de 1 de diciembre), de Espectáculos públicos y actividades recreativas.

Valencia, Ley 4/2003, de 26 febrero (DOCV núm. 81, de 4 abril 2003), de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos, desarrollada por Decreto 52/2010, de 26 de marzo (DOCV núm. 6236, de 26 de marzo), que aprueba el Reglamento de espectáculos, establecimientos públicos y actividades recreativas de Valencia.

## **ANEXO II**

### **NORMAS AUTONÓMICAS SOBRE DERECHO DE ADMISIÓN**

Andalucía, Decreto 10/2003, de 28 de enero (BOJA núm. 36, de 21 de febrero), que aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas.

Aragón, Decreto 23/2010, de 23 de febrero (BOA de 8 de marzo), por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos.

Asturias, Decreto 100/2006, de 6 de septiembre (BOPA núm. 229, de 3 de octubre), regula los servicios de vigilancia y seguridad en los espectáculos públicos y actividades recreativas y el ejercicio del derecho de admisión.

Baleares, art. 39 de la Ley 16/2006, de 17 de octubre (BOIB núm. 152, de 28 octubre 2006), de Licencias integradas de actividad

Canarias, Disp. Adic. 2ª de la Ley 1/1998, de 8 de enero (BOCAN núm. 6, de 14 de enero), de Régimen jurídico de los espectáculos públicos y de las actividades clasificadas.

Castilla-León, art. 21 de la Ley 7/2006, de 2 de octubre (BOCL núm. 194, de 6 de octubre), de Espectáculos públicos.

Cataluña, Decreto 200/1999, de 27 de julio (DOGC núm. 2942, de 30 de julio), regula el derecho de admisión en establecimientos públicos donde se realizan espectáculos públicos y actividades recreativas.

Galicia, Decreto 8/2010, de 21 de enero (DOE núm. 24, de 5 de febrero), regula la actividad de control de acceso a espectáculos públicos y actividades recreativas.

La Rioja, Decreto 32/2020, de 21 de mayo (BOR núm. 65, de 28 de mayo), regula la actividad de control de acceso a discotecas, salas de baile y salas de fiesta y art. 20 de la Ley 4/2000, de 25 de octubre (BOR núm. 144, de 18 de noviembre), de Espectáculos públicos y actividades recreativas.

Madrid, Decreto 163/2008, de 29 de diciembre, regula la actividad de control de acceso a espectáculos públicos y actividades recreativas.

País Vasco, art. 21 de la Ley 4/1995, de 10 de noviembre (BOPV núm. 230, de 1 de diciembre), de Espectáculos públicos y actividades recreativas

Valencia, arts. 125 a 138 del Decreto 52/2010, de 26 de marzo (DOGV núm. 6236, de 30 de marzo), que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 4/2003, de 26 de febrero, de la Generalitat, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos.

### **ANEXO III**

#### **NORMAS AUTONÓMICAS SOBRE ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS**

Andalucía, Decreto 47/2004, de 10 de febrero (BOJA núm. 42, de 2 de marzo), de establecimientos hoteleros.

Aragón, Decreto 153/1990, de 11 de diciembre (BOA núm. 151, de 24 de diciembre), establece las normas de construcción e instalación de hoteles para su clasificación.

Asturias, Decreto 78/2004, de 8 de octubre (BOPA núm. 251, de 28 de octubre), de establecimientos hoteleros.

Baleares, Ley 7/1988, de 1 de junio (BOIB núm. 76, de 25 de junio), de medidas transitorias de ordenación de los establecimientos hoteleros y alojamientos turísticos.

Canarias, Decreto 149/1986, de 9 de octubre (BOCAN núm. 129, de 27 de octubre), de ordenación de los establecimientos hoteleros.

Cantabria, Decreto 50/1989, de 5 de junio (BOCAN núm. 189, de 21 de septiembre), de ordenación y clasificación de los establecimientos hoteleros.

Castilla y León, Decreto 77/1986, de 12 de junio (BOCL núm. 70, de 25 de junio), de clasificación de los establecimientos hoteleros.

Castilla-La Mancha, Decreto 4/1989, de 16 de enero (DOCM núm. 5, de 31 de enero), de ordenación y clasificación de los establecimientos hoteleros.

Cataluña, Decreto 176/1987, de 9 de abril (DOGC núm. 846, de 1 de junio), de clasificación de los establecimientos de alojamiento turístico.

Extremadura, Decreto 86/2007, de 8 de mayo (DOE núm. 55, de 15 de mayo), de ordenación y clasificación de los alojamientos turísticos hoteleros de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Galicia, Decreto 267/1999, de 30 de septiembre (DOG núm. 201, de 18 de octubre), de ordenación de los establecimientos hoteleros.

La Rioja, Decreto 111/2003, de 10 de octubre, (BOR núm. 127, de 14 de octubre), que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de la Rioja (arts. 22 a 70).

Madrid, Decreto 159/2003, de 10 de julio (BOCAM núm. 173, de 23 de julio), de ordenación de los establecimientos hoteleros de la Comunidad de Madrid.

Murcia, Decreto 91/2005, de 22 de julio (BORM núm. 173, de 29 de julio), de establecimientos hoteleros en la Región de Murcia.

Navarra, Decreto Foral 146/2005, de 20 de diciembre (BON núm. 13, de 30 de enero), de ordenación de los establecimientos hoteleros en la Comunidad Foral de Navarra.

País Vasco, Decreto 102/2001, de 29 de mayo (BOPV núm. 113, de 14 de junio), de ordenación de los establecimientos hoteleros.

Valencia, Decreto 153/1993, de 17 de agosto (DOGV núm. 2100, de 10 de septiembre), de establecimientos hoteleros.w.

# UNA VISIÓN CRÍTICA DEL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN<sup>(\*)</sup>

FERNANDO LÓPEZ PÉREZ

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. CONCEPTO DE FUERA DE ORDENACIÓN. SU SACRIFICIO RESPECTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.– III. EL INSTRUMENTO HÁBIL PARA LA DECLARACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN Y LA NECESIDAD DE DECLARACIÓN EXPRESA. EFECTOS SOBRE EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.– IV. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN A LAS CONSTRUCCIONES ILEGALES.– V. LOS CAMBIOS DE USO EN LOS EDIFICIOS EN FUERA DE ORDENACIÓN.– VI. LA NECESIDAD DE APLICAR EL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN CON CARÁCTER RESTRICTIVO. LOS ABUSOS DE LA FIGURA POR EL INTERÉS GENERAL.– VII. CONCLUSIONES.*

*RESUMEN:* En primer lugar, el presente trabajo acomete un repaso general del régimen de fuera de ordenación pensado para las situaciones de transitoriedad entre dos planes urbanísticos, abordando las principales características con las que cuenta esta institución. A continuación, se analiza, con una visión crítica, aquellos aspectos que pueden resultar más inmisivos con el derecho de propiedad privada, especialmente en todo aquello que se refiere al abuso de esta figura, subrayando los motivos por los cuales el referido régimen debería ser aplicado de un modo restrictivo.

*Palabras clave:* fuera de ordenación; régimen transitorio del planeamiento urbano, interés general urbanístico; alternativa menos restrictiva con la propiedad.

*ABSTRACT:* Firstly, this paper entails a general review of the main characters of the legal institution called «out of regulation regime» devoted to apply transitionally between urban development plans. Secondly, the paper analyses critically those aspects that might jeopardize the land property, especially the abuse of the «out of regulation regime», highlighting the reasons for which such regime should be applied restrictively.

*Keywords:* out of regulation regime; urban development plan, urban general interest; proportionality; urban property.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 11 de enero de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 16 de abril de 2010.

## I. INTRODUCCIÓN

El acto de planificar urbanísticamente la ciudad parte de la base de que lo proyectado va a tener una permanencia duradera en el tiempo. La concepción sobre el plano de barrios residenciales o de polígonos industriales, la previsión de sus accesos, suministros o servicios se efectúa con el convencimiento de lo que se ejecute va a trascender, desde un punto de vista técnico —y en ocasiones estético—, a varias generaciones. El planeamiento urbanístico nace, en consecuencia, con una vocación de firmeza, si no ilimitada, si al menos perenne durante décadas. Incluso desde un punto de vista económico, se confía en este axioma de perdurabilidad, por cuanto las edificaciones que sobre el suelo se asientan son adquiridas en muchas ocasiones bajo la consideración de bien de inversión, con la seguridad de que el inmueble adquirido, precisamente por la condición de bien raíz que ostenta, va a permanecer casi irreductible a los embates del tiempo, convirtiéndose, por ello, en una excelente fuente de financiación en el mercado crediticio.

Sin embargo, la evolución propia de la urbe, su expansión o los cambios que en determinados barrios de la misma se producen, origina que concretas zonas de la ciudad pasen a tener una clasificación o un uso distinto al original o unas condiciones de edificación diferentes, y ello una vez que las edificaciones han sido ya ejecutadas y usadas. A este respecto, y como declara MAGARIT CABALLÉ (2009: p. 88), *«nada impide al planificador cambiar las líneas generales del mismo en uso del llamado ius variandi, de acuerdo con el interés general y a la vista de las necesidades cambiantes de la sociedad»*.

La posibilidad de modificar el planeamiento urbanístico y, más en concreto, que estos cambios expandieran sus efectos sobre situaciones consolidadas con anterioridad a la alteración, exigió de la técnica jurídica urbanística la previsión de una figura que fuera capaz de plantear soluciones a los problemas jurídicos surgidos en relación con la posibilidad o no de permanencia de aquellas construcciones e instalaciones que resultaban incompatibles con la nueva ordenación. Nació así el régimen de fuera de ordenación ya en la Ley del Suelo de 1956, a través del cual se procuraba dar respuesta a la transitoriedad en la que se quedaban dichas edificaciones disconformes con el nuevo planeamiento, y que acabó consolidándose en los siguientes textos normativos, incluyendo las

legislaciones urbanísticas autonómicas, llegando, incluso, a trasladarse a otros sectores del Derecho administrativo (2).

Ahora bien, aunque a través de esta figura se hayan resuelto muchos de los inconvenientes que provienen de las situaciones surgidas por un cambio en el planeamiento, no pueden soslayarse los innumerables efectos negativos sobre el derecho de propiedad que pueden derivarse de su uso, dado que la calificación de un determinado inmueble como fuera de ordenación conlleva una serie de restricciones que suponen un verdadero sacrificio sobre tal derecho que, tal y como veremos, tiene como regla general su no indemnizabilidad.

La doctrina ha dedicado gran parte de sus esfuerzos en explicar este régimen de transitoriedad en lo relativo a qué obras se encuentran prohibidas y cuáles permitidas, dando por sentada, en la mayoría de las ocasiones, la corrección de sus fundamentos primarios. Por ello, en el presente trabajo, se procederá a realizar un examen crítico de los aspectos más controvertidos de la situación de fuera de ordenación y las repercusiones que de la misma se derivan, sobre todo, en el principio de seguridad jurídica, centrándose especialmente en las consecuencias que se originan por su abuso.

## **II. CONCEPTO DE FUERA DE ORDENACIÓN. SU SACRIFICIO RESPECTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD**

A salvo de algunos antecedentes históricos (3), los orígenes de la situación de fuera de ordenación se sitúan en la Ley del Suelo de 1956, en cuyo artículo 48 se disponía que aquellos edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del planeamiento urbanístico y

---

(2) En este sentido, el artículo 23 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras o la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, recogen un régimen similar al de fuera de ordenación previsto en las legislaciones urbanísticas —sobre todo en lo relativo a las obras permitidas y prohibidas—.

(3) CUERNO LLATA (2006: p. 27) sitúa en dos Reales Órdenes de 8 de febrero de 1863 y de 10 de junio de 1865 el origen histórico del régimen de fuera de ordenación, insertándolo dentro del concepto de policía administrativa, «singularizada en el deber de las nuevas edificaciones de adecuarse a las líneas determinadas por un plano de alineación, configurando un arcaico sistema de cesión de terrenos a viales en la parte incluida en su grafía, al objeto de ensanchar el viario (...) Un verdadero modelo de derecho transitorio en el que se hace primar el interés público del planeamiento sobrevenido, frente al derecho de conservación del propietario».

que resultaran disconformes con el mismo serían calificados como fuera de ordenación. A partir de esta calificación, a tales bienes se les aplicaba un régimen restrictivo que impedía que la propiedad acometiera obras de consolidación, aumento de volumen, modernización y, en general, las que supusieran un incremento de su valor de expropiación; permitiendo, por el contrario, la ejecución de aquellas reparaciones que exigiera la higiene, el ornato y la conservación del inmueble, tolerando su uso en tanto en cuanto no desapareciese físicamente la construcción o instalación.

Por su parte, el artículo 49 de esta misma Ley establecía un régimen de tolerancias, previsto para aquellas industrias situadas en zonas no adecuadas de acuerdo con la nueva ordenación planteada, y en las cuales se permitía, vía normas urbanísticas u ordenanzas de edificación, un régimen más laxo que el general aplicable a la situación de fuera de ordenación (4).

En resumen, la situación de fuera de ordenación podía definirse como la que se producía, con el carácter de sobrevenida, respecto de aquellas edificaciones e instalaciones erigidas que, por mor de la aprobación o modificación de un determinado plan, dejaban de ser conformes con la ordenación urbanística, y a los cuales se les aplicaba, desde ese momento, un régimen restrictivo respecto de las obras que en estos bienes se permitían, con el objeto de que los mismos desapareciesen una vez se extinguiesen las posibilidades razonables de vida de sus elementos —CARBALLEIRA RIVERA (2004: p. 12)—, o que al menos, cuando se expropiasen en el futuro, no vieran incrementado su valor de expropiación, manteniendo el uso que estuviesen desempeñando.

En el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 se recogió dicha figura de fuera de ordenación en términos análogos a lo previsto en la Ley de 1956 —artículos 60 y 61—. También en el Texto Refundido de 1992 —artículo 137— se reguló la situación de fuera de ordenación en similares términos que en las anteriores disposiciones, si bien se introdujo un importante matiz, al reconocerse al Plan la posibilidad de disponer de

---

(4) Este régimen de tolerancias, denominado por CUERNO LLATA (1997: p. 217) como «*permisividad intra plan*», permite el normal desenvolvimiento de las industrias que están en situación de fuera de ordenación hasta su desaparición, admitiéndose renovaciones y ampliaciones en las mismas, y cuya finalidad es el mantenimiento del tejido industrial y productivo a pesar de las modificaciones del planeamiento.

un régimen distinto al general establecido en la Ley, lo que la doctrina vino a denominar como la *deslegalización* de la figura. (5)

Por último, significadamente tras la sentencia del TC núm. 61/1997, han sido las Comunidades Autónomas las que, en sus respectivas legislaciones urbanísticas, han recogido el testigo iniciado en 1956 regulando la situación de fuera de ordenación. Pese a que el sustrato de la configuración de este régimen es prácticamente idéntico al artículo 48 de la Ley de 1956, lo cierto es que, tal y como veremos, las soluciones que cada Comunidad Autónoma ha adoptado en algunos de los aspectos más problemáticos cuenta con diferencias, en algunos casos sustanciales.

De cualquier modo, la característica esencial de este régimen de fuera de ordenación es, tal y como señala ARIÑO SÁNCHEZ (2000: p. 14 y sigs.), la de *«dar una respuesta a las situaciones transitorias generadas con motivo de la aprobación de un nuevo Plan»*, sin que ello *«suponga la demolición a costa del afectado de los edificios»*, sino que *«las limitaciones únicamente persiguen no incrementar el coste de expropiación o de indemnización por edificios o usos que deben desaparecer en virtud de un sistema de gestión urbanística»*.

Precisamente, la circunstancia de que la declaración de fuera de ordenación no implique su demolición inmediata (6), sino que se espera a la extinción natural de la construcción o instalación así calificada, manteniéndose su uso, es el factor clave que descarta su indemnizabilidad, como

---

(5) La denominada *deslegalización* del régimen de fuera de ordenación tuvo, ya en los años 70 (con anterioridad, por tanto, a que se previera en el texto de 1992), una buena acogida por la jurisprudencia, que se mostró receptiva al establecimiento por el Plan de un régimen complementario para los edificios de fuera de ordenación (sentencias del TS de 6 de octubre de 1975 y de 18 de septiembre de 1990), tal y como señala CUERNO LLATA (2006: p. 33). Esta deslegalización del régimen ha sido objeto de críticas centradas en el hecho de que el refundidor del texto de 1992 se hubiese excedido en su labor, por cuanto no había antecedente normativo al respecto y, sobre todo, en el riesgo de que el planificador, en uso de esta facultad, pudiese imponer un régimen más restrictivo que el general establecido en la Ley sobre los edificios que fueran calificados como de fuera de ordenación. Al respecto, puede consultarse a QUIRÓS ROLDÁN-ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 26 y sigs.) y a RAMOS MEDRANO J. A. y M. P. (1996: pp. 106 y 110). En cualquier caso, la jurisprudencia optó por descartar la posibilidad de que el planificador instaurara un régimen más restrictivo que el legalmente establecido, tal y como señala LÓPEZ RAMÓN (2009: p. 129).

(6) Tal y como señala la sentencia del TS de 5 de diciembre de 1987 declarando que la fuera de ordenación *«permite la subsistencia de los mismos dentro de lo que pudiera considerarse plazo normal de vida de la construcción, prohibiendo desde luego, las obras de consolidación que alargarían artificialmente, más allá de lo en principio previsible, la vida natural de la edificación»*.

así ha señalado la jurisprudencia del TS en constantes pronunciamientos, declarando «*que el interés general es digno causante del sacrificio causado sobre la propiedad*» (7). Esta exclusión de indemnización ha tenido, además, reflejo positivo expreso en las Leyes de Suelo —artículo 237.2 del Texto Refundido de 1992, artículo 41 de la Ley del Suelo de 1998 y artículo 35.a) de la Ley del Suelo de 2008—.

El fundamento de esta no indemnizabilidad se encuentra, a juicio de CUERNO LLATA (1997: p. 203 y sigs.) en que el modelo de fuera de ordenación «*no afecta sustancial y directamente al derecho de propiedad, de forma que coarte su ejercicio, sino que produce una limitación o transformación del derecho, en atención a un interés público superior*», añadiendo que la pérdida de valor que se deriva de la aplicación del régimen de fuera de ordenación «*nada tiene de particular, sino que forma parte de la configuración estatutaria del derecho de propiedad, y sobremanera de la propia innovación del ordenamiento normativo dentro de un estado social de derecho (artículo 1.1 y 9.3 CE), pues lo contrario conduciría a la petrificación de un determinado status quo*» (8).

En cualquier caso, una vez se haya producido la calificación como fuera de ordenación de un determinado bien, se abren las dos siguientes posibilidades: (i) la liquidación de la incompatibilidad jurídica, legitimando la expropiación —con la consiguiente indemnización— o (ii) su congelación hasta su extinción natural (9).

En el primer supuesto —expropiación—, ningún problema se plantearía respecto del derecho de propiedad, por cuanto el propietario recibe un justiprecio en contraprestación a la pérdida de su bien, todo ello enmarcado en un procedimiento, el expropiatorio, que cuenta con las debidas garantías de audiencia y acceso a los recursos administrativos y judiciales (10).

---

(7) Tal y como señalan QUIRÓS ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 88), citando sentencias del TS de 26 de diciembre de 1978, 13 de febrero de 1991 y 15 de abril de 1987.

(8) Cabe señalar al respecto de la no indemnizabilidad, la opinión, discordante con la línea general, de GALLEGO ANABITARTE —citada por CUERNO LLATA (1997: p. 206), quien defiende la indemnizabilidad de la fuera de ordenación por cuanto «*el nuevo plan es una verdadera expropiación larvada*». Sin embargo, es de destacar que se trata de una mera excepción, pues la práctica totalidad de la doctrina tolera —junto a la numerosísima jurisprudencia del TS al respecto— que la calificación de fuera de ordenación no sea objeto de indemnización, salvo que se produzca la expropiación del bien calificado como tal.

(9) MUNAR FULLANA (2005: p. 16).

(10) En cuanto a la valoración de los inmuebles incursos en fuera de ordenación, téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 22.4 de la Ley del Suelo de 2008, en el que se señala que

Sin embargo, el segundo supuesto, tal y como hemos visto, no conlleva indemnización, y ello pese a que queda *«profundamente debilitado un derecho dominical como consecuencia de las nuevas directrices, sobre todo en sus expectativas y en sus concretas realizaciones»* (11), justificándose el mismo en que al no implicar dicha calificación la inmediata desaparición del bien ni su condena como bien económico-social, el mismo seguirá existiendo y prestando el servicio —manteniendo su uso— para el que fue erigido hasta su desaparición, cuestión ésta que la jurisprudencia ha venido admitiendo con normalidad.

Pese a este razonamiento, resulta notorio que un bien que incurre en la situación de fuera de ordenación supone un fuerte sacrificio sobre los derechos dominicales de su propietario, no indemnizables, soportando desde el momento de su calificación una pérdida de valor inmediata y, en consecuencia, de utilidad. Así, tal y como señala MONFORT FERRERO (1996: p. 16) *«ninguna duda cabe acerca de la gravedad económica de las consecuencias que puede suponer esta nueva calificación, al acortar la vida de estos edificios o al condenarlo a una lánguida e inadecuada subsistencia, lo que lleva consigo una depreciación económica extraordinaria y una disminución en su capacidad crediticia, incluso con repercusión para el acreedor hipotecario, que al otorgar el préstamo lo hizo considerando el pleno valor del edificio»*.

Asimismo, cabe señalar que a este sacrificio derivado de la calificación como fuera de ordenación, se añade que se trata de un régimen profuso en conceptos jurídicos indeterminados (12). En este sentido, el ejemplo más perceptible al respecto es el relativo a conocer cuáles de las obras están permitidas y cuáles prohibidas en un bien calificado como tal. Así, pese a que existe una rica jurisprudencia sobre esta materia, la multitud de casos que pueden darse, lo difuso de los límites que marcan qué tipo de obra es la que se ejecuta y una aplicación muchas veces arbitraria por la Administración en el otorgamiento de las licencias, acaban aumentando considerablemente la incertidumbre en la que se deja a los propietarios

---

*«la valoración de la edificaciones o construcciones tendrá en cuenta su antigüedad y su estado de conservación. Si han quedado incursas en la situación de fuera de ordenación, su valor se reducirá en proporción al tiempo transcurrido de su vida útil».*

(11) MUNAR FULLANA (2005: p. 17), citando una sentencia del TS de 7 de febrero de 1986.

(12) Tal y como señalan MAGARIT CABALLÉ (2009: p. 126) o CARBALLEIRA RIVERA (2004: p. 40).

de esta clase de bienes (13). A ello se suma la existencia de numerosas lagunas y omisiones en la exigua regulación de este régimen, y es que, pese a haber transcurrido más de 50 años desde que se introdujese por vez primera en la Ley de 1956, no se ha conseguido, aún a día de hoy, depurar esta figura para que se adapte a las nuevas necesidades y riesgos del urbanismo actual.

### **III. EL INSTRUMENTO HÁBIL PARA LA DECLARACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN Y LA NECESIDAD DE DECLARACIÓN EXPRESA. EFECTOS SOBRE EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA**

Al margen del sacrificio que sobre la propiedad supone la aplicación del régimen de fuera de ordenación hay otras cuestiones, no siempre ponderadas justamente por la doctrina y la jurisprudencia, que ahondan en la *fisura* ocasionada sobre los derechos dominicales afectados. Una de ellas la constituye la problemática referida a qué instrumento urbanístico es el adecuado para declarar el régimen de fuera de ordenación o, siendo más precisos, qué tipo de plan puede señalar la incompatibilidad de una determinada edificación o instalación.

Originalmente, tanto en la Ley del Suelo de 1956 como en el Texto Refundido de 1976, se aludía de manera expresa a los planes generales y parciales como los habilitados para tal fin, siendo el Texto Refundido de 1992 el que señaló, de forma genérica, que la aprobación del planeamiento urbanístico determinaba la aplicación del régimen de fuera de ordenación, sin distinguir, por tanto, cuál o cuáles de estos planes urbanísticos estaban facultados.

---

(13) Acerca de qué obras están permitidas en un bien calificado como fuera de ordenación —por encuadrarse dentro de las categorías de obras de reparación para la higiene, el ornato, la conservación, etc.—, y de cuáles están prohibidas —por tratarse de obras de consolidación, aumento de volumen, modernización, etc.—, son varios los estudios jurisprudenciales que se encuentran en la doctrina, a través de los cuales se examina con rigurosidad la rica casuística emitida por los Juzgados y Tribunales en la aplicación práctica de esta materia. En consecuencia, se omite en el presente estudio cualquier alusión al respecto. No obstante, se citan algunos de los autores que lo han tratado: CUERNO LLATA (1997: p. 224 y sigs.); ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 142 y sigs.); MAGARIT CABALLÉ (2009: p. 126 y sigs.); ARIÑO SÁNCHEZ (2000: p. 29 y sigs.) o CARBALLEIRA RIVERA (2004: p. 35 y sigs.).

Este planteamiento *extensivo* del Texto de 1992 —que señala genéricamente al planeamiento urbanístico— es el adoptado en la mayoría de las legislaciones autonómicas, si bien este criterio no ha sido unánime, por cuanto de la lectura de los preceptos sobre la materia previstos en las normativas de Cantabria —artículo 88.2 de la Ley 2/2001, de 25 de junio—, Castilla-La Mancha —artículos 24 y 42 del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre— y las Islas Baleares —artículo 1 de la Ley 8/1988, de 1 de julio—, parece inferirse que el único instrumento habilitado con el fin de declarar un bien como fuera de ordenación es el plan general.

Tampoco la doctrina ha adoptado una posición unánime a este respecto. En este sentido, QUIRÓS ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 48 y sigs.) juzgan, apoyándose en alguna sentencia del TS, que, al margen del planeamiento general, los planes parciales, especiales, e incluso, si bien con reservas, las normas complementarias y los proyectos de delimitación del suelo urbano, se encuentran habilitados para declarar la aplicación del régimen de fuera de ordenación sobre un determinado bien. Por el contrario, CARBALLEIRA RIVERA (2004: p. 29) —citando también jurisprudencia del TS— afirma que «*el instrumento urbanístico habilitado para calificar los edificios e instalaciones en situación de fuera de ordenación es el Plan General de Ordenación Municipal*» y que «*en ningún caso se acepta el planeamiento de desarrollo como vía válida para establecer o modificar el régimen jurídico de los edificios fuera de ordenación*», opción de la que se hace eco, asimismo, MAGARIT CABALLÉ (2009: p. 108).

Al margen de discusiones doctrinales, lo cierto es que el legislador autonómico abrumadoramente, tal y como hemos visto, ha escogido la opción de aludir genéricamente al planeamiento urbanístico, sin especificar expresamente que sólo resulta hábil el general, por lo que, a mi juicio, ningún problema habría en la actualidad para que, en dichas Comunidades Autónomas, puedan declarar la aplicación del régimen de fuera de ordenación los instrumentos de desarrollo urbanístico (planes parciales, especiales, etc.).

Ahora bien, esta posibilidad, en mi opinión, plantea no pocos problemas, sobre todo relacionados con el principio de seguridad jurídica —artículo 9.3 de la CE—. En este sentido, téngase en cuenta que el plan general constituye el máximo instrumento de ordenación urbanística municipal, a través del cual clasificar y calificar la totalidad del suelo del

municipio, señalándose el régimen jurídico aplicable a cada clase y categoría de suelo. Precisamente esta característica esencial del planeamiento general es la que genera la expectativa en el administrado de que, una vez aprobado este instrumento, va a poder conocer la situación legal acerca de los derechos y obligaciones que tiene respecto de un determinado predio y los edificios o construcciones que sobre él se asienten. La circunstancia de que el régimen de fuera de ordenación no deba quedar necesariamente definido en el plan general y que, por tanto, pueda resultar pendiente de un desarrollo posterior por otro plan de inferior jerarquía —sin ni siquiera certeza sobre su plazo de elaboración— somete a la propiedad a un estado de pendencia intolerable, que inevitablemente socava el principio de seguridad jurídica, tan esencial, por otra parte, en el mercado inmobiliario.

A mayor abundamiento, existen otros factores que reafirman la conveniencia de que sea el plan general el que en exclusiva declare las situaciones de fuera de ordenación como, por ejemplo, la mayor publicidad de la que goza la tramitación del plan general o que éste instrumento sea objeto de control autonómico —a través del trámite de aprobación definitiva—. Respecto a este último, téngase en cuenta que el planeamiento de desarrollo no siempre es objeto del mismo —a salvo de los informes preceptivos y de procedimientos extraordinarios de revisión—, por lo que ante situaciones ilícitas que se deriven de la aplicación arbitraria o desproporcionada del régimen de fuera de ordenación, no va a surgir la oportunidad de que sea examinada por las Comisiones o Consejos autonómicos competentes, perdiéndose así la oportunidad de que una segunda instancia administrativa pueda examinar la licitud de tal calificación, y obligando a los posibles afectados a la situación siempre indeseada —por costosa en tiempo y dinero, y por la incertidumbre que siempre entraña— de recurrir a los Tribunales (14).

---

(14) Si bien resulta necesario precisar que este control autonómico sobre el planeamiento municipal tiene un importante límite, el de la autonomía local, el cual restringe el alcance del mismo, sobre todo cuando se trata del modelo de crecimiento escogido por el municipio (control de oportunidad). No obstante, podemos entender que un abuso en el uso de la figura de la fuera de ordenación que constituyese una intromisión ilegítima sobre los derechos dominicales de los propietarios afectados sí que sería controlable por la administración autonómica, por cuanto estaríamos ante un examen que entraría dentro del *bloque de legalidad* fiscalizable, precisamente por afectar al derecho a la propiedad que tiene reconocimiento constitucional (artículo 33 de la CE). A este respecto, tal y como señala ENÉRIZ OLAECHEA (1989: p. 209), mediante el control de legalidad «se examina la conformidad del Plan con el ordenamiento jurídico en sus aspectos tanto formales como materiales».

Ahora bien, el reconocimiento al plan general como el único instrumento capaz de declarar la aplicación del régimen de fuera de ordenación, podría producir situaciones del todo indeseables por cuanto, en ocasiones, es en el momento de establecer la ordenación pormenorizada —ámbito típico del planeamiento de desarrollo— cuando se estipula la aplicación de este régimen —por ejemplo, con la fijación de las alineaciones y rasantes—. En estos casos, es inevitable que se le reconozca a este tipo de planeamiento la posibilidad de calificar como fuera de ordenación a determinadas construcciones e instalaciones, bajo el riesgo de inhabilitar estos instrumentos al obligar al planeamiento general para que recoja toda la ordenación pormenorizada del municipio, lo cual resultaría del todo irracional e inadecuado (15).

Por contra, la aplicación del régimen de fuera de ordenación por instrumentos de planeamiento de desarrollo presenta algunas disfunciones, tal y como ha quedado expuesto *supra*. Por ello, en aquellos casos en los cuales se haga inevitable la concreción ulterior a través de este planeamiento de desarrollo, debería establecerse la obligación de que el plan general prevea los ámbitos concretos donde pueda darse esta circunstancia, fijando unas bases o reglas que eviten su abuso posterior. Así, se permitiría que los propietarios pudiesen conocer, al menos, algunos extremos de la situación futura de sus bienes. Se consigue así un *doble objetivo*: (i) Por una parte, se evita que el propietario quede *desvalidado* ante el desarrollo posterior de ámbitos en los que sea previsible que se dé la fuera de ordenación, y (ii) además se impide que, en tanto en cuanto el planeamiento de desarrollo se apruebe, se ejecuten obras que aumenten el coste futuro de las expropiaciones o alarguen la vida útil de las construcciones e instalaciones afectadas, lo cual inhabilitaría la funcionalidad y finalidad del régimen de fuera de ordenación.

Por otra parte, y ligado a esta materia, nos encontramos con otro aspecto problemático en la situación de fuera de ordenación: el relativo a si resulta necesario que en el plan urbanístico se declare de forma expresa y específica para cada inmueble que ha incurrido en fuera de

---

(15) Además, resulta necesario añadir que, si bien la jurisprudencia aplica de forma generalizada el principio de jerarquía entre planes, algún autor proclama que el plan general no puede recoger regulaciones reservadas a planes de inferior jerarquía. En este sentido, LÓPEZ RAMÓN (2009: p. 116) afirma que «permitir que el Plan General afirme su superioridad en contenidos propios de los Planes Parciales o Especiales es infringir la Ley que establece tal régimen jurídico, y si hay una superioridad jerárquica indiscutible es la de la Ley frente a los planes».

ordenación, o por el contrario esta calificación será automática e implícita en cuanto la construcción o instalación resultara incompatible con la nueva ordenación, sin necesidad, por tanto, de relacionar todos y cada uno de los bienes afectados.

En este campo, tampoco la doctrina ha mantenido una posición unívoca. Así, un primer grupo, entre los que se encuentran QUIRÓS ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 84 y sigs.), manifiestan que, si bien del tenor literal de los sucesivos textos legales que han regulado la materia *«parece dar la impresión de que es necesario un procedimiento administrativo específico destinado a otorgar dicha calificación a un inmueble concreto»*, no se precisa de una declaración expresa (16), fundándose en que implicaría un aumento de la complejidad en la redacción del planeamiento, proponiendo, a cambio, que se establezca un *«procedimiento a posteriori tendente a que dicha calificación se pudiera impulsar, bien a instancia de parte [...] bien a instancia de la Corporación Municipal, cuando ésta lo estime conveniente»* (17).

No obstante, al margen de esta posición doctrinal y jurisprudencial, existe una importante línea doctrinal —que CUERNO LLATA (2006: pp. 31 y 32) identifica como *«la más señalada»* (18)—, que se muestra proclive

---

(16) Solución ésta que resulta coherente con la jurisprudencia, significadamente las sentencias del TS de 17 de febrero de 1981 y de 30 de septiembre de 1975, las cuales señalaron que para que a un edificio o instalación se le considerase como fuera de ordenación bastaba su disconformidad con el plan vigente, sin necesidad, en consecuencia, de declaración expresa en tal sentido.

(17) Y es precisamente esta la solución adoptada en las legislaciones urbanísticas de algunas Comunidades Autónomas, en concreto en Cantabria y Navarra. Así, el artículo 88.2 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Cantabria, establece, en primer lugar, que el plan general debe relacionar expresamente los edificios e instalaciones calificados como fuera de ordenación o, al menos, recoger los criterios objetivos que permitan su identificación. En su defecto, se prevé la apertura de un expediente de oficio o a instancia de parte, en el que se resolverá cuando alguna instalación resultase claramente disconforme con las previsiones del plan si incurre o no en la situación de fuera de ordenación. Por su parte, la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Navarra, adopta una posición similar, si bien omite la fijación de los criterios objetivos y, en caso de apertura de expediente, prevé la posibilidad de que éste se resuelva declarando la fuera de ordenación u ordenando la modificación de las previsiones del planeamiento. La *solución navarra* parece destinada a paliar los errores que en ocasiones se encuentran en el grafiado de los planos incluidos en el planeamiento urbanístico, sobre todo cuando afecta a grandes municipios. Así, no resulta extraño, dado las escalas con las que se trabaja en la elaboración de dichos planos, que una determinada alineación acabe afectando a determinados edificios que, en realidad, se ajustan a la verdadera voluntad del planificador.

(18) De este debate dogmático en el que se identifican dos posiciones contrapuestas —los que abogan por la declaración expresa, y los que se muestran contrarios a tal opción—, puede

a que el planeamiento urbanístico contenga una declaración expresa de las construcciones e instalaciones afectadas por la situación de fuera de ordenación. Con esta elección, resulta evidente que se garantizaría una apropiada seguridad jurídica respecto de los propietarios que estarían al tanto de la situación urbanística de sus bienes inmuebles y el régimen jurídico que les sería de aplicación desde la aprobación del nuevo plan, y que, además, debería ser notificada expresa e individualmente a cada propietario afectado, existiendo en la actualidad medios técnicos para ello (19).

Asimismo, con esta posibilidad se limitaría otro de los problemas generados por la aplicación del régimen de fuera de ordenación: el relativo a la deficiente coordinación entre la situación jurídico-urbanística de un bien inmueble y la información con la que se cuenta en el Registro de la Propiedad respecto de ese bien, por cuanto si existiese una declaración expresa de cada bien calificado como fuera de ordenación, sería fácilmente trasladable esta condición al Registro. De esta manera, se equilibraría la obligación legal impuesta al propietario que desea vender un terreno afectado por este régimen, de hacer constar en el título de enajenación el hecho de que su bien está calificado como fuera de ordenación, y cuya omisión faculta al adquirente a instar la resolución del contrato (20). Además, se pondría remedio a una situación aún más delicada —y que no se halla cubierta por la antedicha garantía que sólo alcanza a los terrenos—, que concierne al particular que adquiere una vivienda sin saber que ésta

---

verse a CUERNO LLATA (1997: p. 210 y sigs.), quien identifica resumidamente ambas líneas y los autores que las sustentan.

(19) Desde una perspectiva más civilista, caben destacar las palabras al respecto de MONFORT FERRERO (1996: p. 22), quien afirma que *«en nuestra opinión sería deseable que la aplicación del régimen de fuera de ordenación requiriera una expresa declaración en la que se determinase la extensión e intensidad de la disconformidad, previa formación del expediente con audiencia de los interesados y susceptible de ser recurrida»*. A mi juicio, la última de las garantías señaladas por esta autora debería insertarse —y sin perjuicio de recurso posterior— dentro del procedimiento normal de tramitación de los planes y, más en concreto, dentro del trámite de información pública, exigiéndose una notificación expresa a cada particular afectado.

(20) Esta obligación está prevista en el artículo 19.2 de la Ley del Suelo estatal de 2008, y su infracción *«faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil»* —artículo 19.3—. Téngase en cuenta, además, que se trata de una *«responsabilidad objetiva»*, tal y como señala DE VERDA Y BEAMONTE (2000), por lo que, con independencia de que el vendedor conozca o no que su bien está afectado por la situación de fuera de ordenación —nótese que no siempre la aplicación del régimen resulta fácilmente cognoscible—, responderá, rescindiéndose el contrato y, lo que resulta más grave a mi juicio, responderá de los daños y perjuicios causados.

se encuentra en el *limbo* jurídico que supone la aplicación del régimen de fuera de ordenación (21).

En cuanto a la realidad positiva, si bien existen normativas autonómicas que estipulan la necesidad de que la calificación de fuera de ordenación sea expresa, lo cierto es que no por ello la jurisprudencia ha dejado de aplicar la declaración implícita en ausencia de aquélla. Es el caso de la legislación balear —Ley 8/1988, de 1 de julio—, en cuyo artículo 1 se dispone que «*los planes generales municipales de ordenación o, si es el caso, las normas subsidiarias de planeamiento municipal, deben señalar, específica y claramente, los edificios y las instalaciones que queden calificados como fuera de ordenación*». Pese a lo tajante que resulta esta disposición, tal y como señala MUNAR FULLANA (2005: p. 46), existe jurisprudencia del TSJ de Baleares que se manifiesta en el sentido de que «*en definitiva, son edificios fuera de ordenación aquellos que la Ley indica que lo son, no únicamente aquellos que el Plan se ha preocupado de relacionar*».

A mi juicio, y partiendo de la dificultad que entrañaría la declaración expresa en el planeamiento de cada caso afectado, si que debiera exigirse, al menos, que el planificador tratase de identificar la más meticulosa definición de las construcciones e instalaciones calificadas como fuera de ordenación y, en su defecto o de forma complementaria, estableciese los criterios que permitiesen al particular conocer fácilmente si su bien se encuentra o no afectado. En cualquier caso, y de modo similar a las legislaciones navarra y cántabra, debería preverse la facultad de que el propietario afectado pudiese iniciar un procedimiento administrativo, ágil y con audiencia del interesado, que determinase la aplicación o no del régimen de fuera de ordenación.

Al margen de este esfuerzo del planificador, se deberían fijar, tal y como se ha señalado con anterioridad, los procedimientos adecuados para que en las ocasiones en que un determinado bien haya sido calificado

---

(21) A esta situación, muy común por cierto en la aplicación de la legislación de costas, siempre se podrá aducir que el particular afectado puede acudir a la vía civil para resarcirse de su evidente daño. Sin embargo, cuando se trata de una situación tan generalizada en algunos ámbitos territoriales —quizás la situación del municipio de Marbella sea la más paradigmática en este sentido—, este argumento decae dada la palmaria descompensación de medios y recursos entre el perjudicado y el causante del daño, y la evidente incertidumbre que implica siempre el acceso a un procedimiento judicial.

expresamente como fuera de ordenación, esta información se traslade de oficio a la hoja registral de la finca afectada para el conocimiento de terceros. Así, se reafirmaría la misión encomendada al Registro de la Propiedad consistente, en palabras de MERINO ESPINAR, de dotar «*de seguridad al tráfico jurídico inmobiliario, dando información a todo el que consulte el contenido de sus asientos no solo de la titularidad y descripción de la finca interesada sino también de su calificación y régimen urbanístico*» (22).

#### IV. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN A LAS CONSTRUCCIONES ILEGALES

Una de las situaciones más injustas que se hallan en el estudio de la institución de fuera de ordenación es el referido a la aplicación, por analogía, de este régimen a las construcciones que, habiendo sido erigidas en contra de lo dispuesto en el planeamiento urbanístico o territorial —es decir, obras ilegales—, son reconducidas a esta figura una vez que han transcurrido los plazos en los cuales los municipios podían actuar ordenando la demolición de lo ilícitamente ejecutado —generalmente, cuatro años—.

---

(22) MERINO ESPINAR (2005: p. 76). Por esta autora se refiere además que «*cualquier acto administrativo que pudiera afectar a las facultades jurídicas que ostentan los titulares del dominio o de derechos reales sobre las fincas, a su régimen de disfrute, transformación o transmisión, deberá consignarse en el folio registral abierto a ellas para conocimiento de cualquier interesado*» —en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1.8 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística—. Dentro de esta disposición reglamentaria podría encuadrarse el acto expreso de declaración de un bien como fuera de ordenación y, en consecuencia, ser inscribible en el Registro. No obstante lo anterior, no pueden obviarse las evidentes dificultades que existen en el acto de *volcar* la información y régimen que se deriva del planeamiento en el Registro de la Propiedad, tal y como señala ARNÁIZ EGUREN (2001: p. 25 y sigs.). Atendiendo a esta dificultad, parecen muy positivas medidas como la prevista en el artículo 103.3 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Ambiente Rural de Galicia, en el que se impone la obligación de que el Ayuntamiento comunique al Registro de la Propiedad las limitaciones y condiciones especiales en la concesión de las licencias en edificaciones fuera de ordenación. Otra medida que coadyuva en la necesaria coordinación entre el Registro de la Propiedad y el planeamiento urbanístico, se encuentra en la posibilidad, reconocida en el artículo 19.4 de la Ley del Suelo de 2008, de que el Notario pueda solicitar información sobre la situación urbanística de una parcela o finca, con ocasión de la autorización de una escritura pública, sobre dicho bien. Dicha información, incorporada a la escritura, podría tener así fácil acceso al Registro.

Esta aplicación analógica entre dos fenómenos disímiles —uno nace de la reprochable ilegalidad urbanística, y la otra surge por una disconformidad sobrevenida con el planeamiento no achacable al propietario—, es consecuencia de la interpretación jurisprudencial (23), tal y como señalan QUIRÓS ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 61 y sigs.), quienes excluyen, eso sí, la analogía en aquellos supuestos en los que *«la edificación se haya alzado sobre zonas verdes, suelo no urbanizable protegido o espacios libres, pues en estos casos no rige el límite temporal de cuatro años [...] al no poderse en modo alguno subsanarse esta ilicitud urbanística por constituir una infracción de orden público [...]»*.

Dicha analogía ha sido aceptada por gran parte de la doctrina; a estos efectos, y al margen de los autores anteriormente señalados, se muestran a favor de esta interpretación jurisprudencial BLANCO NESPEREIRA (1997: p. 62) o MONFORT FERRERO (1996: p. 25), quienes la asumen sin críticas aparentes e incluso se hacen eco del hecho de que ciertas normativas autonómicas hubiesen previsto esta analogía en su articulado (24).

---

(23) Si bien ARIÑO SÁNCHEZ (2000: pp. 14 y 15) señala la existencia de jurisprudencia contraria a esta aplicación por analogía.

(24) Es el caso de QUIRÓS ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 61 y sigs.), quienes señalan que la legislación navarra —la, entonces vigente, Ley Foral 10/1994, de 4 de julio en su artículo 263 (en la actualidad, la Ley Foral 35/2002, no contempla este supuesto)—, o la balear, a través de su artículo 2 de la Ley 8/1988, de 1 de junio, refieren este supuesto. En cuanto a esta última, se incurre, sin embargo, en un error, pues de la lectura de este artículo 2 no se infiere, ni mucho menos, que se les aplique a las edificaciones ilegales el mismo régimen que a las edificaciones que no son consecuencia de la ilegalidad, tal y como se verá más adelante. En la actualidad, otras muchas legislaciones autonómicas amparan expresamente esta posibilidad. Es el caso de Cataluña y Asturias, que prevén la aplicación analógica de la fuera de ordenación a las construcciones ilegales cuyo plazo para instar su demolición haya prescrito. Así, en Asturias se encuentra regulada en el artículo 107.4 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, en cuya virtud *«también se considerarán como fuera de ordenación las construcciones e instalaciones disconformes con el planeamiento respecto de las cuales la administración no pueda adoptar, por haber transcurrido los plazos legales, ninguna medida de protección y restablecimiento de la legalidad urbanística»*. En estos casos, se prohíbe realizar cualquier obra de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de valor de expropiación —excepcionalmente autorizables cuando se aplica el régimen de fuera de ordenación común (artículo 103.3)—, aplicándose para el resto de obras el régimen general de la institución. En cuanto a Cataluña, se prevé la analogía en el artículo 102.7 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por cuanto *«las construcciones y las instalaciones a las cuales no se puedan aplicar las medidas de restauración reguladas por el capítulo II del título séptimo y que no se ajusten al planeamiento están en situación de fuera de ordenación o de disconformidad, según corresponda en aplicación de los apartados 1 a 6. En todos los casos, quedan fuera de ordenación las edificaciones implantadas ilegalmente en suelo no urbanizable»*. También la legislación vasca prevé este supuesto —artículo 224.4 de la Ley 2/2006, de 30 de junio—, si bien matiza que, en estos casos, se requerirá la aprobación de un proyecto de

No obstante, otros autores como CARBALLEIRA RIVERA (2004: p. 27) critican, a mi juicio acertadamente, la equiparación jurídica de ambos supuestos, refiriendo que se trata de «*situaciones diametralmente opuestas y conductas particulares que distan mucho en su origen sin que el plus infractor que conlleva las obras ilegales sea penalizado en su justa medida o, mutas mutandi, sin que se valore el sometimiento a la legalidad y posterior perjuicio que sufre el propietario de un edificio fuera de ordenación*».

En mi opinión, el error se encuentra en considerar que si a las edificaciones ilegales, una vez transcurridos los plazos previstos para instar las medidas de restablecimiento de la legalidad, no se les aplica el régimen de fuera de ordenación, van a contar con un tratamiento jurídico más favorable que si se aplicase dicho régimen. En este sentido, a modo de ejemplo, puede transcribirse la sentencia del TS de 5 de diciembre de 1987, al declarar —FJ 4— que:

*«En una situación análoga a la descrita han de quedar aquellas construcciones que naciendo ya en la ilegalidad no van a poder ser destruidas por haber transcurrido el plazo durante el cual la Administración puede ordenar la demolición —artículos 184 y siguientes del Texto Refundido—. Estos edificios —o la parte correspondiente de los mismos— no quedan legalizados por el transcurso del tiempo: a pesar de la imposibilidad de restaurar el orden jurídico perturbado mediante la demolición, las obras continúan siendo ilegales, no son susceptibles de legalización, quedando en una situación de persistencia tolerada, pero con los mismos límites del régimen de “fuera de ordenación”, aplicable por analogía. Resultaría absurdo que obras ilegales ab initio fueran de mejor condición que las hechas legalmente aunque con posterioridad, por modificación del planeamiento, hayan devenido fuera de ordenación».*

Esta exégesis, de igual forma aceptada por parte de la doctrina (25), resulta a mi juicio equivocada, y es que, *a priori*, ninguna edificación ilegal, aún habiendo transcurrido los plazos para instar su demolición, va a obtener un tratamiento similar a la de una edificación construida legalmente, y por tanto no es cierto que vaya a adquirir un *status* más favorable que el aplicable a un bien calificado como fuera de ordenación.

---

legalización de forma previa a cualquier acto que implique la reforma, ampliación o consolidación del inmueble afectado. El objeto de este proyecto es el de contemplar «*el conjunto de medidas necesarias para la eliminación o, en todo caso, reducción del impacto en los servicios urbanísticos, dotación de espacios públicos u otros análogos*».

(25) MONFORT FERRERO (1996: p. 25).

Así, el propietario de una edificación de las consideradas ilegales no va a poder ejecutar, sin incurrir en otra infracción urbanística, obras de conservación, higiene u ornato, que sí se encuentran permitidas expresamente en caso de construcciones declaradas en situación de fuera de ordenación legítimamente.

En este sentido, téngase en cuenta que hasta para la ejecución de obras menores se exige la obtención de licencia urbanística, y que éstas, desde un punto de vista conceptual, se constituyen como actos que limitan su función a la declaración de un derecho preexistente, reconocido precisamente en el planeamiento urbanístico. Este requisito se convierte en un imposible en el caso de las edificaciones ilegales, por cuanto la solicitud de cualquier tipo de licencia para ejecutar una obra en estos edificios no encontraría amparo en ningún instrumento urbanístico. En consecuencia, y en contra de la jurisprudencia mayoritaria sobre la materia, no es cierto que las obras ilegales, aún habiendo transcurrido los plazos para instar su demolición, fueran a recibir un trato más favorable que aquellas edificaciones e instalaciones que incurrieran en disconformidad con el planeamiento de forma sobrevenida (fuera de ordenación), pues en éstas, al menos, van a poder ejecutarse una serie de obras de conservación, higiene u ornato, mientras que en aquéllas no.

Esta es precisamente la solución adoptada tempranamente por la norma balear —Ley 8/1988, de 1 de julio, sobre Edificios e Instalaciones Fuera de Ordenación—, en la que, si bien en un principio dispone que los edificios e instalaciones erigidas ilegalmente en los que hayan transcurrido los plazos de intervención administrativa tienen la condición de fuera de ordenación —artículo 2.1—, lo cierto es que, a continuación —apartados 2 y 3 de dicho artículo—, les aplica un régimen sensiblemente más riguroso que al general de fuera de ordenación, pues impide que en estos bienes se ejecuten obras de cualquier tipo (incluidas las que sí están permitidas en el régimen general de fuera de ordenación), determinando, además, que los mismos «no podrán obtener la contratación de los servicios de suministro de energía eléctrica, gas, agua, alcantarillado y teléfono».

La adopción de la *solución balear* en las restantes normativas urbanísticas autonómicas se antoja, a mi juicio, en la más justa y proporcionada, con el fin de poner coto a una situación que parece beneficiar al ciudadano infractor. Con la total prohibición de ejecutar cualquier tipo

de obra, reparación o reforma en las construcciones ilegales, así como la imposibilidad de contratar cualquier suministro básico para obtener un uso y disfrute del bien con unas mínimas condiciones de bienestar e higiene —requisito éste fácilmente controlable a través de una normativa rigurosa respecto de las empresas suministradoras—, se forzaría y aceleraría la efectiva desaparición de la construcción ilegal.

## V. LOS CAMBIOS DE USO EN LOS EDIFICIOS EN FUERA DE ORDENACIÓN

En líneas anteriores ya se ha señalado que las restricciones que se derivan del régimen de fuera de ordenación alcanza a las obras que pueden ejecutarse en los edificios e instalaciones así calificados, manteniéndose, no obstante, los usos a los que un determinado bien estuviese destinado. A este respecto, de conformidad con el tenor literal de las disposiciones estatales —Ley de 1956 y Textos Refundidos de 1976 y 1992—, la situación de fuera de ordenación se refería únicamente a los edificios e instalaciones, omitiendo alusión alguna a los usos, de tal manera que, tal y como señala LÓPEZ RAMÓN (2009: p. 130), *«las limitaciones que derivan de este régimen jurídico se refieren sólo a obras, sin restricción de los usos que lícitamente se estuvieran llevando a cabo en el inmueble»*.

Por ello, la jurisprudencia ha optado por extender el régimen jurídico aplicable a la fuera de ordenación —en lo concerniente a su permanencia en el tiempo hasta su extinción natural— a los usos que se desarrollan en un edificio o instalación calificado como tal, cuestión ésta lógica por cuanto, como declara la sentencia del TS de 7 de junio de 1988 —FJ 3—, *«la modificación de la ordenación urbanística no provoca una demolición de la construcción o un cese inmediato del uso que contraviniera aquélla, es decir, no se acelera su fin, pero como no se permite la consolidación o modernización tampoco se dilata artificialmente ese fin. Se trata en definitiva de respetar el plazo de vida natural ni adelantar ni retrasar su muerte»*. Obviamente, en un edificio o instalación que haya devenido en fuera de ordenación, poco importaría que se permitiesen ejecutar obras de conservación y esperar a su desaparición física de forma natural si el uso para el que fue previsto —y seguramente diseñado— fuera restringido. Es por ello que dicha sentencia del TS acababa concluyendo que *«la regulación establecida en nuestro Derecho positivo como régimen jurídico*

*específico para los supuestos de fuera de ordenación se extienden no sólo a las construcciones en si mismas sino también a los usos».*

A mayor abundamiento, téngase en cuenta que si bien la aplicación a un determinado edificio del régimen de fuera de ordenación no es objeto de compensación económica —como ya se ha señalado—, sí que resultarían indemnizables, en cambio, las limitaciones sobre su uso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35.a) —2º párrafo— de la Ley de Suelo estatal de 2008 (26).

Sobre esta importante cuestión, en nada habría de variar el hecho de que, en los últimos años, algunas legislaciones autonómicas aludan a que los usos también pueden ser declarados fuera de ordenación. Es el caso, por ejemplo, del artículo 49.3.f) de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Navarra; el artículo 75.1 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Aragón o el artículo 102.1, del Decreto 1/2005, de 26 de julio, de Cataluña. En estos casos, el régimen a aplicar seguiría siendo el mismo que el normal de fuera de ordenación, pues cualquier limitación que supusiese la extinción del uso lícitamente ejercido en virtud de un plan anterior, sería indemnizable a tenor de la antedicha disposición estatal.

Sentado lo anterior, sí que podría plantear algún problema jurídico, en cambio, la cuestión de si son autorizables cambios de uso en ese tipo de bienes que, resultando incompatibles con las determinaciones del nuevo planeamiento, fuesen autorizables conforme al anterior plan, bajo cuya vigencia se erigió el edificio en cuestión.

Al respecto de esta situación, QUIRÓS ROLDÁN, ARENAS SALVATIERRA y ESTELLA LÓPEZ (2002: p. 122 y sigs.), plantean la siguiente solución, declarando que *«para aceptar un nuevo uso en un edificio fuera de ordenación, se han de dar cumulativamente estos requisitos: 1º) que el uso a autorizar no requiera la ejecución de obras prohibidas en el edificio de fuera de ordenación, y 2º) que el citado uso o viniera autorizado por la anterior legislación —la que existía cuando se erigió el edificio— o sea compati-*

---

(26) Así, este precepto señala que *«las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurra en dicha situación durante su vida útil»*. Esta disposición está dictada en base a competencias exclusivas del Estado, tal y como recoge la Disposición Final Primera —punto 3— y, en consecuencia, de general aplicación en todo el territorio español.

*ble con el que prevé el planeamiento vigente al momento de petición de licencia».*

Con esta propuesta se ampararía que un edificio, aún estando en situación de fuera de ordenación, pudiera disfrutar del uso o usos para el que fue previsto, aunque éstos no hubiesen sido aún materializados en el instante de aprobarse el nuevo plan, y hasta la extinción natural del bien. Sin embargo, no es esta una situación pacífica en la doctrina; así, BLANCO NESPEREIRA (1997: p. 71) manifiesta que el nuevo uso debe ser conforme con la nueva ordenación.

Tampoco la jurisprudencia aporta una respuesta unívoca, encontrándose a este respecto soluciones contradictorias (27). A tales efectos, la sentencia del TS de 11 de febrero de 1989 avala la tesis de permitir cambios de uso aún siendo incompatibles con la nueva ordenación, al declarar —FJ 2— que en *«los edificios e inmuebles construidos y declarados fuera de ordenación como consecuencia de la modificación del planeamiento urbanístico mantienen en tanto no se ejecute o impida el desarrollo de las nuevas previsiones potencialmente el uso autorizable según la normativa anterior por aplicación analógica del artículo 60 de la Ley del Suelo»*. Por el contrario, otras sentencias —también del TS— exigen que para otorgar licencias para un nuevo uso en un edificio calificado como fuera de ordenación resulta necesario que el nuevo uso sea conforme con lo prescrito en el nuevo plan (sentencias del TS de 3 de mayo de 1990 y de 7 de febrero de 1995).

Como se evidencia, los supuestos de cambios de uso en edificios o instalaciones en situación de fuera de ordenación plantea no pocos problemas, incluyendo *desconcertantes* declaraciones contradictorias del TS, por lo que deberían aportarse soluciones que pusiesen coto a dicha confusión.

En este sentido, la legislación catalana sí que presenta un régimen ciertamente novedoso en lo concerniente al régimen de cambio de usos en los edificios o instalaciones que se encuentren en la situación de fuera de ordenación. Más en concreto, el artículo 102.3 del Decreto Legislativo 18/2005, de 26 de julio, dispone que *«los cambios de uso de las construcciones y las instalaciones que están fuera de ordenación se pueden*

---

(27) Y así lo señala CUERNO LLATA (1997: pp. 232 y 233), realizándose por este autor un análisis de la dos líneas jurisprudenciales que se encuentran al respecto.

*autorizar en los supuestos y las condiciones reguladas en el artículo 53.5»* —remisión efectuada a los usos y obras de carácter provisional—. En consecuencia, no se distingue si el uso resulta o no conforme con el nuevo plan, tan solo se asegura que en caso de extinción futura de la nueva licencia de uso, el propietario no va a recibir indemnización, precisamente por contar la autorización con la cualidad de provisional (28). Por otro lado, y como cierre de lo anterior, el apartado 5º de este artículo 102 establece que los usos preexistentes pueden mantenerse, siempre y cuando no sean incompatibles con el nuevo planeamiento. Ahora bien, esta *incompatibilidad* debe ser interpretada, a mi juicio, como una disconformidad grave entre el uso preexistente y el actual previsto, pues de otro modo estaríamos ante un régimen bastante más riguroso que el normal aplicable e implicaría, indefectiblemente, el supuesto indemnizatorio previsto en el artículo 35.a) de la Ley de Suelo 2008 —que señala la indemnizabilidad de las restricciones de uso de una edificación que ha devenido en fuera de ordenación— (29).

En definitiva, sería conveniente que en las legislaciones autonómicas, siguiendo la *solución catalana*, se incluyeran disposiciones conducentes a la resolución de los conflictos generados en el cambio de uso de los edificios e instalaciones que se encuentren en situación de fuera de ordenación. Desde luego, el punto de partida debe ser el de mantenimiento de los usos existentes en tales situaciones, y en caso contrario se tendría que prever su indemnización por constituirse como una vinculación singular. En cuanto a los cambios de uso en esta clase de bienes, una posibilidad sería la de permitirlos de conformidad con la planificación anterior (siem-

---

(28) Téngase en cuenta que el tema de la provisionalidad de las licencias de uso en edificios de fuera de ordenación es una creación jurisprudencial, extendiendo a este concreto supuesto la regulación de las licencias provisionales —las otorgadas bajo la condición de que el órgano autorizante, cuando decida su extinción unilateral, no estará obligado a abonar indemnización, decretándose que la condición de no resarcimiento se inscribirá en el Registro de la Propiedad como *conditione sine qua non*—, tal y como se señala en la sentencia del TS de 7 de febrero de 1995. El tema de las licencias provisionales es, además, extendido no sólo a la licencia de usos, sino, también, a las licencias de obras ejecutadas en edificios declarados en situación de fuera de ordenación. En este sentido CASTELAO RODRÍGUEZ (2005: p. 1.215) declara que «*debe ponerse de manifiesto que todo lo anteriormente expuesto sobre las llamadas licencias provisionales, es aplicable, también, a las construcciones que hayan devenido en fuera de ordenación*».

(29) Confirmando esta interpretación, finaliza el apartado 5º del artículo 102 disponiendo que el uso preexistente debe respetar los límites de molestia, nocividad, de insalubridad y de peligro que establezca la nueva reglamentación para cada zona, por lo que deberemos entender que si se respetan estos límites el uso preexistente será compatible con el uso actual.

pre y cuando no se necesitasen ejecutar obras de las prohibidas en la normal aplicación del régimen de fuera de ordenación), cumpliendo los dos siguientes requisitos acumulativos:

(i) Que el ámbito urbanístico en que se ubicase no se hubiera desarrollado y, en caso contrario, que el nuevo uso a autorizar no resultase notablemente molesto con la nueva ordenación contemplada (no bastaría, pues, una mera incompatibilidad formal, sino que la misma fuese materialmente discordante con la nueva planificación —piénsese, por ejemplo, en un uso industrial preexistente frente a un nuevo uso residencial—).

(ii) Que la nueva licencia de uso fuera concedida con el carácter de provisional, inscribiéndose bajo esta condición en el Registro de la Propiedad con el fin de evitar su indemnización futura.

## **VI. LA NECESIDAD DE APLICAR EL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN CON CARÁCTER RESTRICTIVO. LOS ABUSOS DE LA FIGURA POR EL INTERÉS GENERAL**

En líneas anteriores se ha podido constatar como, de forma general, la aplicación sobre un bien inmueble del régimen de fuera de ordenación supone una degradación en los derechos dominicales de su propietario, sufriendo *ope planis* una minusvaloración económica de los bienes así calificados. A este sacrificio, se añade el hecho de que se trate de un régimen profuso en conceptos jurídicos indeterminados en su aplicación práctica, que no permiten conocer en toda su extensión sus consecuencias (30).

---

(30) A ello se añade el hecho de que cada Comunidad Autónoma cuente, en su legislación urbanística propia, con una configuración del régimen que no siempre resulta análoga. Téngase en cuenta, además, que las limitaciones que se originan en la aplicación del régimen de fuera de ordenación lo son fundamentalmente sobre el derecho de propiedad, por lo que si las legislaciones autonómicas configuran regímenes diferentes en intensidad, deberemos aceptar que existe un contenido distinto de los derechos dominicales a ejercer en este tipo de bienes dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que radique el bien, y ello pese a que el competente para la definición del régimen básico de la propiedad es el Estado —artículo 149.1.1 de la Constitución—. No obstante lo anterior, no pueden desconocerse los constantes pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional al respecto de que no «*es tampoco aceptable que, al socaire de una ordenación uniforme de la propiedad privada, puedan anularse las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entren en juego la propiedad y otros derechos de contenido patrimonial...El artículo 149.1.1º. de la Norma fundamental, como este Tribunal ha venido declarando desde la Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre (fundamento jurídico 3º), no puede interpretarse de tal manera que pueda vaciar el contenido de las numerosas competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas cuyo ejercicio incida, directa o indirectamente, sobre los*

Por otro lado, es obvio que la evolución de la ciudad y sus habitantes —de sus aspiraciones y demandas— convierte en imprescindible el conferir a la técnica urbanística de un mecanismo de transitoriedad con el que dotar al planificador de un instrumento capaz de hacer frente a los cambios en la ordenación urbanística del suelo del municipio, amparando así la regeneración y adaptación de la ciudad a los nuevos tiempos. A este fin, la fuera de ordenación se constituye como una herramienta eficaz sin suponer, además, graves quebrantos sobre las haciendas municipales o una alta repercusión en actuaciones urbanizadoras futuras que hipotecasen su viabilidad y, asimismo, al propietario del inmueble así calificado, se le mantiene en el uso original de su bien.

En definitiva, en este concreto campo se detectan, pues, dos intereses contrapuestos. Por un lado, el interés privado de los propietarios que adquieren un determinado bien inmueble —no olvidemos que en muchas ocasiones se trata de una vivienda—, a quienes debe garantizárseles una adecuada seguridad relativa al ejercicio pacífico de sus derechos dominicales. Por otro, nos encontramos el interés público urbanístico, conceptualizado como aquel que ampara la adopción de decisiones en cuanto al desarrollo y diseño de la ciudad, y que no tiene que atender necesariamente a los intereses de los particulares.

Planteados estos conflictos de intereses, resulta notorio que la balanza se desequilibrará a favor de la segunda de las vertientes: la del interés público; y ello, fundamentalmente, con base en el artículo 33 de la CE, el cual, tras proclamar el derecho a la propiedad, relativiza el mismo condicionándolo a la función social que ostenta, lo cual no puede ser de otra manera, bajo el riesgo de convertir a las ciudades en una fotografía fija en la que sólo quedaría permanecer impasible ante su degradación, incapaces de subvertir situaciones indeseadas a través de actuaciones de regeneración —social, económica y de calidad urbana— en determinados ámbitos de la misma.

---

*derechos y deberes garantizados por la misma*» —FJ 9 de la sentencia del TC núm. 37/1987, de 26 de marzo—. Por otra parte, y ahondando en la existencia de conceptos jurídicos indeterminados en el régimen de fuera de ordenación, valga como ejemplo que, en algunas legislaciones urbanísticas, se prevén regímenes más laxos cuando los edificios e instalaciones sólo resultan «parcialmente incompatibles». Es el caso de la legislación gallega —artículo 103.3 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre o el artículo 101.2 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, del País Vasco—. El problema viene en que en el articulado de estas normas no queda deslindado qué supuestos engloban una incompatibilidad parcial, y a qué supuestos, por el contrario, les es aplicable el régimen de fuera de ordenación tradicional.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, pudiendo citarse, a este respecto, la sentencia del TS de 18 de marzo de 1992, que declara —FJ 2— que «*frente a la actuación del ius variandi, los derechos de los propietarios no son un obstáculo impediante, aunque puedan originar indemnizaciones*».

El problema de la fuera de ordenación proviene en que, pese a que su declaración implica un profundo socavamiento sobre los derechos dominicales en pos de un interés público, no es objeto de indemnización, tal y como hemos visto. En este sentido, las sentencias del TS de 26 de diciembre de 1978, 23 de febrero de 1991 o 15 de abril de 1987, son tajantes al respecto, al igual que la legislación estatal de suelo —artículo 35.a) de la Ley de 2008—.

Y aquí es, precisamente, donde se plantea, a mi juicio, un problema de encaje con nuestro derecho de propiedad, no tanto porque la figura de la fuera de ordenación no sea lícita, ni siquiera aunque no se prevea indemnización alguna para su propietario, sino porque existe un riesgo cierto de que se abuse de esta institución, amparándose, para ello, en un supuesto interés público.

En este sentido, son varios los planeamientos urbanísticos generales que han calificado como fuera de ordenación barrios enteros. Ya no se trataría de una simple disconformidad con las alineaciones que permitirán, una vez que hayan transcurrido décadas, que cuando se vuelva a edificar se haga respetando un determinado ancho de calle, por ejemplo. Al contrario, en estos casos el planificador decide dejar fuera de ordenación manzanas enteras, dejando en total desamparo a decenas, si no a cientos, de familias. El hecho resulta especialmente grave si atendemos a que, en su día —y no siempre hace falta que transcurran muchos años— los propietarios de bienes declarados como fuera de ordenación los adquirieron bajo todos los requisitos legales —de adecuada clasificación y calificación urbanística, con la obtención de todas las licencias, acudiendo a la Notaría y al Registro de la Propiedad en las que, tras el abono de los tributos y aranceles correspondientes, quedaban convencidos de que el inmueble que adquirirían les iba incluso a sobrevivir—. Especialmente gravoso resulta si la fuera de ordenación afecta a viviendas, teniendo en cuenta que, al margen de ser un bien de inversión para determinados sectores de la sociedad, en la mayor parte de los casos se constituye como un bien de primera necesidad y, en no pocas ocasiones, se trata de la adquisición que mayor esfuerzo económico supone para muchas familias.

Ello, naturalmente, produce cuanto menos una *fractura* en el principio de seguridad jurídica. Ahora bien, la configuración que por el TC se ha dado a este principio excluye que del mismo se derive la congelación de las normas —no olvidemos que el planeamiento urbanístico tiene naturaleza reglamentaria—. En este sentido, si bien «*la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad*», sin embargo «*no ampara la necesidad de preservar indefinidamente, el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas*» (31). En resumen, el principio de seguridad jurídica no ampara que los derechos reconocidos en una concreta norma se perpetúen en el tiempo indefinidamente por el hecho de que en un período determinado fueran regulados y declarados expresamente, excluyéndose, además su indemnizabilidad (32).

Por tanto, descartada su indemnizabilidad, y ante las indudables repercusiones que sobre el derecho de propiedad se derivan del régimen de fuera de ordenación, sólo cabe que se realice un control sobre la actividad planificadora, que evite un abuso de esta figura amparándose en un supuesto interés público. Y es que, si bien hay que tener en cuenta que las modificaciones del planeamiento urbanístico tienen en el interés público su justificación última, también es cierto que, en las redacciones pasadas del planeamiento (y que ahora, han devenido en fuera de ordenación), también el interés público les servía de apoyo (33). Cómo justificar, pues,

---

(31) Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1988 —FJ 10—.

(32) Tal y como ha quedado señalado, el plan general tiene naturaleza reglamentaria, siéndole, en definitiva, de aplicación la doctrina que excluye la indemnización por cambios en la normativa que afecten a situaciones jurídicas generales. Así, tal y como declara GARCÍA DE ENTERRÍA (2002: p. 197) «*las situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, que son las creadas por Leyes o reglamentos igualmente generales, impersonales y objetivos, no tienen ninguna posibilidad de preservar ante el cambio de la Ley o reglamento que las ha creado y que puede, con la misma potestad, sustituirlas por una nueva situación general y objetiva, frente a la cual ninguno de los incluidos en la situación legal o reglamentaria anterior tiene absolutamente ningún derecho*».

(33) Téngase en cuenta, a este respecto, que todo el planeamiento urbanístico está justificado, en principio, en la idea del interés público, el interés general y, en definitiva, en el reconocimiento de la función social que la propiedad ostenta. Así, ya el Preámbulo de la Ley del Suelo de 1956 declaraba que «*el régimen jurídico del suelo encaminado a asegurar su utilización conforme a la función social que tiene la propiedad (...) porque si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el Poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad*» —en sentido parecido, el artículo 3.2.a) de esta norma—. También el Texto Refundido de 1976, establece en su artículo 3.2.a) la necesidad de «*procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad*» —en sentido

que lo que un día fue planeado bajo el mismo interés público que se le supone a la actual modificación, se convierte ahora en inservible.

Desde luego, es clara la naturaleza mutable del interés público —tal y como declara la sentencia del TS de 18 de marzo de 1992 (FJ 2)—, el cual se va adaptando a las necesidades y aspiraciones concretas de un tiempo y lugar (34). Sin embargo, cuando el diseño de un barrio de la ciudad queda obsoleto al cabo de pocos años, abocándolo al régimen de fuera de ordenación, lo menos que podemos afirmar es que el sistema urbanístico es *injusto*.

Y el problema en esta materia —como en otras tantas del urbanismo—, viene por culpa de la degeneración absoluta a la que se ha visto abocado el concepto de interés público, el cual se ha utilizado en muchas ocasiones con absoluta *ligereza jurídica* para que determinados proyectos o desarrollos urbanísticos tuvieran cabida pese a presentar dudas razonables sobre su adecuación a los principios que rigen el desarrollo urbano, significativamente durante los últimos años. De esta situación, por ejemplo, se ha hecho eco el Parlamento europeo, a través de la aprobación del Informe Auken el 26 de marzo de 2009, en el cual —petición 21<sup>a</sup>— se considera que «*no se ha acotado en la legislación urbanística en vigor, ni por las autoridades competentes, la definición de interés general, amparándose en este concepto la aprobación de proyectos insostenibles, desde un punto de vista medioambiental*» (35).

---

análogo, el artículo 3.1.a) del Texto Refundido de 1992—. Por último, el artículo 2.1 de la Ley del Suelo de 2008 proclama que «*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 (...)*».

(34) A este respecto, es necesario traer a colación las acertadas palabras de DE LA MORENA DE LA MORENA (1983: p. 847) al destacar la indefinición de la que adolece el concepto de interés público, señalando que «*nos hallamos ante un concepto más intuitivo que racional y más evidente que problemático (al menos al nivel de situaciones concretas), pero necesariamente inmerso en una realidad sociopolítica enormemente compleja y evolutiva que no cesa de arrojar sobre él sus propias contradicciones, dificultando, hasta casi la imposibilidad, la tarea de extraer (o abstraer) de ella un concepto del interés público unívoco o estable y, por lo mismo, válido para utilizarlo como soporte de diferenciaciones científicas o disciplinares*».

(35) Resolución del Parlamento europeo que, por otra parte, insta a las autoridades españolas a que lleven a cabo una revisión de toda la legislación que afecta a los propietarios de bienes como resultado de una urbanización masiva —Petición 1<sup>a</sup>—, llegando a amenazar incluso con la interrupción de la provisión de Fondos Estructurales y la posibilidad de poner en reserva los Fondos destinados a políticas de cohesión —Peticiónes 27 y 28—. Previamente a esta Resolución, hubo dos posicionamientos más de la Eurocámara —en concreto en diciembre de 2005 (Informe Fortou) y en junio de 2007—, con un contenido igualmente crítico.

No se trata, por tanto, de una aseveración parcial o interesada, sino que estamos ante un aserto de la Eurocámara misma, la cual nos ha señalado el dudoso contenido del interés público bajo el cual se han aprobado algunos desarrollos urbanísticos, no pudiendo justificarlo en que hemos dotado de principios sociales a nuestro derecho de propiedad, pues el artículo 33 de la CE tiene un contenido similar en los países de nuestro entorno (36).

Así, pese a los bienintencionados principios recogidos en nuestras normativas urbanísticas, que proclaman un *idílico* interés público, lo cierto es que, tal y como señala LASAGABASTER HERRARTE (2008: p. 37), «*es una característica general a todos los ordenamientos, la distancia entre lo normado y la realidad. Pero esa distancia en algunos casos adquiere una tal importancia que escandaliza. Uno de esos casos, y no es exagerado decirlo, es el urbanismo*». Por dicho motivo, aunque el planeamiento urbanístico se encuentra, *a priori*, embutido bajo una *aureola* de interés público, se ha caído en lo que puede denominarse el *relativismo urbanístico*, un *todo vale* mientras se generen cuantiosas plusvalías, de las cuales tan solo un ínfimo porcentaje acaba integrando las arcas municipales. Y en el concreto campo de la fuera de ordenación, resulta notorio que de los excesos planificadores del pasado son deudores, no quienes se enriquecieron, sino ciudadanos que adquieren sus bienes legítimamente, y que contemplan como sus propiedades son declaradas fuera de ordenación años después.

Por todo ello, debe exigírsele al planificador que haga un uso proporcionado y racional de la figura de la fuera de ordenación, bajo el riesgo evidente de vulnerar los derechos de los propietarios, y ello con el fin de evitar que los afectados tengan que acudir a la vía jurisdiccional, la cual, por otra parte, no siempre ha velado por un uso adecuado de esta figura.

Así, si bien la jurisprudencia ha manifestado en reiteradas ocasiones que el régimen de fuera de ordenación debe ser interpretado restrictiva-

---

(36) Téngase en cuenta que el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), dispone que «*toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente*», no pudiendo «*ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública*» y que «*el uso de los bienes podrá regularse por Ley en la medida en que resulte necesario para el interés general*»; es decir, tiene un contenido similar al artículo 33 de la CE.

mente (37), esta exégesis restrictiva queda acotada a una vez que se ha aplicado el régimen, es decir, a sus consecuencias (especialmente en lo que se refiere a las obras prohibidas), pero dicha interpretación no se aplica a la declaración misma de un bien como fuera de ordenación. Por el contrario, son pocas las sentencias que, en uso del control jurisdiccional de la discrecionalidad, entran a conocer el fondo de esta institución, desestimando los recursos que impugnan la declaración del régimen amparándose, precisamente, en la mayor parte de las ocasiones, en la discrecionalidad del planificador (38).

En este sentido, si bien es cierto que en la actividad planificadora la potestad discrecional juega un papel esencial (39), también lo es que esta esfera de *indiferencia jurídica* «*está sometida al elemento teleológico del interés público, que opera como un límite material a la misma así como de canon delimitador de la actuación de las distintas Administraciones públicas que concurren en su ejercicio*» (40).

---

(37) Tal y como se hace eco LÓPEZ RAMÓN (2009: p. 129).

(38) Un examen de la jurisprudencia que enjuicia los recursos impugnatorios de la declaración de fuera de ordenación nos muestra que la mayoría acaban siendo desestimados, interpretándose que hay un legítimo ejercicio de la discrecionalidad por parte del planificador. Puede verse al respecto la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana al declarar —FJ 5— que «*entra en el margen de discrecionalidad de la Administración la opción elegida, aunque hubiera podido ser también otra u otras*». Pocas son las sentencias que llegan a anular una aplicación del régimen de fuera de ordenación; sin embargo, es necesario señalar las causas por las que se suelen anular: por ejemplo, la sentencia del TS de 16 de marzo de 2004, que la anula por una arbitrariedad en la calificación; la sentencia del TSJ de Galicia de 10 de abril de 2003, que la anula por un error del planificador, o la sentencia del TSJ de Andalucía de 24 de marzo de 2003, que la anulaba por una incoherencia en la aplicación del régimen a una determinada finca, cuando las de alrededor habían sido clasificadas como suelo urbanizable.

(39) PÉREZ ANDRÉS (1998: p. 122) llega a declarar, a este respecto, que «*hay que insistir en la gran cantidad de intereses públicos y privados a los que hay que atender, lo que convierte las potestades de planeamiento territorial y urbanístico en las más representativas potestades administrativas discrecionales*». En el mismo sentido, LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS (2008: p. 28) declara «*que la potestad administrativa de planeamiento urbanístico es fundamentalmente discrecional no se discute hoy ni por la doctrina ni por la jurisprudencia (...). Además en los planes, como reglamentos que son, es una de las áreas donde la potestad de la Administración contiene mayores elementos de discrecionalidad*». En sentido parecido se pronuncia la jurisprudencia, baste, como ejemplo, la sentencia del TSJ de Galicia de 2 de marzo de 2000, al declarar que —FJ 3— «*como ha declarado con reiteración la jurisprudencia, el ius variandi de la administración tiene una de sus principales manifestaciones en materia de planeamiento urbanístico, en la que existe un amplio margen de discrecionalidad dada la naturaleza normativa de los planes y la necesidad de adaptarlos a las cambiantes exigencias del interés público*».

(40) FERNÁNDEZ CARBALLAL (2002: p. 25). En sentido similar, CORDÓN MORENO (2003: p. 151), al declarar que «*las potestades administrativas están dirigidas siempre a la consecución de un fin*».

Y es precisamente la intervención del concepto de interés público, que ya hemos indicado que desde el punto de vista urbanístico es un concepto generador de desconfianza, lo que avala la tesis de que la fuera de ordenación debe ser utilizada con prudencia, sin que quede vedada, *a priori*, la valoración de los legítimos intereses de los propietarios afectados —y de la *estabilidad jurídica* de sus bienes— de los que tradicionalmente se abjura de forma casi automática. Y ello así, no tanto porque la planificación urbanística no pueda imponerse sobre estos derechos, que ya hemos visto que es posible, sino porque el abuso de dicha figura causa evidentes daños a particulares, ajenos a los desmanes que en una época concreta pudieran haber causado determinados planeamientos —y quienes los concibieron y enriquecieron con ellos— y que, sin embargo, deben hacer frente a las negativas consecuencias que de estas actuaciones se derivan.

Del examen de la jurisprudencia recaída en el análisis de la fuera de ordenación, puede comprobarse cómo con la intervención de los dos factores precitados —interés público y discrecionalidad— son razón suficiente para desechar las argumentaciones que solicitan la corrección jurisdiccional; de acuerdo con ello, ni los límites de la discrecionalidad del planificador —interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, principios de eficacia, eficiencia y economía, principios de racionalidad y razonabilidad, los precedentes administrativos y los antecedentes del propio expediente— (41), ni los controles jurisdiccionales sobre el ejercicio de esta potestad —significadamente, el control de la motivación y de los hechos determinantes, la adecuación de la decisión a los principios generales del derecho o el control de los elementos reglados que también forman parte de la potestad— (42), se muestran capaces, en la mayor parte de las ocasiones, para un control de los excesos que sobre la propiedad privada se cometen en aplicación de dicha institución (43).

---

*de interés público, que constituye así una importante limitación de la libertad de elección entre las diversas alternativas y en la forma en la que ha de operar la administración en el ejercicio de su actividad».*

(41) Sobre los límites a la potestad discrecional, puede consultarse a DESDENTADO DAROCA (1997: p. 127 y sigs.).

(42) Sobre el control jurisdiccional de la potestad discrecional de la administración, puede consultarse a CORDÓN MORENO (2003: p.157).

(43) Debe destacarse alguna excepción, como la sentencia del TSJ de Andalucía de 13 de julio de 2001, en la que se señala —FJ 5— que «*la prevalencia del interés de la comunidad no puede en modo alguno ignorar el respeto a los derechos individuales y es lo cierto que la forma en que el propio Plan, su Memoria, otorga un tratamiento indefinido a la propiedad de la recurrente,*

En conclusión, se exige que, en este concreto campo, se solicite al planificador que en el momento de aplicar el régimen de fuera de ordenación realice un mayor esfuerzo en la búsqueda de alternativas menos restrictivas que la normal ya vista, reclamándole un mayor rigor, y que además este rigor pueda ser plenamente fiscalizable por los órganos jurisdiccionales (44), evitando, en definitiva, su aplicación generalizada. La inserción de principios como el precitado de proporcionalidad, a través del cual «se exige que toda carga impuesta al destinatario de las reglas comunitarias debe limitarse a la medida estrictamente necesaria para alcanzar el objetivo perseguido», impidiendo que «la asignación de determinados usos al suelo no puede imponer a los propietarios un sacrificio absolutamente desproporcionado con la finalidad perseguida, sobre todo si no va acompañada de un significativo beneficio para la colectividad», deben adquirir un mayor protagonismo en esta materia. Se trata, en definitiva, de aplicar el, denominado por FERNÁNDEZ CARBALLAL, *principio de menor restricción en el derecho de propiedad urbanística*, a través del cual, si bien se parte del reconocimiento de que los intereses generales deben prevalecer sobre los particulares, se debe tratar de armonizar los mismos con el menor daño posible sobre los intereses de los particulares afectados (45). El cumplimiento del principio de seguridad jurídica así lo exige, y es que pese a la jurisprudencia citada con anterioridad, donde se señala que este principio no ampara la congelación del ordenamiento, si que debe, al menos, ser valorado cuidadosamente cuando se trata de imponer restricciones a la propiedad adquirida por ciudadanos legítimamente (46).

---

*no puede aceptarse desde elementales planteamientos de seguridad jurídica, pues produce una situación indefinida, de transitoriedad indeterminada, cuyo término lógicamente se reserva el propio ayuntamiento, lo que resulta intolerable y necesitado de un tratamiento más pormenorizado y garante, claro al menos, de los derechos de los afectados por la actuación».*

(44) En concreto, la posibilidad de que el control judicial relativo a la discrecionalidad de la Administración pueda alcanzar el hecho de que ésta haya hecho o no un trabajo riguroso, es lo que en Estados Unidos se denomina *Hard Look*, de creación jurisprudencial de la United States Court of Appeals, y que permite que los Jueces y Tribunales puedan verificar «si (de) las actuaciones del expediente (record) se deduce que dicha Administración ha llevado a cabo o no un trabajo riguroso», GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2002).

(45) FERNÁNDEZ CARBALLAL (2002: pp. 68, 160-161 y 193-194). A este respecto, hay que destacar la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos referida al *justo equilibrio* entre los intereses públicos y los derechos de los particulares [BOUAZZA ARIÑO (2009: p. 279)].

(46) En relación con la seguridad jurídica, resulta preciso señalar las palabras de RUBIO LLORENTE en su voto particular emitido en la sentencia del TC de 10 de noviembre de 1988, al declarar que «en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE), la seguridad jurídica implica también, a mi juicio, la necesidad de que el Estado no pueda abrogar libremente aquellas

## VII. CONCLUSIONES

Transcurridos más de cincuenta años desde que la primera Ley del Suelo regulara por vez primera la situación de fuera de ordenación, ha podido constatarse en estas líneas que dicha figura, desde el punto de vista de su regulación, apenas ha evolucionado. De este modo, tan solo se han introducido pequeños matices que, aún reconociendo su importancia (significadamente la denominada *deslegalización* introducida en el Texto Refundido de 1992), globalmente considerados no han aportado un cambio en los fundamentos primarios de la institución.

Sin embargo, no nos debe resultar desconocido que la primigenia Ley del Suelo respondía a un contexto social y económico sensiblemente diferente al actual. El urbanismo entonces tenía como fin principal, si no único, el de crear suelo. Las carencias generadas con la guerra, los fenómenos migratorios del campo a la ciudad y el inminente crecimiento económico que ya se percibía en el primer lustro de la década de los cincuenta, exigían de los poderes públicos la necesidad de crear el marco adecuado para la puesta en marcha de grandes cantidades de suelo residencial y productivo. Se trataba, en definitiva, de un urbanismo que miraba al extrarradio de las ciudades como el lugar adecuado para acometer el crecimiento de la urbe, sin apenas cambios de clasificación o de uso en la ciudad ya construida (47).

En este contexto expansivo de la ciudad, las situaciones de fuera de ordenación se constituían como un fenómeno residual, pues este régimen, como es obvio, afecta sobre todo a los cambios de planeamiento en zonas consolidadas de las ciudades. Ante dicho panorama, la sucinta regulación de esta figura resultaba justificada y suficiente, sin que se exigiese una especial labor del planificador en este concreto campo.

---

*normas que, como los reales Decretos-Leyes antes citados, están destinadas a dotar de una mínima garantía a determinados grupos sociales. La seguridad jurídica no exige, ciertamente, la petrificación del ordenamiento, pero sí, creo, el respeto a las garantías enunciadas explícitamente como tales». En sentido parecido, la sentencia del TS de 18 de julio de 1993 señala, al referirse a la potestad discrecional del *ius variandi* del planeamiento, que debe realizarse contemplando los intereses generales; precisando que, entre estos intereses generales, no sólo se encuentra la función social de la propiedad, sino también «la estabilidad y seguridad jurídicas».*

(47) En este sentido, BASSOLS COMA (1981: p. 26) declara que «la trayectoria histórica de nuestro Derecho urbanístico revela que el centro de gravedad de sus preocupaciones se ha centrado en torno a los fenómenos de la expansión y el desarrollo urbanístico de nuestras ciudades».

Sin embargo, es obvio que en la actualidad, si bien la creación de nuevo suelo sigue constituyéndose como un pilar esencial de la actividad urbanística, las operaciones de regeneración urbana de las zonas consolidadas de las ciudades se han multiplicado respecto de lo que ocurría en los años cincuenta. En este contexto, la figura de la fuera de ordenación ha ido adquiriendo paulatinamente un mayor protagonismo en el que, incluso, ha sido utilizada en ocasiones como un sistema de gestión urbanística para reconvertir, por ejemplo, polígonos industriales en zonas residenciales y, por tanto, los fundamentos de esta institución y los problemas que en su aplicación se originan ya no son los mismos que medio siglo atrás. No es de extrañar, pues, que deba realizarse una reconfiguración del régimen de fuera de ordenación con el objeto de sentar unos nuevos principios que permitan un mejor desarrollo práctico de esta figura, para evitar los abusos a los que antes se ha hecho referencia.

Con tal fin, y a modo de propuesta, en las legislaciones urbanísticas autonómicas se deberían incluir unos nuevos fundamentos que caracterizaran al régimen de fuera de ordenación, a través de medidas que fomentasen la ponderación del uso de esta figura bajo un *prisma restrictivo*. Dicha regulación tendría que exigir que entre la documentación del plan general se recogiese un apartado específico y expreso, a través del cual poder dar una detallada regulación de aquellas construcciones e instalaciones que han devenido en fuera de ordenación. No se trataría sólo de referir un listado extenso y detallado de los bienes así calificados, sino de establecer una adecuada ponderación, una justificación del porqué de la calificación de este régimen, valorándose las alternativas que han sido desechadas y que testimonien que realmente se han evaluado.

Tras todo ello, se debería finalizar estableciendo un régimen preciso y extenso acerca del contenido de los derechos de los propietarios afectados, y que fuese graduable en intensidad según los casos —no es lo mismo que un edificio invada una alineación, unos centímetros, que varios metros—. No bastaría, por tanto, tal y como ocurre en muchos planes generales, que se realicen declaraciones generales acerca del régimen de fuera de ordenación, en los cuales se define el concepto y se trasciben, con poco desarrollo, lo preceptuado en las legislaciones urbanísticas. Se trata, en definitiva, de aprovecharse de la antedicha *deslegalización* que reconoce al planeamiento urbanístico la posibilidad de ahondar en la extensión y contenido del régimen de fuera de ordenación, con el objetivo primario de que el nuevo planeamiento no abuse de esta figura en pos de intereses no

siempre cristalinos, y en detrimento de los legítimos derechos —y expectativas— de los propietarios afectados, y que aporten, al menos, seguridad a éstos sobre derechos van a ostentar en el futuro sobre sus bienes.

Al margen de exigir que este régimen sea aplicado con un carácter restrictivo y de que cuente con una mayor extensión en su regulación, deben abordarse en las legislaciones urbanísticas con valentía otras cuestiones que se han puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo. La regulación de los cambios de uso en las construcciones e instalaciones declaradas fuera de ordenación, la inconveniencia de que se aplique por analogía el régimen a las edificaciones ilegales, o qué instrumento urbanístico es el facultado para calificar que un bien se encuentra bajo el régimen de fuera de ordenación, deberían tener una respuesta expresa en las normativas urbanísticas autonómicas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO SÁNCHEZ, R.: «Edificios fuera de ordenación en la jurisprudencia (1985-1999)», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 181, 2000.
- ARNÁIZ EGUREN, R.: *La inscripción registral de actos urbanísticos*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- BASSOLS COMA, M.: «Derecho urbanístico y medio ambiente urbano», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 71, 1981.
- BLANCO NESPEREIRA, A.: «La adecuación y adaptación de los planes en la vigente legislación urbanística. Los edificios fuera de ordenación», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 32, 1997.
- BOUAZZA ARIÑO, O.: «Ordenación del Litoral y abusos urbanísticos (el caso Valenciano)», en esta REVISTA, núm. 34, 2009.
- CARBALLEIRA RIVERA, M. T.: «Edificios fuera de ordenación y obras permitidas», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 214, 2004.
- CASTELAO RODRÍGUEZ, J.: *Derecho Urbanístico de Castilla y León* (V.V.A.A., Dir. Enrique SÁNCHEZ GOYANES), 2ª edición, La Ley, Madrid, 2005.
- CORDÓN MORENO, F.: «El control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 1, 2003.

- CUERNO LLATA, J. R.: «Algunos aspectos del régimen de fuera de ordenación en la Ley de ordenación territorial y régimen urbanístico de Cantabria 2/2001», *Práctica Urbanística*, núm. 54, 2006.
- *Régimen transitorio en las normas urbanísticas: El modelo de fuera de ordenación*, Montecorvo, Madrid, 1997.
- DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: «Derecho administrativo e interés público: Correlaciones básicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Información Urbanística y Enajenación de terrenos no susceptibles de edificación o con edificios fuera de ordenación», *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 20/2000.
- DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- ENÉRIZ OLAECHEA, F. J.: «La Autonomía Municipal y la aprobación definitiva de los planes urbanísticos», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 7, 1989.
- FERNÁNDEZ CARBALLAL, A.: *El urbanismo finalista (a propósito del principio de menor restricción en el derecho de propiedad)*, Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador», *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2002.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «El criterio jurisprudencial norteamericano del *Hard Look* y el control de la discrecionalidad administrativa (en el Medio Ambiente)», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, núm. 2, 2002.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.: «Dotaciones públicas, sistemas generales y algunas perversiones del sistema urbanístico», *Ambiente y Derecho*, núm. 6, 2008.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: *Introducción al Derecho Urbanístico*, Marcial Pons, 3ª edición, Madrid, 2009.
- LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J.: «La nueva línea jurisprudencial del control jurisdiccional sobre la discrecionalidad de la potestad de planeamiento», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 241, 2008.

- MAGARIT CABALLÉ, J.: «El régimen de fuera de ordenación y de volumen disconforme en la legislación urbanística catalana», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 247, 2009.
- MERINO ESPINAR, B.: «El Registro de la Propiedad en el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 5, 2005.
- MONFORT FERRERO, M. J.: *Enajenación de terrenos no edificables y edificios fuera de ordenación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- MUNAR FULLANA, J.: «Edificios e instalaciones fuera de ordenación: estudio de conjunto y aplicación práctica», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 220, 2005.
- PÉREZ ANDRÉS, A. A.: «La Ordenación del Territorio, una encrucijada de competencias planificadoras», *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998.
- QUIRÓS ROLDÁN, A., ARENAS SALVATIERRA, S. y ESTELLA LÓPEZ, J. M.: *El régimen de fuera de ordenación urbanística*, Atelier, Barcelona, 2002.
- RAMOS MEDRANO, J. A. y RAMOS MEDRANO, M. P.: «La pretendida deslegalización del régimen jurídico de fuera de ordenación», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 148, 1996.

# CRÓNICAS



**CRÓNICA Y CONCLUSIONES DEL PRIMER FORO  
SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO  
LOCAL Y LAS NECESIDADES DE REFORMA  
(organizado por la Cátedra de  
Derecho Local de Aragón)**

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÙ

Con fecha de 29 de marzo de firmó convenio entre la Universidad de Zaragoza y el Gobierno de Aragón para al creación de una Cátedra de Derecho Local en Aragón. Dicha Cátedra nació con los objetivos de favorecer la cooperación entre la Universidad de Zaragoza y el Gobierno de Aragón para promover el conocimiento y la difusión de todos los aspectos relativos al Derecho Local de Aragón. Además, se buscaba la formación práctica de los estudiantes universitarios y los profesionales del mundo jurídico en la esfera local, así como colaborar en el apoyo a la gestión de los intereses locales de Aragón. Esta colaboración —en el marco del Postgrado de Especialización en Derecho Local en Aragón— pretende, entre otras actividades, incentivar proyectos de investigación en diferentes líneas temáticas del ámbito de desarrollo y evolución del Derecho Local (para lo que ya se han concedido cinco becas de un año), incrementar la participación de personal de la Administración local en la Universidad, para compartir experiencias adquiridas, promover, diseñar y organizar actividades de comunicación y formativas: conferencias, seminarios, cursos, etc.

Pues bien, dentro de estos objetivos la Cátedra ha diseñado un concreto programa de acciones entre las que destacan los Foros de especialización. Así, entre los días 6 y 7 de julio de 2010, en Formigal, se ha celebrado el PRIMER FORO SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO LOCAL Y LAS NECESIDADES DE REFORMA. La finalidad de este Foro es promover el conocimiento y la difusión de todos los aspectos relativos al Derecho Local de Aragón atendiendo principalmente al estado actual de la cuestión y a la necesidad, en su caso, de proceder al ajuste

normativo de la materia del régimen local a nivel estatal y, por supuesto, en el ámbito de Aragón. Se pretendía, por lo demás, un debate jurídico sobre los principales retos de la Administración local con la finalidad de, al margen de las legítimas opciones políticas, presentar una serie de conclusiones a la sociedad y a los distintos actores jurídico-políticos sobre las distintas necesidades y posibilidades que puedan aconsejar un cambio normativo a nivel estatal y autonómico.

Con tal finalidad la Jornada se estructuró en dos Partes bien diferenciadas. La primera, para reflexionar sobre la problemática general de la regulación local en España y las posibilidades de actuación de la Comunidad Autónoma de Aragón y la segunda, para debatir sobre la conveniencia de adaptación de la Ley Aragonesa de Administración Local de 1999, analizando el borrador de reforma parcial que se encuentra en información interna en el Gobierno de Aragón.

La primera parte se tituló "El nuevo contexto normativo de la Administración Local" interviniendo como ponentes Luis Ortega Álvarez (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha) y José María Baño León (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia) actuando como moderador Fernando López Ramón (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza). Luis Ortega inició el foro e impartió la conferencia sobre "*La reforma estatal de la normativa de la Administración local. Principios y novedades. Los límites competenciales*", y posteriormente el profesor D. José María Baño León disertó sobre "*Una visión crítica de la normativa de régimen local*".

La Parte segunda se organizó en torno a Mesas redondas sobre la modificación de la Ley de Administración Local de Aragón. Así, una Primera Mesa redonda incidió en el *Análisis de la modificación de la normativa autonómica de régimen jurídico, organización y funcionamiento de las Entidades locales y sus relaciones interadministrativas de cooperación y colaboración* (Moderador: Fernando López Ramón); la segunda se dedicó al *Análisis de la modificación de la normativa autonómica de régimen de los bienes locales, las modalidades de prestación de los servicios públicos locales y la contratación por las Entidades locales* (Moderador: José María Gimeno Feliú) y la última abordó el *Análisis de la modificación de la normativa autonómica reguladora de los recursos de las Entidades locales: Empleo Público y Haciendas Locales* (Moderador: Juan García Blasco).

De las distintas sesiones y su debate entre los asistentes se pueden obtener las siguientes **CONCLUSIONES:**

**Primera.-** La materia de régimen local es de especial interés jurídico y político y requiere la toma de decisiones que adapten el actual marco regulatorio a la realidad social y económica del país. Sin duda un Pacto de Estado es necesario para delimitar el alcance de lo básico. Sin embargo, en el actual contexto de descentralización y tras la aprobación de los nuevos Estatuto de Autonomía (y en especial el de Aragón) y con la lectura de la reciente jurisprudencia constitucional, el contenido de lo básico debe reducirse y adaptarse a la finalidad de reconocimiento de la función propia y específica de cada Institución (el alcance de la garantía institucional lo es sólo de la Institución, y no de los distintos sujetos).

**Segunda.-** En ausencia de la nueva regulación estatal la Comunidad Autónoma de Aragón tiene título competencial para afrontar cambios en la estructura del régimen local en Aragón. El elemento principal sobre el que debería pivotar esta nueva regulación es el mapa municipal, claramente fragmentado y excesivo que resulta claramente insostenible, tanto desde el paradigma de organización territorial como de eficiencia en la organización administrativa. Asimismo, el carácter multinivel de la organización administrativa en España aconseja una revisión del modelo.

Conviene debatir sobre el nivel adecuado donde deben residenciarse las competencias y prestaciones de servicios aceptando la premisa de que no es posible el uniformismo del régimen jurídico y debe atenderse por ello a la diversidad tanto del pequeño municipio como del gran Ayuntamiento (como sucede, por ejemplo con Zaragoza donde parece obligada la aprobación de la Ley de régimen especial de capitalidad). En la revisión del modelo (al margen de los legítimos apriorismos políticos) debe tenerse en cuenta la mejor satisfacción de las prestaciones a los ciudadanos, resultando conveniente insistir en la idea de cooperación y asistencia, donde pueden jugar un papel relevante estructuras administrativas de carácter supramunicipal. Por supuesto, la simplificación administrativa y la profesionalización de la gestión desde el ámbito de referencia más adecuado son herramientas necesarias para conseguir este objetivo.

**Tercero.-** La revisión del modelo obliga necesariamente a la articulación de un nuevo modelo de financiación que permita, desde la autonomía financiera, el lógico y correcto desarrollo de las distintas competencias de las entidades locales. La financiación debe garantizar el cumplimiento de

las competencias obligatorias. En los supuestos de asunción de competencias de carácter voluntario —opción que entra en la lógica del modelo de gestión política— recaerá sobre este ente la obligación de obtener la financiación necesaria que deberá provenir de sus ciudadanos contribuyentes (en tanto el modelo de endeudamiento ha devenido claramente insuficiente y promueve situaciones patológicas desde esta perspectiva presupuestaria), que asumen el papel de sujetos corresponsables de ese mayor nivel de servicios.

**Cuarto.**— Parece conveniente que la Comunidad Autónoma de Aragón afronte la reforma del modelo del régimen local buscando un gran pacto político que dote de estabilidad al sistema que se proponga. Ejemplos recientes a nivel autonómico —Valencia mediante Ley 8/2010, de 23 de junio de Régimen Local, o Andalucía a través de la Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local— avalan esta propuesta.

En todo caso, resulta imprescindible un ajuste técnico de ciertas materias lo que aconsejaría, al menos, un texto legal que regulase las materias referidas a bienes, servicios y contratación, en tanto reforma técnica que puede contribuir a una mejor y más eficaz gestión de las competencias de los entes locales en Aragón generando, en su caso, ciertos ahorros de los fondos públicos.

A modo de reflexión final, la sociedad y los dirigentes políticos, a la vista del actual contexto socioeconómico y de las decisiones adoptadas ya en países de nuestro entorno (entre otros Portugal, Alemania, Austria o recientemente Grecia) deben afrontar el reto de una reforma de la organización administrativa local, que respetando el principio de subsidiaridad recogido en la Carta de Autonomía Local, permita cumplir con el fin de dotar a la misma de los niveles de competencias y servicios adecuados para la mejor satisfacción del interés público y dé respuesta a los derechos e intereses de los ciudadanos.

# EL IMPACTO DE LA CRISIS EN EL PRESUPUESTO. LOS PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2010<sup>(\*)</sup>

OLGA CARRERAS MANERO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2010: 1. Los estados financieros: A) El estado de gastos. B) El estado de ingresos. 2. La parte dispositiva o articulado.*

## I. INTRODUCCIÓN

Como se ha venido destacando a lo largo de anteriores comentarios de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón (2), la institución del presupuesto presenta una importancia decisiva e innegable como factor de organización económica, constituyendo, asimismo, un instrumento esencial del equilibrio constitucional entre los diversos poderes y característico de todo sistema democrático (3). Esta circunstancia implica, como resulta evidente, que la aprobación anual de dicha Ley por cualquier ente público —en lo que ahora nos atañe, la Comunidad Autónoma de Aragón— se erija en una de las principales actuaciones normativas de mayor trascendencia.

Dicha relevancia aparece confirmada, a su vez, por un *doble motivo o razón adicional*, el cual ha sido ya expuesto en diferentes comentarios

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 22 de marzo de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 31 de marzo de 2010.

(2) A este respecto, pueden consultarse, entre otros, los comentarios a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2009 y 2008, realizados por ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: en los números 34 (2009) y 33 (2008) de la presente REVISTA.

(3) La afirmación expuesta en el texto se encuentra recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1994.

sobre esta concreta materia: en primer término, porque la referida Ley constituye —a tenor de una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional— uno de los principales aspectos en que se manifiesta el contenido *mínimo, esencial e inderogable* de la autonomía financiera prevista para toda Comunidad Autónoma (4); y, en segundo lugar, porque la Ley en cuestión representa el instrumento básico de ordenación económica y la norma *vertebradora* de la actividad financiera de la Comunidad Autónoma de Aragón para un determinado año.

Una vez expuestas las anteriores observaciones, debe precisarse que el objetivo del presente artículo queda centrado, como en años anteriores, en el estudio del contenido que presentan los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el 2010, efectuando, a este fin, un análisis comparativo respecto de los Presupuestos aprobados para el ejercicio 2009.

Por lo demás, y antes de proceder a dicho cometido, es preciso destacar que en el presente ejercicio, al igual que en los últimos años, no ha sido necesario acudir al mecanismo de la prórroga presupuestaria, al haber sido aprobados los Presupuestos del año en curso por la Ley 12/2009, de 30 de diciembre (5).

## **II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2010**

Continuando con la línea trazada desde el año 1983, los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010 presentan una estructura en su mayor parte idéntica a los presupuestos de otros Entes territoriales, como las Corporaciones Locales o el Estado, pudiendo diferenciarse, dentro de los mismos, un *doble contenido*: por un lado, el relativo a los *estados financieros* —distinguiéndose en su seno las partidas de gastos (obligaciones a reconocer) y de ingresos (derechos a liquidar

---

(4) Sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de enero y 21 de mayo de 1986 y de 17 de octubre y 20 de diciembre de 1988.

(5) Publicada en el B.O.A. nº 253, de 31 de diciembre.

y operaciones de endeudamiento)— y, por otro, el referente a la *parte dispositiva o articulado* (6).

A estos efectos, el examen de la Ley de Presupuestos de Aragón vigente para el año 2010 se realizará, en un primer momento, a través de un análisis exhaustivo de los estados financieros de gastos e ingresos, para estudiar, en segundo término, las distintas previsiones normativas recogidas en el articulado de la citada Ley.

## **1. Los estados financieros**

### **A) El estado de gastos**

El Presupuesto de la Comunidad Autónoma aprobado para el año 2010 establece unos créditos iniciales por importe de 5.720.485 miles de euros, lo que, en comparación con los Presupuestos del ejercicio anterior (5.837.825 miles), supone una disminución absoluta de 117.340 miles y porcentual del -2%. En consecuencia, y a diferencia de lo sucedido en años anteriores, dicha cantidad no constituye la mayor de todas las presupuestadas en la historia de nuestra Comunidad Autónoma, frenándose, en el ejercicio actual, la línea expansiva que hasta ahora se había manifestado a nivel presupuestario (7).

Los créditos a los que acaba de hacerse referencia se encuentran agrupados de conformidad con las pautas establecidas por las diferentes clasificaciones que aparecen recogidas en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Aragonesa (8), lo cual, como es bien sabido, permite poner de manifiesto, desde la perspectiva presupuestaria, *quién o qué órgano concreto realiza un determinado gasto* (clasificación orgánica), *en qué se gasta* —esto es, cuál es la naturaleza del gasto— (clasificación económica) y *para qué se gasta* —es decir, la naturaleza de la actividad a la que se destina el gasto— (clasificación funcional y por programas).

---

(6) Las normas relativas a la elaboración de los Presupuestos para el ejercicio 2010 se encuentran recogidas en la Orden del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo de 27 de julio de 2009 (B.O.A. nº 147, de 31 de julio).

(7) Así, debe recordarse cómo de los 17.615 miles presupuestados para el ejercicio 1983 se pasó, en cinco años, a unos créditos presupuestados de 319.738 miles, alcanzando ya dichos créditos, en el ejercicio 1998, una cuantía de 1.425.799 miles, cantidad esta última que representaba, en términos aproximados, la cuarta parte de la prevista para el ejercicio 2009.

(8) Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio.

A este respecto, el estudio que se realizará a lo largo de las siguientes páginas quedará limitado a la perspectiva que del Presupuesto nos facilitan las ya referidas clasificaciones orgánica y económica (9).

Iniciando dicho análisis por la *clasificación orgánica*, la primera idea que debe resaltarse es la disminución que cabe apreciar en los créditos para los gastos en la casi totalidad de los Departamentos y Secciones correspondientes. Dicha situación presenta, empero, algunas excepciones, existiendo algunos Departamentos que han visto incrementados tales créditos.

Así sucede en el caso del Departamento de Salud y Consumo, el cual experimenta un aumento en sus créditos en una cuantía de 28.122 miles de euros, lo que representa —en términos porcentuales— un ascenso del 1,5% respecto del ejercicio 2009; asimismo, el Departamento de Educación, Cultura y Deporte ve aumentada la cuantía global de sus créditos en 1.100 miles de euros, lo que supone un incremento del 0,2% respecto de ese mismo ejercicio presupuestario. Junto a los ya citados, también se observa un aumento en el monto de los créditos destinados a la Sección correspondiente a Gastos de Diversos Departamentos con 44.930 miles de euros más, experimentando, con ello, un incremento en sus dotaciones de un 8,9%.

Por su parte, y ya en lo que atañe a los Departamentos que ven disminuidos los referidos créditos para gastos en términos cuantitativos, destacan el de Agricultura y Alimentación, con 65.335 miles menos (lo que supone una disminución del 8,5% en relación a los Presupuestos del año precedente), el de Servicios Sociales y Familia, con 22.405 miles menos (lo que representa un descenso del 6% respecto del ejercicio 2009) y el de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte, con 22.321 miles menos, esto es, una disminución del 11,5% en términos porcentuales. A los mencionados se une también la reducción experimentada por el Departamento de Medio Ambiente con 20.820 miles menos (9%).

Asimismo, pero ya con una disminución en sus dotaciones para gastos de menor importe en términos absolutos, se encuentran los Departamentos de Industria, Comercio y Turismo con 13.866 miles menos (12,5%), Economía, Hacienda y Empleo —11.514 miles menos (6%)—, Ciencia, Tecnología y Universidad —10.988 miles menos (4,7%)— y Política Territo-

---

(9) Ambas clasificaciones se encuentran recogidas en el Anexo respectivo de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario.

rial, Justicia e Interior —10.373 miles menos (6,5%)—. A los anteriores se suman las Secciones «A las Administraciones Comarcales» —6.206 miles menos (10%)— y Presidencia —5.678 miles menos (5%)—.

Por último, y ya en lo que concierne a las Secciones que experimentan, a nivel cuantitativo, un menor descenso en sus créditos para gastos, se encuentran las relativas a la Vicepresidencia del Gobierno —831 miles menos (11,5%)—, Cortes de Aragón —557 miles menos (2,3%)—, Presidencia del Gobierno —512 miles menos (10%)—, Consejo Económico y Social —59 miles menos (7%)— y Consejo Consultivo de Aragón —25 miles menos (6,7%)—.

Siguiendo con el análisis de la clasificación orgánica, es la Sección referente a Salud y Consumo la que, al igual que en años anteriores, presenta, en el conjunto del Presupuesto de gastos, un mayor volumen, con 1.909.729 miles, cantidad que representa casi el doble de la asignada a Educación, Cultura y Deporte (958.333 miles). Junto a los anteriores, son las Secciones relativas a Agricultura y Alimentación (707.762 miles) y Gastos de Diversos Departamentos (552.869 miles) las de mayor cuantía desde la perspectiva arriba mencionada, representando todas ellas en su conjunto, en términos aproximados, el 72% del Presupuesto correspondiente al presente ejercicio.

Por su parte, y en lo que concierne a aquellos Departamentos que se ubican en un nivel intermedio de importancia desde el punto de vista del importe total de sus créditos, cabe citar a los de Servicios Sociales y Familia (356.894 miles), Ciencia, Tecnología y Universidad (224.929 miles), Medio Ambiente (211.376 miles), Economía, Hacienda y Empleo (176.504 miles), Obras Públicas, Urbanismo y Transporte (174.011 miles), Política Territorial, Justicia e Interior (150.045 miles), Presidencia (107.069 miles), Industria, Comercio y Turismo (97.255 miles) y Administraciones Comarcales (57.618 miles), cuantías cuya suma representa, de modo aproximado, un 27,2% del total del Presupuesto.

Por último, y al igual que en ejercicios anteriores, entre las Secciones que presentan un menor peso en el conjunto del Presupuesto desde la perspectiva cuantitativa se encuentran las referidas a las Cortes de Aragón (23.886 miles), Vicepresidencia del Gobierno (6.464 miles), Presidencia del Gobierno (4.599 miles), Consejo Económico y Social (785 miles) y Consejo Consultivo de Aragón (351 miles).

De la forma expuesta en las páginas precedentes aparecen desglosados, desde una perspectiva orgánica, los 5.720.485 miles de euros relativos a los créditos previstos en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010, los cuales, como es bien sabido, vienen a destinarse al cumplimiento de las diversas obligaciones contraídas por cada uno de los Departamentos y Órganos de nuestra Comunidad a los que acaba de aludirse. Efectuado lo anterior, procederemos a continuación a la exposición del estado de gastos de los referidos Presupuestos atendiendo a la *clasificación económica*.

De conformidad con la citada clasificación, los créditos previstos en el estado de gastos de los Presupuestos para el actual ejercicio quedan agrupados, al igual que en ejercicios anteriores, en dos grandes secciones: la relativa a las Operaciones Corrientes (Capítulos I a IV) y la referente a las Operaciones de Capital y Financieras (Capítulos VI a IX). A estos efectos, debe reiterarse la circunstancia —por otra parte, frecuente— de que los créditos destinados a la primera de dichas Operaciones (4.498.204 miles) superan, hasta casi cuadruplicarla, la cuantía de los créditos correspondientes a las segundas (1.222.280 miles) (10).

Iniciando el análisis de los diferentes Capítulos que integran la mencionada clasificación, la primera observación que debe realizarse guarda relación con la disminución experimentada en su cuantía por la mayoría de dichos Capítulos respecto de los Presupuestos del año 2009. A este respecto, cabe señalar que es el Capítulo relativo a Gastos de Personal el que ha experimentado un menor descenso en términos absolutos, habiendo disminuido en 7.248 miles, lo que implica, en términos porcentuales, una minoración aproximada del 0,3% en relación a los Presupuestos en cuestión.

Junto al arriba citado, también reflejan un descenso en el monto total de sus partidas —aunque ya de forma mayor— los Capítulos relativos a Activos Financieros (15.578 miles menos), Bienes Corrientes y Servicios (46.204 miles menos), Inversiones Reales (52.078 miles menos) y Transferencias Corrientes (56.880 miles menos), cifras éstas que, en comparación con las previstas en los Presupuestos del año 2009, suponen sendas disminuciones del 34,6%, 6,5%, 10,4% y 3,5%, respectivamente.

---

(10) A este respecto, cabe señalar que en los Presupuestos para el ejercicio 2003 la cuantía a la que ascendían los créditos destinados a las Operaciones corrientes era de 2.868.013 miles, elevándose los créditos relativos a las Operaciones de Capital y Financieras a 831.609 miles.

Por último, la disminución de mayor relevancia en términos cuantitativos corresponde al Capítulo de Transferencias de Capital, el cual se ve reducido en 108.226 miles, lo que representa una reducción del 16,8% en comparación con los Presupuestos del año precedente.

Por lo demás, y ya entre los Capítulos de la clasificación económica de gastos que ven incrementado el importe de sus créditos, se sitúan los relativos a Pasivos Financieros (140.024 miles más) y Gastos Financieros (28.848 miles más), incrementos éstos que, cuantificados en términos relativos, suponen, respectivamente, importantes aumentos del 217,7% y 34,2%.

Además de lo anterior, el examen del estado de gastos del Presupuesto para el ejercicio 2010 desde la óptica de la clasificación a la que venimos aludiendo revela que continúan siendo los Capítulos de Gastos de Personal (2.132.898 miles) y Transferencias Corrientes (1.589.733 miles) los que mayor peso presentan en términos globales. Tras ellos se encuentran, como es habitual, los relativos a Bienes Corrientes y Servicios (662.394 miles), Transferencias de Capital (537.885 miles) e Inversiones Reales (450.557 miles), conformando todos ellos, de una forma global, el componente central del Presupuesto de gastos, constituyendo, de modo aproximativo, el 94% del mismo.

Por su parte, a los Capítulos aludidos con anterioridad se unen, si bien con un importe económico muy inferior en relación con aquéllos, los referentes a Pasivos Financieros (204.339 miles), Gastos Financieros (113.178 miles) y, por último, el relativo a Activos Financieros (29.497 miles).

Con la mención anterior damos por concluido el examen de los créditos recogidos en el estado de gastos desde la perspectiva de la clasificación económica, finalizando con ello el análisis de los estados financieros de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010. Una vez realizado el estudio precedente, pasaremos a examinar el estado de ingresos de dichos Presupuestos, delimitando así las diversas fuentes de financiación de los mencionados gastos.

## **B) El estado de ingresos**

El estado de ingresos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010 asciende, con carácter meramente

aproximativo, a la cantidad de 5.720.485 miles de euros, de los cuales 4.627.598 miles corresponden a derechos económicos a liquidar durante el citado ejercicio mientras que los restantes 1.092.887 miles constituyen el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que, en su caso, se contraigan por dicha Comunidad. La primera de las referidas cuantías coincide con la prevista en el estado de gastos del susodicho Presupuesto, presentándose de este modo para el ejercicio 2010 unos Presupuestos formalmente equilibrados (11).

Analizando los mencionados ingresos desde la perspectiva de la *clasificación económica*, se observa que los mismos se estructuran en *dos categorías*: la relativa a los Ingresos Corrientes (Capítulos I a V) y la referente a los Ingresos de Capital y Financieros (Capítulos VI a IX). En los Presupuestos para el año 2010, la cuantía total a la que se elevan los Ingresos citados en primer término es de 4.500.516 miles de euros, cuantía ésta que, como ya es habitual, supera con amplitud (casi cuatro veces más) el importe global de los Ingresos de Capital y Financieros, los cuales aparecen cifrados en 1.219.968 miles.

En lo que respecta a la categoría de los Ingresos Corrientes, el primer dato que debe ponerse de relieve es que, a diferencia del ejercicio precedente, todos los Capítulos que integran la misma experimentan una disminución, lo cual es debido —sin duda alguna— a la actual situación de crisis económica. A estos efectos, los Capítulos que sufren mayor reducción en el importe de sus ingresos son el de Impuestos Indirectos (219.527 miles menos), Impuestos Directos (152.434 miles menos) y el de Transferencias Corrientes (102.156 miles menos), lo que implica, en términos relativos, sendas disminuciones porcentuales del 15,7%, 12,9% y del 4,7%, respectivamente.

Asimismo, también sufren un descenso en el importe de sus ingresos, aunque más moderado que el indicado en el párrafo precedente, los Capítulos de Tasas y otros Ingresos (3.786 miles menos) y el de Ingresos Patrimoniales (2.992 miles menos), lo que supone, respectivamente, una minoración porcentual del 2,3% y del 9,5%.

---

(11) La necesidad de que el Presupuesto aparezca equilibrado se encuentra recogida, de forma expresa, en el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Aragón, sin que el Estatuto de Autonomía recoja en su seno una previsión de idéntico tenor.

Por otra parte, y ya en lo que atañe a la categoría de los Ingresos de Capital y Financieros, debe destacarse, en primer lugar, el importante aumento del Capítulo de Enajenación de Inversiones Reales, el cual asciende a 3.968.000 miles más que en el año 2009, lo que implica un elevadísimo incremento porcentual de un 12.400%. Junto a éste, también experimenta un ascenso en su cuantía el Capítulo de Pasivos Financieros (494.167 miles más), lo que supone, en términos meramente aproximativos, un incremento del 112,8% respecto del ejercicio precedente.

Distinta es la situación de los Capítulos de Transferencias de Capital, cuya cuantía disminuye en 102.086 miles, y el de Activos Financieros, el cual experimenta una reducción de 526 miles menos, lo que representa sendos descensos, en términos porcentuales, del 26,8% y del 11%, respectivamente.

Una vez llevado a cabo el análisis comparativo entre el estado de ingresos del Presupuesto de nuestra Comunidad para el año 2010 y el recogido a este respecto en el Presupuesto del año precedente, y procediendo ya al examen individualizado de aquél, se comprueba cómo en el presente ejercicio, a diferencia del año anterior, es el Capítulo de Enajenación de Inversiones Reales el que presenta una mayor importancia atendiendo a la cuantía de los ingresos que se le imputan, al ascender su monto económico a 4.000.000 miles.

Además del mencionado en el párrafo precedente, los gastos de la Comunidad Autónoma de Aragón se financian a través de las *cuatro siguientes fuentes*: Transferencias Corrientes efectuadas por otros Entes públicos y ciertos Organismos Autónomos (2.092.974 miles), Impuestos Indirectos (1.181.869 miles), Impuestos Directos (1.033.458 miles) y Pasivos Financieros (932.618 miles), cuantía esta última que comporta un importante nivel de endeudamiento.

Junto a los arriba citados, y situados ya en un nivel medio de importancia a la vista de los ingresos que se les imputan, se encuentran los Capítulos de Transferencias de Capital (279.073 miles) y de Tasas y otros Ingresos (163.748 miles).

Por último, y ya entre los Capítulos del estado de ingresos que reflejan una menor dotación económica en términos absolutos, se encuentran, en la misma línea del Presupuesto precedente, el de Ingresos Patrimoniales (28.466 miles) y el de Activos Financieros (4.277 miles), cantidades éstas

cuya suma global representa, aproximadamente, el 0,6% de los ingresos previstos para el presente ejercicio.

Con la mención al origen y cuantía de los diferentes ingresos que conforman el estado respectivo de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2010 damos por finalizado el análisis de estos últimos en lo que concierne a sus estados financieros. No obstante, ello no agota el estudio de dichos Presupuestos, debiendo recordarse que nos encontramos, ante todo, en presencia de una Ley, de una norma jurídica plena, lo que hace imprescindible, a fin de lograr un adecuado entendimiento de su significado y efectos, detenerse en el análisis de las diversas previsiones recogidas en su articulado, al ser estas últimas las que disciplinan el destino y límites de los créditos recogidos en el estado de gastos y, a su vez, regulan y legitiman la obtención de ciertos ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento).

## **2. La parte dispositiva o articulado**

La parte dispositiva de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2010 aparece integrada por 37 artículos —distribuidos a lo largo de seis Títulos—, 22 Disposiciones Adicionales, 4 Disposiciones Transitorias y una Disposición Final. A este respecto, es importante señalar que dicha parte dispositiva mantiene, en términos generales, idéntico esquema y contenido al de ejercicios precedentes, no presentando, por consiguiente, importantes novedades en relación a lo previsto en anteriores Leyes de Presupuestos.

Como viene siendo tradicional, el Título primero de la Ley de Presupuestos «DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 a 3) procede a aprobar el contenido global de los ingresos y gastos del sector público de nuestra Comunidad Autónoma —artículo 1—; efectuado lo anterior, el artículo 2 de aquella procede a señalar el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos cedidos —cantidad ésta que tiene carácter informativo y que asciende, en el presente ejercicio, a 120 millones de euros— (12), dándose así cumplimiento

---

(12) De los cuales 66 millones corresponden al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y 54 al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

a lo dispuesto, a este respecto, en los artículos 21.1 de la L.O.F.C.A (13) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (14).

Junto a ello, el artículo 3 de la citada norma legal procede a realizar, con base en lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (15), la actualización del importe de las tasas exigidas en el ámbito de dicha Comunidad, las cuales experimentan, sin ningún tipo de excepción, un incremento general del 1%.

En lo que concierne al Título segundo de la Ley de Presupuestos —«DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 4 a 12)—, el mismo viene a establecer el régimen aplicable a los créditos presupuestarios recogidos en el estado financiero de gastos, así como también las posibles alteraciones que, en relación a los referidos créditos, pueden llegar a producirse durante el ejercicio.

En concreto, el artículo 4 del susodicho Texto legal se ocupa de recordar el carácter *limitativo* y *vinculante* de los créditos autorizados en los respectivos programas de gasto en lo que concierne a las clasificaciones orgánica y funcional por programas. Esta previsión se complementa de inmediato, en lo atinente a la clasificación económica, por el artículo 4.2 de aquél, el cual recuerda la vinculación que, a nivel de artículo, capítulo o concepto, resulta aplicable a los diversos Capítulos que integran dicha clasificación.

No obstante lo anterior, el referido carácter limitativo resulta excepcionado por el artículo 6.1 de la Ley de Presupuestos del presente ejercicio, el cual, partiendo de la autorización contenida en el artículo 40 del Texto

---

(13) A cuyo tenor: «Los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual (...) y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a las referidas Comunidades».

(14) De conformidad con el cual: «El presupuesto de la Comunidad Autónoma será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del sector público autonómico, así como el importe de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos que generen rendimientos a la Hacienda aragonesa», inciso este último que constituye una novedad respecto del Estatuto originario, el cual no contemplaba, en su artículo 55, previsión alguna en este sentido.

(15) En cuya virtud: «Para adecuar las tarifas de las tasas al valor del uso de los bienes de dominio público o al coste variable de la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público que las motivan, las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma podrán modificar los elementos cuantificadores de las mismas, aun cuando ello no esté previsto en la Ley específica de creación del tributo».

Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, relaciona un conjunto de créditos del estado de gastos a los que se les confiere la condición de ampliables (16). A este respecto, y de acuerdo con el artículo 6.2 de dicha Ley, la financiación de tales créditos se efectuará mediante el recurso a alguno de los *tres siguientes mecanismos*: como norma general, a través de la baja en otros créditos para gastos y, ya de forma excepcional, por medio de mayores ingresos o con remanentes de crédito que tengan la adecuada cobertura.

Además de los supuestos a los que acaba de hacerse referencia, el carácter vinculante de los créditos para gastos se ve excepcionado, a su vez, por la previsión recogida en el artículo 7 de la Ley de Presupuestos, a tenor de la cual se otorga al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo la facultad de acordar la realización de las transferencias de créditos previstas en el mismo a los solos efectos de ajustar tales créditos a la verdadera naturaleza del gasto a realizar (17). En cualquier caso, dicho precepto advierte que la autorización de las referidas modificaciones presupuestarias se encuentra supeditada tanto a la evolución de los recursos que financian el presupuesto, como al adecuado cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria (18).

Junto a las precisiones indicadas en los párrafos precedentes en torno al carácter limitativo y vinculante de los créditos del estado de gastos, el artículo 5 de la Ley de Presupuestos para el 2010 se ocupa de fijar los criterios de imputación temporal de los gastos, indicando, en un primer instante, que con cargo a los respectivos créditos sólo podrán contraerse

---

(16) Entre tales créditos se incluyen a título de ejemplo y de forma similar a anteriores Leyes de Presupuestos, aquellos cuya cuantía se module por la recaudación proveniente de tributos, exacciones parafiscales o precios, los destinados a retribuciones del personal en determinadas circunstancias (p.e., liquidación de atrasos) o los dirigidos al pago de intereses y demás gastos derivados de operaciones de endeudamiento.

(17) Entre dichas transferencias se encuentran aquellas que se estimen precisas para lograr un mejor cumplimiento de los objetivos fijados en los programas «Fomento del empleo», «Fomento industrial» y «Ordenación y promoción comercial».

(18) El principio de estabilidad presupuestaria constituye, desde el año 2001, uno de los principios presupuestarios básicos, apareciendo recogido en la actualidad en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, en la Ley Orgánica complementaria a la misma, así como también en el artículo 21.1 de la L.O.F.C.A. En concreto, y de conformidad con el artículo 3.2 y la Exposición de Motivos de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, se entiende por tal estabilidad «la situación de equilibrio o superávit computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones establecidas para cada una de las Administraciones públicas».

obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos en general realizados en el año natural correspondiente al ejercicio presupuestario, previsión ésta que, no obstante, se ve exceptuada en ciertos supuestos tasados.

En este sentido, el apartado segundo del precepto arriba mencionado permite imputar a los créditos del Presupuesto de 2010 el pago de las obligaciones derivadas de cualquiera de las *tres siguientes causas*: a) reconocimiento y liquidación de atrasos por retribuciones o indemnizaciones a favor del personal al servicio de la Comunidad Autónoma; b) compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores, previa autorización del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo; o c) gastos derivados de compromisos adquiridos en ejercicios precedentes en los que se ha omitido el trámite de fiscalización cuando éste sea preceptivo, previa convalidación de los mismos por el Gobierno de Aragón.

Junto a las hipótesis anteriores, el apartado tercero del referido precepto prevé asimismo la posibilidad de imputar a los Presupuestos del ejercicio actualmente en vigor aquellas obligaciones derivadas de la amortización anticipada de las operaciones de endeudamiento, el pago anticipado de las subvenciones otorgadas para subsidiar puntos de interés o las correspondientes a adquisiciones por precio aplazado de bienes inmuebles y bienes muebles de naturaleza artística cuyo importe sea superior a 620.000 euros.

Por su parte, es el artículo 8 de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario el que, partiendo de la autorización contenida en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad, contempla la posibilidad de que se incorporen al ejercicio actual los remanentes de créditos procedentes del ejercicio anterior, la cual deberá efectuarse de forma excepcional y, en todo caso, condicionada a la existencia de la pertinente cobertura financiera debidamente acreditada a través de remanentes de tesorería o baja en otros créditos.

Por lo demás, el artículo 11 de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2010 prevé la posibilidad de que, a propuesta del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, puedan efectuarse, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón, los correspondientes ajustes en los estados financieros cuando la previsión de los recursos destinados a la financiación y cobertura de ciertos créditos para gastos sea inferior a la prevista en un instante inicial o bien cuando proceda legalmente. Asimismo, se autoriza a dicho Con-

sejero, de una parte, para disponer la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que se fije como insuficiente para la cobertura del coste correspondiente a su exacción y recaudación y, de otra, para adoptar cualquier medida que considere apropiada para asegurar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria (19).

Atendiendo a lo indicado en los párrafos precedentes, es evidente que diversos preceptos contenidos en el Título segundo de la Ley de Presupuestos del ejercicio 2010 confieren, bien al Gobierno autonómico, bien al Consejero competente en materia de Hacienda, importantes facultades en materia de gestión de ciertos créditos presupuestarios. Tales facultades que, como se ha puesto de relieve con anterioridad, aparecen expresamente previstas en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad, implican que será el órgano de Gobierno de la misma o, incluso, el referido Consejero quienes, en un buen número de situaciones, van a determinar cuál será la cuantía y el destino definitivo de los gastos públicos.

A la vista de lo anterior, resulta coherente que la Ley de Presupuestos para 2010 cierre su Título segundo recogiendo, en su artículo 12, una importante cautela al respecto, requiriendo que toda modificación de dichos créditos deberá efectuarse a través de un expediente en el que se expresen las razones que la justifiquen, el precepto legal que la autorice, la sección, servicio, programa, concepto o subconcepto afectados por la misma, el fondo financiador, el proyecto de gasto, así como las posibles desviaciones que, como consecuencia de aquélla, puedan llegar a producirse en la ejecución de los programas de gasto y en la consecución de los correspondientes objetivos.

Junto a la exigencia precedente, y con carácter adicional, el apartado tercero del precepto arriba aludido obliga a remitir a las Cortes de Aragón, con periodicidad mensual, el conjunto de resoluciones relativas a las modificaciones presupuestarias antes indicadas que tengan lugar en dicho periodo temporal, señalando expresamente, en cada una de ellas, los datos concernientes al programa, servicio o concepto, el proyecto de gasto, la cuantía de la modificación, la autoridad que los aprueba y normativa en la cual se apoya y su fecha de aprobación. De este modo, se mantienen inalterables, una vez más, los diversos deberes de información que tienen

---

(19) Véase la nota número 17.

que cumplimentarse en relación al mencionado órgano legislativo con ocasión de la realización de las operaciones anteriormente citadas.

El Título tercero de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2010, bajo la denominación «DE LA GESTIÓN DEL PRESUPUESTO» (artículos 13 a 15), da cabida a un conjunto de previsiones cuyo objetivo fundamental es el de evitar, en la medida de lo posible, la generación de desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas decisiones, incluidas aquellas que impliquen repercusiones en el gasto para ejercicios futuros.

En este sentido, el artículo 13 de dicha Ley establece, siguiendo la línea de anteriores ejercicios, que todo proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento de gasto en el ejercicio 2010, así como en cualquier otro posterior, deberá incluir una memoria económica en la cual se pongan de relieve las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución y la forma en que serán financiados los gastos ocasionados por la nueva normativa (20). Dicha exigencia afecta igualmente a toda propuesta de acuerdo o resolución, quedando condicionada la efectividad de los mismos a que el órgano proponente disponga de financiación adecuada de acuerdo con los programas de gasto cuya gestión le corresponda.

Por su parte, y ya en lo que hace referencia a los gastos de carácter plurianual, el artículo 15 de la Ley de Presupuestos otorga al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo la competencia para acordar la autorización de este tipo de gastos en los supuestos a los que se refiere el artículo 41.2, letras b) y e), del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (21), cualquiera que sea el número y porcentaje de gasto de las anualidades y salvo que afecten a gastos por operaciones de capital, atribuyéndose al Gobierno de Aragón dicha competencia en las restantes hipótesis recogidas en el último precepto citado.

---

(20) A este respecto, es importante recordar que el artículo 6.2 de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria —precepto que tiene la condición de *básico*— establece que «Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración y cualquier otra actuación de los sujetos a los que se refiere el artículo 2 de la presente Ley (entre los que se incluyen las Comunidades Autónomas y los entes y organismos públicos dependientes de aquéllas), deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria».

(21) Dichos supuestos son aquéllos en que los referidos gastos plurianuales tienen por objeto contratos de suministros, de asistencia técnica y científica o de arrendamiento de bienes que no pueden ser estipulados por el plazo de un año o que este plazo resulte más gravoso o bien operaciones de endeudamiento.

Junto a las anteriores medidas, y persiguiendo, asimismo, la finalidad mencionada tres párrafos más atrás, el artículo 14 de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario atribuye al referido Consejero la facultad de acordar las oportunas retenciones en los créditos para gastos cuya financiación se lleve a cabo con recursos afectados hasta el instante en que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a la Comunidad, situación ésta que únicamente se ve excepcionada —con toda lógica— en aquellos supuestos en que tales retenciones puedan afectar a intereses sociales relevantes.

Como de inmediato se comprueba, las previsiones contenidas en el Título tercero de la Ley de Presupuestos para 2010 proceden a otorgar a diversos entes de la Administración autonómica (bien el Gobierno, bien el Consejero competente en materia de Hacienda) importantes facultades en sede presupuestaria, circunstancia ésta que vuelve a reflejarse en lo que concierne a aquellos créditos que amparan proyectos financiados con fondos estructurales o de carácter finalista, pues en estas situaciones el artículo 14 de la referida Ley otorga al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo la facultad de autorizar aquellas modificaciones presupuestarias que resulten necesarias para permitir la adecuada justificación y gestión de tales fondos.

El Título cuarto de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2010 aparece dedicado a la materia «DE LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 16 a 31).

Como viene siendo habitual, el referido Título se ocupa del régimen retributivo aplicable, de una parte, a los miembros del Gobierno regional, así como a otros cargos públicos de similar naturaleza y, de otra, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra Comunidad durante el ejercicio 2010. Sin embargo, el contenido de las previsiones recogidas en dicho Título no será objeto de un estudio detallado en este comentario por tratarse de una cuestión que sobrepasa los límites del mismo.

De ahí que, por ello, únicamente destaquemos el dato de que las retribuciones previstas para el presente ejercicio experimentan, en relación a las del año 2009, idéntica variación a la establecida, a este respecto, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, previsión que, como se encarga de reconocer de modo expreso el artículo 16.1 de la Ley de Presupuestos Autonómica, viene a enmarcarse en las bases de

la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público.

Como consecuencia de lo anterior, el referido artículo prevé, en su inciso final, la obligatoriedad de que cualquier acuerdo o convenio que implique un crecimiento retributivo superior al establecido en aquél se adecue a lo dispuesto en dicho precepto, deviniendo inaplicables, en caso contrario, las cláusulas que se opongan al mismo.

El Título quinto de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2010, bajo la rúbrica «DE LAS TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES Y DE LAS ACTUACIONES DE POLÍTICA TERRITORIAL» (artículos 32 y 33), constituye una de las manifestaciones de la coordinación financiera que tiene lugar entre la Administración de nuestra Comunidad Autónoma y las Administraciones de otros entes territoriales de la misma.

A este respecto, el artículo 32 de dicha Ley viene a recoger los criterios a través de los cuales se gestiona el Fondo Local de Aragón, el cual se encuentra constituido por el conjunto de transferencias destinadas a las Entidades Locales de Aragón que se incluyen en los Presupuestos de dicha Comunidad como apoyo al desarrollo y gestión de las diversas actividades competencia de aquéllas. Dicho Fondo —que aparece recogido en el Anexo I de la Ley de Presupuestos— se compone de programas específicos referentes a tales Entidades, así como por determinados programas sectoriales (en la parte a ellas referida).

En lo que respecta a la gestión de dicho Fondo, se establece la obligación que incumbe al Gobierno de Aragón de informar trimestralmente a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón acerca del grado de ejecución y destino específico de los créditos incluidos en el mismo, debiendo indicarse su importe y destinatario, así como la actividad concreta que se apoya y la operación que se financia (artículo 32.3).

Por su parte, el artículo 33 de la Ley de Presupuestos aquí examinada hace referencia a los Programas de Apoyo a la Administración Local y de Política Territorial, los cuales aparecen asimismo desglosados en el Anexo I del referido Texto Legal. Más en concreto, el Programa de Política Territorial —concebido como instrumento multisectorial de ordenación del territorio— incluye un conjunto de dotaciones cuyo objetivo esencial radica en conseguir la adecuada vertebración territorial y social de nuestra Comunidad, pudiendo ejecutarse aquéllas bien con actuaciones de la

propia Administración autonómica, bien mediante medidas de fomento a través de entidades públicas o privadas.

El último de los Títulos de la Ley de Presupuestos de Aragón para el año 2010, bajo la denominación «DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 34 a 37) se ocupa del régimen aplicable a las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga dicha Comunidad Autónoma (incluidas las de sus organismos autónomos y empresas), así como el de los avales que aquélla conceda a lo largo del referido ejercicio presupuestario.

En lo que concierne al presente ejercicio, debe destacarse que el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias autorizadas al Gobierno de Aragón es de 932.618.424 euros (artículo 34.1), cantidad ésta que resulta ciertamente elevada en comparación con la del año 2009, a la cual prácticamente duplica. A estos efectos, y como viene siendo tradicional, la contracción del mencionado endeudamiento podrá ser formalizada en una o en varias operaciones, tanto en el interior como en el exterior, en moneda nacional o en divisas, en atención a lo que resulte más conveniente para los intereses de nuestra Comunidad. En cualquier caso, y con independencia de su modalidad, las referidas operaciones de endeudamiento deberán ajustarse en todo momento, en lo que a sus características y requisitos se refiere, a lo previsto en la normativa vigente en la materia (22).

Junto a las operaciones a las que acaba de aludirse, el Gobierno de Aragón se encuentra autorizado para acordar la refinanciación o sustitución del endeudamiento vivo con el exclusivo objeto de lograr una disminución en el importe de los costes financieros actuales o futuros; asimismo, se permite al Consejo de Economía, Hacienda y Empleo la concertación de operaciones de derivados financieros —opciones, permutas, etc.— que

---

(22) En relación a esta cuestión, recuérdese que las operaciones de endeudamiento llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas se encuentran sometidas a las limitaciones y requisitos recogidos en el artículo 14 de la L.O.F.C.A. A este respecto, una de dichas limitaciones —prevista en el apartado tercero del mencionado precepto— se refiere a la necesidad, por parte de las referidas Comunidades, de obtener autorización del Estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, autorización que, según dispone el precitado artículo, deberá tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Dicha autorización es necesaria, asimismo, en cualquier otra operación de crédito concertada por una Comunidad Autónoma cuando se constate que esta última ha incumplido el susodicho principio de estabilidad presupuestaria.

contribuyan a mejorar la gestión o la carga financiera de la Comunidad siempre que no comporten un incremento de la deuda viva autorizada.

Por otra parte, también se contempla (artículo 35) la posibilidad de que los organismos públicos, empresas y demás entes del sector público de la Comunidad Autónoma puedan concertar, en determinadas condiciones, operaciones de endeudamiento. A estos efectos, y para los supuestos en que éstas sean a largo plazo (más de un año), dichos organismos deberán contar con la autorización previa del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, requisito que también se exige respecto de aquellas operaciones crediticias por plazo inferior a un año cuando su importe, individual o en conjunto, sea superior a un millón de euros a lo largo del ejercicio. En todo caso, y cualquiera que sea la modalidad de endeudamiento adoptada, el Gobierno de Aragón deberá comunicar trimestralmente la realización de las referidas operaciones a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón.

Junto a lo anterior, y en lo que hace referencia al otorgamiento de avales públicos (artículo 36), es también el Gobierno de Aragón, a propuesta del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, quien ostenta la competencia para su concesión, pudiendo prestarse a empresas radicadas en Aragón, con prioridad para las PYMES, respecto de las operaciones concertadas por las mismas con la finalidad de garantizar la creación o permanencia de puestos de trabajo. El importe total de los citados avales no puede rebasar, al igual que en los tres ejercicios precedentes, la cantidad de 30.000.000 euros, exigiendo su otorgamiento la previa autorización de la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón en aquellos casos en que cada uno de los avales propuestos supere la cantidad de 600.000 euros.

La concesión del aval se encuentra supeditada, como es habitual, al cumplimiento de ciertos requisitos. A este respecto, si aquél es otorgado a empresas privadas, debe acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la propia Comunidad Autónoma o con la Seguridad Social. Igualmente, los sujetos beneficiarios del aval deberán acreditar que no han sido sancionados, mediante sanción firme, por las autoridades laborales competentes, por infracciones graves o muy graves y que se ha cumplido la normativa vigente en materia de residuos, debiendo presentar aquéllos, por otra parte, sus estados económico-financieros con el fin de poder estimar su viabilidad.

Con la mención a los avales finaliza el examen del contenido de los diversos Títulos que integran la Ley de Presupuestos de Aragón para el ejercicio 2010. Una vez efectuado lo anterior, únicamente resta realizar una breve mención sobre *tres cuestiones específicas* que presentan, sin duda, una especial trascendencia y cuya regulación aparece recogida en sede de las Disposiciones Adicionales y Transitorias: 1) las tarifas y componentes fijos del Canon de Saneamiento; 2) la determinación de la normativa a la que se sujeta la concesión de subvenciones y ayudas con cargo al Presupuesto de la Comunidad; y 3) el establecimiento de diversos criterios de gestión de ciertos créditos presupuestarios.

En lo que concierne a la primera de las cuestiones arriba indicadas, es la Disposición Adicional 20ª de la Ley de Presupuestos la que, con base en lo previsto en la Ley de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (23), procede a establecer los componentes fijos de la tarifa y el tipo aplicable del Canon de Saneamiento. A estos efectos, y al igual que en años anteriores, dicha Disposición procede a distinguir entre la tarifa general del mismo y la tarifa específica aplicable al Municipio de Zaragoza, siendo esta última inferior a la general en atención al esfuerzo inversor realizado por dicho Ayuntamiento en la construcción de infraestructuras de saneamiento y depuración, estableciéndose, además, una bonificación del 100% del citado canon durante el ejercicio de 2010 para los usos domésticos e industriales que tengan lugar en el referido Municipio (24).

Por su parte, y en lo que concierne a las subvenciones (Disposiciones Adicionales 2ª a 6ª), se mantiene la exigencia de que el solicitante de aquéllas deberá acreditar debidamente el hecho de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social (salvo cuando el importe de la subvención no exceda de 1.000 euros por beneficiario y año o se destine a finalidades específicas) (25), así como el adecuado cumpli-

---

(23) Ley 6/2001, de 17 de mayo (art. 58.1).

(24) El referido «esfuerzo inversor» aparece también reconocido en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón, cuya redacción actual indica que el mismo «será compensado por la diferencia entre el tipo general del canon aplicable y la tasa de saneamiento y depuración aplicables en dicho municipio hasta que finalice la total compensación».

(25) Como, por ejemplo, las destinadas a la contratación de seguros agrarios o la formación universitaria, la realización de proyectos y actividades de investigación o las establecidas para la formación del personal investigador.

miento de la normativa vigente en materia de tratamiento de residuos y el no haber sido objeto de sanción por la autoridad laboral competente.

Junto a lo anterior, se prevé asimismo que la concesión de una subvención a un beneficiario de un aval previo (aunque sea para una operación distinta) exigirá la previa autorización del Gobierno de Aragón, proceder este último que también se aplica en el supuesto contrario, esto es, cuando una vez concedida una subvención se solicite un aval con posterioridad. En cualquier caso, y salvo en los supuestos excepcionales autorizados por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia, en relación a un mismo proyecto, de aval y subvención.

Por otra parte, debe recordarse que tanto la Administración de la Comunidad Autónoma como sus Organismos Autónomos y Empresas deberán publicar en el B.O.A., con carácter trimestral, un listado resumen de todas las subvenciones y ayudas otorgadas, indicando el programa y línea de subvención, nombre y domicilio del beneficiario, finalidad y cuantía. Junto a ello, y una vez finalizado el ejercicio presupuestario, se prevé que deberá remitirse a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón un listado resumen del conjunto de subvenciones concedidas a lo largo de todo el año, ordenado por programas y líneas de subvención.

Por último, y ya para concluir, únicamente resta indicar que, en lo que concierne a la gestión de ciertos créditos presupuestarios, es la Disposición Adicional 1ª de la Ley de Presupuestos la que se ocupa de esta cuestión en lo que atañe al presupuesto de las Cortes de Aragón, siendo las Disposiciones Adicionales 8ª y 18ª de aquella, respectivamente, las que establecen una serie de previsiones específicas acerca de la gestión de los créditos correspondientes a los Capítulos de Diversos Departamentos y de Administraciones Comarcales, ocupándose su Disposición Transitoria 4ª de fijar determinadas reglas en materia de gestión de los créditos del Programa «Servicios de la Administración de Justicia».



# VARIACIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES(\*)

PABLO MEIX CERECEDA

*SUMARIO: INTRODUCCIÓN.– I. DERECHO Y DERECHOS FUNDAMENTALES.– II. REFORMAS TERRITORIALES Y DERECHOS CIUDADANOS.– III. GARANTÍAS.– IV. CIUDADANOS Y ADMINISTRACIÓN: VIEJOS PROCEDIMIENTOS Y NUEVAS TÉCNICAS.– V. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.– VI. DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL.– VII. LIBERTAD Y SEGURIDAD.– VIII. HONOR, INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS.– IX. LIBERTADES DE CIRCULACIÓN, EXPRESIÓN Y ASOCIACIÓN.– X. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN, SUFRAGIO Y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS.– XI. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.– XII. DERECHO SANCIONADOR, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y RESPONSABILIDAD PÚBLICA.– XIII. EDUCACIÓN E INVESTIGACIÓN: EXCURSO. PLURALISMO Y MANIFESTACIONES RELIGIOSAS EN LAS AULAS: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA LAUTSI.– XIV. MATRIMONIO.– XV. SISTEMA TRIBUTARIO.– XVI. PROPIEDAD.– XVII. COLEGIOS PROFESIONALES.– XVIII. SEGURIDAD SOCIAL.– XIX. CULTURA.– XX. MEDIO AMBIENTE.– XXI. VARIA.– UNA REFLEXIÓN.*

## INTRODUCCIÓN

Con motivo de la jubilación académica del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, algunos de sus discípulos decidieron elaborar y dedicarle un libro-homenaje. Algún tiempo después de aquella idea, a finales de 2008, vio la luz una obra con contribuciones de 96 autores, la mayoría colegas y discípulos directos e indirectos. La edición, muy cuidada, recoge además una presentación del profesor MARTÍN-RETORTILLO por su propio maestro, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y a continuación una bella semblanza por uno de sus discípulos, Luis MARTÍN REBOLLO. En las páginas que siguen realizaré

---

(\*) A propósito del libro dedicado al profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, titulado «Derechos Fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo», con trabajos de VVAA. y bajo la dirección de Luis MARTÍN REBOLLO. Ed. El Justicia de Aragón, 2008, Zaragoza. II vols., 2282 págs.

un recorrido por las cuestiones que actualmente preocupan a la doctrina administrativista a partir de los temas tratados en este libro-homenaje. Para ello expondré de modo sucinto las argumentaciones elaboradas por los distintos autores, añadiendo algunas reflexiones propias.

El profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, como es sabido, ha dedicado su obra a diversos temas del Derecho público y en particular del Derecho administrativo. Entre estos temas ocupa un lugar privilegiado el estudio de los derechos fundamentales, tanto desde el punto de vista general como en aspectos sectoriales (el derecho a un ambiente adecuado, la libertad religiosa, el derecho a la educación...). Tal es, precisamente, el motivo que ha impulsado la elección del tema y el título del libro que le rinde homenaje. De este modo, los trabajos recogidos en él parten del tronco de los derechos fundamentales y despliegan ramificaciones en muchos sectores del ordenamiento, como ha gustado de hacer el profesor MARTÍN-RETORTILLO en sus propios escritos.

Como he mencionado, la obra se abre con unas palabras del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA explicando su relación con el homenajeado, a quien apoda amistosamente «el último krausista» por su compromiso con los valores de la Institución Libre de Enseñanza y, en particular, con la educación como instrumento de progreso de los pueblos.

Por otra parte, el hermoso retrato de la persona, la vida y la obra de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO por alguien que, como Luis MARTÍN REBOLLO, lo conoce bien permite tener noticia o recordar, además de la personalidad de este profesor, cómo era la Universidad española cuando él era un joven catedrático. Al hacerlo, inevitablemente asombra la medida del cambio que han experimentado el país y la Universidad que hoy conocemos, pero quien actualmente inicie sus pasos en la carrera académica quizás sienta también cierta sorpresa —y acaso alivio— al comprobar cómo algunas de las inquietudes y dificultades que plantea el camino del estudio y la enseñanza son compartidas con quienes les han precedido.

Maestro y discípulo coinciden en resaltar un rasgo en la persona de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO: su profunda entrega a la Universidad. Buena prueba de ello la constituye el número de discípulos suyos que hoy son profesores y, por ende, la vocación universitaria por ellos heredada. Pero, probablemente, todo el que haya tenido la oportunidad de comentar o discutir con él algún trabajo académico o de acudir a sus clases conocerá mejor de lo que se pueda explicar aquí la pasión por el estudio, el debate

y la enseñanza que caracteriza a este profesor. Pero veamos ya cuáles son las cuestiones a las que dedica su atención la doctrina.

Por lo que respecta a los trabajos que forman el grueso del libro-homenaje, la gran mayoría se mueven, como ya hemos dicho, en el ámbito de los derechos fundamentales, acaso el más importante eje que vertebra la obra del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO. La estructura general está compuesta por varios bloques temáticos, agrupados a su vez en dos partes: aspectos generales y aspectos sectoriales.

## I. DERECHO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En la primera de estas partes («Derechos Fundamentales: aspectos generales») el primer bloque lleva la rúbrica «I. Derecho y Derechos Fundamentales» y engloba tres sugerentes trabajos de Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, Alfonso PÉREZ MORENO y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. En primer lugar, GONZÁLEZ NAVARRO dedica cuidadosa atención a las obras de Huntington y Küng así como al trabajo del *Grupo de Alto Nivel* de las Naciones Unidas que elaboró un informe sobre la alianza de civilizaciones. Las tres propuestas tratan de señalar los caminos para alcanzar una convivencia pacífica en el mundo, meta harto ambiciosa, como se comprenderá, y en la que el entendimiento entre las religiones parece tener especial importancia. Utilizando ideas de muy diversa procedencia científica (la filosofía, la sociología de las religiones...) y cultural (figuras como Hegel, Kant, Gandhi, Swami Vivekananda...), estos tres intentos por hallar el camino de la *Paz universal* invitan a la reflexión del lector a la vez que proporcionan algunas pistas para ver con más claridad en el encuentro de culturas que ya experimentamos con intensidad.

Por su parte, Alfonso PÉREZ MORENO escribe una llamativa carta para, valiéndose tanto de argumentos jurídicos como de experiencias vitales propias, hacer hincapié en la necesidad de esforzarse día a día por que los derechos humanos sean respetados y, en el caso de los juristas, continuamente traducidos en técnica jurídica, para evitar que queden relegados por el rápido cambio del mundo actual.

El trabajo de Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, titulado «¡Demasiados derechos!», dedica atención a los problemas que se pueden derivar de un exceso en el reconocimiento de derechos. Centrando su atención

en particular en el caso de los catálogos de derechos que las recientes reformas estatutarias han incorporado, sirve este trabajo como cierre del primer bloque al tiempo que prelude el segundo.

## II. REFORMAS TERRITORIALES Y DERECHOS CIUDADANOS

En este otro apartado tendrá el lector ocasión de contrastar diversas posturas respecto a la inclusión de elencos de derechos en los Estatutos de Autonomía. Tanto el propio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ como Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO y José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ coinciden en rechazar la legitimidad de que los Estatutos incluyan derechos individuales. Tomás Ramón FERNÁNDEZ entiende que ni tienen legitimidad política los Estatutos ni es deseable ampliar el número de derechos fundamentales más allá de un límite, pues ello conlleva un debilitamiento de su posición. El segundo autor, por otra parte, recoge numerosos argumentos de la jurisprudencia constitucional para subrayar, entre otros inconvenientes jurídicos, la ilegitimidad de la técnica del *blindaje* competencial. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, finalmente, defiende también la inconstitucionalidad de los Estatutos que incluyan catálogos de derechos fundamentales, por entender que el desarrollo corresponde a la Ley orgánica «ordinaria» (y no a una norma «pactada» como es el Estatuto) y la imposibilidad de que los Estatutos regulen otros derechos constitucionales, ámbito material vedado a la Ley orgánica en virtud del artículo 81 CE.

Por su parte, Luis ORTEGA ÁLVAREZ defiende una postura opuesta a las de los autores citados, argumentando que la competencia para el desarrollo de los derechos fundamentales del Título I de la Constitución será exclusiva del Estado, compartida o incluso plenamente autonómica (con el límite del 149.1.1.º CE), en función de a quién refiera la competencia el sistema constitucional de distribución (PEMÁN GAVÍN). Entiende ORTEGA ÁLVAREZ, además, que la atribución estatutaria de derechos a los ciudadanos residentes en cada Comunidad Autónoma servirá para profundizar en el Estado social y democrático de derecho y para afirmar con ello la igualdad entre los españoles, teniendo siempre en cuenta el respeto al ámbito competencial estatal.

Si bien las opiniones reflejadas en estos artículos son exponentes de dos sectores doctrinales, es cierto que no agotan las posturas existentes sobre esta cuestión. Existe, junto a ellas, la idea de que las declaraciones

estatutarias de derechos no suponen un cambio sustancial en las posibilidades de actuación concretas de que gozaban las Comunidades Autónomas antes de la reforma de los Estatutos, pues, según otros autores, el modelo era ya lo suficientemente flexible como para permitir profundizar en las políticas propias sin necesidad de nuevas habilitaciones formales. Hay quien, además, señala el riesgo que para la libertad política de los gobiernos autonómicos puede entrañar la técnica del *blindaje* competencial, pues al optar por un desglose de lo que una materia significa, un olvido del legislador o la ulterior evolución del sector pueden dar lugar a que las Comunidades Autónomas se encuentren imposibilitadas por su propio afán detallista para adoptar decisiones en alguna materia que, con una formulación general, hubiera entrado sin esfuerzo en el ámbito competencial autonómico.

### III. GARANTÍAS

Por lo que se refiere al esencial aspecto de las garantías de los derechos, el tercer bloque de la obra recoge diversos estudios sobre algunas cuestiones de actualidad. En primer lugar, Antonella SALERNO realiza un estudio de la relación entre la Unión Europea y las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre las limitaciones a los derechos fundamentales en los casos de terrorismo. Al criticar la sumisión incondicionada del Tribunal de Primera Instancia a la primacía de las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre el Derecho comunitario, Salerno adelantaba en este trabajo la postura que el Tribunal de Justicia de la Unión adoptaría más tarde en los casos *Yusuf y Kadi*, que han sido objeto de atención en toda Europa por sentar importantes principios en la protección de los derechos humanos. Con estos pronunciamientos, el Tribunal de Luxemburgo se ha afirmado de modo notorio como garante de los derechos humanos en la Unión Europea, lo cual parece muy estimable y puede servir de referencia en el ámbito de la lucha internacional contra el terrorismo.

Por su parte, Juan Antonio CARRILLO SALCEDO dedica su atención al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, proponiendo medidas para la reforzar la eficacia del sistema en el sentido de permitir mayor rapidez y agilidad. La reforma propuesta tendría un gran calado, pues trataría de evitar la conversión del Tribunal de Estrasburgo en un «tribunal constitucional del orden público europeo de los derechos humanos que sólo se ocupe

de algunas grandes cuestiones», propugnando en cambio que asegure la protección efectiva de todas las personas. Lo cierto es que, desde que el Protocolo número 11 permitiera el acceso de los individuos al Tribunal, el número de casos que éste ha debido resolver se ha multiplicado de tal modo, que seguir cumpliendo con esa función de protección efectiva de *todas las personas*, como propone CARRILLO SALCEDO, supondría desde luego una fuerte inversión económica por los Estados miembros para dotar a Estrasburgo de medios suficientes.

Aún en el mismo bloque de las garantías, se encuentran a continuación dos trabajos dedicados a la nulidad de los actos administrativos contrarios a los derechos fundamentales. Rodrigo MORENO FUENTES realiza en primer lugar un estudio de los precedentes legislativos y jurisprudenciales del artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992 y explica que el alcance de esta causa introducida por la Ley mencionada debe entenderse en el sentido de calificar como nulos sólo los actos que afecten al *núcleo esencial de la dignidad humana*. Seguidamente, el trabajo de Manuel REBOLLO PUIG abunda en el régimen de la nulidad absoluta para llegar a la conclusión de que debe descartarse una concepción unitaria de su régimen jurídico, dado que las consecuencias de la nulidad (también la de los actos administrativos contrarios a los derechos fundamentales) no son siempre idénticas sino que dependen de la concreta vulneración de la legalidad en cada caso.

Para cerrar por fin este bloque, tres estudios sobre el recurso de amparo en la última reforma de la Ley del Tribunal Constitucional aportan las visiones de sendos autores sobre distintos aspectos de esta garantía. En primer lugar, Germán FERNÁNDEZ FARRERES realiza un cuidadoso repaso de la última reforma de la LOTC (la efectuada por la Ley Orgánica 6/2007) concluyendo que, si bien la Ley de 2007 ha identificado adecuadamente los problemas que plantea el exceso de demandas de amparo, los medios que instituye para resolver tales problemas serán probablemente ineficaces. Juan Manuel ALEGRE ÁVILA, por su parte, elabora con precisión y claridad una crítica de la Ley de 2007 y del criterio que ésta utiliza para tratar de limitar el número de recursos de amparo: la *especial trascendencia constitucional*. Según el autor, este intento incurriría en inconstitucionalidad, ya que el legislador estaría creando «el parámetro conforme al cual el Tribunal Constitucional ha de proceder en la *determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*», tarea que ha de corresponder exclusivamente al propio Tribunal. Por último, Roberto BUSTILLO BOLADO

dedica su atención a las peticiones de aclaración en relación con el recurso de amparo, asunto que el propio autor había tratado en otro trabajo previo. En esta ocasión, Roberto BUSTILLO examina los aspectos normativos y jurisprudenciales que resultan novedosos respecto de la situación estudiada en su anterior trabajo y extrae determinadas conclusiones aplicables al panorama actual.

#### **IV. CIUDADANOS Y ADMINISTRACIÓN: VIEJOS PROCEDIMIENTOS Y NUEVAS TÉCNICAS**

Es este el último bloque de los dedicados a los *aspectos generales*. En él se incluyen trabajos sumamente variados. Así, José Luis CARRO aborda la cuestión de los Derechos Fundamentales socio-económicos, para los cuales postula la posibilidad de que el Estado regule unos estándares mínimos comunes a todas las Comunidades Autónomas, aceptando, además, la existencia de un núcleo indisponible de estos derechos. En este sentido, se puede vincular la postura de este autor al debate doctrinal expuesto en el apartado II. Andrés BETANCOR, por su parte, dedica un amplio estudio al «mito de la regulación», en particular con atención al caso norteamericano, y va cuidadosamente desgranando la historia y las causas del que considera un uso erróneo de la regulación por los juristas europeos y españoles, para reclamar finalmente un tratamiento jurídico de esta técnica como una forma más de intervención pública en la actividad económica. Se recogen también en este bloque estudios dedicados al procedimiento administrativo, en cuya construcción como derecho subjetivo hacen hincapié Enrique RIVERO YSERN y Ricardo RIVERO ORTEGA, y que es objeto de atención en su modalidad más moderna (la electrónica) en los trabajos de José Luis BLASCO DÍAZ y de María Isabel RIVAS CASTILLO. Por otra parte, Miguel BELTRÁN DE FELIPE reflexiona sobre la cuestión de si cabe responsabilidad administrativa al margen de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Otros trabajos que forman parte de este título son los de Juan PEMÁN y Joan M. TRAYTER, que se aproximan a las ordenanzas de convivencia en las ciudades, para coincidir ambos autores en que se trata de una iniciativa estimable, aunque el segundo sea más contundente en su crítica a la ordenanza de Barcelona, de la que PEMÁN elogia, sin embargo, su carácter ambicioso e innovador para resolver muchos aspectos de la inseguridad y la falta de higiene en la ciudad, pese a las deficiencias técnicas que acumula la norma. Por último, encontramos un interesante trabajo de Joa-

quín TORNOS sobre el principio de buena administración, que tendría un contenido más amplio que el derecho al procedimiento ya mencionado, contribución a la que en cierto modo sirve de contrapunto la viva crítica que del concepto «gobernanza» realiza Francisco SOSA WAGNER, con la que se cierra el bloque dedicado a la posición del particular y las nuevas técnicas de la actividad administrativa.

## V. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En relación con los «aspectos sectoriales», encontramos un gran número de trabajos agrupados también en diversos títulos, cuyo orden responde al mismo en que la Constitución los recoge. A ellos habremos de referirnos con mayor brevedad que hasta ahora, en razón únicamente de su ingente número pero no porque revistan menor interés. El primero de estos títulos se refiere a la «Igualdad y no discriminación». Se abre esta materia con una reflexión de Santiago MUÑOZ MACHADO sobre los derechos lingüísticos, en la que el autor profundiza en la jurisprudencia constitucional relativa al uso de las lenguas cooficiales, prestando también atención a la cuestión capital de estas lenguas en la enseñanza. A continuación, Iñaki AGIRREAZKUENAGA analiza la cláusula del artículo 149.1.1<sup>º</sup> sobre la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales y la aplicación de la misma al régimen del suelo, para llegar a la conclusión de que sería necesario diferenciar la propiedad del suelo de la de los derechos de edificación para que el sistema de valoraciones fuera transparente y efectivamente se dirigiera a lograr esa igualdad. Edorta COBREROS MENDAZONA, por su parte, elabora una propuesta para incluir en el ámbito del artículo 14 de la Constitución la figura de la *discriminación por indiferenciación*, una categoría que el Tribunal de Estrasburgo ha utilizado en casos tan relevantes como *Thlimmenos c. Grecia* (estudiado en el propio trabajo) o, más recientemente, en el asunto *D. H. c. la República Checa*, sobre la segregación de niños de etnia romaní en el sistema educativo checo, al que ha seguido toda una línea de casos también frente a otros Estados como Grecia y Croacia, algunos de ellos aún pendientes de sentencia.

## **VI. DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL**

El segundo título de los aspectos sectoriales se refiere a estos derechos. En él se recogen dos trabajos sobre la jurisprudencia de sendos tribunales internacionales en relación con las desapariciones forzadas: Javier BARCELONA examina la ya abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta cuestión mientras que Luis MEDINA centra su atención en un caso concreto de la Corte Interamericana. La posibilidad de comparar las doctrinas de ambos tribunales resulta por lo demás particularmente interesante en esta materia, en la que se produce con especial intensidad ese diálogo entre distintas instancias judiciales al que a menudo se ha referido el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO.

## **VII. LIBERTAD Y SEGURIDAD**

Esta rúbrica engloba tres trabajos sobre distintas cuestiones del Derecho Administrativo en relación con estos derechos. En primer lugar, Raúl BOCANEGRA SIERRA y Javier GARCÍA LUENGO elaboran una concepción del acto administrativo como intromisión en la libertad de los ciudadanos (o *Eingriff*, por utilizar el término alemán empleado por los autores) para enfatizar con ello la necesidad de habilitación legal específica así como otros aspectos relevantes, como, por ejemplo, el juicio de proporcionalidad en la elección de los medios de intervención. César CIERCO SEIRA, por su parte, estudia la figura del internamiento forzoso por razón de enfermedad contagiosa y concluye que resultaría necesaria una regulación que permitiera perfilar los límites de la libertad personal en estas situaciones y reforzar la seguridad jurídica. Finalmente, Mariano LÓPEZ BENÍTEZ se acerca al Derecho penitenciario y a la situación jurídico-administrativa de los reclusos, prestando atención en particular a la categoría de las relaciones especiales de sujeción y a su aplicación al ámbito penitenciario.

## **VIII. HONOR, INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS**

El siguiente título, el cuarto, se dedica a los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos. En él se halla un trabajo de José Luis BERMEJO LATRE, en el cual el autor estudia el concepto jurídico de honor y los modos en que las Administraciones pueden afectar a éste, ya

sea de forma beneficiosa (condecoraciones...), ya perjudicial (de modo deliberado, como las sanciones limitativas de este derecho, o involuntario, a través de otras actuaciones que, a juicio del destinatario, resulten lesivas de su honor). Omar BOUAZZA ARIÑO profundiza, por otro lado, en la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el derecho a la propia imagen —que no está expresamente recogido en el Convenio— desentrañando la responsabilidad que corresponde a cada uno de los sujetos que pueden estar implicados en la captación y difusión de una imagen: la Administración, la persona retratada y los periodistas. En relación con otro derecho vinculado a los anteriores, la inviolabilidad del domicilio, Fabio PASCUA MATEO expone el régimen de las entradas administrativas en inmuebles de propiedad privada y realiza una propuesta de regulación general tomando en consideración la forma normativa de tal reforma, los requisitos que ha de reunir el personal que lleve a cabo la entrada, la necesidad o no de autorización judicial y otros aspectos. Por su parte, Javier GUILLÉN CARAMÉS examina el contenido de los derechos que, según el Derecho Comunitario, asisten a los sujetos pasivos de una inspección en materia de competencia comercial, tales como el derecho a la confidencialidad de determinados documentos y de la relación entre la empresa inspeccionada y su abogado, el derecho a la inviolabilidad del domicilio o el derecho a no declarar contra sí mismo, este último en conexión con el deber de colaboración con la entidad inspectora. Por lo que respecta, en último lugar, a la protección de los datos personales, dos trabajos abordan esta materia: José Luis PIÑAR MAÑAS destaca la importancia de que la protección de datos se configure como derecho fundamental autónomo y como principio clave de la administración electrónica y Roberto GARCÍA MACHO aporta valiosos elementos para la ponderación entre el derecho de acceso a la información y el de protección de datos personales.

## **IX. LIBERTADES DE CIRCULACIÓN, EXPRESIÓN Y ASOCIACIÓN**

El título quinto de los *aspectos sectoriales* agrupa varios trabajos relativos a estos derechos. En relación con la primera de las libertades mencionadas, Marcos GÓMEZ PUENTE analiza cómo diversos derechos (vida, salud, intimidad, libertad...) pueden ser limitados con ocasión del uso de los medios de transporte aéreo por los individuos. Respecto a la libertad de expresión, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO se centra en el régimen de renovación de las concesiones de radio y televisión desde el punto de vista del

derecho a crear y mantener medios de comunicación, como manifestación de los derechos fundamentales de expresión e información, mientras que Matilde CARLÓN RUIZ aborda este tema también desde la perspectiva del Derecho Administrativo económico. Por su parte, Enrique GÓMEZ-REINO Y CARNOTA compara los estándares de protección de la libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, apuntando además las relaciones que entre las doctrinas de los tribunales respectivos se han establecido. Pablo MENÉNDEZ se fija en la relación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, equilibrio que debe, en su opinión, resolverse mediante una ponderación casuística. Cierra este bloque un trabajo de José Manuel CASTELLS ARTECHE en el que el autor traza la evolución del derecho de asociación desde la Ley de 1964 hasta la actual Ley orgánica 1/2002, repasando la influencia que los cambios políticos y sociales en ese intervalo han tenido sobre la institución hasta configurar el derecho fundamental en los términos actuales.

## **X. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN, SUFRAGIO Y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS**

Los estudios relativos a estos derechos se encuentran ya en el segundo volumen de la obra, en particular en el título sexto. El primero de ellos, el del profesor COSCULLUELA, versa sobre el derecho de sufragio pasivo, del que expone su naturaleza y describe sus limitaciones por la Ley, para terminar con un llamativo análisis del condicionamiento de este derecho por los partidos políticos, en particular por lo que se refiere al fenómeno del transfuguismo. Por otra parte, José TUDELA ARANDA dedica su atención a la relación entre el Parlamento y los Derechos Fundamentales, propugnando un reforzamiento de los derechos subjetivos como cauce institucional para modernizar e impulsar la posición de los Parlamentos. En relación con un aspecto concreto de los derechos de los parlamentarios, como es la pertenencia y la actividad en el seno de su grupo, Carlos COELLO MARTÍN aborda una sentencia del Tribunal Constitucional sobre la disolución del grupo parlamentario riojano desde la perspectiva de la razonabilidad de tal actuación de la Mesa, poniendo de relieve el autor la relación siempre vigente entre la aplicación del Derecho y el «sentido común». Leonor RAMS RAMOS, finalmente, se sumerge en el «*ius in officium*» de los parlamentarios

para desarrollar los derechos que forman parte del estatuto de diputados y senadores, protegidos por el artículo 23.2 CE.

En lo tocante al acceso al empleo público, José BERMEJO VERA se centra en el derecho fundamental de acceder a los puestos de trabajo en la función pública, criticando algunos aspectos del sistema actual, como la sobrevaloración de la condición de interino para acceder a una plaza o la existencia de injustificadas exclusiones previas para ocupar determinados cargos o puestos, prácticas que califica de «*spoil system* encubierto». Tomás QUINTANA, por su parte, analiza los sistemas de contratación de personal al servicio de las Administraciones Públicas y concluye señalando la falta de respeto a los principios de mérito y capacidad, lo que produce perjuicios en el funcionamiento de la Administración, falta de objetividad en la selección y «agravios comparativos» a los funcionarios que, a pesar de haber superado un proceso de selección más duro, desempeñan parecida labor.

## **XI. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Un título ulterior, el séptimo, engloba numerosos trabajos dedicados al conjunto de derechos incluidos en la expresión de la tutela judicial efectiva. Así, Fernando LÓPEZ RAMÓN se refiere a los medios de control judicial creados para asegurar el respeto del Derecho comunitario por las instituciones comunitarias (como es en particular el recurso de anulación) y explica cómo el llamado «contencioso comunitario» se va extendiendo de manera que el control de las instituciones se revela cada vez más completo. El trabajo de Ignacio BORRAJO INIESTA resulta también muy interesante al plantearse preguntas previas al estudio de las normas («¿por qué las normas, los derechos fundamentales, son como son?»). La respuesta, sin embargo, resulta difícil de dilucidar, pero sí se adivina, según el autor, la necesidad de dotar a este derecho a la tutela judicial de una «interpretación constitucional sólida y realista», para evitar los riesgos que un exceso en la formulación de derechos entraña para la efectividad de los derechos *verdaderamente* fundamentales. José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT analiza de forma pormenorizada el derecho a un proceso equitativo en la jurisprudencia reciente del TEDH y afirma, de modo muy expresivo, que «[l]a calidad del juez se descubre modélicamente por el grado de cumplimiento de los deberes que delimitan el ejercicio jurisdiccional que impone

la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.» El profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, por su parte, señala el problema de un excesivo formalismo tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional, formalismo que lleva, según el autor, a inadmitir multitud de recursos que a menudo cuentan con un fundamento digno de ser estudiado con cautela, y repasa además los principios sentados por el Tribunal Constitucional en relación con el proceso contencioso-administrativo en algunas sentencias recientes. Sobre un aspecto más concreto de la tutela judicial, como son los intereses colectivos, precisa Eloísa CARBONELL PORRAS que se trata de una noción diferente del interés de una organización para la defensa de sus objetivos, al tiempo que reclama mayor concreción legal en relación con qué intereses generales o de grupos hayan de calificarse como «colectivos». A continuación, Eloy COLOM PIAZUELO medita sobre tres supuestos en los que puede producirse indefensión para alguna de las partes en el proceso contencioso-administrativo, como son la obligación de emplazar a los codemandados, la imposibilidad de que éstos formulen en su contestación una petición de anulación del acto y el derecho de los propios codemandados a recurrir en casación contra sentencias dictadas en caso de comparecencia tardía o falta de emplazamiento, para lo cual estudia el autor citado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional al respecto. Con esta misma metodología, Ana SÁNCHEZ LAMELAS se aproxima a una llamativa cuestión, cual es la interpretación jurisprudencial del artículo 46.1 de la Ley de la Jurisdicción en el sentido de permitir los recursos contencioso-administrativos contra actos presuntos sin limitación de plazo, reafirmando así el principio de la obligación de resolver que la Ley 4/1999 restauró en la legislación administrativa, pero no en el citado artículo de la ley jurisdiccional. Sobre el fundamental aspecto de la tutela cautelar, que tanto ha interesado al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, escribe de nuevo el maestro del homenajeado para expresar su desacuerdo con la opción del legislador de dejar tan amplia discrecionalidad al juez en la concesión de las medidas cautelares, ya que el órgano jurisdiccional debe sólo tener en cuenta «el interés general» en su decisión. Critica García de Enterría lo restrictivos que se han mostrado los tribunales, hasta el punto de «esterilizar», según el autor, la tutela cautelar. El problema de la lentitud de la justicia es abordado por José María GIMENO FELIÚ a propósito de otra cuestión. Este autor estudia las garantías del Derecho comunitario y nacional en materia de contratos y aboga por la creación de órganos especializados e independientes así como de un recurso específico para

resolver los conflictos en materia de contratación pública. Por último en este bloque de la tutela judicial, el profesor CLAVERO ARÉVALO dedica atención a la última fase de este derecho, cual es la ejecución de sentencias; en este caso, las declaratorias del derecho de reversión en la expropiación forzosa, que plantean problemas particularmente complejos.

## **XII. DERECHO SANCIONADOR, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y RESPONSABILIDAD PÚBLICA**

El título octavo trata de los derechos vinculados al artículo 25 CE. En él se cuentan dos trabajos, uno de Luis MARTÍN REBOLLO y otro de Tomás CANO CAMPOS. El primero estudia el régimen de la responsabilidad del Estado-juez a la luz de una sentencia del TEDH de 2006, cuyas conclusiones critica por excesivas, subrayando la perversa conclusión que puede derivarse de tal sentencia, ya que, si no hubiese existido el recurso de amparo en nuestro país, el Estado no habría sido condenado. CANO CAMPOS explica, entre otras cuestiones, que la «presunción de veracidad» de que gozan las actas de inspección y las denuncias y atestados de los agentes de la autoridad es, en realidad, una regla positivizada de valoración legal de esos medios de prueba conforme a criterios de «sana crítica» y «experiencia», regla que no exime al juez de aportar una suficiente motivación de su particular valoración de las pruebas concretas.

## **XIII. EDUCACIÓN E INVESTIGACIÓN**

De estas materias tratan varios trabajos agrupados en el título noveno de la obra. Por lo que respecta a la educación, un trabajo de Antonio EMBID IRUJO presta atención a algunas normas internacionales que condicionan el Derecho de la educación en España, como el Convenio Europeo, así como el marco constitucional de la enseñanza, para llegar a la conclusión de que una iniciativa como la asignatura de «Educación para la Ciudadanía», que tanto rechazo ha suscitado en parte de la sociedad española, es no sólo legítima, sino perfectamente acorde con el fundamental valor del pluralismo en la enseñanza.

## **EXCURSO. PLURALISMO Y MANIFESTACIONES RELIGIOSAS EN LAS AULAS: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA LAUTSI**

Precisamente en relación con el pluralismo en la enseñanza, y en particular por lo que se refiere a la relación entre este valor y el derecho fundamental a la libertad religiosa, resulta interesante traer a colación una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y proponer algunas reflexiones sobre ella. En la medida en que la libertad religiosa y la educación son dos derechos humanos que siempre han preocupado de modo especial a nuestro homenajeado, tanto en sus escritos como en otras facetas de su trabajo, considero justificado realizar aquí un excursus, aprovechando la oportunidad para realizar una aportación propia al tributo que se le rinde.

La sentencia a la que me refiero fue dictada por el Tribunal de Estrasburgo el 3 de noviembre de 2009 en el caso *Lautsi c. Italia* (1). Se trata de una reclamación interpuesta por una ciudadana italiana contra el Estado con motivo de la presencia de crucifijos en las aulas de la escuela pública a la que acudían sus hijos.

La señora Lautsi consideraba que el hecho de que sus hijos fueran educados en aulas presididas por un crucifijo era contrario al artículo 2 del Protocolo primero interpretado conjuntamente con el artículo 9 del Convenio. En este sentido, la recurrente entendía que la presencia del crucifijo en las aulas vulneraba su propio derecho a que el Estado respete las convicciones religiosas y filosóficas de los padres en las funciones que asuma en el ámbito de la enseñanza y la educación.

El Gobierno italiano, oponiéndose a la pretensión de la recurrente, construyó una defensa basándose en tres tipos de argumentos. Por un lado, negar que el crucifijo pueda resultar ofensivo para nadie; en segundo lugar, restándole importancia al impacto del crucifijo en la laicidad; finalmente, negando que la decisión de exponer el crucifijo sea una cuestión de legalidad y afirmando que, por el contrario, se trataría de una cuestión de oportunidad sujeta al criterio del Gobierno de cada momento.

---

(1) La sentencia a la que me refiero en estas páginas fue dictada por la segunda sección del TEDH. Después de conocerse el fallo, el Gobierno italiano decidió plantear un recurso ante la Gran Sala, que celebró una vista al respecto el día 30 de junio de 2010, fecha de cierre de este trabajo.

Pues bien, por lo que se refiere a la primera línea de argumentos, el Gobierno razonaba que, junto al significado religioso ligado a la tradición cristiana, el símbolo de la cruz remite a un mensaje humanista, vinculado a valores fundamentales de la democracia.

En segundo término, la estrategia de restarle importancia al menoscabo que el crucifijo produciría en la laicidad y en la consolidada situación de la libertad religiosa en Italia se concretaba a su vez en dos ideas. En primer lugar, el Gobierno traía a colación la importante sentencia *Folgerø contra Noruega*, de 29 de junio 2007, en que la Gran Sala había considerado como motivo de la vulneración del derecho paterno una actuación mucho más intensa que la mera exposición de un símbolo, como era la práctica de ritos de una determinada confesión durante las clases de la asignatura sobre religión y filosofía. Mediante la comparación de ambos casos, el Gobierno italiano trataba de negar que la exposición de un símbolo en el aula pueda suponer ataque alguno a la laicidad. Antes bien, el respeto a la laicidad habría de ser juzgado teniendo en cuenta otros aspectos de la libertad religiosa más «materiales» y no sólo el simbólico. En segundo lugar, y, ahondando en esta idea, el Gobierno italiano aseguraba que la mera exposición del crucifijo no implica que las actividades en el aula hayan de desarrollarse en torno al mismo, puesto que los profesores no tienen obligación de prestarle atención ni de manifestar reverencia o reconocimiento alguno. A ello añadía que «la enseñanza en Italia es totalmente laica y pluralista, los programas no contienen alusiones a ninguna religión en particular y la enseñanza religiosa es facultativa». Además, según la defensa del Gobierno, los profesores no tienen prohibido mostrar en las clases otros símbolos religiosos diferentes del crucifijo.

Por lo que respecta, en fin, al tercer tipo de argumentos, el Gobierno mantenía que la presencia de los símbolos en las aulas no planteaba un problema de legalidad, ya que la libertad religiosa se respetaba en el sentido que acabamos de mencionar. Por el contrario, tal decisión había de entenderse como una cuestión de oportunidad política, sobre la cual cada Gobierno podría decidir en su mandato si mantener o suprimir el símbolo en la escuela. En este sentido, el representante del Gobierno italiano explicaba que, si bien Italia es una república laica, el crucifijo se mantenía por diferentes razones históricas, como la necesidad de buscar un compromiso con los partidos políticos de inspiración cristiana que representan a una parte esencial de la población.

El Tribunal, sin embargo, estimó que la recurrente tenía derecho a que sus hijos no hubieran de someterse a la presencia del crucifijo en el aula, rechazando la argumentación del Gobierno en los términos que explicaré a continuación. Como es habitual en la jurisprudencia de Estrasburgo, antes de valorar la conformidad de la situación concreta con los principios del Convenio, el juez realiza una exposición de los principios acuñados en sentencias anteriores que tienen relevancia en el caso que se valora. En la sentencia que nos ocupa merecen ser resaltadas dos de las ideas que fundamentan el fallo. La primera, que «el respeto a las convicciones de los padres debe ser posible en el marco de una educación que asegure un entorno escolar abierto y favorecedor de la inclusión más que de la exclusión, con independencia del origen social de los alumnos, de las creencias religiosas o del origen étnico» (asunto *Young, James y Webster contra el Reino Unido*, de 13 de agosto de 1981). La segunda, que «el deber de neutralidad y de imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier poder de apreciación por su parte de la legitimidad de las convicciones religiosas o de las modalidades de expresión de las mismas. En el contexto de la enseñanza, la neutralidad debería garantizar el pluralismo (asunto *Folgerø contra Noruega*)». Con ello se da comienzo a un razonamiento que va oponiéndose a la argumentación del Gobierno italiano, constatando que el crucifijo en el aula se percibe como un «símbolo externo fuerte» que forma parte de la escuela y que, si bien puede ser estimulante para determinados alumnos, otros pueden sentirse perturbados por su presencia, particularmente aquellos pertenecientes a minorías religiosas. Enfatiza el Tribunal además la necesidad de proteger la vertiente negativa de la libertad religiosa, y ello en particular en una situación, como la del caso concreto, de la que los sujetos no pueden liberarse fácilmente. Así, la argumentación del Tribunal culmina con la afirmación de que «el Estado está vinculado por la neutralidad confesional en el marco de la educación pública, donde la presencia en las clases es obligatoria sin tomarse en consideración la religión de cada individuo, y que debe dirigirse a inculcar a los alumnos un pensamiento crítico».

Me parece interesante resaltar tres aspectos de la sentencia, cuya argumentación y sentido comparto plenamente. Ante todo, la idea de que la escuela pública es parte de la organización institucional del Estado y que, por ello, cualquier símbolo que presida sus dependencias no puede ser contrario al derecho del artículo 2 del Protocolo a que el Estado respete las convicciones religiosas y filosóficas de los padres en el ejercicio de las funciones que asuma en relación con la enseñanza y la educación. Así

pues, teniendo en cuenta que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita y que este mandato de gratuidad se cumple particularmente a través de la creación de un sistema público de enseñanza (caso *Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España*, de 25 de mayo de 2000), no parece admisible que el Estado mantenga símbolos que evocan tan intensamente una determinada religión.

En segundo lugar, y vinculado a la anterior consideración, quisiera resaltar la diferencia que existe entre los símbolos que presiden el aula de un centro público y los símbolos religiosos que, en su caso, porten profesores o alumnos. El Gobierno italiano argumentaba que a los docentes no se les prohibía exhibir otros símbolos religiosos diversos del crucifijo. Pero, sin prejuzgar ahora cuál deba ser la solución en el debate de los símbolos «móviles» que exhiban alumnos y docentes, sí me parece importante tomar en consideración la idea de pertenencia a una organización pública, pertenencia o integración que alcanza su grado máximo en el caso del centro público como institución, y que disminuye en intensidad en el caso de los profesores y más aún en el de los alumnos. Este argumento es clave para decidir sobre la legitimidad de los símbolos religiosos en cada caso. Puede entenderse, como en Francia o en Turquía (2), que cualquier manifestación de tipo religioso en el seno de centros de enseñanza —públicos o, en ocasiones, subvencionados con fondos públicos— es contraria al principio de laicidad, incluso aunque la realicen alumnos o profesores como expresión de sus convicciones individuales. Ello será más o menos discutible en función de la importancia que revista la laicidad en cada Estado. Sin embargo, en el caso de los centros públicos, la exhibición de un crucifijo en las aulas como símbolo que preside la acción educativa constituye una manifestación de que el Estado se identifica plenamente con el significado del símbolo en cuestión, por lo que me parece difícilmente justificable mantener símbolos religiosos de ninguna clase en las aulas de la enseñanza pública. La integración del centro en la organización política impide que aquel pueda manifestar convicción religiosa alguna.

En tercer lugar, ya para terminar este inciso sobre el caso Lautsi, cabría reflexionar sobre los efectos de esta sentencia. Una vez declarada la vulneración de los derechos de la recurrente, el Tribunal se planteaba la pertinencia de conceder una compensación económica a la señora

---

(2) Por ejemplo en los asuntos *Leyla Sahin c. Turquía* (Gran Sala, 10 de diciembre de 2005), *Köse c. Turquía* (de 24 de enero de 2006), *Kervanci c. Francia* (4 de diciembre de 2008).

Lautsi. En la decisión de condenar al Estado italiano a indemnizar a la recurrente el Tribunal tuvo en cuenta la falta de disposición del Gobierno a revisar las normas que regulan la presencia del crucifijo en las aulas, y por este motivo entendió que la declaración de que los derechos habían sido vulnerados no era suficiente en el caso concreto. Efectivamente, si nos atenemos al Derecho positivo, parece que la eficacia de un pronunciamiento judicial habría de limitarse estrictamente a las partes en el litigio. No obstante, en el caso de Tribunales con una posición institucional y un prestigio como el de Estrasburgo, quizá se deba ir más allá. En efecto, para que el Estado italiano retire los crucifijos de todos los centros públicos, ¿es razonable que deba llegar a instancias internacionales una demanda interpuesta por un padre de cada escuela? ¿No es este un pronunciamiento sobre la laicidad en la enseñanza que debería tenerse en cuenta también en España? Puestos a abordar la cuestión de los símbolos religiosos en la escuela, puede ser el momento de reflexionar de forma más amplia sobre esta cuestión a escala nacional, extendiendo el debate también a los símbolos móviles y sin esperar a que sean los jueces los que decidan caso por caso, dado el riesgo de subjetivismo a que se presta este asunto, máxime en ausencia de una regulación. Termino con estas sugerencias las reflexiones sobre el caso Lautsi, para volver sin más dilación a las ideas que suscita el libro-homenaje.

Aún en el título dedicado a la educación e investigación, Demetrio LOPERENA ROTA reflexiona sobre cómo llevar a cabo la enseñanza del Derecho Administrativo en las circunstancias actuales (nuevas tecnologías, Espacio Europeo de Educación Superior...) y pone el acento en determinadas carencias que, podríamos añadir, desgraciadamente no parecen objeto de mucha atención en los nuevos planes de estudio; así, por ejemplo, el manejo del inglés jurídico. En relación con este aspecto, considero que la opción de algunas facultades de impartir asignaturas de Derecho español en inglés dista mucho de ser la más adecuada, ya que los profesores difícilmente podrán ser expertos en lengua inglesa y en una rama del Derecho español. El aprendizaje del Derecho se resentirá por estudiar en un idioma ajeno cuestiones que no se conocen en el propio, y el idioma debe, en mi opinión, ser enseñado por expertos con una formación filológica profunda que, evidentemente, adapten sus explicaciones a la materia jurídica en este caso. Para que los egresados conozcan este idioma y su terminología jurídica, lo que se debe enseñar es, al menos en una primera fase, ante todo lengua.

En cuanto a la investigación, el primer estudio que encontramos es una reflexión de José ESTEVE PARDO sobre algunas dificultades actuales con que se topa la libertad del científico. En este sentido, el autor se refiere a la integración de la actividad investigadora en complejas estructuras, la pérdida de la capacidad de decisión del científico sobre sus líneas de trabajo y objetivos y la supeditación a la aplicabilidad técnica y a la explotación económica. Para superar estos obstáculos reclama el autor un nuevo estatuto de la libertad científica que permita adaptarla al nuevo entorno. En relación con un aspecto mucho más concreto, Alfonso LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO repasa los distintos ámbitos en que la biotecnología tiene aplicación e identifica numerosos problemas jurídicos en asuntos como la ingeniería genética y la clonación, la biotecnología animal, vegetal o farmacéutica, la biodiversidad y la bioseguridad. Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, por su parte, expone con gran claridad los aspectos jurídicos de la conservación de sangre del cordón umbilical con fines terapéuticos, para uso del propio sujeto y de sus familiares cercanos, recomendando finalmente una regulación equilibrada y prudente de la materia.

#### **XIV. MATRIMONIO**

A este derecho se dedica el título décimo, que contiene, en primer lugar, un estudio por Franck MODERNE del debate que se ha producido en España a propósito de la Ley de matrimonio homosexual, en el que confronta este profesor francés argumentos de los partidarios y de los detractores de la norma. José Luis MOREU BALLONGA, único civilista que participa en el homenaje, describe la figura de José Castán Tobeñas con detenimiento y con la serenidad que permite la distancia temporal con el propio Castán, para terminar sus reflexiones emitiendo un juicio sobre la Ley del matrimonio homosexual y la reforma del divorcio del año 2005.

#### **XV. SISTEMA TRIBUTARIO**

El título undécimo recoge dos trabajos de Rafael CALVO ORTEGA y de Carlos PALAO TABOADA. El primero analiza diversos aspectos de la aplicación del principio de reserva de ley a la materia tributaria en la actualidad, desde su función como garantía de que determinadas cuestiones de gran trascendencia social son reguladas directamente por el legislador (más allá,

incluso, de lo que la propia reserva de ley requiere en términos estrictos) hasta la relación entre este principio y la descentralización en materia tributaria. El segundo de los autores citados reflexiona sobre el derecho a no autoinculparse en la jurisprudencia del TEDH y del TJCE y concluye que, en los casos de infracciones tributarias, debe informarse al interesado de la finalidad del procedimiento, de modo que pueda colaborar en una liquidación sin temer que la información que aporte sirva después para iniciar acciones sancionadoras contra él.

## **XVI. PROPIEDAD**

Por lo que respecta al derecho de propiedad, el título duodécimo engloba cuatro trabajos, todos ellos desde el punto de vista del Derecho Administrativo. Los tres primeros comparten el enfoque de la materia a través de la lente del Derecho europeo. Así, José María BAÑO LEÓN estudia el contenido esencial de este derecho subjetivo en el contexto de la jurisprudencia del TEDH y hace hincapié en la necesidad de proteger también el interés individual del propietario y no sólo la función social de la propiedad, a la que nuestra Constitución se inclina particularmente. Eva MENÉNDEZ SEBASTIÁN y Leopoldo TOLIVAR ALAS se centran más aún en la perspectiva del Tribunal de Estrasburgo y, de un abundante estudio de la jurisprudencia, extraen las claves del estatuto de este derecho en el ámbito europeo. Por otra parte, José Antonio TARDÍO PATO dedica su atención al aspecto de la gestión urbanística en relación con la propiedad, en esta ocasión desde el punto de vista del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para concluir señalando los aspectos de esta materia que estarían sujetos o excluidos del Derecho Comunitario. Finalmente, Francisco LÓPEZ MENUDO critica la extensión del concepto de domicilio a cualesquiera bienes inmuebles en los que el titular no consienta la entrada de la Administración, y alude a la trivialización de la garantía que ha provocado esta artificiosa expansión de la misma.

## **XVII. COLEGIOS PROFESIONALES**

En el título decimotercero Luis CALVO SÁNCHEZ analiza las dificultades con que los colegios topan para ejercer un efectivo control deontológico sobre las sociedades profesionales, en particular con motivo de la ausen-

cia de poderes de ejecución para aplicar algunas de las sanciones que pueden imponer. Con ello reflexiona este autor sobre un aspecto concreto de la Administración corporativa, tema que ha tratado en profundidad en importantes trabajos anteriores y que también ha sido objeto de interés del propio MARTÍN-RETORTILLO.

## **XVIII. SEGURIDAD SOCIAL**

El título decimocuarto cuenta con un trabajo de Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN, en el que el autor manifiesta la necesidad de reformar la legislación de servicios sociales para que el sistema se centre en la persona. Asimismo, Garcés propone la inclusión de aspectos como la evaluación por el sistema de su propio funcionamiento, la planificación del sector, la creación de un servicio de información y otras cuestiones, para concluir con una reflexión sobre la importancia de cuidar el lenguaje jurídico, y no violentar el contenido de las instituciones que subyacen a cada término técnico.

## **XIX. CULTURA**

En el título decimoquinto, Susana DE LA SIERRA aborda en un original trabajo el fenómeno del cine como manifestación cultural y estudia asimismo los impulsos que esta actividad recibe en el seno del Consejo de Europa así como la delimitación que el Tribunal de Estrasburgo ha realizado de los derechos en ella implicados. También en este caso se trata de un trabajo que forma parte de una interesante línea de investigación más amplia sobre el Derecho de la cultura y en particular el régimen de la cinematografía.

## **XX. MEDIO AMBIENTE**

El título decimosexto se compone de un amplio número de trabajos dedicados a esta materia y a otras anejas. En primer lugar, Ramón MARTÍN MATEO plantea algunas cuestiones que deberían ser reguladas en relación con nuevas formas de aprovechamiento energético como son los biocombustibles. Blanza LOZANO CUTANDA se refiere a continuación a «la configuración jurídica del derecho al medio ambiente, con su doble componente obje-

tivo-subjetivo, en la doctrina del TEDH» y Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ realiza algo parecido en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En relación con un aspecto más concreto, el del ruido, Tomás FONT I LLOVET y Oriol MIR PUIGPELAT se aproximan a una sentencia del Supremo sobre la protección de varios derechos fundamentales que habrían sido vulnerados por el Ayuntamiento de Valencia, al no poner éste remedio a la saturación acústica de una determinada zona. FONT y MIR se manifiestan críticos con la argumentación del Tribunal Supremo, que no con el sentido del fallo, pues entienden que el motivo que en el fondo lleva al Tribunal a condenar al Ayuntamiento no es, como arguye en la sentencia, la falta de iniciación del expediente, sino la convicción de que existe una vulneración material de los derechos de los recurrentes. Luis POMED SÁNCHEZ, por otro lado, plasma en su trabajo una viva crítica de varias sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en materia de ruidos.

En relación con la Ley de costas, Jesús GONZÁLEZ SALINAS presta atención a las distintas situaciones jurídicas concretas que el régimen transitorio de la norma de 1988 debe resolver en relación con bienes inmuebles en manos privadas desde antes de la propia Ley, en particular por lo que se refiere a las edificaciones. José SUAY RINCÓN aborda una cuestión de índole más general, cual es el principio de «non bis in idem» en el Derecho sancionador, y pone de manifiesto algunas deficiencias en las soluciones que el TC ha intentado para superar los problemas que plantea en la práctica este principio en relación con la materia ambiental. A continuación, Antonio FANLO LORAS expone con detenimiento algunos aciertos y errores en la reforma del texto refundido de la Ley de Aguas. Cierra este bloque un trabajo de Ángel SÁNCHEZ BLANCO sobre la Ley de Suelo de 2007, a la que se aproxima desde el punto de vista de los derechos de participación y de las medidas que la norma adopta para tratar de corregir los problemas acaecidos bajo la normativa anterior.

## **XXI. VARIA**

El último bloque temático contiene tres trabajos difíciles de clasificar en los anteriores títulos. Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ dedica su atención a distintos ámbitos concretos del Derecho Administrativo en los que una perspectiva realista puede resultar más eficaz que una regulación demasiado ambiciosa que, sin embargo, sea más difícil de cumplir en

la práctica, abogando por que el Derecho público adopte siempre este enfoque posibilista.

El único trabajo elaborado por un universitario que no es jurista, Gregorio HINOJO ANDRÉS, aporta un estudio filológico sobre un divertido texto latino que parodia un testamento: el «*Testamentum porcelli*» o «Testamento del cerdo».

Por último, Alejandro NIETO estudia el enjuiciamiento que las Cortes realizaron en 1840 de la persona del conde de Toreno, ministro de la época, y concluye con desencanto que el proceso fue una farsa en la que los diputados se decantaron a favor o en contra del encausado en razón únicamente de su propia afiliación política.

## UNA REFLEXIÓN

A modo de cierre de la obra, el profesor Luciano VANDELLI firma un epílogo sobre los valores que inspiran la obra y la personalidad de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, describiendo también la relación de éste con la universidad de Bolonia, presente en dos importantes hitos que marcan dos épocas de su vida académica: en Bolonia realizó Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO su tesis doctoral y allí también fue, muchos años después, investido doctor *honoris causa*.

Termino ya este recorrido por un libro que, aunque centrado en los derechos fundamentales, según reza su título, se proyecta sobre otras materias conexas y va más allá de las cuestiones relacionadas exclusivamente con los derechos fundamentales. Las aportaciones recogidas en estos dos volúmenes, en efecto, trascienden con frecuencia del título genérico que los aglutina y suponen una visión plural y extraordinariamente enriquecedora de algunas cuestiones centrales de la disciplina y otros aspectos cercanos a las preocupaciones presentes en numerosos trabajos del propio MARTÍN-RETORTILLO. Quisiera destacar, así, cómo muchos de los autores que homenajean a don Lorenzo acuden a la jurisprudencia de Estrasburgo como referencia crucial en la protección de los derechos humanos y valioso material para el estudio de cada derecho en la práctica administrativa y legal de los Estados. La difusión y el reconocimiento del valor de esta jurisprudencia en gran medida corresponden, como mencionan los mismos autores, al propio laureado.

Se trata, por lo demás, de trabajos de gran calidad, en los que se combina un criterio temático más o menos preciso y unas pautas metodológicas asumidas de forma libérrima por cada autor, lo que proporciona al conjunto no sólo variedad sino también conexiones, vínculos y concepciones plurales particularmente enriquecedores para el lector. Y es que acaso una de las mayores virtudes que quepa apreciar en esta obra de homenaje sea, como digo, la gran libertad con que los autores han desplegado su argumentación, sin que el pensamiento haya debido discurrir necesariamente por el cauce temático que a veces se observa en otro tipo de obras colectivas o en artículos de revistas especializadas en ámbitos sectoriales. El margen que a la creatividad ha permitido esta publicación hace de ella un importante venero de ideas para toda la ciencia jurídica, al tiempo que le confiere un especial valor en ese propósito de honrar al profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO.



# **BIBLIOGRAFÍA**



BAÑO LEÓN, J.M<sup>a</sup>, *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, Madrid, 2009, 564 pp.

Derecho Urbanístico Común. Desde su propio título, que es toda una declaración de intenciones, se evidencia el atractivo del último libro del Prof. BAÑO LEÓN. Y ello porque su vocación confesada es dar razón de los elementos estructurales al sistema urbanístico español, identificando lo que dota de *uniformidad*, al menos en vía de principio, a los diecisiete ordenamientos urbanísticos a los que la tantas veces citada STC 61/1997 dio plena carta de naturaleza.

No es poca esa labor de desentrañar las claves, los elementos estructurales que resultan *comunes* a los ordenamientos urbanísticos de las distintas Comunidades Autónomas. Para ello se requiere, antes que nada, una cierta dosis de osadía. Osadía (y no pocas dosis de paciencia) para enfrentarse a la tarea de analizar con intención sistematizadora los diecisiete ordenamientos autonómicos. También para superar el entendimiento generalizado de que, a partir de aquella Sentencia constitucional, la reducción de los márgenes de acción del legislador estatal a la definición del estatuto de la propiedad del suelo habría venido a instaurar tantos ordenamientos urbanísticos como Comunidades Autónomas. No basta, sin embargo, la osadía para llevar a buen puerto la tarea: sólo desde un conocimiento profundo, teórico y práctico, del ordenamiento urbanístico español —en un uso intencionado del singular—, tanto en su momento actual como en su evolución desde sus orígenes, cabe ofrecer al lector una obra como la que nos ocupa.

Y es que tras la lectura del «Derecho Urbanístico Común» quedamos convencidos de que, en efecto, tal Derecho Común existe. Las causas del fenómeno son seguramente múltiples. Sería ingenuo, en todo caso, pensar que la STC 61/1997 podría hacer *tabula rasa* de más de cuarenta años de evolución del sistema urbanístico español. No lo hizo desde el momento en que resucitó, cual Lázaro jurídico *ad aeternitatis*, el Texto Refundido de 1976 y confirmó la competencia del Estado para establecer el régimen de la propiedad del suelo, médula espinal de todo sistema urbanístico, sin perjuicio del sucesivo añadido de otros títulos de vocación expansiva. A este dato formal se suman otros muchos elementos que vienen a hacer reconocible en el Derecho urbanístico vigente, visto desde

la perspectiva *común* que nos invita a observar el autor, el resultado de una decantación sucesiva, de un proceso de sedimentación —de suelo estamos hablando, al fin y al cabo— de principios y convicciones sobre lo urbanístico consciente o inconscientemente asumidas con carácter general y de las que no han podido —o no han querido— desprenderse cada uno de los legisladores autonómicos al crear sus ordenamientos propios. Juega, pues, una cierta inercia, con o sin convencimiento, que deriva en último término de la formación común en los mimbres conceptuales de la Ley de 1956 y del posterior Texto Refundido de 1976. Junto con ello, la permeabilidad a las interpretaciones doctrinales y, de forma obligada, a las jurisprudenciales, así como cierta tendencia al mimetismo, sobre todo frente a lo que se consideran hallazgos del legislador vecino, como pudo ser en su momento la agilización de la planificación y la introducción de la figura del Agente Urbanizador por parte de la Ley valenciana de 1994. Mimetismo o contagio que opera, además, en ocasiones, verticalmente, influyendo en el legislador estatal, que a su vez impone, al aprobar las sucesivas Leyes del Suelo en el marco de su competencia adelgazada, un nuevo criterio de uniformidad.

Fruto, pues, de múltiples fuerzas de interrelación, el vigente Derecho Urbanístico español se muestra como un ordenamiento especialmente complejo, estando como está compuesto por la integración de una legislación estatal de peculiar perfil —en la que conviven, por obra y gracia de la STC 61/1997, un Texto Refundido preconstitucional y sus Reglamentos de desarrollo, con carácter supletorio *perenne* (según lúcida expresión del autor), al que se suma un nuevo Texto Refundido, de 2008, de cuyas novedades da cuenta la obra— y de tantos ordenamientos propiamente urbanísticos como Comunidades Autónomas. A esta complejidad se enfrenta el Prof. Baño, convocándonos a reconocer en este ordenamiento las claves que le dotan de coherencia, que no de estricta uniformidad, a pesar de su composición compleja, claves entre las que destaca especialmente, como peculiaridad mayor del urbanismo español, el principio de equidistribución de beneficios y cargas, latente ya en la obra de Cerdá y que permite explicar, antes y ahora, la lógica interna de un ordenamiento en el que siempre ha primado —aunque sólo lo haya confesado abiertamente la Ley estatal de 2007— el urbanismo como función pública.

De este modo, nos encontramos con una obra que ofrece una visión de conjunto del ordenamiento urbanístico vigente en el todo y las partes del territorio español. Lo hace, además, con la vocación de hacer comprensible

su peculiar mecánica, con sus aciertos y sus debilidades, sus prejuicios y sus intenciones, ofreciendo, con ello, una aportación que, sin renunciar a dar cuenta del estado actual de nuestro sistema urbanístico, está llamada a perdurar. Porque identificado lo que tiene de *común* este ordenamiento se hace patente lo que le dota de cierta *continuidad*: aunque las circunstancias varíen, en el tiempo y en el espacio, los problemas basilares permanecen, de modo que identificados éstos, las respuestas que se les ofrezcan desde el sentido *común* no caducan ante un nuevo cambio normativo.

Con este espíritu, la obra contiene un estudio exhaustivo del Derecho urbanístico español, que arranca con un Capítulo de evolución histórica en el que ya resulta evidente el método *realista* que anima al autor: no se trata de dar noticia, de forma más o menos convencional, de los sucesivos jalones de la historia de la ordenación del urbanismo en España, sino de dar cuenta de las inquietudes que laten en el origen y evolución de una función pública que, si bien pronto —al menos en la práctica— abandonó la perspectiva de saneamiento y reforma interior para volcarse en el objetivo de «hacer ciudad», siempre se ha enfrentado con la dificultad de definir la adecuada posición de los propietarios en un entramado jurídico cada vez más complejo, superada una primera fase caracterizada por su protagonismo. Se muestra, así, la evolución histórica como un condicionante más, inevitable, del ordenamiento vigente. Como lo es, particularmente en este ámbito, la distribución de competencias sobre el *territorio* del Estado, las Comunidades Autónomas y las Administraciones locales, tal y como se desprende del Capítulo II, en el que se apunta ya una de las ideas-fuerza del Prof. Baño cuando reivindica la virtualidad de la ordenación del territorio —y no estrictamente del urbanismo— para dotar de mayor racionalidad y coherencia a las distintas actuaciones sobre el terreno, sea cual sea el ente competente, en clara conexión con lo que el propio autor califica de «nuevo paradigma» ambiental.

Sentadas las bases históricas y competenciales del urbanismo español, el autor se adentra en las claves de su ordenación siguiendo una sistemática original que integra, trascendiéndolo, el clásico esquema plan-ejecución-disciplina. El estudio de los planes urbanísticos se inicia con el Capítulo III, dedicado al objeto y fuentes de la ordenación territorial y urbanística, en el que se adelantan ya precisiones sobre la nueva distinción entre situaciones básicas del suelo —que no clases— instaurada por la Ley estatal de 2007, en el entendimiento de que tal distinción condiciona el contenido de los instrumentos de planificación. Cuando aborda, propiamente, el análisis

de estos instrumentos planificadores, el Prof. Baño se detiene en matizar su condición de norma jurídica y en desmenuzar sus peculiares relaciones con otras piezas del sistema de fuentes, siempre desde una perspectiva personalísima: con la Ley, particularmente en cuanto que incorpore normas de directa aplicación como la de la debida adaptación al ambiente, hoy contenida en el art. 10.2 del Texto Refundido, lo que le permite cuestionar la distinción entre conceptos jurídicos determinados y discrecionalidad; con los reglamentos de las leyes urbanísticas; con las ordenanzas municipales, de potencial expansión; con los convenios urbanísticos de planeamiento, sobre cuyo alcance limitado insiste dada la indisponibilidad de la potestad de planeamiento; con el *soft-law* y, finalmente, con la jurisprudencia, sobre algunas de cuyas exorbitancias, particularmente en punto a la interpretación de la cláusula de prevalencia, llama la atención el autor.

Los Capítulos IV y V permiten cerrar el perfil de la técnica planificadora en su dimensión actual. El primero dedicado al estatuto del ciudadano —que no del propietario— y a sus garantías procedimentales ante la ordenación territorial y urbanística, lo que le da ocasión al Prof. Baño —al repasar los derechos y deberes que con mejor intención que eficacia, en los más de los casos, ha recogido el legislador estatal de 2007— de detenerse en cuestiones capitales: el debido alcance del trámite de información pública —cuestión sobre la que ofrece la heterodoxa opinión de discutir su conveniencia, siempre y en todo caso, en segunda vuelta—, la relativización del efecto real de la aprobación de los planes por silencio, la inaplazable exigibilidad de su total publicación a través de las nuevas tecnologías, el régimen de su modificación y revisión y el sentido y alcance de la acción popular. El Capítulo V, insistiendo en la importancia del nuevo paradigma ambiental del urbanismo, se concentra particularmente en la exigencia de evaluación estratégica de planes y programas introducida por la Directiva 2001/42/CE como vía de ponderación —con efecto trascendente— del interés ambiental de aquellos instrumentos.

El estudio de la ejecución del planeamiento se despliega a lo largo de los Capítulos VI al XI bajo una estructura peculiar. Los distintos procedimientos de gestión de generalizada aplicación en todas las Comunidades Autónomas son objeto, propiamente, del Capítulo VII, que bajo el título «La teoría general de la urbanización» distingue el procedimiento de expropiación, caracterizado por excluir la participación de la propiedad privada, de los procedimientos en los que participen los propietarios, con independencia de que se desenvuelvan mediante gestión pública (en el caso

del sistema de cooperación o de ejecución forzosa, de agente urbanizador público y de las actuaciones prioritarias) o mediante gestión privada (mediante el sistema de cooperación o de agente urbanizador privado, según se limite o no a los propietarios la gestión). Emerge ya entonces otra idea-fuerza del estudio: la necesaria restricción en la aplicación del procedimiento de expropiación, por resultar el más incisivo en la esfera jurídica de los propietarios, tanto porque supone la pérdida de la propiedad de los terrenos como la aplicación de una valoración que no incluye la plusvalía urbanística. Todos los procedimientos son, con todo, objeto de análisis minucioso, sin perjuicio del análisis horizontal de las garantías de los propietarios en los procedimientos con participación privada y del estatuto del urbanizador.

Desde esa misma perspectiva horizontal, resultan de especial interés las reflexiones del autor acerca del despliegue del Derecho comunitario de contratación pública sobre las distintas modalidades de ejecución de la urbanización, particularmente en relación con la Junta de Compensación, con el Agente urbanizador (único propietario o tercero) y con las sociedades urbanísticas públicas o mixtas. Surgen, así, bajo su meticulosa mirada, múltiples supuestos de una casuística cada vez más compleja y cuyas claves últimas toca resolver, sin antídoto contra la polémica, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ante el que penden algunos casos de importancia para el urbanismo español, como la denuncia contra el Estado español por no aplicación del régimen europeo de contratos en la creación por el Instituto Valenciano de Vivienda, S.A. de sociedades mixtas para la ejecución de tareas que desarrollan su objeto social.

El Capítulo VII no se comprende, no obstante, aisladamente respecto de los Capítulos que le preceden y le siguen. En el Capítulo VI se había adelantado ya un análisis de las técnicas de equidistribución de beneficios y cargas y de obtención de terrenos dotacionales, Capítulo-bisagra entre la planificación y la ejecución, en el que se demuestra hasta qué punto el Derecho urbanístico es un *continuum*, en el que las técnicas ya ensayadas por la legislación estatal —como el aprovechamiento medio y el aprovechamiento tipo— reaparecen en la legislación urbanística autonómica. Estas cuestiones se conectan inescindiblemente con las que ocupan el Capítulo VIII —«El estatuto del propietario» (del propietario privado, hay que advertir, ya que al Estatuto del suelo de titularidad pública atiende un Capítulo específico, el XI)— y el Capítulo IX —«Las valoraciones urbanísticas»—. En ellos se parte de la concepción estatutaria de la propiedad del suelo para explicar

los derechos y obligaciones de los propietarios en función de la situación básica de sus terrenos y, sucesivamente, de su grado de urbanización o de potencial o efectiva edificación, con especial atención al régimen de las licencias urbanísticas, incorporando una aguda crítica a la previsión estatal de su otorgamiento por silencio positivo (Capítulo VIII). Sobre estos extremos se vuelve en el Capítulo IX, desde la perspectiva de las valoraciones, cuya explicación última estriba en la identificación de los criterios para la patrimonialización del contenido urbanístico de los terrenos, sea en clave de mera expectativa o de *utilidad* integrada en la propiedad. Es ésta una cuestión en la que, no en vano, es reconocible una novedad, de las mayores —o, al menos, más conocidas—, de la Ley del Suelo de 2007, toda vez que las valoraciones quedan desvinculadas de la clasificación del suelo, que es obviada por el legislador estatal, lo que tendría particular impacto en relación con el suelo rural, que pasa a ser valorado en función del criterio de la capitalización de la renta. Novedad, con todo, más aparente que real (como señala el Prof. Baño, tal criterio fue introducido por la Ley de 1975 y sólo desconocido por la Ley de 1998, al sustituirlo por el criterio de la comparación) y que difumina el acierto de la misma Ley al ofrecer una sistematización del ámbito de las valoraciones, más allá del estrictamente expropiatorio, incluyendo las operaciones de equidistribución y de expropiación-sanción, y las indemnizaciones por cambio de planeamiento.

Con este último extremo enlaza el contenido del Capítulo X, dedicado a las «Garantías patrimoniales comunes. Expropiación y responsabilidad», que se inicia con una llamada a la necesaria depuración de la diferenciación entre los supuestos de responsabilidad y los de expropiación, toda vez que ésta última opera sobre la garantía constitucional de la intangibilidad del contenido esencial de la propiedad y no como medida de reparación de un daño sobre un bien o derecho que permanece. La fortuna con que se ha expandido el concepto de expropiación *material* ha tendido a difuminar los contornos de dos instituciones complementarias, que no alternativas, que encuentran múltiples manifestaciones en el ámbito urbanístico sobre las que posa su atención minuciosa el autor, deteniéndose con particular precisión en el espinoso asunto de la indemnización por cambio de planeamiento, en el que se manifiesta con toda evidencia la señalada necesidad de la depuración de conceptos en conexión con la más precisa fijación del momento y condiciones de patrimonialización de los derechos urbanísticos otorgados, que no reconocidos, por el plan.

El Capítulo XI, como adelantábamos, se plantea de forma detenida las peculiaridades del estatuto del suelo de titularidad pública: peculiaridades en su doble contenido, tanto respecto del estatuto del suelo de titularidad privada, como del estatuto del común de los bienes de titularidad pública. Todo ello con la peculiaridad añadida que supone el distinto tratamiento aplicado a los bienes municipales frente a los bienes de otras Administraciones Públicas. Resultan así analizadas, con agudeza crítica, las previsiones de contenido netamente urbanístico introducidas en la legislación patrimonial pública con la intención de proteger el patrimonio del Estado, así como, no sin cierto escepticismo, las regulaciones autonómicas sobre los patrimonios públicos del suelo.

Ese mismo escepticismo es el punto de partida para una toma de posición especialmente incisiva en relación con la protección de la legalidad urbanística, verdadero talón de Aquiles del sistema urbanístico español ahora y siempre. Escepticismo respecto de la operatividad real de un aparataje técnico —en la doble vía de restauración de la legalidad urbanística y de ejercicio de la potestad sancionadora— que falla en la práctica en función de factores ajenos a su conceptualización teórica. De ahí el pragmatismo de las propuestas de reforma que ofrece en el XV y último Capítulo de su obra quien conoce las debilidades del sistema desde la praxis: potenciación máxima de la transparencia, reasignación de las competencias de control de la legalidad al nivel autonómico, generosa aplicación de las medidas cautelares, eliminación del sometimiento a un plazo de caducidad (¡ni siquiera de prescripción!) a las medidas de restablecimiento de la legalidad, reconocimiento del poder del Juez de inaplicar el plan posterior que interfiera con la ejecución de una Sentencia firme, reducción a sus debidos contornos de la represión penal en función del principio de mínima intervención sin perjuicio de reivindicar la prejudicialidad administrativa...

La lectura del libro del Prof. Baño conduce, sin duda, a la conclusión de que se trata de un estudio completo y minucioso del vigente Derecho Urbanístico Común, en el que son objeto de análisis y toma de postura todas las cuestiones mayores y menores que este peculiar sector del ordenamiento suscita. Estudio hecho por quien gusta del Derecho, al que nada jurídico le es ajeno. De ahí que en esta obra, con intención de explicar los entresijos de un sector tan dinámico y complejo como el urbanístico, se logre ofrecer al lector —quizás sin pretenderlo— una obra general sobre Derecho Administrativo, en la que todas sus instituciones peculiares son objeto de

estudio y reflexión *con ocasión del* Derecho urbanístico: sistema de fuentes, régimen de los actos administrativos, contratación pública, patrimonio público, expropiación, responsabilidad, potestad sancionadora... La obra huye de la tendencia a magnificar las peculiaridades de lo sectorial para incardinarlo en el global sistema jurídico-administrativo, con cuya teoría general entra en diálogo en cada momento en que es oportuno, rompiendo la inercia con la que —con cierto grado de incomunicación— parecen cultivarse en paralelo las partes general y especial de la disciplina. Emerge, así, un nuevo sentido del título que introduce esta obra: Derecho urbanístico *común*, en lo que de *común* tiene con el Derecho administrativo *general*, cuyos principios e instituciones adquieren —y mantienen— entidad en la medida en que son reconocibles *en el terreno* de lo sectorial.

A todo lo anterior debemos sumar, desde un plano estrictamente formal, algunas opciones de formato que demuestran la clara vocación de utilidad con la que se ha abordado el libro. El aparato de notas ha sido sustituido por la incorporación de bibliografías seleccionadas al final de cada capítulo. En los márgenes se incorporan glosas al texto principal —*a la alemana*— que ayudan a concentrar la lectura y a afinar las búsquedas. Y al final del libro se incorpora un índice analítico, como esfuerzo generoso del autor, que facilita en todo momento al lector aprovechar la riqueza de contenido de un texto que no se agota, desde luego, en una sola lectura.

Matilde CARLÓN RUIZ

# REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y AUTONÓMICA

*Director del INAP:* FRANCISCO RAMOS FERNÁNDEZ-TORRECILLA

*Director de la Revista:* AVELINO BLASCO ESTEVE

**Sumario del número 310 (mayo-agosto 2009)**

## I. ESTUDIOS

ÁNGEL SÁNCHEZ BLANCO: *Urbanismo, prácticas municipales y evaluación institucional del Estado Español: la Resolución del Parlamento Europeo sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario.*

FRANCISCA VILLALBA PÉREZ: *La contratación de entidades y organismos del sector público no considerados Administraciones públicas.*

JUAN CALVO VÉRGEZ: *El presupuesto por programas en la Administración Local española.*

TERESA TORREGROSA Y MARTÍN SEVILLA: *El funcionamiento económico de una institución supramunicipal clave en la gestión del agua en la Comunidad Valenciana.*

CASIMIRO LÓPEZ GARCÍA: *Contratos públicos y privados de los poderes públicos desde 1845 hasta la Ley 30/2007, de contratos del sector público.*

## II. JURISPRUDENCIA

A. JAVIER FERRERIA FERNÁNDEZ: *Los consorcios del sector público autonómico: naturaleza y características.*

## III. RECENSIONES

## IV. SUMARIOS DE OTRAS REVISTAS

|                        |         |
|------------------------|---------|
| Suscripción anual..... | 28,00 € |
| Número sencillo .....  | 11,63 € |
| Número doble .....     | 23,25 € |

(Incluidos IVA y gastos de envío)

