

Artículos

- La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias
Local government intervention in housing for tourist use through urban zoning: requirements and consequences
 ESTANISLAO ARANA GARCÍA 6-21
- Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona
Urban planning of tourism: regulation of touristic apartments in Madrid and Barcelona
 ALEJANDRO ROMÁN MÁRQUEZ 22-39
- Los consorcios y la problemática del personal a su servicio
The consortia and his staff problems
 JAVIER EDUARDO QUESADA LUMBRERAS 40-55
- Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
Analysis of the new regulation of the minor contract law 9/2017, of 8 november, on public sector contracts
 ROBERTO CARRODEGUAS MÉNDEZ 56-79

Estudios breves

- Las competencias exclusivas del Estado ex artículo 149.1.18.^a de la Constitución y la disciplina de la producción normativa. Sobre la inconstitucionalidad parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (STC 55/2018, de 24 de mayo)
State's Exclusive Competences ex Article 149.1.xviii) of the Spanish Constitution and Rule Setting. On the Partial Unconstitutionality of Law 39/2015, of 1 October, on Common Administrative Procedure of the Public Administrations (Constitutional Court's Sentence 55/2018, of 24 May)
 GUSTAVO MANUEL DÍAZ GONZÁLEZ 80-95
- Sobre la aplicabilidad del grupo B del artículo 76 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público como grupo de clasificación profesional del personal funcionario de carrera en las Administraciones Públicas con especial referencia a las Administraciones Locales
About the applicability of B group of article 76 of the Consolidated Text of the Basic Statute of Public Employees as a professional classification group of career staff personnel in Public Administrations, with special reference in Local Administrations
 AGUSTÍN JUAN GIL FRANCO 96-108

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

- La anulación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: ¿nuevas dificultades en la planificación territorial de Andalucía?
The annulment of the Protection Plan of the Corredor Litoral de Andalucía by the Superior Court of Justice of Andalucía: new difficulties in the territorial planning of Andalucía?
 ESTHER RANDO BURGOS 109-131
- La distinta aplicación del derecho interno e internacional ante las reclamaciones del sector de las renovables por la reforma eléctrica
The different application of domestic and international law in light of the claims of the renewables sector for the electrical reform
 JOSÉ ANTONIO BLANCO MOA 132-148



reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **10**
Nueva época
Octubre, **2018**



MINISTERIO
DE HACIENDA
Y FUNCIÓN PÚBLICA

INAP
INSTITUTO NACIONAL DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ISSN: 1989-8975
DOI: 10.24965/reala
www.inap.es
<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA>

Director del INAP: Manuel Arenilla Sáez
Catedrático de Ciencia Política y de la Administración
(Universidad Rey Juan Carlos)

Director de la Revista: José María Baño León
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad Complutense de Madrid)

Coordinación:
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

Redacción y administración:
Atocha, 106, 28012 Madrid
Tel.: 91 273 91 62
correo electrónico: reala@inap.es

Edita: Instituto Nacional de Administración Pública

ISSN: 1989-8975
NIPO: 174-17-020-1
Depósito legal: M-1.582-1958

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

Director: José María Baño León, Universidad Complutense de Madrid (España)
Secretaría: Lucía Alarcón Sotomayor, Universidad de Córdoba (España).

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Rebollo Puig, Universidad de Córdoba (España). José Carlos Vieira de Andrade, Universidad de Coímbra (Portugal). Gianluca Gardini, Universidad de Ferrara (Italia). Diego Zegarra Valdivia, Pontificia Universidad Católica de Perú (Perú). Concepción Barrero Rodríguez, Universidad de Sevilla (España). Alejandro Huergo Lora, Universidad de Oviedo (España). Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (España). Belén Noguera de la Muela, Universidad de Barcelona (España). Silvia Díez Sastre, Universidad Autónoma de Madrid (España).

CONSEJO CIENTÍFICO

Germán Fernández Farreres, Universidad Complutense de Madrid (España). Francisco López Menudo, Universidad de Sevilla (España). Eloy García López, Universidad Complutense de Madrid (España). Eloísa Carbonell Porras, Universidad de Jaén (España). Mariano López Benítez, Universidad de Córdoba (España). Marco Dugato, Universidad de Bolonia (Italia). Martin Burgi, Ludwig-Maximilians-Universität München (Alemania). Silvia del Saz Cordero, UNED (España). Marcos Vaquer Caballería, Universidad Carlos III de Madrid (España). Alessandra Pioggia, Universidad de Perugia (Italia). Francesco Bilancia, Universidad de Chieti-Pescara (Italia). Edorta Cobreros Mendazona, Universidad del País Vasco (España). Eduardo Cordero Quinzacara, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Francisco Villar Rojas, Universidad de La Laguna (España). Hans Christian Röhl, Universidad de Konstanz (Alemania). José María Rodríguez de Santiago, Universidad Autónoma de Madrid (España). Joan Manuel Trayter Jiménez, Universidad de Gerona (España). Mercedes Fuertes López, Universidad de León (España). José María Gimeno Feliú, Universidad de Zaragoza (España). Luis Míguez Macho, Universidad de Santiago de Compostela (España). Eva Desdentado Daroca, Universidad de Alcalá (España). José Luis Blasco Díaz, Universidad Jaume I de Castellón (España). Estanislao Arana García, Universidad de Granada (España). Gabriel Domenech Pascual, Universidad de Valencia (España). Julián Valero Torrijos, Universidad de Murcia (España). Raúl Letelier Wartenberg, Universidad de Chile (Chile). Juan José Díez Sánchez, Universidad de Alicante (España). Giuseppe Piperata, Universidad de Venecia (Italia). Fabio Medina Osorio, Universidad Rio Grande del Sur (Brasil). Héctor Santaella Quintero, Universidad de Externado (Colombia).

La Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (**REALA**), publicada desde el año 1985 por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), es la sucesora de la revista Estudios de la Vida Local (REVL), publicación iniciada por el Instituto de Estudios de Administración Local en 1942. Está dirigida a un público formado por académicos, investigadores, expertos y en general a todos aquellos profesionales interesados por los ámbitos del Gobierno y de la Administración local y autonómica. Tiene carácter multidisciplinar, especialmente en aquellas ciencias sociales que contribuyen a la comprensión del objeto de la revista: derecho, ciencia de la administración, ciencia política, gestión pública, sociología y economía. **REALA** es una publicación de periodicidad semestral (mayo-noviembre) editada en formato digital que asume los criterios de exigencia aplicados en aquellas revistas que gozan de máximo reconocimiento internacional, empezando por la selección (mediante el protocolo del Open Journal System para la evaluación anónima por pares) de trabajos originales y conformes a las directrices para autores. En la evaluación participan revisores externos nacionales e internacionales ajenos al Consejo de Redacción y al INAP.



REALA se publica bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

Sumario / Table of contents

Artículos

La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias <i>Local government intervention in housing for tourist use through urban zoning: requirements and consequences</i> ESTANISLAO ARANA GARCÍA	6
Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona <i>Urban planning of tourism: regulation of touristic apartments in Madrid and Barcelona</i> ALEJANDRO ROMÁN MÁRQUEZ	22
Los consorcios y la problemática del personal a su servicio <i>The consortia and his staff problems</i> JAVIER EDUARDO QUESADA LUMBRERAS	40
Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público <i>Analysis of the new regulation of the minor contract law 9/2017, of 8 november, on public sector contracts</i> ROBERTO CARRODEGUAS MÉNDEZ	56

Estudios breves

Las competencias exclusivas del Estado ex artículo 149.1.18.ª de la Constitución y la disciplina de la producción normativa. Sobre la inconstitucionalidad parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (STC 55/2018, de 24 de mayo) <i>State's Exclusive Competences ex Article 149.1.xviii) of the Spanish Constitution and Rule Setting. On the Partial Unconstitutionality of Law 39/2015, of 1 October, on Common Administrative Procedure of the Public Administrations (Constitutional Court's Sentence 55/2018, of 24 May)</i> GUSTAVO MANUEL DÍAZ GONZÁLEZ	80
Sobre la aplicabilidad del grupo B del artículo 76 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público como grupo de clasificación profesional del personal funcionario de carrera en las Administraciones Públicas con especial referencia a las Administraciones Locales <i>About the applicability of B group of article 76 of the Consolidated Text of the Basic Statute of Public Employees as a professional classification group of career staff personnel in Public Administrations, with special reference in Local Administrations</i> AGUSTÍN JUAN GIL FRANCO	96

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

La anulación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: ¿nuevas dificultades en la planificación territorial de Andalucía? <i>The annulment of the Protection Plan of the Corredor Litoral de Andalucía by the Superior Court of Justice of Andalucía: new difficulties in the territorial planning of Andalucía?</i> ESTHER RANDO BURGOS	109
La distinta aplicación del derecho interno e internacional ante las reclamaciones del sector de las renovables por la reforma eléctrica <i>The different application of domestic and international law in light of the claims of the renewables sector for the electrical reform</i> JOSÉ ANTONIO BLANCO MOA	132
Autores	149



La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias

Local government intervention in housing for tourist use through urban zoning: requirements and consequences

Estanislao Arana García
Universidad de Granada
earana@ugr.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho por la Universidad de Granada. Catedrático de Derecho administrativo en la Universidad de Granada. Principales líneas de investigación: Derecho urbanístico y ambiental, Derecho administrativo económico, Derecho de aguas.

RESUMEN

Con orígenes en formas colaborativas de economía no guiadas por el ánimo de lucro, en los últimos años ha surgido un nuevo modelo de servicios turísticos conocido bajo expresiones como la de «alojamientos turísticos» o «viviendas turísticas». Se trata de viviendas de carácter inicialmente residencial que, a través de una plataforma digital, son ofertadas con carácter turístico. Se trata de una actividad económica con mucha aceptación social pero que, sin embargo, está generando numerosos conflictos relacionados, por ejemplo, con el medio ambiente urbano. Las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias en materia de turismo, han dictado normas que limitan esta actividad. Además, por otra parte, los Ayuntamientos, en ejercicio de sus competencias urbanísticas, están llevando a cabo una importante labor de control y limitación de la actividad a través de la técnica de la zonificación y que supone ubicar este tipo de viviendas en determinadas y concretas partes de la ciudad. A analizar los problemas jurídicos que se plantean con este tipo de medidas se dedica este trabajo.

PALABRAS CLAVE

Economía colaborativa; alojamientos turísticos; viviendas turísticas; medio ambiente urbano; zonificación; calificación urbanística; libre prestación de servicios; directiva de servicios; urbanismo y medio ambiente; dotaciones e infraestructuras locales.

ABSTRACT

Originally based on collaborative forms of economy not guided by the search of profit, in recent years a new model of tourism services known such as «tourist accommodation» or «tourist housing» has emerged. This model is orientend to residential housing and owners that, through digital services, is offered for touristic purposes. As economic activity with great social acceptance, nevertheless it is generating numerous conflicts related, for example, to the urban environment. The Autonomous Communities in the exercise of their competences in the tourism framework have approved regulations that limit this activity. On the other hand, the municipalities in the exercise of their urban competences are carrying out a major control and limitation of the activity through of zonification and locating this type of housing in specific areas of the city. This paper analyzes the legal perspective of this topic and how this type of measures and businesses are being development.

KEYWORDS

Collaborative economy; tourist accommodation; tourist and housing economy; urban environmental planning and zonification; urban administrative authorization; freedom to provide services; directive of services; urban planning and environmental protection; local areas and infrastructures.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS COMPETENCIAS URBANÍSTICAS MUNICIPALES COMO TÍTULO DE INTERVENCIÓN EN EL ALOJAMIENTO TURÍSTICO: EN ESPECIAL, LA CALIFICACIÓN O ZONIFICACIÓN COMO TÉCNICA URBANÍSTICA APLICABLE. 1. LA CLASIFICACIÓN Y CALIFICACIÓN URBANÍSTICA COMO TÉCNICAS DELIMITADORAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA. 2. DEL ALOJAMIENTO COLABORATIVO AL ALOJAMIENTO TURÍSTICO O VACACIONAL: EL TRÁNSITO DEL USO RESIDENCIAL AL USO TERCIARIO HOTELERO. 3. EL INDETERMINADO Y HETEROGÉNEO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ZONIFICACIÓN O CALIFICACIÓN URBANÍSTICA. 4. LA ZONIFICACIÓN O CALIFICACIÓN URBANÍSTICA ES UN REQUISITO PARA EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y, POR TANTO, EN FUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS, PODRÍA CONSIDERARSE UNA MEDIDA CONTRARIA A LA LIBERTAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERO NO DE FORMA AUTOMÁTICA. 5. LOS CAMBIOS DE USO DE RESIDENCIAL A TURÍSTICO Y LA NECESIDAD DE AUMENTO DE LAS DOTACIONES E INFRAESTRUCTURAS. III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La conocida bajo la expresión «economía colaborativa» como mecanismo para el intercambio de bienes y servicios de carácter no profesional, es el germen de una auténtica revolución que tiene lugar en nuestros días con la generación de nuevas actividades económicas que permite prestar determinados servicios muy demandados por la sociedad y con una enorme aceptación por su parte. Quizás, sean los sectores del transporte y del alojamiento turístico o alquiler vacacional los que más clara y globalmente se están viendo afectados por este fenómeno¹.

Precisamente, el interés general que hay detrás de estas nuevas formas de economía, reclama una regulación que trate de equilibrar los diferentes derechos e intereses públicos y privados en juego. Es en este punto donde la Administración Pública se ve obligada a intervenir adoptando medidas de control o limitación establecidas en la legislación turística y que pretenden el control del acceso a la actividad en sí o, más recientemente y en el caso de la Administración local, utilizando sus competencias urbanísticas que condicionan absolutamente la actividad en la medida en que se determina el lugar en el que materialmente se puede llevar a cabo esta actividad.

Las medidas urbanísticas que están adoptando gran parte de los Ayuntamientos de nuestro país y que van a ser objeto de análisis en este trabajo, están resultando definitivas a la hora de controlar el desarrollo y expansión del fenómeno del alojamiento turístico o de las viviendas turísticas. Mediante la técnica de la calificación urbanística y de la modificación de los usos del planeamiento se están introduciendo limitaciones muy contundentes al fenómeno del alojamiento turístico que colisionan o pueden colisionar con derechos de carácter individual como la libertad de establecimiento, la propiedad o la libertad de empresa.

Hablamos de un sector realmente importante y con un peso económico nada desdeñable. Según un informe de Exceltur del año de 2015 (suponemos que en la actualidad estas cifras habrán aumentado aún más) el número de camas procedentes del sector del alojamiento turístico (más de 2,7 millones), supera en más del doble a las camas de uso hotelero. En una economía como la española tan dependiente del sector turístico, este fenómeno no puede pasar desapercibido y, de hecho, está siendo objeto de portada casi a diario en los diferentes medios de comunicación del país. La frontera que delimita este nuevo espacio económico, el rasgo definitorio o esencial, lo constituye la ordenación de los mercados por medio de plataformas

¹ Para BARNÉS VÁZQUEZ, el fenómeno es tan importante que cabe calificar a la economía colaborativa como la cuarta revolución industrial (pasamos de la era industrial a la era colaborativa). BARNÉS VÁZQUEZ, J., "Un falso dilema: Taxis vs. Uber", en *Diario La Ley*, núm. 8.942, 16 de marzo de 2017, pág. 1.

digitales. Los perfiles los marca la presencia de una empresa que sirviéndose de la tecnología digital opera como un organizador de mercados².

Se trata, sistematizando algunos de los elementos positivos, de un nuevo modelo de servicios turísticos que atiende a una parte de la población que tiene unas necesidades diferentes a las que se ofrecen con los alojamientos turísticos tradicionales. Por ejemplo, es un tipo de turismo que satisface las necesidades de unidades familiares que encuentran en este tipo de alojamiento mayor comodidad y adaptación a sus requerimientos (tanto de espacio como de tiempo de alquiler). Se trata, además, de un tipo de negocio que está al alcance de pequeños propietarios que pueden iniciar una actividad económica (siempre pensando en actividades económicas regularizadas y declaradas fiscalmente) aprovechando bienes y recursos infrautilizados o que, incluso, encuentran un incentivo para la rehabilitación/regeneración de los cascos históricos de muchas ciudades de nuestro país. Es lo que se ha venido en denominar la democratización del turismo.

Sin embargo, junto a las ventajas sociales y económicas que tiene esta modalidad de explotación turística, también se producen externalidades que pretenden ser amortiguadas o eliminadas por la acción de los poderes públicos. Tratando de esquematizar o simplificar los efectos negativos de este fenómeno nos encontraríamos con los siguientes: a) problemas de competencia desleal con los operadores tradicionales; b) recelos desde la perspectiva fiscal, laboral y de consumidores; c) saturación del espacio urbano; d) restricciones de acceso al mercado inmobiliario; e) deterioro del medio ambiente urbano; f) incremento de las necesidades de dotaciones, infraestructuras y servicios.

Como en tantos otros sectores el problema está en encontrar la justa medida de intervención pública, tanto el modo como el grado de injerencia de los poderes públicos resultan esenciales para que dicha intervención no genere más problemas de los que trata de resolver. En este sentido, las acciones llevadas a cabo por diferentes municipios utilizando sus potestades y competencias urbanísticas están siendo muy discutidas y polémicas en la medida en que para los defensores de este nuevo modelo de servicios turísticos, son un ejemplo de intervención desenfocada, exagerada y, en muchas ocasiones, arbitraria. Aún siendo necesaria o, cuando menos, conveniente la intervención local en este ámbito, se hace conveniente analizar técnicamente los requisitos necesarios para que las competencias urbanísticas no sean utilizadas en desviación de poder persiguiendo finalidades diferentes a las que el Ordenamiento Jurídico consideró convenientes cuando fueron otorgadas. La solución no puede pasar, por ejemplo, por la prohibición de este tipo de alojamiento en un determinado municipio aludiendo de manera genérica a los problemas que para la convivencia ciudadana provoca. Hay que buscar la regulación más adecuada para que todos los derechos e intereses en juego puedan verse equilibrados. La prohibición es una medida excesivamente simplista y radical que difícilmente puede justificarse o motivarse como la decisión más adecuada tanto por su necesidad como por su proporción.

Podríamos decir que son dos los grupos de Derechos o intereses enfrentados y que hay que armonizar. Por un lado estarían los tradicionales Derechos económicos de raíz más individual como los de propiedad, de libertad de empresa, unidad de mercado y de libre prestación de servicios. Por otra parte, nos encontramos con los Derechos o intereses de carácter general o colectivo como la protección del medio ambiente, el urbanismo y la ordenación del territorio así como otros derechos individuales que también se pueden ver afectados como el de disfrute del domicilio libre de inmisiones³.

No va a ser, sin embargo, objeto de atención en este trabajo la regulación autonómica de los alojamientos turísticos que atiende, principalmente, a las reglas de acceso a esta actividad y que ha sido hasta ahora la que despertado más interés por parte de la doctrina científica⁴. Me centraré, exclusivamente, en los

² HERRERO SUÁREZ, C., "Las viviendas de uso turístico: ¿El enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos", en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, julio-diciembre de 2017, pág. 151.

³ SOCÍAS CAMACHO, J. M., "Estado regulador y alojamiento colaborativo. El régimen de la intervención pública limitadora de la prestación del servicio", en *Revista de Administración Pública*, núm. 205 (2018), pág. 136.

⁴ Sobre esta cuestión podemos destacar los siguientes trabajos: RODRIGUEZ FONT, M., "Barreras regulatorias a la economía colaborativa y nuevas vías de impugnación de normas: el caso de las viviendas de uso turístico", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017, págs. 409-444; de la misma autora: "La regulació de l'allotjament col·laboratiu a Catalunya: anàlisi de les propostes de l'Autoritat Catalana de la Competència", en *Revista catalana de dret públic*, núm. 53, 2016, págs. 163-181; SOCÍAS CAMACHO, J. M., "Estado regulador y alojamiento colaborativo: El régimen de la intervención pública limitadora de la prestación del servicio", en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018, págs. 131-170; LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., "Economía colaborativa y alojamiento", en *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, obra colectiva coordinada por MONTERO PASCUAL, J. J. Ed. Tirant Lo Blanch (2017), págs. 283-325; CONTRERAS DELGADO DE COS, J. M., SILOS RIBAS, M., SOBRINO RUIZ, M., "La economía colaborativa en los sectores regulados (V). Alojamientos turísticos", en la obra colectiva dirigida por ALFONSO SÁNCHEZ, R., VALERO TORRIJOS, J., *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*. Ed. Aranzadi

aspectos estrictamente locales y urbanísticos de la regulación de esta nueva forma o modalidad de servicios turísticos. Son estos aspectos territoriales los que, realmente, están condicionando la política sectorial turística en este sector. Las medidas más contundentes y, por tanto, polémicas y discutidas en el sector de los alojamientos turísticos ofrecidos a través de plataformas digitales son las que se están tomando desde la ordenación urbanística y territorial.

II. LAS COMPETENCIAS URBANÍSTICAS MUNICIPALES COMO TÍTULO DE INTERVENCIÓN EN EL ALOJAMIENTO TURÍSTICO: EN ESPECIAL, LA CALIFICACIÓN O ZONIFICACIÓN COMO TÉCNICA URBANÍSTICA APLICABLE

1. La clasificación y calificación urbanística como técnicas delimitadoras del Derecho de propiedad inmobiliaria

El Art. 33 de la Constitución Española de 1978 garantiza el Derecho Fundamental a la propiedad privada pero añadiendo que la función social delimita su contenido, de acuerdo con las leyes. Se trata, como es de sobra conocido, de una concepción del Derecho de propiedad que rompe con la tradición romana del Derecho de propiedad en cuanto Derecho prácticamente ilimitado y cuyo contenido actual sólo se alcanza a comprender desde las limitaciones que, especialmente, la legislación urbanística y el Derecho urbanístico han introducido.

Las instituciones o técnicas que, con las limitaciones y condicionantes establecidos por la legislación urbanística, fijan el estatuto jurídico del Derecho de propiedad del suelo son las de la clasificación y calificación del suelo que sirven para definir el concreto destino previsto para dicha propiedad inmobiliaria. Así lo contempla el Art. 12.1 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2015: «*El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien*»⁵.

La clasificación es la técnica que determina el régimen urbanístico más adecuado a las características de hecho y aptitudes de cada terreno, que opera sobre todo el suelo existente en función de su destino básico, establecido en la normativa urbanística. En la actualidad y desde la legislación básica del Estado, suelos en situación rural o en situación urbanizada y que, según la legislación urbanística autonómica aplicable en cada caso, se corresponderán con la correspondiente clasificación de suelo autonómica. Las clases de suelo más tradicionales y más habituales en la legislación urbanística autonómica son las de urbano, urbanizable y no urbanizable o rústico.

Por su parte, la calificación del suelo supone la atribución a cada suelo de un concreto y específico uso e intensidad que, por tanto, condicionará absolutamente el destino y valor de cada propiedad inmobiliaria. No hay limitaciones respecto al tipo de usos pudiendo el planificador municipal crear los que considere necesarios (dentro del suelo urbano, por ejemplo, tendríamos el uso residencial, el industrial, el terciario, zona verde, etc.)

La clasificación y calificación del suelo son dos de las principales funciones que tiene que cumplir el planeamiento municipal y que conectan de forma necesaria y esencial la función pública de planeamiento con el derecho de propiedad del suelo. De ellas dependerá, por tanto, la estructura de crecimiento de la ciudad y, por otro lado, la configuración de los derechos de los propietarios del suelo⁶.

Por tanto, en definitiva, mediante la clasificación se determina la clase de suelo a que pertenece cada porción concreta del suelo planificado. Mediante la calificación, el correspondiente plan urbanístico decide

(2017), págs. 337-361; GUILLÉN NAVARRO, N. A., "La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 45-46 (2015), págs. 101-144; RISCOS GÓMEZ, J. F., GARCÍA HIDALGO, J. L., PALMA MARTOS, L., "Mejora de la regulación en la economía colaborativa. El caso de las viviendas turísticas en Andalucía", en *Revista Internacional de Turismo y Empresa*, vol. 1, núm. 2 (2017).

⁵ En términos muy parecidos, se han pronunciado las diferentes leyes del suelo. Así, por ejemplo, los artículos 242.1 y 6 y 243.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. El art. 1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 señalaba que es competencia urbanística «...establecer las zonas distintas de utilización según la densidad de la población que haya de habitarlas, porcentaje de terrenos que pueda ser ocupado por construcciones, volumen, forma, número de plantas, clase y destino de los edificios, con sujeción a ordenaciones generales uniformes para cada especie de los mismos en toda la zona».

⁶ BUSTILLO BOLADO, R. O., "Clasificación y calificación del suelo", en MARTÍN REBOLLO, L., BUSTILLO BOLADO, R. O. (dirs.), *Fundamentos de Derecho urbanístico*. Ed. Aranzadi, 2007, pág. 388.

el posible destino urbanístico del territorio mediante la fijación concreta de la clase de uso y destino que corresponde a cada porción de suelo. Con la calificación se ordena definitivamente el terreno ya que se le atribuye un uso específico determinado. Consecuentemente, los usos, actividades o destinos urbanísticos del suelo tienen una importancia trascendental en la configuración y en la evolución de la ciudad, relevancia que se intensifica en el suelo urbano o en situación de urbanizado. La asignación de destinos urbanísticos al suelo forma parte integrante de las funciones del urbanismo y esta trascendental tarea, tras la necesaria habilitación legal estatal y autonómica, corresponde –mayoritariamente– al planificador urbanístico local que es el que tiene la última y más importante palabra a la hora de distribuir los diferentes usos del suelo en un término municipal. De la capacidad del planificador para asignar unos usos adecuados a cada suelo de la ciudad y, sobre todo, de su imaginación para el establecimiento de criterios claros y flexibles para compatibilizar y complementar los diferentes usos entre sí, dependerá la calidad de la ciudad planificada y su capacidad para adaptarse a las nuevas y cambiantes circunstancias y demandas sociales en tanto realidad viva que es⁷. Es habitual, por otra parte, denominar a esta técnica indistintamente, calificación o zonificación⁸

En definitiva, los usos del suelo son los concretos destinos urbanísticos que se atribuyen a las zonas que comprenden la ciudad existente. Es decir, las actividades que se pueden desarrollar en cada ámbito del suelo y las que están prohibidas, así como las que, por ser compatibles y/o complementarias, se permiten bajo ciertas condiciones⁹.

La complementariedad de usos es una herramienta muy utilizada por los planificadores municipales para, precisamente, evitar la excesiva rigidez de la planificación urbanística. El establecimiento de usos complementarios pretende evitar la excesiva especialización de uso y la segregación funcional de la ciudad. El principio básico que subyace a la implantación de usos complementarios es la de evitar zonas estancas monofuncionales en la ciudad, buscando la mezcla o interrelación de destinos urbanísticos que se desarrollen en la misma, compatible con una concepción europea de «ciudad compacta» como modelo de ciudad más sostenible ambientalmente en el que no existen núcleos de población aislados y en el que existen usos del suelo complejos y superpuestos en las mismas zonas, prestándose los servicios de forma cercana. Así lo reconoce, por ejemplo, la legislación urbanística de Andalucía, concretamente el Art. 9 apartado G de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía que señala que una de las finalidades de los Planes Generales de Ordenación Urbana es la de: «Evitar procesos innecesarios de especialización de usos en los nuevos desarrollos urbanísticos de la ciudad». En este mismo sentido, el Art. 3.1 b) de esta misma Ley que se encarga de definir los fines de la actividad urbanística, señala que uno de esos fines es el de «Vincular los usos del suelo a la utilización racional y sostenible de los recursos naturales».

A pesar de que la técnica de la calificación urbanística hunda sus raíces en las primeras leyes que configuran el Derecho urbanístico moderno, en la actualidad, es una técnica que es puesta en cuestión desde diversos ámbitos. Así, por ejemplo, desde los órganos encargados de la defensa de la competencia se considera que la técnica de la zonificación o calificación conlleva una gran rigidez para el mercado del suelo y puede provocar distorsión a la hora de gestionar este recurso natural que es el suelo. Así, la Comisión Nacional de la Competencia emitió en 2011 un informe titulado *Problemas de competencia en el mercado del suelo en España*. En este informe, desde una perspectiva económica y regulatoria, se hace una crítica

⁷ Un análisis muy claro y detallado del régimen jurídico de los usos urbanísticos del suelo, véase, DE GUERRERO MANSO, C., *La zonificación de la ciudad: concepto, dinámica y efectos*. Ed. Aranzadi, 2012. Igualmente, puede verse el trabajo de ROMERO ALOY, M. J., «La zonificación urbanística. Algunas innovaciones», *Práctica Urbanística*, núm. 109, Sección Estudios, noviembre, 2011, pág. 22. En palabras de esta última autora: «La zonificación es una técnica instrumental alumbrada desde el comienzo del urbanismo que cobra su plena definición con el movimiento racionalista expresada singularmente en la Carta de Atenas. Su aplicación es universal en cuanto que es una metodología básica para la redacción del plan urbanístico. Es una materia nacida en el seno de la praxis urbanística, recibida después por el derecho urbanístico, si bien, a pesar de su general aplicación, como materia “de frontera” adolece de una escasa atención por parte de la doctrina».

⁸ Véase en este sentido el trabajo de YAÑEZ VELASCO, I., «Concepto de uso en la legislación del suelo (Especial referencia a la calificación y zonificación)», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 156, septiembre-octubre, 1997, págs. 65 a 120. Este trabajo resulta muy interesante y crítico con la teoría de la zonificación proponiendo un sistema alternativo, si se quiere, de corte más liberal y menos intervencionista que el que tenemos asumido en el derecho urbanístico español desde su creación.

⁹ Por señalar el caso del municipio donde se escriben estas líneas y a título de ejemplo podemos citar el Plan General de Ordenación Urbana de Granada cuyo Título VI es el lugar elegido por el planificador urbano de esta ciudad para regular los usos del suelo en su término municipal estableciendo diferentes modalidades y criterios de clasificación. Concretamente, en el art. 6.1.2 se diferencia entre usos globales y usos pormenorizados. Por su parte, el art. 6.1.3 clasifica los usos en dominantes o característicos, compatibles o permitidos, complementarios y prohibidos.

profunda a la técnica de la calificación y zonificación. Conforme a dicho informe¹⁰, en teoría, «la finalidad principal de la calificación es separar usos incompatibles para corregir externalidades. Por ejemplo, la industria genera externalidades como ruido, olor, humo, polvo o vibraciones; las zonas comerciales generan externalidades como congestión, conflictos de aparcamiento, ruido... Separando unos usos de otros, la calificación intenta evitar que tengan lugar esos efectos externos negativos entre usos incompatibles, que, sin lugar a dudas, existen y podrían generar una pérdida de bienestar». Pero, para este órgano estatal, la calificación genera otros problemas: «En suma, el sistema de calificación no constituye un mecanismo suficientemente eficaz para corregir determinadas externalidades, puede llevar a una provisión ineficiente de bienes públicos y limita de forma considerable la competencia en el mercado del suelo, afectando, de distinto modo, a la competencia en multitud de sectores económicos en los que el ámbito geográfico del mercado pueda tener nivel local. A su vez, del mismo modo que la frontera urbanística, su capacidad para conseguir corregir fallos de mercado se encuentra influida y distorsionada por los comportamientos de búsqueda de rentas y la dependencia de los Ayuntamientos de los ingresos provenientes del suelo y de la vivienda. Por último, tiende a limitar en cierto modo la aparición de zonas de uso mixto, lo que puede generar una mayor movilidad obligada, desplazamientos más largos y más contaminación, efectos contrarios a los que el propio planeamiento persigue».

Para la Comisión Nacional de la Competencia, denominación de aquél ente en el momento de redacción de este informe, un sistema alternativo podría ser el de la zonificación por estándares en vez de una zonificación basada en usos incompatibles. Con esta zonificación por estándares se podrían corregir las externalidades vinculadas a determinados usos, pero sin decidir ex ante la localización o la cantidad de suelo asignada a los distintos usos¹¹. Así se provocaría un mayor grado de competencia en usos alternativos del suelo, una mayor flexibilidad en el uso del suelo y una mejor respuesta a las necesidades del mercado por parte de la oferta. En definitiva, habría que corregir una planificación tan intervencionista y que detalla los usos de forma tan pormenorizada, con la finalidad de no segmentar en exceso el mercado y favorecer más la competencia en la asignación del suelo.

2. Del alojamiento colaborativo al alojamiento turístico o vacacional: el tránsito del uso residencial al uso terciario hotelero

Los orígenes del alojamiento turístico o vacacional como actividad profesional que es en la actualidad, cabe encontrarlos en el llamado alojamiento colaborativo. Se trata, realmente, de una modalidad o manifestación de la conocida como economía colaborativa que se basa en operaciones o transacciones centradas enteramente en el intercambio o la cooperación y carentes de ánimo de lucro. En la actualidad, sin embargo, nos encontramos con la prestación de servicios o la cesión de bienes a cambio de una remuneración. En estos casos ni se participa ni se coopera, sino que simplemente se vende un bien o un servicio, es decir, se desarrolla una actividad profesional. Hablar de que estas plataformas virtuales promueven la economía colaborativa es un mero eufemismo que en demasiadas ocasiones no persigue sino justificar el incumplimiento de obligaciones legales que cualquier actividad de esta índole, como las equivalentes a las mismas, han de satisfacer en beneficio de ciertos valores públicos, desde las fiscales a las de orden público¹².

¹⁰ Pág. 53 y siguientes. Haciéndose eco de este Informe y en términos muy parecidos, véase el Informe CDC PROM 14/2015 VIVIENDAS TURÍSTICAS de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Generalitat Valenciana. En este Informe se proponen medidas alternativas a la calificación tal y como se entiende en la actualidad para el caso de las viviendas turística. Así, por ejemplo, se plantea como un buen mecanismo el de crear un mercado de derechos o la asignación de un porcentaje máximo de viviendas por barrios o zonas; además de seguir utilizando los impuestos o tasas de carácter turístico.

¹¹ El Informe, pone el ejemplo de la calificación actual que tiende a separar grandes superficies de zonas residenciales, la calificación por estándares establece unos requisitos para que un centro comercial situado cerca de una zona residencial no genere externalidades sobre ésta. Para ello, puede exigirse que los centros comerciales tengan unos aparcamientos adecuados, establezcan la infraestructura necesaria para organizar de forma adecuada el tráfico extra generado, o se construyan de forma que se limite su impacto acústico y ambiental.

¹² DE LA ENCARNACIÓN, M., "El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), núm. 5 (enero-junio, 2016), pág. 52. No obstante, aunque esta sea la regla general y para la que va destinada gran parte de la reglamentación pública, aún cabría diferenciar dos supuestos que no se están teniendo en cuenta con las medidas urbanísticas o de zonificación adoptadas por algunos de los municipios que se han decidido a intervenir en este ámbito: a) vivienda que se destina en su totalidad y en exclusiva al servicio turístico; b) casos en que la vivienda se destina a lo largo del año a dos usos, el de vivienda y el turístico. El propietario –o arrendatario– de una vivienda en la que reside habitualmente, la destina ocasionalmente (por completo o por partes) al uso turístico (alojamiento de turistas). En este sentido, ATXUKARRO ARRUBARRENA, I., "La regulación urbanística de las viviendas para uso turístico", en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 12 (2017).

El tránsito de una actividad sin ánimo de lucro a constituir una actividad profesional y, por tanto, remunerada, tiene su correlato en los usos urbanísticos. Mientras que las viviendas, lógicamente, han sido construidas en la medida en que el correspondiente planeamiento urbanístico ha previsto en ese suelo el uso residencial (en sus diferentes modalidades), en el momento en que esa vivienda no se destina al uso residencial «tradicional» se viene exigiendo tanto por los Ayuntamientos como por las Comunidades Autónomas que estas viviendas se encuentren en suelos con uso terciario. El uso terciario es aquél que tiene por finalidad la prestación de servicios al público, las empresas u organismos, tales como los servicios de alojamiento temporal, comercio al por menor en sus distintas formas, información, administración, gestión, actividades de intermediación financiera u otras similares.

La frontera o el elemento distintivo entre una vivienda dedicada a residencia tradicional y una vivienda turística no está clara. El elemento que más claramente trata de diferenciar uno y otro tipo es la temporalidad tal y como, por ejemplo, ha señalado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de abril de 2013¹³: el residencial se caracteriza por la estabilidad y permanencia y el uso turístico se caracteriza por la transitoriedad y ocasionalidad (por días), por eso es un uso terciario.

Aquí nos encontramos ya con una primera dificultad de carácter urbanístico. ¿Se requiere una licencia urbanística por cambio de uso cuando una vivienda ha dejado de tener carácter residencial y ha pasado a tener carácter terciario-turístico? La jurisprudencia dictada hasta la fecha mantiene posiciones encontradas. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 17 de abril de 2013¹⁴ y la del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de San Sebastián, de 5 de diciembre de 2016¹⁵, consideran que sí ya que estaríamos ante un uso terciario-hotelerero y, por tanto, requiere licencia de cambio de uso. Sin embargo, la Sentencia de 27 de abril de 2016 del Juzgado núm. 6 de lo Contencioso-administrativo de Valencia¹⁶ sostiene que no hay cambio de uso ya que el uso sigue siendo de vivienda.

Dado el carácter local de las medida urbanísticas, la solución al problema del tránsito de un tipo a otro de vivienda no puede ser general. Cada Ayuntamiento está interpretando la necesidad o no de licencia por cambio de uso como está considerando situación que, entre otras, hace plantearse la necesidad o no de una regulación general y homogénea de esta herramienta urbanística.

3. El indeterminado y heterogéneo régimen jurídico de la zonificación o calificación urbanística

El camino emprendido por muchos municipios españoles, en el caso de los alojamientos turísticos, parece ir en sentido contrario a la diversidad y mezcla de usos para construir ciudades urbanísticamente más ricas y flexibles. Para evitar los, a vistas de algunos, efectos perjudiciales de la excesiva proliferación de alojamientos turísticos en el centro de las ciudades, se decide «zonificar» la ciudad con la intención de ubicar en determinadas partes de la ciudad los usos turísticos ofrecidos por canales diferentes a los tradicionales usos hoteleros. En otras ocasiones, directamente, se pretende la prohibición en todo un municipio de este tipo de alojamientos. La variedad y riqueza que proporciona el modelo heterogéneo de usos del suelo en la ciudad se olvida en el caso de los nuevos alojamientos turísticos.

El exceso de turismo en el centro de las ciudades, la subida de precios de las viviendas destinadas a uso residencial principal, molestias a los vecinos, etc., son algunas de las razones que se esgrimen por los Ayuntamientos para tomar este tipo de decisiones. Por otra parte, las asociaciones encargadas de defender los intereses de este nuevo mercado, además del excesivo y, en algunas ocasiones, arbitrario intervencionismo local, ven al lobby hotelero tradicional detrás de este tipo de decisiones en una actuación similar a la que lleva a cabo la gremial del taxi frente a plataformas de transporte como Blablacar, Uber o Cabify¹⁷.

El problema que se plantea es que, salvo determinadas excepciones autonómicas, la regulación de la zonificación o calificación urbanística en normas territoriales y urbanísticas de carácter general es muy escasa y se deja, prácticamente, total libertad a los municipios para adoptar a nivel reglamentario medidas

¹³ RJCA 2013\680.

¹⁴ RJCA 2013\680.

¹⁵ JUR\2017\287138.

¹⁶ JUR\2016\102384.

¹⁷ El día 4 de junio de 2018 (en el momento de redacción de estas páginas no está disponible la Sentencia aún en los repertorios jurisprudenciales al uso) se ha dado a conocer públicamente la Sentencia del Tribunal Supremo que avala las limitaciones que el anterior Gobierno impuso por Real Decreto en noviembre de 2015 a la expansión de las empresas de vehículo de alquiler con conductor (VTC), las firmas como Uber y Cabify, al considerar que se trata de una medida «idónea y proporcionada» para asegurar «el mantenimiento del taxi como un servicio de interés general».

que pueden afectar a derechos fundamentales como la propiedad o libertades fundamentales como la de empresa o la de prestación de servicios.

Salvo la referencia genérica citada con anterioridad a la técnica clasificatoria y calificatoria contenida en las leyes estatales del suelo y algunas determinaciones también muy vagas en las leyes autonómicas de urbanismo, la regulación de la zonificación urbanística es realmente escasa. El todavía vigente Reglamento de Planeamiento Urbanístico de 1978¹⁸, señala en su artículo 25.1. que «*Los elementos fundamentales de la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio se establecerán por el Plan General teniendo en cuenta el modelo de desarrollo urbano adoptado, definiendo: a) La asignación a las diferentes zonas de los correspondientes usos globales cuya implantación se prevea, y la intensidad de los mismos*». Por su parte, el Art. 29.1 indica que: «*En suelo urbano, los Planes Generales contendrán, además de las determinaciones de carácter general, las siguientes: c) Asignación de usos pormenorizados correspondientes a las diferentes zonas, definiendo de forma detallada la específica utilización de los terrenos incluidos en cada una de ellas*».

Algunas Comunidades Autónomas, las menos, han regulado con cierto detalle esta técnica o herramienta de la zonificación. En este sentido, especialmente, destaca la Comunidad Valenciana que aprobó un Reglamento de zonificación (Orden de 26 de abril de 1999, del Conseller de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes por la que se aprueba el Reglamento de Zonas de Ordenación Urbanística de la Comunidad Valenciana). En menor medida, la Comunidad de Castilla-La Mancha, con la promulgación del Decreto 248/2004, de 14 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, también regula la zonificación con cierto detalle. Finalmente, el Decreto 278/2007, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias, contiene también elementos innovadores, si bien no acomete de modo directo una regulación de la zonificación.

Aunque el ámbito de la planificación urbanística es uno de los paradigmas o manifestaciones más claras de la autonomía local, dejar absolutamente a cada municipio de este país libertad absoluta para decidir respecto a los tipos de usos e intensidades del suelo genera, como está generando, numerosos problemas¹⁹. El Preámbulo del Reglamento de Zonificación de la Comunidad Valenciana expresa lo que se pretende conseguir con una regulación general y objetiva de esta herramienta: «*Por el contrario, la sistematización, la estandarización y la búsqueda de un lenguaje común, genera transparencia y homogeneidad, respetando siempre, la idiosincrasia y la autonomía municipal. Con todo ello el Reglamento de Zonas de Ordenación Urbanística dotará de una mayor capacidad simplificadora y clarificadora a los planes, haciéndolos más accesibles, tanto para los técnicos como para los ciudadanos*».

Es cierto que las necesidades de cada municipio pueden ser diferentes y que la incidencia de las llamadas viviendas turísticas es diverso²⁰. No podemos rechazar de plano la posibilidad de que los municipios hagan ejercicio de su autonomía para decidir en este ámbito. Sin embargo, las decisiones locales que se

¹⁸ Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

¹⁹ En este sentido se pronuncia ROMERO ALOY, M. J., "La zonificación urbanística ...", cit. anteriormente: «No parece que sea lo más conveniente que cada plan invente su propio lenguaje y defina lo que deba entenderse por cada uno de los numerosos parámetros urbanísticos que intervienen en la ordenación, tales como parcela edificable, bloque adosado, altura reguladora, profundidad edificable, uso terciario, etc. Parece más razonable la existencia de un patrón de referencia común».

²⁰ El Diario Expansión de 30 de abril de 2018 ha publicado un artículo en el que hace un análisis de la regulación de las viviendas turísticas ciudad por ciudad. En Barcelona se ha optado por medidas drásticas para controlar el aumento desenfrenado de pisos turísticos. Desde 2017 su Plan Urbanístico establece una moratoria que afecta tanto a hoteles como a pisos turísticos y que divide la ciudad en 4 zonas, en función de si se puede aumentar o no el número de plazas. También reforzó los inspectores y las sanciones. San Sebastián dió luz verde a su ordenanza municipal en enero de este año. Su objetivo es limitar los pisos al 15%, aunque su plan pasa por la zonificación, creando tres zonas: una, en el centro, donde queda prohibido el alquiler turístico; otra que permite la ocupación parcial y una última que autoriza dos viviendas en plantas altas. Eso sí, sólo en edificios de a partir de 7 pisos. En Madrid, aunque la capital todavía no cuenta con su Plan de pisos turísticos, Carmena anunció que quien quiera alquilar un piso turístico sin licencia no podrá sobrepasar los 90 días. A partir del cuarto mes, tendrá que pedir una licencia de uso comercial, como un restaurante o un bar. Mientras elabora el plan, el Ayuntamiento suspenderá la concesión de licencias en el centro durante un año. Palma de Mallorca amenaza con convertirse en la primera ciudad española en prohibir el alquiler turístico. El ayuntamiento, gobernado por PSOE, Podemos y MES, anunció que a partir de julio la ciudad será considerada 'zona única', donde no se podrá alquilar pisos turísticos. La ley excluye viviendas unifamiliares al considerar que no causa problemas de convivencia. Valencia quiere limitar el alquiler vacacional sin licencia, pero tiene dudas sobre dónde poner el coto. Siguiendo la estela de Madrid, el Ayuntamiento valenciano plantea un límite de entre uno y tres meses. Quien no llegue al máximo no necesitará ceñirse a la normativa de uso profesional. El consistorio tampoco descarta la 'zonificación'. Bilbao, desde hace muy poco, comenzó a poner límites a las plataformas de alquiler turístico. Aunque por el momento no cuenta con una normativa en vigor al respecto, Bilbao plantea crear la figura legal de los pisos turísticos –que no tenía– para poder recaudar impuestos. Además, sólo podrá haber un alojamiento de este tipo por portal, y sólo en el primer piso.

adopten en este sentido tienen que encontrar una adecuada acomodación constitucional y, sobre todo, van a estar necesitadas de una motivación muy intensa en la medida en que se trata de medidas restrictivas para determinados derechos fundamentales. Mientras que decisiones autonómicas limitadoras de este tipo de alojamientos turísticos son muy discutibles desde un punto de vista constitucional pero, al menos, han sido adoptadas mediante normas con rango de ley, muchas de estas restricciones están siendo adoptadas de forma mucho más opaca mediante simples medidas urbanísticas que no gozan de las mismas exigencias de transparencia y garantías que cabe predicar de las normas que emanan de los diferentes parlamentos. A sensu contrario, a favor de las garantías de los particulares, este tipo de decisiones administrativas tienen un más fácil acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa que si se pretendiera tratar de enjuiciar medidas de rango legal autonómico cuya revisión sólo al Tribunal Constitucional corresponde con las consabidas limitaciones de legitimación para poder solicitar un pronunciamiento del Alto intérprete constitucional.

La heterogeneidad y falta de criterios generales sobre el uso de la técnica de la zonificación puede dar lugar a situaciones realmente extrañas como la que tiene lugar en determinados municipios en los que su planeamiento urbanístico contempla usos turísticos y que, sin embargo, prohíben la utilización en estos suelos de los llamados alojamientos turísticos, esto es, de viviendas que puedan ser utilizadas para servicios turísticos pero que son ofrecidos al margen de los sistemas hoteleros tradicionales haciéndolo a través de plataformas digitales como Arbnb. Es el caso de Canarias, por ejemplo²¹. Es un caso extremo y que resulta difícil, *a priori*, de justificar y entender.

4. La zonificación o calificación urbanística es un requisito para el ejercicio de una actividad económica y, por tanto, en función de las circunstancias, podría considerarse una medida contraria a la libertad de prestación de servicios pero no de forma automática

Una de las cuestiones más importantes que se plantea respecto a la zonificación como técnica regulatoria y de control del alojamiento turístico es si ésta se puede considerar una medida que limita la libertad de prestación de servicios como libertad fundamental en la Unión Europea y, por tanto, podría considerarse contraria a la Directiva 123/2006, de 12 diciembre, de Servicios. Evidentemente, aunque estemos ante una medida regulatoria de carácter urbanístico y no de la actividad turística en sí, las decisiones que se adopten en el ámbito urbanístico condicionan definitivamente la propia actividad. Contamos ya con varios pronunciamientos judiciales que han tratado este tema y que han tratado de aclarar la situación.

En primer lugar, quisiera referirme a una Sentencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 30 de enero de 2018²². En este asunto se analizaba, además de otras cuestiones que ahora no nos interesan, la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una medida urbanística de un Ayuntamiento de Países Bajos (Appingedam) consistente en prohibir que el comercio minorista de zapato y calzado se ubicara fuera del centro de la ciudad. La Sentencia se dicta como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado de los Países Bajos. Para la empresa recurrente, el plan urbanístico infringe los artículos 9 y 10 de la Directiva de Servicios. Por su parte, el Ayuntamiento defendía que consideraciones de ordenación del territorio justifican que un comercio minorista de ropa y calzado sólo pueda instalarse en el centro de la ciudad. Señala que esta norma pretende mantener la habitabilidad del centro de la ciudad, garantizar el buen funcionamiento del centro comercial que se encuentra en ella y evitar en la mayor medida posible la desocupación estructural de locales en el centro de la ciudad. Como puede verse, se trata de un caso realmente asimilable al problema que estamos analizando y muchas de las consideraciones que realiza el Tribunal pueden ser extrapolables al caso de las viviendas turísticas.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que la actividad de comercio minorista de productos como ropa y calzado está comprendida en el concepto de «servicio» en el sentido del artículo 4, punto 1, de la citada Directiva de Servicios. Tras descartar que estas medidas de zonificación quepa considerarlas como

²¹ SIMANCAS CRUZ, M. R., PEÑARRUBIA ZARAGOZA, M. P., y TERMES, R.: "La calificación urbanística del suelo: cuestión clave en la prohibición del alquiler vacacional en las áreas turísticas de litoral de Canarias", en *Cuadernos geográficos de la Universidad de Granada*, vol. 57, núm. 1, 2018, págs. 177-196.

²² Caso *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort y Otros contra Visser Vastgoed Beleggingen BV y Otros*. (TJCE\2018\17). Un antecedente de este caso puede encontrarse en la Sentencia del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 1999 (C-302/97), *Konle*, que señala, entre otras cosas, que «un objetivo de ordenación del territorio como el mantenimiento, en interés general, de una población permanente y una actividad económica autónoma respecto del sector turístico en ciertas regiones, la medida restrictiva que constituye dicha exigencia sólo puede admitirse si no se aplica de forma discriminatoria y si otros procedimientos menos coercitivos no permiten llegar al mismo resultado».

autorización administrativa a los efectos de la Directiva, sin embargo, sí considera que se trata de uno de los requisitos a que se refiere el artículo 15, apartado 2 de la Directiva puesto que supedita el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a un límite territorial en el sentido del artículo 15, apartado 2, letra a), de dicha Directiva. Sin embargo, a pesar de ser una medida que, en principio, obligaría a los Estados miembros a ser revisadas en la medida en que pudiera ser contraria a la libre prestación de servicios, las mismas no se consideran prohibidas de forma directa y automática. Por el contrario, si este tipo de medidas cumplen con los requisitos del apartado 3 de dicho precepto, podrían considerarse compatibles.

La Directiva 2006/123 no se opone a que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supedita al respeto de un límite territorial de esta índole, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad enunciadas en su artículo 15, apartado 3.

Respecto a la condición de necesidad, el Tribunal, siguiendo la opinión del Abogado General, en este caso, considera que el intento de preservar la habitabilidad del centro de la ciudad del municipio de Appingedam y evitar la existencia de locales desocupados en zona urbana en interés de una buena ordenación del territorio puede ser considerada como una razón imperiosa de interés general que (Art. 4.8 de la Directiva) que justifique un límite territorial como el controvertido en el litigio principal.

En definitiva, se trata de una competencia de los Estados y, por tanto, de los Tribunales nacionales, concretar caso a caso que una medida de este tipo cumple con los requisitos de: a) no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social; b) necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general; c) proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

Esta es, entendemos, hasta la fecha la interpretación que ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que, probablemente, vayan a seguir los Tribunales y Juzgados de nuestro país cuando se plantee esta cuestión respecto a zonificaciones que tengan que ver con los alojamientos turísticos. No hay argumentos absolutos y hay que analizar caso a caso para poder afirmar que una determinada decisión local respecto a la localización de las viviendas turísticas es o no conforme al Derecho de la Unión Europea y, consecuentemente, conforme al Ordenamiento Jurídico aplicable. Habrá que analizar con profundidad la motivación técnica que esgrime el Ayuntamiento correspondiente para ver si salva los requisitos mencionados con anterioridad y todo ello porque, como ha afirmado el Tribunal Europeo, las medidas urbanísticas y territoriales pueden considerarse razones imperiosas de interés general justificadoras de medidas restrictivas en cuanto a la ubicación de este tipo de alojamientos.

En el ámbito estrictamente nacional, se han planteado supuestos parecidos, ya sea directamente en casos que afectan a las viviendas turísticas ya sea referidos a otro tipo de actividades que también son objeto de limitaciones vía zonificación. Como seguidamente vamos a ver con más detalle, en aquellos lugares donde se ha planteado este conflicto, los Tribunales de Justicia han entendido que estamos ante el ejercicio de una verdadera competencia urbanística y que, por tanto, los Ayuntamientos que han decidido intervenir en este sector no están invadiendo las competencias autonómicas en materia de turismo. Ello siempre y cuando la zonificación o utilización de la calificación urbanística para ubicar el uso turístico residencial en una determinada parte de la ciudad no se lleve a cabo globalmente (por ejemplo, en un Plan General de Ordenación Urbana) sino con planes especiales por ejemplo, que sólo afectan a una parte de la ciudad. En caso contrario se estaría produciendo una regulación general que sólo se permite al Plan General de Ordenación Urbana y que requeriría, entre otras cosas, el visto bueno de la Comunidad Autónoma por ser la competente en materia de turismo²³. Además, por supuesto, de poder ser considerada más claramente como una medida desproporcionada.

Merece la pena traer aquí el conflicto jurídico que tuvo lugar en la ciudad de Barcelona con motivo del Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hotelería y otras actividades en *Ciutat Vella* de 2010. Tanto su versión original de 2010 como su versión modificada en 2013 han sido objeto de impugnaciones en vía judicial y han dado lugar a dos pronunciamientos por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña muy interesantes y que centran la discusión que se está produciendo en la actualidad en otras ciudades del país. Las Sentencias a que me refiero son las del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de

²³ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de julio de 2010 (Rec. 4069/2006). RJ/2010/6550.

12 de junio de 2014 (sentencia número 357/2014, recurso 425/2010)²⁴ y de 12 de junio de 2017 (Sentencia número 371/2017, recurso 254/2013)²⁵.

Muy resumidamente, el Plan Especial de *Ciutat Vella* pretende redistribuir los usos urbanísticos en parte del municipio de Barcelona, concretamente, en una zona donde según los redactores del instrumento urbanístico se da un exceso de infraestructura turística que está provocando una degradación de la vida ciudadana ordinaria y un evidente perjuicio al medio ambiente urbano. Fundamentalmente, el objeto de regulación del Plan especial se produce en relación al uso hotelero y a las viviendas o residencias turísticas. En relación a los usos hoteleros, lo que se pretende, en definitiva, es limitar la posibilidad de autorizar nuevas plazas hoteleras en algunas partes de la ciudad condal. Conforme a la modificación de 2013: *«El espíritu que enmarca las determinaciones del Plan de usos 2010 en relación con las actividades hoteleras es muy claro: no se puede aumentar el número de plazas en un distrito donde la oferta existente es muy superior a la media de los otros distritos barceloneses y pone en peligro el equilibrio entre las necesidades de la población residente y la población flotante. Es por eso que su regulación es muy estricta. Sólo se permite la implantación de nuevas plazas hoteleras (ya sean ampliación de establecimientos existentes o bien de nueva creación) en las ZE-1, 5 y 11 siempre que se renuncie a otras plazas existentes. Se bloquea de esta manera el número total de plazas existentes en el distrito y simplemente se permite su relocalización, facilitando así la renovación y modernización de los establecimientos (...)»*.

Frente a este argumento como fundamento del Plan Especial, los recurrentes entienden que se vulneran las libertades fundamentales de la Unión Europea de libre prestación de servicios y de establecimiento y su desarrollo, en parte, por la Directiva de Servicios de 2006, en cuanto que se da un trato discriminatorio al prestador de servicios al impedir «de facto» la implantación de un nuevo establecimiento en esa zona específica sin que exista ninguna razón imperiosa de interés general que lo impida, y siendo posible la adopción de medidas menos restrictivas, como sería limitar el número de camas de cada establecimiento hotelero, su categoría o implantar un régimen de distancias, tal y como se hace con el resto de actividades de restauración y otros comercios. Por otra parte, se entiende que también se vulneran los Derechos fundamentales a la libertad de empresa y a la igualdad reconocidos respectivamente en los artículos 38 y 14 de la Constitución Española de 1978. En definitiva, como señalaba al principio de este trabajo, el conflicto tiene que ver al enfrentarse dos tipos de Derechos, los colectivos al medio ambiente urbano y los individuales de igualdad y libertad en su sentido o extensión económica.

Ninguna de estas alegaciones va a ser acogida por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En primer lugar, respecto a la hipotética vulneración de la libertad europea de prestación de servicios, porque entiende que la raíz de las decisiones adoptadas por el Plan Especial tienen carácter urbanístico, no están regulando ni limitando la actividad turística y, por tanto, no les resulta de aplicación la Directiva de Servicios ya que el urbanismo es una de las razones de imperioso interés general que permite su excepción. Se trata, en palabras de la sentencia de 2017 mencionada, de regular ciertas condiciones previas o colaterales al establecimiento de un servicio, tratando de evitar su excesiva y urbanísticamente nociva proliferación, del mismo modo que el planeamiento regula otros elementos por la vía de la fijación de estándares u otros procedimientos. Es decir, el plan especial regula la implantación urbanística de los hoteles y restantes establecimientos a que se refiere, pero no la actividad en ellos a desarrollar en su sentido estricto ni sus condiciones de funcionamiento posterior.

El Tribunal Superior, por tanto, acoge, en parte la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aunque realiza una consideración que dista bastante de la resolución del Tribunal Europeo. En concreto, para el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el mero hecho de tratarse de una medida de carácter urbanístico excluye la aplicación de la Directiva de Servicios. Sin embargo, como ya hemos visto, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aún tratándose de una medida urbanística, se condiciona absolutamente el ejercicio de una actividad turística y, por tanto, puede ser objeto de control bajo el paraguas y condicionantes de la Directiva de 2006.

Tampoco se considera que se vulneren los Derechos fundamentales de libertad de empresa e igualdad en la medida en que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado que estos derechos no son ilimitados y que, si se justifica adecuadamente, pueden ser objeto de limitaciones y regulaciones sin que se vea afectado su contenido esencial.

²⁴ JUR\2017\178345.

²⁵ RJCA\2017\829.

Por lo que a las viviendas turísticas expresamente se refiere, el mencionado Plan Especial también establece importantes limitaciones en la medida en que no se otorgarán nuevas licencias de este tipo a no ser que se produzca una baja de las anteriormente concedidas y, adicionalmente, se prohíbe este tipo de alojamientos en edificios que tengan como destino el residencial habitual. En definitiva, sólo se va a permitir este tipo de alojamientos, en la zona afectada por el Plan Especial, en aquellos edificios dedicados exclusivamente a residencial turístico.

Pues bien, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña extiende los argumentos empleados para el enjuiciamiento de las medidas referidas al uso hotelero a las limitaciones introducidas en el Plan Especial enjuiciado a las viviendas turísticas. Al margen de otros pronunciamientos interesantes que se realizan en las dos Sentencias que estoy comentando, a los efectos de este trabajo, la consideración más interesante que realiza tiene que ver con el carácter urbanístico o turístico de la prohibición de este tipo de viviendas en edificios que cuenten con viviendas destinadas al uso residencial habitual. En este sentido, coherentemente con lo señalado respecto a la aplicabilidad o no de la Directiva de Servicios a este tipo de conflictos, la Sentencia de 2017 afirma que se trata de una medida de carácter urbanístico, competencia, por tanto, de la Administración local y no de la autonómica y que, consecuentemente, con la debida motivación es susceptible de acordarse por parte de los Ayuntamientos de este país.

En definitiva, conforme a esta interpretación judicial, las medidas adoptadas por los Ayuntamientos regulando y ubicando las viviendas destinadas a alojamientos turísticos en determinadas partes de la ciudad tienen carácter urbanístico y, por tanto, están exentas de la aplicación de los principios propios de las libertades económicas de establecimiento o de empresa. Siempre que las Administraciones locales utilicen sus competencias urbanísticas con la suficiente y completa motivación, las restricciones al alojamiento turístico que puedan introducir se consideran posibles. Con esta importante matización referida a la motivación de la decisión, la doctrina del Tribunal Superior se aproxima más a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El caso del Plan Especial de *Ciutat Vella* es muy concreto y sus consideraciones no se pueden extender sin más a cualquier situación o supuesto. En este caso, el Ayuntamiento de Barcelona presentó una serie de estudios y análisis que demostraban que los usos turísticos en determinadas zonas de la ciudad de Barcelona estaban generando realmente desequilibrios y daños al medio ambiente urbano que debían ser objeto de control y limitación. Sin embargo, una limitación generalizada y sin la suficiente motivación de este tipo de actividad económica (como la que se está ya anunciando en algunos municipios de este país), sin lugar a dudas, podría considerarse contraria a Derecho.

Este entendimiento del urbanismo y su técnica de la zonificación o calificación urbanística como justificación a limitaciones a actividades de carácter profesional en el ámbito del turismo, se ha aplicado igualmente y más recientemente por parte de otro Tribunal Superior de Justicia, en este caso el del País Vasco, para justificar medidas de zonificación respecto a otro tradicional uso terciario, en este caso, el de hostelería con medidas restrictivas para la instalación de este tipo de servicios en el Casco Histórico de Bilbao.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de enero de 2018²⁶ analiza la legalidad de la modificación del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo de Bilbao, consistente en establecer un nuevo régimen de algunos usos urbanísticos para diferentes actividades (hostelería, seguros...) mediante el establecimiento de una nueva zonificación y, en definitiva, del establecimiento de un régimen de distancias mínimas entre las diferentes actividades a que se refiere. El recurso se interpone a instancia de la Autoridad Vasca de la Competencia.

Resumidamente, para la Autoridad Vasca de la Competencia, las medidas adoptadas por el Ayuntamiento Vasco suponen una restricción injustificada a la competencia por cuanto que se vulneran las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios de los Arts. 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior y de los Arts. 33 y 38 de la Constitución Española y Art. 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades y su ejercicio.

Por parte de la Autoridad de la competencia se entiende que esta decisión se basa en razones puramente económicas y de defensa de un determinado tipo de comercio, el minorista tradicional frente al más pujante en estos momentos en aquella ciudad de hostelería. Para los recurrentes, se trata de una decisión administrativa falta de suficiente motivación y que constituye una limitación desproporcionada del derecho

²⁶ RJCA\2018\13.

de propiedad de los propietarios de los locales comerciales del Casco Histórico de Bilbao que ven limitadas las posibilidades de desarrollar una actividad que hasta la fecha podrían realizar sin este tipo de limitaciones.

Por su parte, el Ayuntamiento de Bilbao considera que se trata de medidas o limitaciones perfectamente posibles, basadas en sus competencias urbanísticas y que están justificadas en razones imperiosas de interés general tales como la defensa del patrimonio cultural de Bilbao, la defensa del medio ambiente urbano, la salud y seguridad pública. Se entiende que la invasión del entorno del Casco Viejo por el uso hostelero estaba provocando daños en la convivencia vecinal y que, por tanto, la defensa del interés público exigía adoptar esta decisión.

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considera que por lo que a las limitaciones del uso hostelero respecta, se trata de medidas no discriminatorias, que están justificadas en razones imperiosas de interés general, que son adecuadas para garantizar el objetivo que persiguen y que no van más allá de lo necesario. El Tribunal acepta el riguroso estudio aportado por el Ayuntamiento de Bilbao en el que, de forma numérica, se realiza un análisis de los diferentes locales y actividades abiertos y cerrados en los últimos años en cada parte de la ciudad, para concluir que la actividad de hostelería está creciendo de forma desproporcionada respecto al resto de actividades o usos de carácter terciario y que, por tanto, las limitaciones establecidas en el plan están justificadas.

Sin embargo, el Tribunal, no considera trasladables estas consideraciones respecto al uso hostelero a otras actividades como entidades de crédito y seguros, entidades de juego y recreativas y comercios de alimentación en régimen de autoservicio. La Sala no encuentra justificación que cumpla las exigencias legales anteriormente mencionadas (no discriminación, razones imperiosas de interés general, proporcionalidad y no existencia de otras medidas menos gravosas) que justifique la legalidad de las medidas restrictivas para este tipo de servicios diferentes a los hosteleros. Se trata, más bien, de justificaciones económicas prohibidas tanto por el Derecho de la Unión como por el Derecho estrictamente español.

En definitiva, al igual que sucedió en el caso de *Ciutat Vella* de Barcelona, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco considera posible que por la vía del ejercicio de competencias urbanísticas, el Ayuntamiento de Bilbao pueda limitar el ejercicio de determinadas actividades de servicios, en este caso las de hostelería, mediante la zonificación de determinadas partes de la ciudad. Establecimiento de zonas adecuadas para estas actividades o la fijación de cupos en cuanto al número de licencias que como máximo se pueden conceder en un determinado municipio para el desempeño de una concreta actividad, son medidas que, a juicio de los tribunales, perfectamente se pueden adoptar desde los ayuntamientos. Pero, en cualquier caso, lo que se considera imprescindible, como en cualquier potestad discrecional, es que esta decisión venga avalada por una completa motivación que justifique el porqué de estas medidas limitadoras del ejercicio de derechos económicos tan importantes como la libertad de establecimiento o la libertad de empresa. En los dos casos analizados, Barcelona y Bilbao, el Ayuntamiento ha decidido zonificar las actividades tras la aportación de análisis cuantitativos y cualitativos que acreditan la saturación de determinadas actividades (hotelera, viviendas turísticas o locales dedicados a la hostelería) en concretas partes de la ciudad.

Estamos en este caso en una aplicación más rigurosa si cabe de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la medida en que un mismo caso, en función de las circunstancias de cada uno de los usos urbanísticos y de las pruebas aportadas por la Administración, el Tribunal considera que los requisitos de necesidad, no discriminación y proporcionalidad en un caso se respetan y en otro no. No cabe, insistimos, una solución única y general, el análisis del cumplimiento de los criterios de legalidad de la Directiva de Servicios deben ser analizados caso a caso y en función de las concretas circunstancias del momento.

5. Los cambios de uso de residencial a turístico y la necesidad de aumento de las dotaciones e infraestructuras

Otro de los problemas que se puede plantear con la zonificación que están llevando a cabo determinados Ayuntamientos de nuestro país consistente en reubicar a las viviendas turísticas en determinadas zonas de la ciudad donde con anterioridad sólo cabía el uso residencial, es la necesidad de incrementar el número o porcentaje de dotaciones en esa parte de la ciudad donde ahora se permite un uso turístico que, probablemente, generará un aumento de la densidad edificatoria en esa zona urbana. Es una de las tradicionales consecuencias del *ius variandi* del planeamiento urbanístico.

Tradicionalmente, las diferentes leyes estatales del suelo han contemplado esta situación. Tanto el Art. 49.2 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el

Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril (TRLR76), como el artículo 128.2 de la Ley del Suelo de 1992, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, (TRLR92), imponían la dotación de mayores espacios libres cuando la modificación del plan aprobada suponga el aumento de volumen de la zona²⁷. En la legislación estatal actual, esta situación se denomina «actuaciones de dotación» y se regula en los artículos 7.1 b)²⁸ y en el 18, respecto a los deberes de los propietarios afectados por estas actuaciones urbanizadoras²⁹.

En el caso de la legislación urbanística autonómica, por ejemplo, el Art. 45 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), de 17 de diciembre, va más allá llegando incluso a considerar la posibilidad de que un suelo urbano consolidado pueda pasar a tener la condición de no consolidado por un cambio de uso en el planeamiento. Concretamente, el Art. 45.2 B) c) señala que tendrá carácter de suelo no consolidado aquél que precise de un incremento o mejora de dotaciones, *«así como en su caso de los servicios públicos y de urbanización existentes, por causa de un incremento del aprovechamiento objetivo derivado de un aumento de edificabilidad, densidad o de cambio de uso que el instrumento de planeamiento atribuya o reconozca en parcelas integradas en áreas homogéneas respecto al aprovechamiento preexistente»*.

*Se presumirá que este aumento de edificabilidad o densidad o cambio de uso requiere el incremento o mejora de las dotaciones, y en su caso de los servicios públicos y de urbanización, cuando dicho incremento comporte un aumento del aprovechamiento objetivo superior al diez por ciento del preexistente»*³⁰.

Nos podemos encontrar, por tanto, ante una situación en la que un Ayuntamiento se plantee desplazar urbanísticamente las viviendas turísticas fuera de los cascos urbanos de las ciudades. Lo lógico sería que a los lugares a los que se trasladen estos nuevos usos turísticos demandasen nuevas necesidades de infraestructuras o dotaciones locales llegando incluso a plantearse la posibilidad de tener que cambiar la clase de suelo urbano de consolidado a no consolidado, por ejemplo, como sucede en Andalucía. Quizás sea esta una de las consecuencias más importantes que pueda tener la adopción de medidas de zonificación para las viviendas turísticas y que no han sido suficientemente medidas por los Ayuntamientos que las han ido adoptando.

III. CONCLUSIONES

El sector del alojamiento turístico está provocando una auténtica catarsis en el ámbito del turismo en España. Aunque con orígenes en formas colaborativas de economía y, por tanto, sin ánimo de lucro, en la actualidad se ha conformado como uno de los sectores económicos y profesionales más pujantes y con más aceptación social.

Junto a los indudables beneficios que para la sociedad comporta esta nueva forma de prestación de servicios turísticos, se producen una serie de externalidades que deben intentar corregirse o mitigarse con

²⁷ Véase una aplicación de este supuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2013 (RJ\2013\2994).

²⁸ «Art. 7. 1. A efectos de esta ley, se entiende por actuaciones de transformación urbanística:

b) Las actuaciones de dotación, considerando como tales las que tengan por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieran la reforma o renovación de la urbanización de éste».

²⁹ «2. Cuando se trate de las actuaciones de dotación a que se refiere el artículo 7.1 b), los deberes anteriores se exigirán con las siguientes salvedades:

a) El deber de entregar a la Administración competente el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística, se determinará atendiendo sólo al incremento de la edificabilidad media ponderada que, en su caso, resulte de la modificación del instrumento de ordenación. Dicho deber podrá cumplirse mediante la sustitución de la entrega de suelo por su valor en metálico, con la finalidad de costear la parte de financiación pública que pudiera estar prevista en la propia actuación, o a integrarse en el patrimonio público de suelo, con destino preferente a actuaciones de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas.

b) El deber de entregar a la Administración competente el suelo para dotaciones públicas relacionado con el reajuste de su proporción, podrá sustituirse, en caso de imposibilidad física de materializarlo en el ámbito correspondiente, por la entrega de superficie edificada o edificabilidad no lucrativa, en un complejo inmobiliario, situado dentro del mismo, tal y como prevé el artículo 26.4, o por otras formas de cumplimiento del deber en los casos y condiciones en que así lo prevea la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

³⁰ Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de octubre de 2013 (JUR\2014\131370).

la acción de los poderes públicos. En este sentido, las normas autonómicas reguladoras del turismo se han encargado de establecer una serie de medidas que regulan el ejercicio de la actividad. Pero, junto a este tipo de medidas, la Administración Local también quiere protagonismo en este sector y en el ejercicio de sus competencias, fundamentalmente las urbanísticas, y están adoptando medidas que tratan de resolver las externalidades que provoca esa actividad.

Fundamentalmente, las medidas que se están aprobando por parte de los Ayuntamientos de este país tienen que ver con la zonificación o calificación urbanística. Así, en primer lugar, al haberse convertido en una actividad económica más, el carácter residencial inicial de este tipo de viviendas no se considera el «uso urbanístico» más adecuado y se exige su ubicación en suelos de carácter terciario hotelero.

Uno de los problemas que, en primer lugar, se plantean es si este tránsito del uso residencial al terciario requiere nueva licencia urbanística por cambio de uso. La solución a esta cuestión no está clara como lo demuestra la disparidad de pronunciamientos judiciales que, en unos casos, exigen la licencia y, en otros, no la consideran necesaria. La razón de esta dificultad tiene que ver con la ausencia de regulación general en las normas urbanísticas, fundamentalmente, autonómicas de esta tradicional y antigua técnica. Respetando, por supuesto, la autonomía local y la necesaria capacidad de los Ayuntamientos para decidir los usos urbanísticos que mejor respondan a las necesidades de un determinado municipio, quizás fuesen convenientes reglas y parámetros generales que aporten más transparencia y elementos reglamos que permitan un mayor y mejor control en este ámbito.

La cuestión que jurídicamente ha planteado mayores problemas y discusiones tiene que ver con la aplicación o no de la regulación de la libertad de prestación de servicios de la Unión Europea a este caso y, especialmente, las reglas contenidas en la Directiva de Servicios de 2006 y la legislación nacional de trasposición de esta importante norma. Se cuestiona si este tipo de medidas de zonificación son medidas de carácter estrictamente urbanístico y, por tanto no les resulta aplicables las limitaciones propias de aquélla normativa. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha significado que aunque se trate de medidas urbanísticas y que, por tanto, pueden ser adoptadas para controlar o regular una actividad económica, las reglas de la libre prestación de servicios son aplicables y, consecuentemente, sólo se considerarán válidas si superan el test de la no discriminación, necesidad y proporcionalidad. Habrá de analizarse caso a caso si las decisiones adoptadas por los diferentes ayuntamientos y que pretenden zonificar las viviendas turísticas están suficientemente motivadas en el sentido indicado por la normativa europea y la estrictamente nacional de desarrollo.

Finalmente, hay que tener muy en cuenta cuando se adoptan este tipo de decisiones tendentes a la zonificación del alojamiento turístico que puede ser necesario aumentar las infraestructuras y dotaciones locales al lugar al que se decida «llevar» este tipo de viviendas o residencias turísticas. En algunos casos, incluso, la consecuencia podría ser la obligación de convertir suelos urbanos consolidados en suelos urbanos no consolidados por estar necesitados de infraestructuras de dotación.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ATXUKARRO ARRUBARRENA, I. (2017). “La regulación urbanística de las viviendas para uso turístico”, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 12.
- BARNES VÁZQUEZ, J. (2017). “Un falso dilema: Taxis vs. Uber”, en *Diario La Ley*, núm. 8.942, 16 de marzo de 2017.
- CONTRERAS DELGADO DE COS, J. M., SILOS RIBAS, M., SOBRINO RUIZ, M. (2017). “La economía colaborativa en los sectores regulados (V). Alojamientos turísticos”, en la obra colectiva dirigida por ALFONSO SÁNCHEZ, R., VALERO TORRIJOS, J., *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*. Ed. Aranzadi.
- BUSTILLO BOLADO, R. O. (2007). “Clasificación y calificación del suelo”, en MARTÍN REBOLLO, L., y BUSTILLO BOLADO, R. O., (dirs.). *Fundamentos de Derecho urbanístico*. Ed. Aranzadi.
- DE GUERRERO MANSO, C. (2012). *La zonificación de la ciudad: concepto, dinámica y efectos*. Ed. Aranzadi.
- DE LA ENCARNACIÓN, M. (2016). “El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 5 (enero-junio 2016). DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i5.10350>.
- GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2015). “La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46.
- HERRERO SUÁREZ, C. (2017). “Las viviendas de uso turístico: ¿El enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, julio-diciembre de 2017.

- LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (2017). “Economía colaborativa y alojamiento”, en *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, obra colectiva coordinada por MONTERO PASCUAL, J. J. Ed. Tirant Lo Blanch.
- RISCOS GÓMEZ, J. F., GARCÍA HIDALGO, J. L., PALMA MARTOS, L. (2017). “Mejora de la regulación en la economía colaborativa. El caso de las viviendas turísticas en Andalucía”, en *Revista Internacional de Turismo y Empresa*, vol. 1, núm. 2. DOI: <https://doi.org/10.21071/riturem.v1i2.10217>.
- RODRIGUEZ FONT, M. (2017). “Barreras regulatorias a la economía colaborativa y nuevas vías de impugnación de normas: el caso de las viviendas de uso turístico”, en *Revista española de derecho administrativo*, núm. 182.
- RODRIGUEZ FONT, M. (2016). “La regulació de l’allotjament col·laboratiu a Catalunya: anàlisi de les propostes de l’Autoritat Catalana de la Competència”, en *Revista catalana de dret públic*, núm. 53.
- ROMERO ALOY, M. J. (2011). “La zonificación urbanística. Algunas innovaciones”, *Práctica Urbanística*, núm. 109, Sección Estudios, noviembre 2011.
- SIMANCAS CRUZ, M. R., PEÑARRUBIA ZARAGOZA, M. P., TERMES, R. (2018). “La calificación urbanística del suelo: cuestión clave en la prohibición del alquiler vacacional en las áreas turísticas de litoral de Canarias”, en *Cuadernos geográficos de la Universidad de Granada*, vol. 57, núm. 1. DOI: <https://doi.org/10.30827/cuadgeo.v57i1.5666>.
- SOCÍAS CAMACHO, J. M., (2018). “Estado regulador y alojamiento colaborativo. El régimen de la intervención pública limitadora de la prestación del servicio”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 205. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.04>.
- YAÑEZ VELASCO, I. (1997), “Concepto de uso en la legislación del suelo (Especial referencia a la calificación y zonificación)”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 156, septiembre-octubre 1997.



Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona

Urban planning of tourism: regulation of touristic apartments in Madrid and Barcelona

Alejandro Román Márquez
Universidad de Sevilla
aroman2@us.es

NOTA BIOGRÁFICA

Alejandro Román Márquez es licenciado en Derecho (2004), Doctor (2009) –Universidad de Granada– y máster en Patrimonio Cultural y Natural (2012) –Universidad Internacional de Andalucía–. Es profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla y miembro del Instituto Universitario de Investigación García Oviedo. Sus principales líneas de investigación son el Derecho del turismo y la contratación pública.

RESUMEN

Las importantes restricciones que el planeamiento urbano ha impuesto a las viviendas de uso turístico en las ciudades de Madrid y Barcelona imponen un examen de estas medidas desde el punto de vista de los principios de buena regulación económica, la libre prestación de servicios y la protección de los derechos fundamentales de ciudadanos en general y de propietarios de viviendas en particular.

PALABRAS CLAVE

Moratoria turística; planeamiento urbano; principios de buena regulación; viviendas de uso turístico.

ABSTRACT

The important restrictions that the urban planning has imposed on the touristic apartments in the cities of Madrid and Barcelona impose an examination of these measures from the point of view of the principles of good economic regulation, the free provision of services and the protection of the fundamental rights of citizens in general and owners of housing in particular.

KEYWORDS

Tourism moratorium; urban planning; principles of good regulation; touristic apartments.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO A TRAVÉS DE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA: LOS PLANES URBANÍSTICOS ESPECIALES DE MADRID Y BARCELONA. 1.1. PERSPECTIVA GENERAL. 1.2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA DEL ALOJAMIENTO TURÍSTICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMPETENCIA. 2. JUSTIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES AL ESTABLECIMIENTO DE VIVIEN-

DAS DE USO TURÍSTICO: LOS OBJETIVOS DE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA DE LOS USOS TURÍSTICOS. 3. RESTRICCIONES A LA EXPLOTACIÓN DE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO EN LAS CIUDADES DE BARCELONA Y MADRID. 3.1. RESTRICCIONES CONTENIDAS EN EL PLAN ESPECIAL URBANÍSTICO PARA LA REGULACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO, ALBERGUES DE JUVENTUD, RESIDENCIAS COLECTIVAS DOCENTES DE ALOJAMIENTO TEMPORAL Y VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO DE LA CIUDAD DE BARCELONA. 3.2. RESTRICCIONES CONTENIDAS EN EL PLAN ESPECIAL DE REGULACIÓN DEL USO DE SERVICIOS TERCIARIOS EN LA CLASE DE HOSPEDAJE DE MADRID. REFLEXIÓN FINAL: OBJETIVOS BIENINTENCIONADOS, DIAGNÓSTICO DEFICIENTE Y CONSECUENCIAS IMPREVISIBLES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de las viviendas particulares ofertadas por sus propietarios como alojamientos turísticos ha alcanzado en los últimos años una enorme relevancia, tanto en España o en otros países de su entorno. Las ciudades de Madrid y Barcelona han aprobado recientemente instrumentos de planificación urbanística con la finalidad de regular los usos turísticos del suelo, entre los que se incluyen, además de la oferta clásica de establecimientos de alojamiento turístico (hoteles, hoteles-apartamento, hostales, pensiones, etc.), las viviendas particulares de uso turístico. La regulación de una determinada actividad económica se ha justificado tradicionalmente por la existencia de *fallos de mercado*, siendo los más usuales la existencia de *asimetrías informativas*¹ y de *externalidades negativas*². La planificación urbanística de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona se ha enfocado principalmente a la eliminación de las segundas, identificadas con la saturación de determinados espacios y servicios públicos y con el alza de los precios de la vivienda en las áreas centrales de sendas ciudades. Partiendo de esta premisa, los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona se han dotado de unas normas extremadamente restrictivas de la actividad turística de alojamiento, con consecuencias inmediatas en el mercado de las viviendas de uso turístico.

El artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, que recoge el principio de buena regulación, dispone que, en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada «[...] por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución». En virtud del principio de proporcionalidad «[...] la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios». Como recuerda Rodríguez Font (2017: 416), «[d]e todos estos principios el de necesidad, por su contenido, es del todo fundamental, pues su adecuada ponderación justifica la existencia de la norma en sí misma: si no hay razón de interés general, la intervención pública en forma de regulación queda deslegitimada».

Los organismos encargados de la defensa de la competencia (ACCO, 2014: 3; 2017: 5) recuerdan la obligación de realizar una evaluación del impacto competitivo de la intervención de las Administraciones públicas en la economía, análisis que debe estar basado en los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, así como en el resto de los principios de buena regulación eficiente y favorecedora de la competencia. La variable de competencia constituye para éstos un factor de decisión que no puede obviarse y que debe ser tenido en cuenta por los poderes públicos, puesto que la alteración de las condiciones de competencia en el mercado puede impactar en términos de cantidad, calidad y precios de la oferta y, por tanto, repercutir negativamente en el bienestar de los consumidores. Por esta razón, resulta

¹ Existe asimetría informativa cuando las partes de una relación comercial no disponen de la misma cantidad de información sobre el producto o servicio objeto de transacción. En el ámbito turístico, el consumidor ha tenido tradicionalmente una menor cantidad de información que el oferente de los servicios debido a que, por su naturaleza, son generalmente contratados de forma anticipada y a distancia (v. gr. las vacaciones del año siguiente en el extranjero). La ordenación, mediante normas jurídicas, de los establecimientos de alojamiento turístico tiene como objetivo atenuar la asimetría informativa que afecta a los turistas, fijando estándares obligatorios de calidad y servicios que puedan ser conocidos fehacientemente por éstos.

² Las externalidades negativas son los costes o daños generados por una actividad que no se repercuten en su precio. Es decir, las externalidades negativas son los efectos adversos de determinadas actividades que son disfrutadas por los consumidores sin que éstos compensen económicamente a los perjudicados por ella (v. gr. la contaminación atmosférica generada por determinadas actividades industriales).

imprescindible que los poderes públicos ponderen los diferentes intereses en juego, contraponiendo los beneficios asociados a la introducción de una restricción con los costes que implica en términos de menor competencia. En ausencia de este examen es posible que las restricciones generen innecesarios e injustificados costes en materia de competencia y prosperidad ciudadana, además de algunos problemas de legalidad.

La Comisión Nacional del Mercado y de las Comunicaciones (CNMC) publicó en el mes de julio de 2018 el *Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España*, que viene a actualizar las apreciaciones que sobre esta materia contenía el controvertido *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y economía colaborativa –resultados preliminares–* de 2016³. En las mismas fechas se anunció el recurso contra la normativa urbanística municipal de viviendas turísticas de Madrid, Bilbao y San Sebastián, por considerar que resulta contraria con los principios de regulación económica eficiente, y después de que los Ayuntamientos afectados no contestasen a satisfacción de la CNMC sendos requerimientos previos para que justificasen la necesidad y proporcionalidad de estas medidas restrictivas o, alternativamente, procediesen a su anulación (CNMC, 2018b).

En las páginas siguientes se analiza el marco jurídico que las ciudades de Madrid y Barcelona han impuesto a las viviendas de uso turístico desde una perspectiva espacial a través de sendos planes urbanísticos especiales. Este examen evalúa la oportunidad de utilizar instrumentos de planeamiento urbanístico como medio para ordenar determinadas actividades económicas, la justificación de las medidas adoptadas por los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona y su encaje con los principios de necesidad y proporcionalidad, así como la congruencia entre ambos principios y las medidas finalmente aprobadas.

1. LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO A TRAVÉS DE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA: LOS PLANES URBANÍSTICOS ESPECIALES DE MADRID Y BARCELONA

1.1. Perspectiva general

El Ayuntamiento de Barcelona aprobó definitivamente, en su sesión plenaria del 27 de enero de 2017, el *Plan Especial Urbanístico para la regulación de los establecimientos de alojamiento turístico, albergues de juventud, residencias colectivas docentes de alojamiento temporal y viviendas de uso turístico de la Ciudad de Barcelona* (en adelante, PEUAT)⁴. Este instrumento de planificación, que deroga el preexistente *Plan Especial Urbanístico para la regulación de las Viviendas de Uso Turístico* de 2016⁵, tiene como finalidad la regulación de los usos del suelo en el término municipal de Barcelona respecto de determinados establecimientos de alojamiento temporal y turístico, entre los que se incluyen las viviendas de uso turístico. Con relación a estas últimas, el PEUAT se remite en bloque al Decreto catalán 159/2012, de 20 de noviembre, de *establecimientos de alojamientos de uso turístico y de viviendas de uso turístico*, para localizar su régimen jurídico. En la Comunidad Autónoma catalana se consideran viviendas de uso turístico aquellas que sean cedidas por su propietario, directa o indirectamente, a terceros y a cambio de contraprestación económica, para una estancia de temporada, en condiciones de inmediata disponibilidad y con las características establecidas en el citado Decreto. El resto de fuentes que contienen el régimen jurídico de las viviendas de uso turístico en Cataluña son las siguientes: la normativa sectorial o municipal que resulte de aplicación y la Ordenanza municipal que, en su caso, regule este tipo de establecimientos⁶.

³ En este estudio se apostó por no regular esta actividad si se llegase a la conclusión de que no existen fallos de mercado, siendo precisamente la ausencia de regulación la respuesta más eficiente al fenómeno de las viviendas de uso turístico (CNMC, 2016: 9). En este sentido advierte RODRÍGUEZ FONT (2017: 416) que la iniciativa normativa debe constituir la mejor opción para cumplir con los principios de buena regulación, puesto que en el contexto de la economía colaborativa la regulación no es, tal y como ha señalado la CNMC, la única opción posible para encauzar sus efectos y potencialidades. En contra de este abstencionismo regulatorio se encuentran autores como ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS (2017: 4), para quien el volumen económico de esta actividad legitima la intervención y el control administrativo, por lo que su «atención normativa» estaría plenamente justificada, pero siempre a través fórmulas ponderadas que eviten regulaciones innecesarias y desproporcionadas que perjudiquen a los consumidores, al interés general y a la competencia efectiva.

⁴ Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 6 de marzo de 2017.

⁵ Aprobado definitivamente por el Pleno del Consejo Municipal de Barcelona el 1 de abril de 2016, Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 21 de abril de 2016.

⁶ Artículos 8.2, 21 y 22.1.a PEUAT.

El PEUAT regula de forma específica las condiciones urbanísticas de emplazamiento de las viviendas de uso turístico en función de la delimitación espacial de su ámbito de aplicación. Para ello, se establecen una serie de áreas territoriales -denominadas *Zonas Específicas*- delimitadas conforme a su «sensibilidad» para acoger nuevas viviendas de uso turístico en atención a la intensidad de la oferta actual de alojamientos turísticos, la relación de plazas ofertadas respecto de la población residente, la saturación del espacio público y la morfología urbana o la especialización urbanística preponderante en la zona. En cada una de estas áreas se establecen unos requisitos diferenciados para la implantación de nuevas viviendas de uso turístico, llegando a prohibirse completamente en alguna de ellas.

Como elemento fundamental del sistema instaurado por el PEUAT, éste crea el *censo de establecimientos de alojamiento turístico, albergues de juventud, residencias colectivas docentes de alojamiento temporal y viviendas de uso turístico* (CEAT), al cual se deben incorporar todas las viviendas de uso turístico autorizadas, con el objetivo de conocer en cada momento su número exacto. Cualquier solicitud de autorización de una nueva vivienda de uso turístico requerirá la constatación previa de que, conforme a los datos obrantes en el CEAT, aquélla resulta compatible con la capacidad de crecimiento de la oferta turística prevista en el PEUAT⁷.

Por su parte, el Ayuntamiento de Madrid aprobó inicialmente, en el mes de julio de 2018⁸, el *Plan Especial de Regulación del Uso de Servicios Terciarios en la clase de Hospedaje* (en adelante, PERUH). Este plan de regula los usos compatibles y autorizables del hospedaje turístico en edificios destinados a viviendas en una amplia porción del término municipal de la Ciudad de Madrid, con el objetivo manifiesto de preservar el uso residencial del centro urbano y, de forma añadida, extender la actividad de alojamiento turístico a otras zonas de la ciudad, redistribuyendo la actividad económica y descargando la concentración del centro histórico. El PERUH subordina la posibilidad de explotación de viviendas particulares como alojamiento turístico a tres condicionantes: a) la profesionalidad de la actividad, b) su ubicación y, c) la preexistencia de uso terciario. En relación con el primero de los condicionantes, se fija un umbral de tres meses relativos a la oferta de alojamiento turístico en aquellas viviendas que constituyan residencia permanente, por debajo del cual quedan excepcionadas de la aplicación del plan, al no ser considerada aquélla como actividad empresarial de hospedaje turístico por la normativa autonómica madrileña. En relación con el segundo de los condicionantes señalados, el PERUH delimita tres sectores en forma de *anillos* concéntricos, establecidos en función del estado de saturación de alojamientos turísticos que soportan cada uno de los barrios madrileños. Y en relación con el tercero y último de ellos, se flexibiliza el acceso a la actividad de alojamiento turístico para aquellas viviendas ubicadas en edificios pertenecientes al tercer anillo en los que se admitan otros usos terciarios, como oficinas o comercios.

En ambas ciudades el sistema elegido de planificación urbanística de las viviendas de uso turístico responde al modelo tradicional de regulación detallada de usos del suelo -*zonificación*-, que generalmente presenta el siguiente patrón (ACCO, 2014: 4): en primer lugar se definen las diferentes tipologías de actividades, de forma que quien pretenda iniciar una concreta actividad pueda saber en qué tipología se encuadra la que resulte de su interés, y, adicionalmente, se divide el ámbito territorial de aplicación del instrumento de

⁷ La inscripción en este registro público no se configura como un requisito previo para el inicio de la actividad de alojamiento. La CNMC (2018a: 41) advierte de que la tripe exigencia contenida en numerosas normas autonómicas, consistente en la obligación conjunta de presentar declaración responsable y realizar la inscripción en un registro, condicionando el inicio de la actividad a la confirmación por la Administración de la inscripción en tal registro, «*anula el objetivo inherente a la declaración responsable, consistente en no obstaculizar el desarrollo de la actividad y dinamizar el mercado, convirtiéndola de facto en una autorización administrativa*». A este respecto, debe recordarse cómo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias núm. 41/2017, de 21 de marzo, anuló el artículo 13.3 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, *por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias*, que condicionaba la obtención de las hojas de reclamaciones, el cartel anunciador de las mismas y el libro de inspección -requisitos necesarios para la explotación turística de la vivienda- a su inscripción efectiva en el Registro General Turístico de la Comunidad Autónoma de Canarias de Canarias (para lo cual el Cabildo Insular gozaba de un plazo de quince días desde hábiles desde la fecha de presentación de la declaración responsable de inicio de actividad por parte del titular o explotador de la vivienda). Tal y como advierte este pronunciamiento, debe reputarse contrario al ordenamiento jurídico cualquier mecanismo que prive a la declaración responsable de la virtualidad de habilitar el comienzo de la actividad desde el mismo día de su presentación, en atención a la configuración de este instrumento de control regulado por el artículo 69.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. En el caso canario, «[c]omo el inicio de la actividad sin la referida documentación es motivo de sanción, de facto esta regulación está desnaturalizando los efectos de la declaración responsable y sometiendo el inicio de la actividad a un control administrativo previo» (Fundamento de derecho séptimo). En el mismo sentido CCA (2014), ACCO (2015) y AVC (s/f). Para un análisis de la normativa autonómica en esta materia *vid.* DE LA ENCARNACIÓN (2016) y ROMÁN SÁNCHEZ *et al.* (2017).

⁸ Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 26 de julio de 2018, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 196, de 17 de agosto de 2018, pág. 63.

planeamiento (v. gr. un término municipal) en diversas zonas determinadas administrativamente. Con base en ambos parámetros –tipología de actividades y áreas predeterminadas– se regula la presencia de cada una de las actividades en las diferentes zonas. Se trata, desde la perspectiva turística, del establecimiento de reglas urbanísticas de *incompatibilidad horizontal* de usos (Doménech Pascual, 2018: 57), en virtud de las cuáles se prohíbe o limita el uso turístico de las viviendas particulares en determinadas áreas del término municipal⁹.

Como medida complementaria a la tramitación de estos planes los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona han aprobado sendas moratorias¹⁰ que afectan a los establecimientos de alojamiento turístico, incluyendo las viviendas de uso turístico, por lo que la tramitación y concesión de licencias turísticas ha quedado suspendida, al menos, durante un año desde la aprobación definitiva de PEUAT y PERUH.

1.2. Algunas consideraciones sobre la planificación urbanística del alojamiento turístico desde la perspectiva de la competencia

Para realizar un correcto análisis de la planificación urbanística de las viviendas de uso turístico desde la perspectiva de la promoción de la competencia resulta ineludible establecer su régimen jurídico, lo cual pasa inevitablemente por determinar si la regulación de los usos turísticos del suelo está sometida o no a la Directiva de Servicios y a la normativa interna de transposición. La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, *relativa a los servicios en el mercado interior*, excluye de su ámbito de aplicación a aquellos requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio en materia de urbanismo (Considerando núm. 9). Esta exclusión genera, por tanto, una duda legítima en torno a la cuestión de si la Directiva de Servicios, con todas sus restricciones y cautelas al establecimiento de barreras de entrada de nuevos competidores en el mercado, resulta de aplicación a la planificación urbanística de las viviendas de uso turístico. Los organismos encargados de la defensa de la competencia se han pronunciado en varios documentos sobre esta cuestión, manteniendo una posición favorable a la aplicación de la Directiva de Servicios a la planificación urbanística de las viviendas de uso turístico (CNMC, 2018a: 48; ACCO, 2014: 19, 2017: 6). Consideran éstos que una regulación de los usos del suelo que contenga requisitos para el establecimiento de actividades turísticas posee naturaleza eminentemente económica o comercial, a pesar de estar contenidos en un instrumento urbanístico, por lo que resulta plenamente aplicable la Directiva de Servicios. En consecuencia, la planificación urbanística de las viviendas de uso turístico debe respetar los principios que regulan el establecimiento de requisitos para el acceso de una actividad de servicios o su ejercicio: necesidad y proporcionalidad¹¹.

A favor de esta interpretación estaría la sentencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea de 24 de marzo de 2011 (*Comisión Europea vs Reino de España*, asunto C-400/08), que consideró que la regulación catalana sobre grandes establecimientos comerciales presentaba carácter económico, así como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 613/2013, de 30 de septiembre, que, fundamentada en la anterior, anuló determinados preceptos del *Plan especial de equipamiento comercial alimenticio de Barcelona*. En contra, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 199/2014, de 2 de

⁹ Por el contrario, las reglas de *incompatibilidad vertical* limitan las posibilidades de que en un mismo edificio coexistan los usos residencial y turístico. V. gr. la Ley 8/2012, de 19 de julio, *del Turismo de las Islas Baleares* (modificada posteriormente por la Ley 6/2017), restringió la localización de viviendas de uso turístico a las viviendas unifamiliares aisladas o pareadas, excluyendo, por tanto, la posibilidad de que aquéllas se ubicasen en edificios sometidos a régimen de propiedad horizontal y compartiesen espacio con viviendas destinadas a residencia habitual.

¹⁰ En Barcelona la primera de sus moratorias data de 2010 y afectó al Distrito de Ciudad Vella, ampliándose al resto de la ciudad en 2015 (Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona de 1 de julio, Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 2 de julio). El *Plan Especial Urbanístico para la regulación de las Viviendas de Uso Turístico* de 2016 y el actual PEUAT han continuado la suspensión. En Madrid, la primera moratoria turística se acordó el 1 de febrero de 2018 (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 30, de 5 de febrero, pág. 104), siendo ésta objeto de recurso por la CNMC. El PERUH propone la prórroga de la actual moratoria por espacio de un año, ampliable por otro más.

¹¹ La ACCO sostiene su posición basándose, principalmente, en lo señalado por la Unión Europea en su *Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios*: «[...] el simple hecho de que se atribuya a tales normas la denominación específica, por ejemplo, como normas urbanísticas [...] no es suficiente para excluirlas del ámbito de la Directiva de servicios. [L]os Estados miembros tendrán que tener en cuenta que las “normas urbanísticas” o las “ordenanzas de construcción” pueden contener requisitos que regulan de manera específica actividades de servicios y que, por lo tanto, están cubiertos por la Directiva de Servicios. Por ejemplo, las disposiciones sobre la superficie máxima de ciertos establecimientos comerciales, aunque figuren en las normas urbanísticas generales, están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios y, en consecuencia, tienen que atenerse a aquello previsto en el capítulo sobre la libertad de establecimiento de ésta» (VV.AA., 2007: 15).

abril, que enjuicia la adecuación a derecho del *Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hostelería y otros servicios del Distrito de Ciutat Vella* (Barcelona). Esta sentencia declara nula la exigencia de renuncia previa de una o varias licencias de actividad titularidad del mismo solicitante para obtener una nueva, pero considera que el resto de las restricciones contenidas en el plan no son contrarias a la Directiva de servicios por estar recogidas en una norma urbanística¹².

Si bien tampoco existe unanimidad en la doctrina en torno a esta cuestión¹³, en mi opinión parece claro que este tipo de planes no responden a la finalidad propia de la planificación urbana, cual es la ordenación arquitectónica de los espacios de la ciudad y las condiciones para su transformación y desarrollo, sino que contiene importantes implicaciones económicas que trascienden a la materia urbanística. La única finalidad de estos planes es regular una determinada actividad económica, por lo que su naturaleza como instrumento urbanístico debe ser puesto en entredicho a los efectos de su exclusión de la Directiva de Servicios, por más que su existencia pueda estar justificada para sus redactores en razones como la supuesta incompatibilidad relativa a los usos del suelo entre la actividad de alojamiento turístico y el uso residencial de las viviendas, o en la protección del derecho fundamental a una vivienda digna.

Se reconocen algunos efectos positivos a la técnica de la zonificación desde la perspectiva de la competencia (CNMC, 2018a: 50 a 53; ACCO, 2014: 9 a 11), como el aumento de la rivalidad competitiva de los operadores –puesto que, debido a la concentración en determinadas zonas, éstos están situados más cerca unos de otros¹⁴– y la disminución de los costes de investigación de los consumidores –que pueden comparar precios y servicios más fácilmente–. Sin embargo, sus efectos negativos son muy relevantes. Si el suelo, considerado en términos generales como un recurso limitado, es objeto de una regulación detallada y restrictiva respecto de sus usos se dificulta e, incluso, se puede llegar a impedir el establecimiento de nuevos operadores en el mercado. Las barreras de entrada *absolutas o insalvables* (v. gr. moratorias turísticas) generan unos costes para la competencia de forma directa, al impedir la aparición de nuevos competidores en el mercado y, por tanto, limitando la oferta del mercado y provocando su cierre. Las barreras de entrada *relativas o salvables* (v. gr. *numerus clausus* de establecimientos o plazas turísticas, requisitos relativos a dimensiones mínimas, equipamiento o seguridad, etc.) dificultan la entrada de nuevos competidores en el mercado, al implicar un incremento de los costes en términos económicos y de tiempo para los potenciales nuevos competidores, los cuáles ven reducida su capacidad para competir con los operadores preexistentes –*incumbentes*– como consecuencia de la obligación de asumir tales sobrecostes –*costes regulatorios*–. Adicionalmente, se produce un efecto desincentivador para los potenciales nuevos competidores, que ven reducidos los estímulos para entrar en el mercado. Se trata, en definitiva, de una auténtica «regulación disuasoria», cuya finalidad última no es ordenar la actividad, sino desincentivar la entrada en el mercado de nuevos operadores.

La ordenación de la actividad de las viviendas de uso turístico en función de determinadas zonas predefinidas administrativamente genera, además, barreras *geográficas* dentro de los mercados, tanto regionales como locales, que redundan una vez más en perjuicio de los consumidores y usuarios; y su restricción a determinadas zonas elimina las denominadas «economías de aglomeración», generadas por la existencia de infraestructuras compartidas y externalidades de información acerca de la localización de la oferta, las cuales contribuyen a reducir los costes de búsqueda de los consumidores y generar externalidades positivas sobre otros establecimientos (CNMC 2018a: 50, 51).

Desde el punto de vista de los operadores ya instalados en el mercado, las barreras de entrada absolutas o relativas a los nuevos operadores generan igualmente una serie de efectos negativos: reduce las presiones competitivas que sienten los operadores incumbentes por la potencial entrada de nuevos operadores en el mercado, lo que reduce los estímulos para mejorar la calidad y competitividad de la oferta existente,

¹² Esta sentencia ha sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo. En idéntico sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 357/2014, de 12 de junio.

¹³ Así, v. gr., SOCIAS CAMACHO (2018: 152) considera que para dilucidar esta cuestión resulta necesario diferenciar dos situaciones: a) una, relacionada con el ámbito del urbanismo o la ordenación del territorio, y en que estaría excluida la aplicación de la Directiva de Servicios, al incidir sobre la implantación urbanística de las viviendas que pueden destinarse al uso turístico, determinado ciertas condiciones «previas» o «colaterales» al ejercicio de la comercialización turística de las viviendas, del mismo modo que el planeamiento urbanístico regula otros aspectos por la vía de la fijación de estándares u otros procedimientos; y b) otra, relacionada con la actividad y las condiciones de prestación del servicio, es decir, la actividad concreta y específica a desarrollar y sus condiciones de funcionamiento posterior, sometida a la Directiva de Servicios y legislación de transposición.

¹⁴ Si bien la tendencia natural del comercio es la concentración espacial en determinadas calles o áreas de la ciudad para aprovechar las diferentes sinergias que genera su proximidad.

pues no perciben en la misma medida la necesidad en mejorar o diferenciar su producto (v. gr. ofreciendo mejores servicios o condiciones que sus competidores); se incrementa el precio de los traspasos de negocios, debido a la escasez total o relativa de permisos de entrada al mercado¹⁵, lo que beneficia directamente a los operadores establecidos como consecuencia de una decisión administrativa ajena a los mecanismos de conformación de la oferta y la demanda –*rentas regulatorias o monopolísticas*–; y se aumenta la probabilidad de comportamientos colusorios, puesto que los operadores tienen un conocimiento profundo y estable de la competencia, que no se altera cuantitativamente a lo largo del tiempo (o lo hace muy poco). Todo ello supone conceder a los operadores preexistentes a la implantación de barreras de entrada al mercado una situación de privilegio frente a los potenciales nuevos competidores que no está justificada en términos de méritos empresariales (v. gr. como consecuencia de su mayor eficiencia, adaptación a las preferencias de la demanda o política de precios), sino por la intervención de la Administración pública en el mercado.

En definitiva, la regulación restrictiva de los usos del suelo provoca un impacto negativo en la competencia y, por ende, en el bienestar del consumidor, puesto que reduce la variedad, cantidad y calidad de la oferta, disminuye los estímulos a la innovación empresarial y provoca un aumento generalizado de precios¹⁶. En este sentido, la CNMC (2018a: 48, 51) considera que determinar mediante el planeamiento urbanístico dónde puede establecerse una vivienda de uso turístico o cuál es el número ideal de estas viviendas en un área determinada carece de justificación desde el punto de vista económico. Recuerda este organismo que «[e]n el mercado del suelo, pueden existir determinados tipos de fallos de mercado, generalmente vinculados a externalidades por usos incompatibles del suelo, que conduzcan a un tamaño excesivo de una ciudad, o a la provisión de bienes públicos. Es decir, la zonificación por usos propia del planeamiento español estaría vinculada a la existencia de una externalidad por uso incompatible, que tendría lugar si, por ejemplo, una fábrica que emite contaminación se instala al lado de un parque muy concurrido. Como consecuencia del efecto que dicho nivel de contaminación puede producir en la población cercana, tradicionalmente se ha considerado que está justificado mantener una cierta distancia entre la actividad contaminante y las zonas residenciales. Sin embargo, cabe señalar que una vivienda de uso turístico es un alojamiento destinado a un uso residencial, sin perjuicio de que la vivienda, o una parte de ella, pueda ser objeto de una cesión temporal. Por tanto, por su propia naturaleza, la cesión de viviendas de uso turístico debe ser compatible con el uso residencial de la vivienda».

Como alternativa a la zonificación, la CNMC (2015: 27; 2018a: 48, 52) propone mecanismos «más proporcionados», que pueden ser tanto mecanismos de mercado, en el que los propios individuos negocian para corregir las externalidades negativas existentes, como mecanismos de tipo normativo, pero que estén basados en estándares y no en la determinación del lugar concreto en el que deben localizarse ciertas actividades económicas. Otro de los mecanismos por lo que apuesta decididamente la CNMC es el establecimiento de «impuestos *pigouvianos*»¹⁷ a la actividad turística, los cuales permiten resolver el problema de las externalidades en origen. Como señala Rodríguez Font (2017: 418), los impuestos son los principales instrumentos públicos para internalizar, con carácter general, las externalidades negativas de los mercados, puesto que cuando éstos producen más cantidad de bienes o servicios de lo que resulta socialmente deseable, los gravámenes económicos son una medida efectiva para disminuir su cuantía hasta niveles óptimos. El establecimiento de impuestos a las estancias turísticas con el objetivo de desincentivar la demanda es una medida considerada igualmente por los redactores del PEUAT (Memoria, pág. 10), pero como medida complementaria a la planificación urbanística de las viviendas de uso turístico, no como alternativa a ésta. Actualmente, Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono¹⁸, impone un pago de 2,25 € por pernocta en viviendas de

¹⁵ Ante la imposibilidad de acceder al mercado por otras vías, la única opción consiste en la adquisición de un permiso titularidad de otro operador, cuyo valor no responde a la dinámica del mercado sino a una decisión política que altera el libre juego de éste y le dota de su valor de transacción (ACCO, 2017: 9).

¹⁶ El ingreso por habitación disponible –RevPAR– aumentó un 9,3% en la ciudad de Barcelona durante el año 2017 (VV.AA, 2018b).

¹⁷ Los impuestos *pigouvianos* son aquéllos que persiguen corregir una externalidad negativa (v. gr. la contaminación atmosférica). Un ejemplo de impuesto *pigouviano* aplicado al turismo en España es el impuesto sobre estancias turísticas existente en la Comunidad Autónoma Balear –conocida como «ecotasa balear»–, regulado por el Decreto 35/2016, de 23 de junio, por el que se desarrolla la Ley del impuesto sobre estancias turísticas y de medidas de impulso del turismo sostenible.

¹⁸ Desarrollada por el Decreto 141/2017, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos.

uso turístico ubicadas en la ciudad de Barcelona y de 0,90 € por pernocta en las localizadas en el resto de Cataluña (art. 34.1).

Sin embargo, el uso de impuestos pigouvianos como mecanismo para redimensionar la demanda de viviendas de uso turístico también presenta inconvenientes (Doménech Pascual, 2018: 65). En primer lugar, porque no resulta fácil determinar la magnitud de las externalidades que el impuesto trata gravar y, por ende, su cuantía óptima, lo que puede provocar que ésta sea demasiado elevada o excesivamente baja, generando un nivel de turismo que no es el óptimo para la sociedad. En segundo lugar, su gestión y cobro puede generar costes relevantes (si bien reducibles mediante el uso de nuevas tecnologías). Y, en tercer lugar, la magnitud de las externalidades puede variar en función de las características, localización y acumulación de las viviendas de uso turístico, haciendo extremadamente dificultoso la integración de todas estas variables en el cálculo de la tasa. En cualquier caso, considero que este mecanismo es más respetuoso con el derecho constitucional a la libertad de empresa y protege mejor los intereses de los ciudadanos como consumidores que las restricciones, absolutas o relativas, a la explotación de las viviendas particulares como alojamientos de uso turístico en función de su localización geográfica.

Estos son, de forma sintética, los mecanismos que la CNMC propone como alternativa a la zonificación urbanística de los usos turísticos. En cualquier caso, este organismo advierte de que, para salvaguardar el principio de igualdad y realizar una correcta distribución de cargas, tales mecanismos deben aplicarse a todos los agentes que contribuyen a la congestión del medio urbano, es decir, a todas las modalidades de establecimientos de alojamiento turístico, y no de forma exclusiva a una determinada categoría de operadores, como sería el caso de las viviendas particulares de uso turístico.

2. JUSTIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES AL ESTABLECIMIENTO DE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: LOS OBJETIVOS DE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA DE LOS USOS TURÍSTICOS

Los instrumentos de planificación urbanística de las viviendas de uso turístico en las ciudades de Madrid y Barcelona coinciden en sus objetivos fundamentales, los cuales sirven de justificación a las restricciones impuestas para su establecimiento y explotación. Los diferentes objetivos fijados por los redactores de ambos planes pueden concretarse en los siguientes: a) uso equilibrado del suelo, b) reducción de externalidades negativas, y c) promoción del derecho a una vivienda digna.

En relación con el primero de estos objetivos, la tradicional flexibilidad de la ordenación urbanística de la ciudad ha propiciado una diversidad de los usos del suelo, la cual se encontraría amenazada por el intenso desarrollo turístico, que amenaza con implantar un *monocultivo económico* en torno a esta actividad. Algunos autores (Socias Camacho, 2017: 24) advierten de fenómenos como la *urbanalización* –homogeneización del paisaje urbano– o la *brandificación* –desaparición del comercio local y del patrimonio cultural en favor de las empresas transnacionales–, ambos vinculados con la actividad turística en los centros urbanos. Tales amenazas justificarían una intervención pública tan intensa en el mercado, alterando la ley de la oferta y la demanda. Este objetivo estaría conectado directamente con el principio de desarrollo territorial urbano y sostenible contenido en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*. En virtud de este principio, los poderes públicos deben formular y desarrollar las políticas de su respectiva competencia de acuerdo con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma racional. Concretamente, en relación al objetivo del uso equilibrado del suelo en un contexto de alta presión turística, el número 3 de este precepto –apartados a, g y j– exige a los poderes públicos que posibiliten el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano «integrado socialmente», así como la integración en el tejido urbano de cuantos usos resulten compatibles con la función residencial con el objetivo de contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación a los servicios, dotaciones y equipamientos a la comunidad residente, así como la cohesión e integración social, y todo ello teniendo en cuenta la «perspectiva turística», en el sentido de facilitar el «uso turístico responsable».

Los organismos encargados de la defensa de la libre competencia han criticado la pretensión de equilibrar artificialmente los usos del suelo. Para la ACCO (2014: 14, 15, 17) el error estaría en la pretensión misma de definir un concepto de uso equilibrado del suelo. Advierte este organismo sobre la enorme dificultad

de determinar correctamente qué deba entenderse por oferta comercial «ideal» o «equilibrada», y para ello se vale del siguiente ejemplo: la planificación urbanística de las viviendas turísticas parte de una regulación de los usos del suelo que toma en consideración únicamente la oferta comercial física, sin tener en cuenta los importantes cambios que las nuevas tecnologías han operado en este ámbito como consecuencia del desarrollo y generalización del comercio electrónico. La existencia de un establecimiento físico próximo ha perdido relevancia para el aprovisionamiento de bienes y servicios de los habitantes de un determinado lugar. Sin embargo, en ningún caso puede afirmarse que el comercio electrónico haya convertido en irrelevante el elemento físico. Antes, al contrario, para la ACCO la ubicación física de los operadores sigue constituyendo un factor de competencia importante a la hora de desarrollar actividades económicas, y precisamente por ello considera que las restricciones en el establecimiento físico comportan un grave problema para la competencia precisamente porque constituyen un factor relevante para la potencial entrada al mercado de nuevos ofertantes de bienes y servicios¹⁹. Pero, desde el punto de vista inverso, «[...] *la importancia del comercio electrónico y las mejoras en la distribución constituyen una realidad que no se puede desatender en la regulación de los usos del suelo que tenga como objetivo garantizar la diversidad comercial, ya que la oferta accesible a través de internet también forma parte de la oferta comercial total existente. [...] en coherencia, esta consideración debilita la justificación de las restricciones en los usos del suelo, de manera tal que es cuestionable que el objetivo perseguido continúe siendo necesario en el escenario actual y, incluso [sic] – vista la previsible evolución– lo sea en menor medida en el futuro*». Frente a los mecanismos restrictivos de la oferta propuestos por la planificación urbanística de Madrid y Barcelona, la ACCO propone incidir en el fomento de la demanda con medidas que logren un objetivo similar en la distribución espacial del comercio: promoción comercial que aumente la vitalidad de una determinada zona (v. gr. actividades en la vía pública), mejora de la accesibilidad (v. gr. peatonalización, zonas verdes como polos de atracción o aparcamiento gratuito) y asesoramiento, ayuda y estímulo a la reconversión de operadores comerciales (v. gr. comercios tradicionales)²⁰.

El segundo de los objetivos generales perseguidos por la planificación urbanística de las viviendas de uso turístico reúne, bajo el paraguas de la lucha contra las externalidades negativas vinculadas al fenómeno turístico, la atenuación de dos efectos adversos sobre la población residente: la degradación del espacio urbano y los problemas de convivencia entre turistas y vecinos. En relación con el primero de ellas, la sobrefrecuentación de determinados espacios públicos como consecuencia de la actividad turística se vincula por los redactores del planeamiento con una pérdida de la calidad del espacio urbano en aspectos como sus condiciones socioambientales o la movilidad ciudadana. Las razones de esta degradación de la calidad del espacio público se encontrarían en un aumento del ruido, la contaminación y los residuos generados por actividades vinculadas a la satisfacción de las demandas de la población *flotante*²¹. La CNMC (2018a: 8, 52) advierte de la incorrección de establecer un vínculo directo y exclusivo entre la actividad de alojamiento turístico en viviendas particulares y las citadas externalidades negativas, pues éstas no son exclusivas de las viviendas de uso turístico, ya que molestias como la congestión, los ruidos o el consumo de recursos medioambientales son generadas por cualquier turista, con independencia de la modalidad de alojamiento que elija, e, incluso, por cualquier ciudadano con independencia de su condición de visitante o de residente. Esta misma idea es recogida por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 6 de Valencia, de 27 de abril de 2016, que considera carente de justificación que el Ayuntamiento de esta ciudad exigiese la aplicación de la normativa sobre prevención de la contaminación y calidad ambiental –en forma de comunicación ambiental previa– a las viviendas de uso turístico, al no entender «[...] *en qué medida la*

¹⁹ Convendría, en todo caso, diferenciar entre las actividades comerciales relativas a productos y servicios que puedan ser disfrutados por los consumidores «a distancia», bien porque se trate de productos que puedan ser enviados materialmente al consumidor (v. gr. ropa, calzado, alimentación, productos electrónicos, etc.), bien porque se trate de servicios a los que sea posible acceder de forma remota (v. gr. programas informáticos, canales de televisión, entidades de intermediación turística, etc.); y aquéllas que solamente pueden ser consumidas *in situ*, como los alojamientos turísticos. La importancia de la ubicación geográfica de las primeras se ha relativizado con las nuevas tecnologías, mientras que en las segundas sigue siendo fundamental.

²⁰ Tales medidas permiten, además, despejar las dudas de que la regulación limitadora de los usos del suelo responda a la presión de los agentes incumbentes, puesto que los organismos encargados de la promoción de la competencia advierten de que detrás de estas regulaciones se encuentra, a menudo, la protección de los operadores establecidos. Por tal razón, los poderes públicos deben mantener una posición neutral en la rivalidad entre los potenciales nuevos operadores y los preexistentes, puesto que esta lucha beneficia siempre al consumidor final.

²¹ Se califica así a las personas que no residen habitualmente en un lugar. Este concepto abarca tanto a turistas como a propietarios de segundas residencias, trabajadores desplazados temporalmente o viajeros en tránsito.

cesión de uso remunerada, y de forma habitual, de viviendas puede afectar al medio ambiente en mayor medida que un contrato civil de arrendamiento de vivienda sujeto a la LAU» (Fundamento de derecho primero).

Los instrumentos de planificación urbanística de las viviendas turísticas de Madrid y Barcelona no explicitan las razones que llevan a sostener que los turistas hacen un uso más intenso del espacio público que el resto de ciudadanos, lo cuáles pueden concentrarse igualmente en determinados puntos de la ciudad por razones comerciales o de esparcimiento. En cualquier caso, estas externalidades son relativamente fáciles de minimizar mediante el reforzamiento de los servicios públicos de limpieza y transporte público y la reordenación de los espacios urbanos para facilitar el tránsito de personas (*v. gr.* ampliación de aceras, peatonalización, interiorización de flujos de visitantes, etc.). Precisamente los impuestos pigouvianos sugeridos por los organismos encargados de la promoción de la competencia pueden sufragar parte del incremento de los gastos necesarios para implementar las medidas propuestas, contribuyendo además a incrementar los niveles de empleo público y privado.

En cuanto al segundo de los efectos adversos identificados por los responsables de la planificación urbanística, advierten éstos de que las diferentes dinámicas horarias de las poblaciones residente y visitante generan problemas que distorsionan la convivencia ciudadana y el descanso de los residentes, siendo especialmente graves en aquellas zonas en las que se ha producido un desequilibrio entre la población residente y la visitante, siendo estos últimos quienes «imponen» unas dinámicas que rompen el modelo de convivencia urbana. En mi opinión, los redactores de ambos planes adoptan una postura maximalista frente a esta potencial externalidad negativa, considerando que la presencia de estos «vecinos rotatorios» (González Jiménez, 2017: 114) genera indefectiblemente incomodidades para los moradores habituales. Sin embargo, la jurisprudencia ya se ha pronunciado en varias ocasiones al respecto, advirtiendo de que en ningún caso se puede entender que la actividad de alojamiento turístico en viviendas particulares sea de naturaleza inherentemente perjudicial o molesta²². Incluso, el propio legislador catalán ha considerado que las viviendas de uso turístico entran en la categoría de actividades *inocuas*, entendiéndose por tales aquéllas que, en atención a sus características, no producen molestias significativas ni afecciones considerables al medio ambiente, la seguridad de las personas o los bienes²³.

La solución a los eventuales problemas de convivencia entre turistas y vecinos debe pasar, por lo tanto, por el recurso a los mecanismos previstos al efecto por la legislación sobre propiedad horizontal²⁴. Así lo considera la CNMC (2018a: 53, 55), la cual propone, además, el establecimiento de sistemas de responsabilidad del arrendador en función de la diligencia demostrada a la hora de alquilar su vivienda a usuarios con una buena reputación previa²⁵. A favor del uso prioritario de los mecanismos previstos en la legislación sobre propiedad horizontal se posicionan autores como Herrero Suárez (2017: 160), para quien las molestias generadas por los usuarios turísticos a los residentes habituales pueden ser combatidas más eficazmente «[...] por los propios interesados mediante las posibilidades que abre la legislación en materia de propiedad horizontal de hacer cesar la explotación turística, inicialmente, vía estatutos o, posteriormente, a través de acuerdos si se constata que esta constituye una actividad contraria a la normal convivencia vecinal». Debe tenerse muy presente, en cualquier caso, que estos mecanismos presentan, al menos, tres debilidades relevantes: a) en primer lugar, la lentitud característica de todo procedimiento judicial, pues las actuaciones contra vecinos molestos deben contar indefectiblemente con el consentimiento del Juez civil; b) las dificultades probatorias inherentes a unas conductas que, con carácter general, son producidas por huéspedes alojados durante estancias muy reducidas; y c) la imposibilidad de adoptar acuerdos relativos a la prohibición del uso turístico de las viviendas sin contar con el beneplácito unánime de la propiedad –puesto que, como es sabido, los usos de la propiedad inmobiliaria horizontal deben quedar recogidos en los estatutos de la

²² Entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de junio de 2017 (recurso núm. 55/2017) señala que «[...] la actividad de uso turístico de los pisos situados en edificios regidos por las normas de la propiedad horizontal no son actividades ilegales ni ilícitas per se y en abstracto consideradas si no se hallan prohibidas por los Estatutos y se encuentran autorizadas administrativamente pero puede acordarse el cese de la actividad si por su modo de ejercicio producen en la Comunidad alteraciones graves en la normal convivencia» (Fundamento jurídico cuarto). En el mismo sentido, la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC, 2017: 18) considera innecesario y desproporcionado limitar o prohibir el uso turístico de las viviendas en todas las comunidades de propietarios, incluso en aquéllas en la que los vecinos sean abiertamente proclives a su desarrollo.

²³ Art. 12.2 letra a) de la Ley 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad y de los Gobiernos locales de Cataluña, en relación con su Anexo I (I.55.552).

²⁴ Como la acción de cesación de actividades molestas, la privación del derecho al uso de la vivienda durante un máximo de tres años, el lanzamiento inmediato de los ocupantes no propietarios y la indemnización de los daños causados (art. 7.º.2 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal).

²⁵ Sobre este mecanismo *vid.* ACCO (2016b).

comunidad de propietarios y para su modificación se requiere unanimidad—. En relación con esta última posibilidad, sería conveniente reflexionar acerca de la oportunidad de un cambio legislativo que permitiese la prohibición estatutaria de estas actividades mediante mayorías cualificadas, compensando adecuadamente a los propietarios que ya viniesen ejerciendo esta actividad.

Para la CNMC (2018a: 47), las restricciones a las viviendas de uso turístico no responden en este caso a un verdadero fallo del mercado atribuible a la existencia de externalidades negativas y, por lo tanto, no respetan el principio de necesidad exigible a este tipo de medidas extremas. Y ello porque, en su opinión, estas medidas se fundamentan en la cuestionable hipótesis de que las viviendas de uso turístico generan más problemas de convivencia que otros usos residenciales, como las viviendas compartidas, los arrendamientos a estudiantes, aquéllos en los que habitan mascotas, etc., y que no han sido objeto de disposiciones especiales²⁶. En cualquier caso, y más allá de los eventuales conflictos que puedan existir entre turistas y residentes, así como de la oportunidad de las medidas elegidas para solucionarlos, lo que sí resulta evidente es que la actividad turística implica un uso intensivo de determinados elementos comunes de los inmuebles –pasillos, ascensores, portales, etc.– respecto del que hacen los residentes habituales, contribuyendo en mayor medida a su deterioro²⁷. Por tal razón, debería considerarse la posibilidad de elevar obligatoriamente la participación de los propietarios de viviendas de uso turístico en los gastos comunes de la comunidad horizontal, compensado de este modo el mayor deterioro del inmueble, del que son directamente responsables²⁸.

El tercero de los objetivos utilizados como justificación de las restricciones impuestas a las viviendas de uso turístico es la promoción del derecho fundamental a una vivienda digna. Para los autores de los planes analizados el crecimiento de la actividad turística estaría provocando una presión sobre este derecho que se manifiesta en un aumento generalizado de los precios de la vivienda. El objetivo de las medidas adoptadas tendría como finalidad el reequilibrio del mercado y la garantía del derecho de los ciudadanos a disfrutar de condiciones de vida urbana y de vivienda que favorezcan la cohesión social, buscando el desarrollo sostenible, económico, ambiental y social de la población. Se parte de la idea de que la regulación de los usos del suelo que fomente la mezcla equilibrada de grupos sociales, usos y actividades es un mandato inherente al derecho fundamental a la vivienda. Parece evidente que los redactores del planeamiento urbanístico de las viviendas de uso turístico no se ciñen al derecho a una vivienda digna constitucionalmente garantizado, sino a un derecho más amplio e innovador, pero también de contornos mucho más imprecisos²⁹, como es el «derecho a la ciudad»³⁰.

La Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad define este derecho como «[...] *el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado* [...]». La propia Carta vincula este derecho con el derecho a la vivienda (art. 1.2), pero de una forma diferente a como lo hacen los redactores del PEUAT. Este documento compele a las ciudades a adoptar medidas que garanticen a todos los ciudadanos que los gastos de vivienda sean soportables de acuerdo con sus ingresos, que las viviendas reúnan condiciones de habitabilidad, que estén ubicadas en un lugar adecuado y se adapten a las características culturales y étnicas de quienes las habitan. Igualmente deben facilitar una oferta adecuada de viviendas y equipamientos urbanos, establecer programas de subsidio y financiación de políticas de vivienda,

²⁶ En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 37/2016, de 19 de mayo, recuerda que el uso intensivo de los elementos comunes por el trasiego de ocupantes no es exclusivo de este tipo de actividad, sino de otras como despachos profesionales o locales abiertos al público (Fundamento de derecho tercero).

²⁷ Este uso intensivo ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia. *Vid.*, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 164/1996, de 16 de mayo.

²⁸ Esta posibilidad ya habría sido apuntada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 37/2016, de 19 de mayo, que señala que los daños derivados del uso intensivo de los elementos comunes del inmueble derivados del trasiego de turistas «[...] *puede ser compensado mediante la activación del mecanismo previsto en el art. 553-45.4 CCCat, conforme al cual el título de constitución o la Junta pueden establecer un incremento de la participación en los gastos comunes que corresponde a un elemento privativo concreto, en el caso del uso o disfrute especialmente intensivo de elementos o servicios comunes como consecuencia del ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el piso o local*» (Fundamento de derecho tercero).

²⁹ Como advierte UCEDA NAVAS (2016: 50), el derecho a la ciudad es un concepto «[...] *tan amplio, tan poco delimitado, que en él se pueden introducir todos los aspectos que se deseen, por lo que el cariz que tome o las definiciones que se le den, pueden llegar a ser incluso antagónicas*». Mientras que algunos autores incluyen el derecho a la vivienda como parte integrante del derecho a la ciudad (GARNIER, 2011), otros identifican a este último con la participación ciudadana directa en la gestión de las ciudades (BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, 2014: 98).

³⁰ La Memoria del PEUAT hace referencia a este derecho en la introducción a su marco de referencia (pág. 9). La paternidad de este concepto recae sobre LEFEBVRE (1968). Más recientemente PAREJO ALFONSO (2015).

regularizar la tenencia del suelo y garantizar la seguridad jurídica de la propiedad inmobiliaria, priorizar a los grupos vulnerables y respetar la igualdad de género en los documentos de posesión y propiedad inmobiliaria.

Con independencia del contenido concreto que pretenda atribuirse al derecho fundamental a una vivienda digna, no parece que pueda en ningún caso comprender el derecho a residir en un lugar determinado de la ciudad –en este caso, en las áreas centrales de las ciudades de Madrid y Barcelona, las más afectadas por el incremento del precio de la vivienda atribuido a la actividad turística–. Pero, incluso en el caso de que el derecho a una vivienda digna pudiese abarcar el derecho a elegir nuestro lugar de residencia, debería ponderarse con el derecho del propietario de la vivienda a obtener el máximo rendimiento económico de su propiedad dentro de los límites impuestos por su función social –la cual, insisto, no entiendo que pueda justificar un recorte de tal envergadura al derecho fundamental a la propiedad privada y a la libertad de empresa basado en razones como las expuestas–. Por otra parte, desde la perspectiva de la sostenibilidad económica se considera a las viviendas de uso turístico como un ejemplo de utilización innovadora y eficiente de activos, puesto que contribuyen a eliminar la denominada «capacidad de improductividad» –*idling capacity*–, es decir, la falta de aprovechamiento o infrautilización de los bienes, en este caso, de las viviendas particulares (Miralles Marugán y Villar Lama, 2016: 24). Como advierte Doménech Pascual (2018: 51) «[e]l mero hecho de que el precio de los usos alternativos –v. gr. el residencial– de las viviendas se incremente como consecuencia de la mayor rentabilidad del uso turístico no constituye una externalidad negativa ni un fallo del mercado que justifique la intervención pública encaminada a reducir ese precio. Limitar el uso más beneficioso de un bien simplemente para reducir el precio del segundo uso más beneficioso carece de sentido desde el punto de vista de la racionalidad económica: es ineficiente; implica una destrucción de bienestar social. Tiene tan poco sentido como prohibir las oficinas en el centro de una ciudad a fin de contener el precio de las viviendas allí situadas».

Los organismos encargados de la defensa de la competencia directamente niegan la mayor con relación a las causas que legitiman este objetivo (CNMC, 2018a: 9, 53; ACCO, 2017: 11, 12), al considerar que no existen evidencias empíricas suficientes como para atribuir a la proliferación de viviendas de uso turístico el alza en los precios de la vivienda experimentados en los últimos años en ambas ciudades o, al menos, no de forma exclusiva o preponderante (VVVA, 2018a; Duatis *et al.*, 2016). La recuperación económica, el aumento de la demanda cualificada o la disminución de la oferta de viviendas en alquiler como consecuencia de la reactivación del mercado de compraventa son identificados como factores responsables del aumento de los precios del alquiler residencial. Ninguno de los dos organismos niega que la existencia de viviendas de uso turístico y la eventual rentabilidad que genera para su propietario incida en la conformación de los precios del alquiler, pero consideran que no es suficientemente clara la relación directa y exclusiva que parecen atribuirle los redactores de ambos planes. Además, debe tenerse presente que el aumento de los precios de la vivienda debe ponerse en relación con la principal alternativa a las viviendas de uso turístico, puesto que si no hubiese aumentado la oferta de éstas se habría producido un mayor crecimiento de la construcción de hoteles y apartahoteles para atender a la demanda de alojamiento de turistas, lo cual supondría igualmente detraer viviendas residenciales para dedicarlas íntegramente al alquiler turístico, con efectos equivalentes sobre el precio de la vivienda. La propuesta de estos organismos pasa por una regulación más flexible y responsiva de este fenómeno, considerando más adecuados mecanismos como tributos –tasas– cuya recaudación sea destinada a financiar medidas orientadas a incidir en el nivel de precios del alquiler de vivienda residencial como, v. gr., la rebaja del Impuesto sobre Bienes Inmuebles de aquéllos propietarios de viviendas que no excedan un determinado nivel de precios, así como otras medidas de carácter social o que incidan en el mercado de la vivienda social.

3. RESTRICCIONES A LA EXPLOTACIÓN DE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO EN LAS CIUDADES DE BARCELONA Y MADRID

3.1. Restricciones contenidas en el Plan Especial Urbanístico para la regulación de los establecimientos de alojamiento turístico, albergues de juventud, residencias colectivas docentes de alojamiento temporal y viviendas de uso turístico de la Ciudad de Barcelona

El PEUAT condiciona el establecimiento de viviendas de alojamiento turístico a los siguientes requisitos:

- a) Cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de *establecimientos de alojamientos de uso turístico y de viviendas de uso turístico*, y demás normativa sectorial turística autonómica.

- b) Cumplimiento de la normativa municipal aplicable y, especialmente, de la Ordenanza municipal que, en su caso, regule este tipo de alojamiento.
- c) Ubicación en un inmueble que no estuviese destinado a vivienda con anterioridad al 1 de julio de 2015³¹.
- d) Ubicación distinta a la planta baja (lo cual incluye a las viviendas unifamiliares³²).
- e) Admisión del uso turístico del inmueble por el planeamiento urbanístico.
- f) Adecuación a las condiciones zonales previstas en el PEUAT.

Como se señaló al inicio de este trabajo, la posibilidad de establecimiento de nuevas viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona depende de su concreta ubicación, pues el PEUAT delimita diferentes áreas territoriales dentro de ésta, cada una de ellas con unas posibilidades y condicionantes diferentes. Estas «Zonas Específicas (ZE)» son cuatro:

- a) La *Zona Específica 1 (ZE-1)* se configura como un área de «decrecimiento natural»³³. En esta zona³⁴, la disminución del número total de viviendas de uso turístico censadas posibilita la autorización de nuevas viviendas de uso turístico en la Zona Específica 3.
- b) La *Zona Específica 2 (ZE-2)* es una «zona de mantenimiento»³⁵, y en ella la disminución del número total de viviendas de uso turístico censadas posibilita la autorización de nuevas viviendas de uso turístico en las Zonas Específicas 2 o 3.
- c) La *Zona Específica 3 (ZE-3)* es una zona de «crecimiento contenido»³⁶, y en ella podrán autorizarse nuevas viviendas de uso turístico en alguno de los dos siguientes supuestos: a) cuando disminuya el número total de viviendas de uso turístico censadas en esta zona; b) cuando disminuya el número total de viviendas de uso turístico censadas en las Zonas Específicas 1 y 2, con el límite máximo de 387 establecimientos de viviendas de uso turístico. Para la autorización de nuevas viviendas de uso turístico en las Zonas Específicas 1 y 2 será necesario, además, que la manzana en la que se ubiquen no supere la densidad máxima de 1,48 %, contando las viviendas de uso turístico y viviendas habituales existentes en la manzana, o hasta colmar un edificio completo, a excepción de su planta baja –en las que, como se ha indicado, no se admite la ubicación de viviendas de uso turístico–, con un máximo de diez viviendas de uso turístico y, en su caso, con usos de no vivienda.
- d) Finalmente, la *Zona Específica 4 (ZE-4)* está dividida a su vez en cuatro *subzonas* y corresponden a áreas territoriales que han sido objeto de planeamientos urbanísticos específicos y que se encuentran en proceso de desarrollo³⁷. En esta zona está prohibido el establecimiento de viviendas de uso turístico.

El Distrito de Ciutat Vella constituye un supuesto de regulación específica y diferenciada con respecto al resto del ámbito de aplicación territorial del PEUAT en atención a las particularidades y, especialmente, a los precedentes regulatorios existentes. En este distrito, ubicado en la Zona Específica 1, las viviendas de uso turístico censadas pueden agruparse en edificios en los que no exista ninguna entidad dedicada a vivienda principal o secundaria. Esta agrupación no es, en ningún caso, obligatoria, sino completamente voluntaria, y ello porque una obligación en este sentido, contenida en el *Plan Especial de Establecimientos de Concurrencia Pública, Hostelería y Otras Actividades en Ciutat Vella* aprobada en 2013³⁸ ya fue anulada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 323/2017, de 29 de mayo³⁹.

³¹ En esta fecha la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona acordó suspender el otorgamiento de autorizaciones para la apertura, instalación o ampliación de todas las modalidades de alojamientos turísticos. Para DOMÉNECH PASCUAL (2018: 72) se trata de una medida injustificable, puesto que prohibir que quienes en esa fecha estaban destinando el inmueble a uso como vivienda –v. gr. como domicilio habitual– la dediquen ahora a uso turístico «premia» a los propietarios que estaban infrutilizando su vivienda y «castiga» a los que sí la estaban aprovechando, lo que califica de «ciertamente absurdo» y «contrario al espíritu que supuestamente anima» el PEUAT.

³² Manual Operativo del PEUAT, pág. 9.

³³ Incluye los distritos de Ciutat Vella, los barrios de l'Antiga Esquerra y Dreta del Ensanche, parte del barrio de Sant Antoni, los barrios de Poble Sec, Hostafrancs, Villa de Gràcia, la Villa Olímpica del Poblenou y el barrio del Poblenou.

³⁴ Salvo el Distrito de Ciutat Vella.

³⁵ Incluye los barrios de la Nova Esquerra del Ensanche, parte de Sant Antoni, la Sagrada Família, Fort Pienc, la Font de la Guatlla, Sants, Les Corts, Sant Gervasi–Galvany, parte de los barrios de Putxet, Farró, Vallcarca y Els Penitents, La Salut, Camp d'en Grasset y Gràcia Nova, Baix Guinardó, y los barrios del Parque y la Laguna del Poblenou, Diagonal Mar y el Frente Marítimo del Poblenou.

³⁶ Incluye el resto de suelo urbano no incluido en las zonas ZE-1, ZE-2 y ZE4.

³⁷ Marina del Prat Vermell, La Sagrera y Nord.

³⁸ Aprobada en sesión plenaria de 24 de julio de 2013, Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 16 de septiembre de 2013.

³⁹ La modificación del *Plan Especial de Establecimientos de Concurrencia Pública, Hostelería y Otras Actividades en Ciutat Vella* aprobada en 2013 concedió un plazo de seis años para que las viviendas de uso turístico se agrupasen en edificios enteros o edificios

El procedimiento administrativo para la autorización de viviendas de uso turístico incluye un informe previo elaborado por la Oficina del Censo en el que ésta comprueba el cumplimiento de todos los requisitos fijados en el PEUAT. Este informe posee naturaleza preceptiva y vinculante, pues solamente cuando sea evacuado en sentido favorable podrá comunicarse al órgano municipal competente el inicio de la actividad. Se trata de una auténtica autorización encubierta⁴⁰, en el sentido de constituir un control *ex ante* de la legalidad de la actividad económica que se pretende iniciar. Tal y como dispone el artículo 4.6 de la Directiva de Servicios, se considera sometido a un régimen de autorización «[...] cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario estén obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio». Los redactores del PEUAT no explicitan qué razones imperiosas de interés general⁴¹ legitiman la imposición de un régimen autorizador en esta materia, y tampoco acreditan el cumplimiento de los principios de no discriminación y proporcionalidad, por lo que su adecuación a Derecho es más que cuestionable.

El PEUAT exige igualmente autorización cuando se pretenda destinar la totalidad de un edificio a viviendas de uso turístico u otras *actividades compatibles*. En tales supuestos, el cien por cien de la propiedad debe obtener una licencia urbanística de modificación de uso o actividad⁴². La obtención de esta licencia debe ser previa a la solicitud del referido informe de la Oficina del Censo y, por tanto, a la comunicación de inicio de la actividad. Esta autorización excluye la utilización de cualquier entidad del edificio como vivienda principal o secundaria, debiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad tal prohibición.

3.2. Restricciones contenidas en el *Plan Especial de Regulación del Uso de Servicios Terciarios en la clase de Hospedaje de Madrid*

El PERUH incluye en su ámbito de aplicación a todas aquellas viviendas particulares que sean ofertadas por sus propietarios como alojamientos turísticos por un plazo superior a tres meses al año, dejando al margen a las viviendas arrendadas por periodos inferiores. La razón está en el Decreto 79/2014, de 10 de julio, *por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid*, que exige *profesionalidad y habitualidad* a la actividad de alojamiento turístico en viviendas particulares, y determina esta circunstancia en función de un elemento temporal: «[s]e entenderá por *habitualidad el ejercicio de la actividad turística durante un período mínimo de tres meses continuados durante el año natural*» (art. 3.2). La CNMC (2018a: 44 y 45) desaprueba el uso de elementos cuantitativos y/o temporales para establecer la distinción entre proveedores particulares y profesionales de alojamiento turístico. La CNMC entiende que la distinción entre particulares y profesionales en función del número de días que los propietarios explotan sus viviendas restringe la oferta de viviendas de uso turístico, ya que una cantidad considerable de propietarios preferirán retirar sus viviendas del mercado una vez alcanzada la duración máxima para seguir siendo considerados proveedores particulares y de este modo evitar incurrir en los costes adicionales que supone prestar el servicio de alojamiento como profesional (v. gr. disponer de un acceso independiente, conexión a internet, licencia de uso, etc.). Este organismo se muestra partidario de no realizar distinciones sobre la profesionalidad o no de los proveedores de viviendas de uso turístico, evitando además la determinación de umbrales cuantitativos difícilmente justificables –por arbitrarios– y los denominados *errores de salto*, en virtud de los cuáles el tratamiento que da a la norma a los proveedores de viviendas de uso turístico es completamente distinto por variar solamente una jornada respecto del total de las ofertadas al mercado (en

con otros usos que no fuese el de vivienda. Expirado este plazo, se extinguirían las licencias de viviendas de uso turístico que no se hubiesen agrupado. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña anula esta previsión «[...] por prescribir la extinción de las licencias sin seguir ningún procedimiento previo de extinción, ni determinación de la compensación o indemnización procedente por esa extinción. [...] Como se ha dicho en el fundamento anterior, procede declarar la nulidad [...] por decretar la extinción de los títulos habilitantes por el mero transcurso del plazo previsto [...] al margen de un procedimiento de reparcelación o expropiación, o de un procedimiento de revocación de licencia con la compensación o indemnización correspondiente [...]» (Fundamentos de Derecho quinto y sexto).

⁴⁰ En relación con éstas, véase ROMÁN MÁRQUEZ (2018: 545).

⁴¹ Artículo 9 de la Directiva de Servicios, concretados por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, *sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (art. 5) en el orden público, la seguridad pública, la salud pública y la protección del medio ambiente.

⁴² En el supuesto de que se trate de un edificio de viviendas. Cuando el edificio no estuviese dedicado a vivienda será necesaria licencia de obra mayor de cambio de uso. En este segundo caso también debe inscribirse en el Registro de la Propiedad, además de la prohibición expresa de que cualquier entidad del edificio se dedique a vivienda principal o secundaria, el uso específico del edificio, esto es, el uso de vivienda turística u otras actividades compatibles (Manual Operativo del PEUAT, pág. 18).

el caso de Madrid, el error de salto se localiza entre las noches número noventa y noventa y uno)⁴³. Como recuerda Beirak (2018), los usos se definen por su naturaleza, y no por su duración. También en este caso.

El PERUH exige la posesión de una licencia de uso de hospedaje para explotar turísticamente una vivienda. Solo se prescinde de esta exigencia respecto de los edificios localizados en el tercer anillo⁴⁴ en los que ya se admiten otras clases de uso terciario del suelo, como oficinas o comercios. En estos edificios se admite el cambio de uso residencial a turístico sin necesidad de autorización turística previa. Como en el caso barcelonés, tampoco se justifica debidamente la existencia de razones jurídicamente aceptables para la exigencia de un régimen autorizador, sin que puedan conocerse las razones por las que respecto de esta actividad económica se considera insuficiente la declaración responsable.

El resto de las limitaciones varían igualmente en función de la localización de la vivienda. Respecto de las viviendas emplazadas en los anillos primero y segundo⁴⁵, se exige que éstas cuenten con un acceso independiente, no pudiendo utilizar puertas de entrada, portales o ascensores comunes al resto de viviendas. Además, este acceso no puede ser directo desde la calle a los alojamientos, sino que deben contar con una recepción o similar situada previamente a aquéllos. Esta última condición estaría orientada, principalmente, a los alojamientos situados a pie de calle, por lo que resultan admisibles que las viviendas de uso turístico se ubiquen en planta baja, a diferencia de lo que ocurre en Barcelona. En el tercer anillo las viviendas estarán sometidas a idénticos requisitos cuando estén ubicadas en edificios de uso exclusivamente residencial, pero no así cuando se admitiesen ya otros usos terciarios.

La exigencia de que las viviendas de uso turístico cuenten con acceso y ascensores independientes para el uso exclusivo de sus clientes, a semejanza de lo que sucede con otros establecimientos de alojamiento turístico, como los hoteles⁴⁶, debe calificarse como innecesaria y desproporcionada para alojamientos de esta naturaleza, caracterizados precisamente por ser viviendas ordinarias ubicadas en edificios residenciales, a diferencia de los hoteles, conformados por un conjunto homogéneo de unidades de alojamiento y de servicios orientados específicamente a la actividad turística. Si la finalidad de esta drástica segregación entre colectivos es evitar las incomodidades que puedan afectar a los residentes habituales del inmueble o evitar el menoscabo de elementos comunes del edificio, existen otros mecanismos más respetuosos con el principio de proporcionalidad, de los que ya se ha dado cuenta *supra*. Resulta obvio que este requisito esconde una prohibición generalizada de las viviendas de uso turístico, pues prácticamente ninguna está en condiciones de cumplir con esta exigencia⁴⁷, y además no se exige un requisito similar a otros establecimientos de alojamiento turístico, como las pensiones⁴⁸, lo que podría suponer una vulneración del principio de no discriminación.

REFLEXIÓN FINAL: OBJETIVOS BIENINTENCIONADOS, DIAGNÓSTICO DEFICIENTE Y CONSECUENCIAS IMPREVISIBLES

Resulta innegable reconocer que la planificación urbanística madrileña y barcelonesa está inspirada por un conjunto de objetivos loables, como son la protección de bienes jurídicos tan importantes como la calidad de vida de los ciudadanos y el acceso a una vivienda digna. Sin embargo, una intervención tan intensa en el mercado puede generar mayores problemas que los que se pretenden corregir. Debe tenerse muy presente que las restricciones artificiales del mercado generan prácticas especulativas por parte de los operadores incumbentes. Ante un bloqueo absoluto del mercado, como el que se produce con ocasión de las moratorias turísticas, el precio de venta de los permisos de explotación de los alojamientos turísticos en el mercado secundario se incrementa –al igual que ha sucedido tradicionalmente en el sector de los taxis o de las farmacias–⁴⁹, y en el caso de viviendas de uso turístico, también lo harán las viviendas que posean uno de

⁴³ En el mismo sentido ACCO (2016a: 12).

⁴⁴ El tercer anillo comprende diferentes barrios de los Distritos Tetuán, Chamartín, Salamanca, Retiro, Arganzuela, Usera, Carabanchel, Latina y Moncloa-Aravaca.

⁴⁵ El primer anillo coincide con el Distrito Centro, mientras que el segundo comprende el distrito de Chamberí completo y parte de los Distritos Chamartín, Salamanca, Retiro, Arganzuela y Moncloa-Aravaca.

⁴⁶ Artículo 26.1 de la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid.

⁴⁷ El porcentaje de viviendas excluidas ascendería, según algunas estimaciones, al 95% (LANTIGUA, 2018).

⁴⁸ Artículo 35.2 del Decreto 159/2003, de 10 de julio, de Ordenación de Establecimientos Hoteleros de la Comunidad de Madrid.

⁴⁹ Valga como ejemplo esta noticia: <https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20170726/43109208799/moratoria-hoteleria-barcelona-provoca-inflacion-inversion.html>

estos permisos. El aumento del precio de estas últimas puede inducir igualmente un aumento generalizado del precio de la vivienda, pues al salir éstas del mercado residencial, disminuyen el número de viviendas disponibles para compraventa y alquiler, con el señalado efecto de elevar los precios del resto de las viviendas disponibles. En las sociedades *desarrolladas* el mercado provee la práctica totalidad de los bienes y servicios demandados por los consumidores, por lo que la escasez, que es la condición indispensable para que exista especulación, solamente puede ser generada por los poderes públicos mediante restricciones de naturaleza normativa o administrativa (v. gr. la planificación urbanística, la limitación de permisos vinculados con la restauración y el ocio en zonas *saturadas*, las licencias de vehículos de turismo con conductor, etc.). En el pasado se pusieron en práctica otras muchas iniciativas restrictivas del mercado con objetivos igualmente encomiables, pero con resultados perversos tanto para propietarios como para consumidores, como sucedió con el control de precios del alquiler de la vivienda durante la dictadura.

Reemplazar las leyes del mercado para fijar desde las Administraciones públicas la cantidad y localización de las actividades económicas se ha demostrado históricamente no solo ineficaz, sino extremadamente perjudicial para los colectivos que se pretenden beneficiar. Además de los efectos negativos expuestos a lo largo de este trabajo sobre la cantidad y calidad de la oferta turística y, por extensión, sobre los propios consumidores, debe tenerse igualmente presente que la zonificación restrictiva de los usos del suelo aprobada en ambas ciudades –en las que las restricciones son más intensas– a la periferia, lo que provocaría un incremento de los precios en estas zonas, con la consiguiente expulsión de los demandantes de vivienda con menos recursos económicos, que cada vez deberán buscarla en áreas más apartadas de los centros urbanos, con los inconvenientes que ello puede tener en materia de movilidad y de cohesión social. Como propone el PERUH, «[...] *extender la actividad de alojamiento turístico a otras zonas de la ciudad, redistribuyendo la actividad económica y descargando la concentración del centro histórico* [...]» no es una medida inocua, sino que tendrá consecuencias socioeconómicas sobre las zonas en las que se ubiquen las nuevas viviendas de uso turístico.

Desde el plano estrictamente jurídico, los redactores de los planes parecen no tener suficientemente presente que el ordenamiento jurídico comunitario y español establece limitaciones a la intervención restrictiva de los poderes públicos sobre las actividades económicas. Las medidas restrictivas solamente son compatibles con el ordenamiento jurídico cuando se fundamentan en razones reconocidas como de interés general y además éstas resultan explicitadas de forma motivada. Así ocurre con el sometimiento de la actividad de alojamiento en viviendas de uso turístico al régimen de autorización, que en virtud de la Directiva de Servicios únicamente es admitido cuando no resulte discriminatorio, su necesidad esté justificada por una razón imperiosa de interés general y el objetivo pretendido no pueda lograrse mediante una medida menos restrictiva (esto es, cuando el control *a posteriori* se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz). Además, se prohíbe a los Estados miembros condicionar el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a una prueba económica, en el sentido de supeditar la concesión del permiso a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos de esta actividad o a que se aprecie si ésta se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente (art. 14.5). Nos encontramos, pues, ante una serie de limitaciones respecto de determinadas actividades económicas cuya legalidad debe ser escrupulosamente examinada a la luz de la legislación europea sobre libre prestación de servicios.

Finalmente, resulta imprescindible realizar una ponderación de los diferentes intereses y derechos en juego –medio ambiente, cohesión social, propiedad, libre empresa, vivienda digna, etc.– para determinar cuáles son los superiores, de forma que al proteger unos no se vulneren otros que pueden ser prioritarios, o directamente se atribuya el carácter de derecho fundamental a pretensiones que no merecen ser calificadas como tales. Como se ha señalado en estas páginas, resulta necesario reflexionar sobre si el derecho fundamental a una vivienda digna comprende el derecho de los ciudadanos a residir en un lugar concreto de la ciudad y, en caso de que así fuese, si este derecho sería superior al derecho de los propietarios de las viviendas a obtener el mayor rendimiento económico de éstas –y, consecuentemente, a no sostener en solitario iniciativas de naturaleza social cuya responsabilidad corresponde principalmente a los poderes públicos–.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUTORIDAD CATALANA DE COMPETENCIA (ACCO) (2014): *Recomendaciones sobre la regulación detallada de los usos del suelo desde la óptica de la competencia*, Ref. núm. ES 8/2014, diciembre.

- AUTORIDAD CATALANA DE COMPETENCIA (ACCO) (2015): *Informe IR 22/2015*, de 9 de septiembre.
- AUTORIDAD CATALANA DE COMPETENCIA (ACCO) (2016a): *Informe IR 24/2016 sobre el Proyecto de reglamento de turismo de Cataluña (versión de agosto de 2016)*, septiembre.
- AUTORIDAD CATALANA DE COMPETENCIA (ACCO) (2016b): *Transacciones entre iguales (P2P). Un paso adelante*, Ref. núm. 10/2015, mayo.
- AUTORIDAD CATALANA DE COMPETENCIA (ACCO) (2017): *Nota sobre la aprobación definitiva del Plan especial urbanístico de alojamientos turísticos (PEUAT) de Barcelona*, Ref. núm. OB 33/2017.
- AUTORIDAD VASCA DE COMPETENCIA (AVC) (2017): *Informe sobre la modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso del alojamiento turístico*, Proyecto LEA/AVC núm. 251-PROM-2017.
- AUTORIDAD VASCA DE COMPETENCIA (AVC): *Informe al Anteproyecto de la Ley de Turismo de Euskadi*.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. (2014): “El derecho a la ciudad”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 35, junio, págs. 97-103.
- BEIRAK, N. (2018): “Madrid será Magaluf: así extiende el Ayuntamiento la plaga del alquiler turístico”, en *El Confidencial*, 23 de agosto. Disponible en: https://blogs.elconfidencial.com/cultura/tribuna/2018-08-23/arquitectura-turificacion-madrid-airbnb_1606857/.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC) (2015): *Informe económico sobre el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de las viviendas vacacionales de la comunidad autónoma de Canarias*, LA/03/15.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC) (2016): *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y economía colaborativa –resultados preliminares–*, E/CNMC/004/15, marzo.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC) (2018a): *Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España*, E/CNMC/3/18.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC) (2018b): *La CNMC recurre la normativa urbanística municipal de viviendas turísticas de Madrid, Bilbao y San Sebastián*, nota de prensa, 7 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.cnmc.es/novedades/2018-08-07-la-cnmc-recurre-la-normativa-urbanistica-municipal-de-viviendas-turisticas-de>.
- CONSEJO DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA (CCA) (2014): *Informe núm. 06/2014*, de 11 de septiembre.
- DE LA ENCARNACIÓN, A. M.^a (2016): “El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, nueva época, núm. 5, enero-junio, págs. 30-55. DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i5.10350>.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2018): “La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico”, en *Anuario de Derecho Municipal 2017*, núm. 11, págs. 43-73.
- DUATIS, J., BUHIGAS, M. y CRUZ, H. (2016): *Impacto del alquiler vacacional en el marco del alquiler residencial de Barcelona*, Gerencia de Empresa y Turismo del Excmo. Ayuntamiento de Barcelona/Duatis Arquitectes SLP/Urban Facts, septiembre.
- GARNIER, J. P. (2011): “Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad: ¿De qué derechos hablamos... y con qué derecho?”, en *Biblio 3w: revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales*, vol. XVI, núm. 909, 5 de febrero. Disponible en: <http://www.ub.edu/geocrit/b3w-909.htm>.
- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P. M. (2017): “La oferta de viviendas de uso turístico a través de plataformas colaborativas: reflexiones desde el derecho de la competencia desleal”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, julio-diciembre, págs. 111-126.
- HERRERO SUÁREZ, C. (2017): “Las viviendas de uso turístico: ¿El enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, julio-diciembre, págs. 147-158.
- LANTIGUA, I. F. (2018): “El Ayuntamiento de Madrid ilegalizará el 95% de las viviendas turísticas del centro”, en *El Mundo*, 18 de mayo. Disponible en: <http://www.elmundo.es/madrid/2018/05/10/5af4330ee2704e39418b45d3.html>.
- LEFEBVRE, H. (1968): *Le droit à la ville*, París: Anthropos.
- MIRALLES MARUGÁN, P., VILLAR LAMA, A. (2016): “Las viviendas de uso turístico: un análisis del conflicto”, en *International Journal of World of Tourism*, vol. 3, núm. 6, págs. 22-36.
- PAREJO ALFONSO, L. J. (2015): “Urbanismo temporal, derecho a la ciudad y marco estatal de las políticas urbanas”, en *Práctica urbanística*, núm. 136, págs. 6-16.
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, M.^a L. (2017): “¿Matando a la gallina de los huevos de oro?: Algunos apuntes sobre la nueva regulación de las viviendas de uso turístico (especial referencia al caso andaluz)”, en *Revista Internacional de Derecho del Turismo (RIDETUR)*, vol. 1, núm. 2, págs. 1-23. DOI: <https://doi.org/10.21071/ridetur.v1i2.10210>.
- RODRÍGUEZ FONT, M. (2017): “Barreras regulatorias a la economía colaborativa y las nuevas vías de impugnación de normas: el caso de las viviendas de uso turístico”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, enero-marzo, págs. 409-444.
- ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2018): “Las técnicas de intervención administrativa: autorización, concesión, declaración responsable y comunicación”, en GIFREU FONT, J. (dir.): *Litigación Administrativa*, págs. 523-557. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- ROMÁN SÁNCHEZ, I., PAVLOVA, N., NIETO GONZÁLEZ, J. L. y BONILLO MUÑOZ, D. (2017): “La legislación sobre los apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico en España, comparativa por Comunidades Autónomas”, en *International Journal of Scientific Management and Tourism*, vol. 3, núm. 4, págs. 397-417.
- SOCIAS CAMACHO, J. M.^a (2017): “Un problema actual de la vivienda turística: uso residencial vs uso turístico”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 317, noviembre, págs. 17-47.
- SOCIAS CAMACHO, J. M.^a (2018): “Estado regulador y alojamiento colaborativo. El régimen de la intervención pública limitadora de la prestación del servicio”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, págs. 131-170. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.04>.
- VV.AA (2007): *Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.
- VV.AA (2017): *Manual Operativo del PEUAT*, Dirección de Servicios y Licencias, Gerencia de Ecología Urbana, Excmo. Ayuntamiento de Barcelona.
- VV.AA (2018a): *Informe inmobiliario. Actualidad y perspectivas 2018*, Forcadell/Universidad de Barcelona.
- VV.AA (2018b): *Hotel Price Radar*, HRS Global Hotel Solutions.



Los consorcios y la problemática del personal a su servicio

The consortia and his staff problems

Javier Eduardo Quesada Lumbreras
Universidad de Granada
jaque@ugr.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada. Ha impartido cursos y seminarios en diferentes Universidades nacionales y extranjeras así como en otros Institutos de formación. Sus líneas de investigación se centran en las materias de empleo público, gobierno local, organización administrativa y Principios Generales del Derecho.

RESUMEN

En este trabajo voy a analizar el régimen jurídico de los consorcios. Una figura que, en los últimos años, ha experimentado una atención normativa sin precedentes. Su régimen orgánico, funcional, presupuestario y de gestión de personal se ha intensificado notablemente. El objetivo de las últimas reformas ha sido muy loable y comprensible tras todos estos años de crisis económica que seguimos padeciendo. Pero creo que las medidas normativas que han sido adoptadas se han cebado en exceso en torno a esta figura que no hace sino dar cumplimiento a uno de los principios más esenciales de nuestro Estado de Derecho. Y no sólo eso sino que además, en la materia que centraré especialmente mi atención, se ha generado más incertidumbre que seguridad y certeza jurídica a nuestros operadores jurídicos.

PALABRAS CLAVE

Consortios; empleados públicos; necesidades de reforma.

ABSTRACT

In this paper i will analyze the legal regime of consortia. A institution that, in recent years, has experienced unprecedented regulatory attention. Its organic, functional, budgetary and staff management regime has intensified notably. The objective of the last reforms has been very laudable and understandable after all these years of economic crisis that we continue to suffer. But i believe that the normative measures adopted have injures this institution which is essential in our State of Law. And not only that, but also, in the subject that will focus my attention especially, has generated more uncertainty than security and legal to our legal operators.

KEYWORDS

Consortia; civil servant; needs for reform.

SUMARIO

I. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA FIGURA: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL. 1. LA LEGISLACIÓN LOCAL Y LAS BASES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2. UN CAMBIO DE RUMBO: LA RACIONALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO Y LAS NUEVAS LEYES ADMINISTRATIVAS. II. PROBLEMÁTICA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO: ESPECIAL REFERENCIA A LA GESTIÓN DE PERSONAL. 1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LOS CONSORCIOS.

2. CLASES DE PERSONAL. 3. SELECCIÓN, PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y MOVILIDAD DE PERSONAL. 4. CAMBIO DE ADSCRIPCIÓN Y DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO: INCIDENCIA EN EL PERSONAL A SU SERVICIO. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA FIGURA: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL

1. La legislación local y las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas

El régimen jurídico de los consorcios ha experimentado, especialmente en los últimos años, una modificación sustancial en los contornos básicos que han caracterizado tradicionalmente a esta figura¹. Sus principales características podrían sintetizarse en las siguientes ideas:

- 1.^a Se trata de un instrumento de cooperación que disponen las Entidades Locales, y ya sea entre Entidades Locales exclusivamente o entre éstas y la Administración autonómica respectiva, la Administración General del Estado o, inclusive, con entidades privadas sin ánimo de lucro. Por tanto, estamos en presencia de una figura de carácter asociativo y voluntario cuya iniciativa corresponde a la Administración Local.
- 2.^a La finalidad de esta asociación debe ser la ejecución o gestión de intereses públicos concurrentes entre los entes asociados.
- 3.^a La asociación de entes consorciados adquiere personalidad jurídica y serán sus Estatutos los que determinen las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero.
- 4.^a La gestión de los servicios concurrentes, ya sea directa o indirecta, sustituirá a los entes consorciados.
- 5.^a Sus órganos de decisión estarán integrados por representantes de todas las entidades consorciadas, en la proporción que se fije en los Estatutos respectivos.

Esta caracterización que se deriva de la normativa estatal será objeto, en algunos casos como señala BARRERO RODRÍGUEZ, «de complemento por el ordenamiento autonómico del que, con carácter general, puede afirmarse, no obstante, su clara opción en favor de la determinación del régimen del consorcio en los propios estatutos de cada una de las entidades creadas».

El consorcio, de esta forma, prolifera extraordinariamente y se consolida a juicio de la autora «como una entidad absolutamente versátil, dada, de una parte, las amplias posibilidades que ofrece en su propia composición subjetiva y, de otra, su adscripción al servicio de lo más diversos fines. Los consorcios se convierten así en una entidad que vale tanto para prestar servicios municipales básicos como para el desarrollo de objetivos diferentes que exceden del ámbito específico de la competencia municipal por implicar a las de otras instancias; una fórmula idónea para la satisfacción de un objetivo coyuntural, pero, también, una entidad válida para el desempeño de cometidos permanentes en el tiempo»².

Este crecimiento desorbitado de los consorcios va provocar una reacción, tanto a nivel estatal como autonómico, para ejercer un control esencialmente en el ámbito económico-financiero dando cumplimiento así a los objetivos de estabilidad presupuestaria. La Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, dirigida a delimitar el sector público estatal y sus entes integrantes (el consorcio entre ellos) y, muy especialmente, su control económico-financiero³; y, el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre,

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación del Instituto Nacional de Administración Pública *Público y Privado en la gestión de los servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración*.

² BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Los consorcios ante un nuevo régimen jurídico», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 94, enero-abril 2016, pág. 60. La proliferación extraordinaria de los consorcios puede comprobarse, como añade la autora, «entre otros documentos, en los datos ofrecidos por el «Informe trimestral de seguimiento de las medidas de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas» de la «Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración» correspondiente al 3.º trimestre de 2015, que señala que «entre 2005 y 2011, el número de empresas, fundaciones y consorcios públicos pasó de 3.228 a 4.036. Es decir, se crearon 808, y ello en los ejercicios de mayor incidencia de la crisis financiera y presupuestaria».

³ Igualmente en el ámbito autonómico podemos encontrar normas presupuestarias y financieras dirigidas al mismo propósito: Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda Foral de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 14/2006, de 24 de octubre de Finanzas de Cantabria; Ley 2/2006, de 3 de mayo de Hacienda y del Sector Público de Castilla y León; Ley 11/2006, de 11 de diciembre de Hacienda de Canarias; Ley 5/2007, de 19 de abril, de Hacienda de Extremadura; o, por poner un último ejemplo, el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Esta necesidad de delimitar los requisitos de adscripción de los consorcios también se extiende en el ámbito autonómico a través de la legislación local, reconociendo incluso al consorcio como una entidad local: Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local

por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, van a constituir dos buenos ejemplos en esta dirección.

2. Un cambio de rumbo: la racionalización del sector público y las nuevas leyes administrativas

La crisis económica iniciada en el año 2008 y que provocará, entre otros efectos evidentes que aun perduran, la entrada anticipada de un nuevo Gobierno de la Nación en las elecciones de diciembre de 2011, harán centrar la atención del legislador en la reforma de las Administraciones Públicas y especialmente en el «adelgazamiento» de las diferentes organizaciones públicas que conforman el sector público.

El Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas constituye, sin duda alguna, un punto de inflexión en la materia. El objetivo de este Informe era realizar un estudio integral en la temática que permitiera concretar un conjunto de propuestas en línea con los ejes de acción marcados en el Plan Nacional de Reformas 2012 y orientadas fundamentalmente, en consecuencia, a seguir conteniendo el gasto público como vía prioritaria para reducir el déficit público.

Del elenco de reformas aprobadas hasta la fecha como consecuencia de las medidas propuestas en el Informe, tres nuevas leyes destacan especialmente y marcarán un cambio de rumbo en la configuración jurídica de los consorcios, a saber⁴: la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL, en adelante); la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (LRSP, en adelante); y, Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante). Los ejes fundamentales del nuevo cambio de rumbo pueden sintetizarse en las siguientes ideas.

La LRSAL viene a adicionar la regulación básica de los consorcios a través de varias Disposiciones. En primer lugar, y bajo la denominación de «Conorcios constituidos para la prestación de servicios mínimos», la Disposición Adicional Decimotercera establece que el personal al servicio de los consorcios públicos constituidos hasta su entrada en vigor que presten servicios mínimos podrá integrarse por quienes no sean personal funcionario o laboral procedente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes en el consorcio⁵.

En segundo lugar, y a través de su Disposición Final Segunda, establece una nueva redacción a la Disposición Adicional Vigésima de la LRJPAC introduciendo el nuevo régimen jurídico de los consorcios conforme a las siguientes reglas básicas:

- 1.^a Los Estatutos de cada consorcio determinarán, en cada ejercicio presupuestario y por todo este periodo, la Administración Pública a la que estará adscrito, así como su régimen orgánico, funcional y financiero.
- 2.^a Los criterios de prioridad que determinan qué Administración Pública es a la que está adscrito el consorcio⁶.

de Galicia; Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears; y, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía.

En otras ocasiones también, las menos como señala FERREIRA FERNÁNDEZ (“Los consorcios del sector público autonómico: naturaleza y características”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 310, 2009, pág. 184): «serán las normas reguladoras de la Administración Pública autonómica las que determinen esta adscripción, considerando de aplicación a los consorcios integrados en el sector público autonómico el ordenamiento jurídico propio de la Comunidad Autónoma de que se trate. Es el caso de las Leyes 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen de la Administración de las Islas Baleares, 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración Foral de Navarra o 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía».

⁴ Igualmente destacables, por su incidencia en las relaciones laborales del sector público, serían el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y la posterior la Ley 3/2012, de 6 de julio, así como el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, cuyo ámbito de aplicación (Administraciones Públicas del art. 3.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) se extiende también a los consorcios.

⁵ En este punto, cabe subrayar que la Sentencia 111/2016, de 9 de junio de 2016, ante el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos de la LRSAL, ha declarado inconstitucionales y nullos los incisos de este art. 26 LBRL que hacía referencia «al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas» y «Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera».

⁶ Llama especialmente la atención, como advierte BASSOLS COMA (“La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 34, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, pág. 36) que: «La singularidad de este régimen jurídico estriba precisamente en situar y encuadrar la adscripción de estos consorcios, para lo que se fija una enumeración prioritaria o preferente de siete criterios de adscripción (figurando en primer lugar el de

- 3.^a Los consorcios estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración Pública a la que estén adscritos. El órgano de control de esta Administración será el responsable de llevar una auditoría de las cuentas anuales.
- 4.^a Los consorcios deberán formar parte de los presupuestos e incluirse en la cuenta general de la Administración Pública de adscripción.
- 5.^a El régimen jurídico del personal al servicio de los consorcios será el de la Administración Pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla⁷.

En consecuencia, los consorcios que cumplan todos y cada uno de los requisitos reseñados se registrarán por las previsiones establecidas en sus respectivos Estatutos. Aquéllos que no lo cumplan deberán ajustar sus Estatutos al nuevo régimen que se deriva de la LRSAL⁸.

El marco jurídico de los consorcios establecido por la LRSAL, aplicable a cualquier consorcio con independencia de su dimensión estatal, autonómica o local, no termina aquí. Y es que, en efecto, no podemos perder de vista las exigencias dirigidas específicamente a los consorcios locales contenidas en la nueva redacción del art. 57 LBRL.

La incidencia más directa que se deriva de este precepto es que la constitución de un consorcio a iniciativa de una Entidad Local tendrá carácter subsidiario. Sólo podrá tener lugar cuando la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración Local y la Administración del Estado o la Comunidad Autónoma no pueda formalizarse a través de un convenio y siempre que, en términos de eficiencia económica, aquélla permita una asignación más eficiente de los recursos económicos.

Además, tiene que constatarse que la constitución del consorcio no pone en riesgo la sostenibilidad financiera de la Entidad Local y del propio consorcio, el cual no podrá demandar más recursos de los inicialmente previstos. Y todo ello teniendo en cuenta, además, que la constitución del consorcio ha de mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (art. 57. 2 y 3 LBRL).

Este precepto, a mi juicio, condiciona de forma muy acentuada la posibilidad de crear consorcios a iniciativa de la Administración Local y presenta serias dudas de constitucionalidad por lo que a la potestad de autoorganización local y a las competencias sobre régimen local que tienen atribuidas las Comunidades Autónomas se refiere. La realidad, sin embargo, es que el art. 57 LBRL ha sido avalado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 41/2016, de 3 de marzo; dando preferencia así a los criterios de racionalidad económica, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera⁹.

la mayoría de votos en el órgano de gobierno, pero siendo el último en relevancia nada menos que el de mayor número de habitantes y extensión territorial, cuando el consorcio está orientado a la prestación de servicios a las personas o al desarrollo de la actuación sobre el territorio)».

⁷ Se establece, no obstante, un régimen especial para determinados consorcios a los que no será de aplicación las reglas básicas señaladas anteriormente. Así conforme a la Disposición Adicional Decimocuarta de la LRSAL el nuevo régimen jurídico básico no afectará a aquellos consorcios que cumplan los siguientes requisitos: 1) Que estén constituidos antes de la entrada en vigor de la LRSAL. 2) No tengan la consideración de Administración Pública a efectos del Sistema Europeo de Cuentas. 3) Estén participados por Entidades Locales y entidades privadas. 4) No estén incurso en pérdidas durante dos ejercicios consecutivos y no reciban ni hayan recibido subvenciones de las Administraciones Públicas en los cinco ejercicios anteriores al de entrada en vigor de la LRSAL, con independencia de las aportaciones a las que estén obligados los entes consorciados.

⁸ Ciertamente, la adaptación no va a ser sencilla y por ello se ha previsto un régimen transitorio especialmente dirigida aquellos consorcios que se hayan creado en el momento de entrada en vigor de la LRSAL (el 30 de diciembre de 2013). Este régimen jurídico viene establecido en la Disposición Transitoria Sexta y como puede deducirse se trata de una adaptación a la nueva normativa básica de los consorcios dilatada en el tiempo. Así estos consorcios deberán adaptar sus Estatutos al nuevo régimen jurídico en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la LRSAL (hasta el 31 de diciembre de 2014). No obstante, si esta adaptación diera lugar a un cambio en el régimen jurídico aplicable al personal a su servicio o en su régimen presupuestario, contable o de control, este nuevo régimen será de aplicación a partir del 1 de enero del año siguiente (hasta el 1 de enero de 2016).

⁹ Como establece la Sentencia, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asamblea de Extremadura, en su Fundamento Jurídico 8.º:

«Las técnicas organizativas y los instrumentos de cooperación forman parte, de entrada, de la potestad de autoorganización local y de las competencias sobre régimen local que tienen atribuidas las Comunidades Autónomas. No obstante, al reseñar la doctrina constitucional (FJ 5 de esta Sentencia), hemos razonado igualmente que el art. 149.1.18 CE puede dar cobertura a una legislación básica estatal que incida sobre los entes locales con autonomía constitucionalmente garantizada, que proyecte los principios de eficacia, eficiencia y estabilidad presupuestaria sobre el régimen local o que articule una ordenación básica de las relaciones interadministrativas de cooperación. Las mancomunidades y los consorcios no son ajenos a ninguno de estos aspectos: 1) sus intereses son los de los entes locales mancomunados o consorciados; 2) su régimen de constitución, funcionamiento y funciones es evidentemente relevante bajo la óptica de la racionalidad del gasto público; 3) son instrumentos fundamentales para la “gestión compartida” (art. 26.2 LRBRL)

Otra exigencia dirigida específicamente al ámbito local se contiene en la nueva redacción de la Disposición Adicional Novena LBRL introducida por la LRSAL que, bajo la denominación de «Redimensionamiento del sector público local», prohíbe que las Entidades Locales (y sus organismos autónomos) puedan adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos consorcios durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste. Planteándose incluso, para los ya existentes, su disolución si no se encuentran en situación de superávit, equilibrio o no tienen resultados positivos de explotación.

Todo este marco jurídico de la LRSAL se verá complementado con la LRSP¹⁰, en la que se regula las causas y procedimiento para el ejercicio del derecho de separación de un consorcio, los efectos del ejercicio del derecho de separación, el régimen de liquidación del consorcio así como el plazo de adaptación de estatutos y derecho supletorio (arts. 12 a 15 LRSP).

La LRJSP, finalmente, elevará a los consorcios a las nuevas bases del régimen jurídico del sector público (arts. 118 a 127 LRJSP), constituyéndose así como la normativa de cabecera en la materia al atribuirle expresamente el carácter de supletorio a las normas contenidas en la LBRL y a las introducidas por la LRSAL.

Bajo este marco jurídico básico de la LRJSP se define a los consorcios como «entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias», estableciéndose como actividades propias de los mismos «las actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes».

Se crean mediante convenio suscrito por las Administraciones, organismos públicos o entidades participantes (art. 123. 1 LRJSP). Y son los Estatutos de cada consorcio los que determinan la Administración a la que está adscrito, en cada ejercicio presupuestario y por todo ese periodo, de acuerdo con los criterios establecidos en el art. 120.2 LRJSP¹¹.

en el contexto de un Estado compuesto, en general, y de un mapa local caracterizado por la proliferación de municipios pequeños, en particular».

A juicio del Alto Tribunal, el art. 57 LBRL remite «el régimen de las fórmulas de cooperación a “los términos previstos en las leyes” (apartado 1), sin incluir una regulación completa del consorcio que pudiera desbordar la competencia estatal para fijar las bases del régimen local. Introduce solo algunos límites a la constitución y funcionamiento del consorcio que, con independencia de su eficacia real, están claramente destinados a introducir los criterios de racionalidad económica que exige la realización de mandatos constitucionales (arts. 31.2, 103.1, 135, 137, 140 CE).

Ningún problema de constitucionalidad puede suscitar la previsión genérica de que el consorcio, sin poner en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda de la Entidad Local, debe permitir “una asignación más eficiente de los recursos económicos” y mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (apartados 2 y 3).

La preferencia asignada a la fórmula convencional en detrimento de la consorcial (apartado 3) puede discutirse políticamente, pero constituye una directriz directamente encaminada a desarrollar una política de contención de personificaciones públicas que se sitúa dentro de los amplios márgenes de configuración legislativa que abre la Constitución y amparan los apartados 14 y 18 del art. 149.1 CE. Lo mismo cabe decir de la previsión de que los consorcios constituidos no podrán demandar más recursos de los inicialmente previstos (apartado 3)».

¹⁰ Así la nueva regulación de los consorcios administrativos, establecida por la LRSAL y la Ley 15/2014, se caracteriza, como expresa TOSCANO GIL (“El consorcio administrativo en la encrucijada”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma. Nueva Época*, núm. 3, enero-junio, 2015 pág. 21): «por un incremento de la heterorregulación de su régimen jurídico, que deja menos sitio a la autorregulación por las entidades consorciadas mediante sus estatutos, especialmente, la primera, en bastante menor medida, la segunda. En la medida en que esta heterorregulación se hace a través de normas estatales básicas, no solo se deja menos espacio a la autorregulación por las entidades consorciadas, sino también a la heterorregulación por las Comunidades Autónomas con competencias en la materia».

¹¹ Los criterios son los siguientes: 1) La que disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno. 2) La que tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos. 3) La que tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo. 4) La que disponga de un mayor control sobre la actividad del consorcio debido a una normativa especial. 5) La que tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno. 6) La que financie en más de un cincuenta por ciento, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año. 7) La que ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial. 8) La que tenga mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio.

Es importante subrayar que actualmente está pendiente de resolución un recurso de inconstitucionalidad contra este art. 120. 2 LRJSP. Efectivamente, el Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 19 de julio de 2016, admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 3774-2016, contra los artículos 39; 49 h), párrafo segundo, y por conexión, la Disposición Adicional Octava, 1; 52.2 desde «teniendo en cuenta» hasta el final del apartado; 81.3; 83.2.c y, por conexión, la Disposición Adicional Octava, 2; 120.2; 121; 122; 126; 129.2; 157.3, último párrafo, y por conexión con los citados preceptos, la Disposición Final Decimocuarta de la LRJSP.

En los supuestos en que participen entidades privadas, el consorcio no tendrá ánimo de lucro y estará adscrito a la Administración Pública que corresponda en función de los criterios señalados¹². Asimismo, cualquier cambio de adscripción a una Administración Pública, cualquiera que fuere su causa, conllevará la modificación de los estatutos del consorcio en un plazo no superior a seis meses, contados desde el inicio del ejercicio presupuestario siguiente a aquel en se produjo el cambio de adscripción (arts. 120. 3 y 4 LRJSP)¹³.

Esta es, en la actualidad, la configuración jurídica de los consorcios locales, autonómicos y estatales¹⁴. Me corresponde ahora profundizar un poco más en la materia aunque no en su globalidad, ya que se excedería de la pretensión de este trabajo, sino que me centraré en la específica problemática que se plantea en la gestión del personal a su servicio.

II. PROBLEMÁTICA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO: ESPECIAL REFERENCIA A LA GESTIÓN DE PERSONAL

1. Régimen jurídico del personal al servicio de los consorcios

El régimen jurídico del personal al servicio de los consorcios, conforme al art. 121 LRJSP, está constituido por las siguientes notas básicas:

- El personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral y habrá de proceder exclusivamente de las Administraciones participantes. Si no fuera posible contar con personal procedente de estas Administraciones se podrá contratar personal directamente por parte del consorcio, con carácter excepcional y para el ejercicio de las funciones que no se pueden cubrir¹⁵.
- Su régimen jurídico será el de la Administración Pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla.

¹² Como señala GARCÍA RUBIO, F., “Los consorcios locales en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Reflexiones necesarias”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 2, enero-diciembre 2015, pág. 17: «Esta circunstancia de empresas privadas integrantes de consorcios sin ánimo de lucro puede generar problemas de colisión con otras empresas y con la selección de los integrantes fácilmente evitables con el mantenimiento del régimen actual, o con la incorporación al exhaustivo régimen jurídico básico de los consorcios de unas reglas de selección de las entidades privadas que tengan ánimo de lucro».

¹³ A juicio de JIMÉNEZ ASENSIO, R. “El sector público local tras la Ley 40/2015: retos inmediatos y cuestiones abiertas”, *Blog de Estudio de Consultoría Sector Público S.L.U.*, edición de 17 de julio de 2015, nos encontramos con: «Una regulación de los Consorcios contradictoria: “puente de plata” para abandonar el Consorcio e impulso de nuevos tipos de fórmulas consorciales. Como ya hiciera la Ley 15/2014, de racionalización del sector público, la LRJSP vuelve a tender “puentes de plata”, para que las entidades que formen parte del Consorcio huyan del mismo y se busque así la desaparición de tales entidades por abandono de sus miembros. Pero a esa regulación ya existente (ahora reproducida en el artículo 125 de la Ley), se le une la Disposición Adicional Décima de ese mismo texto legal, que “anima” (mediante una exención de sus correspondientes obligaciones) a las entidades que formen parte de un Consorcio a no abonar sus aportaciones al fondo patrimonial o a la financiación comprometida a realizar, siempre que “alguno de los demás miembros del Consorcio no hubieran realizado la totalidad de sus aportaciones dinerarias correspondientes a ejercicios anteriores a las que estén obligados”. Curiosa forma de “reventar” los Consorcios a través de “dinamita” legal».

¹⁴ Para CASTILLO BLANCO (“La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en los instrumentos de cooperación del Estado Autonómico: especial referencia a los consorcios públicos”, *Diario del Derecho Municipal. IUSTEL*, edición de 10 de marzo de 2017), la LRJSP «deja meridianamente claras dos cosas respecto de la naturaleza jurídica del consorcio (art.118.1), a saber:

- Los Consorcios son una Administración Pública (lo que resulta determinante para su régimen jurídico), pero tiene una naturaleza mixta: de un lado, y dado las funciones que desarrolla, es un ente instrumental de otros pero enclavado en la órbita institucional de la entidad a la que está adscrito; de otro, es un ente asociativo dado que en el mismo se agrupan varias Administraciones Públicas.
- Se refuerza su consideración de ente inserto en el entramado institucional de la Administración a la que se adscribe, en menoscabo de lo asociativo a pesar de que, como expresamente señala el texto normativo, se constituyen para el desarrollo de actividades comunes.
- En el caso de las EELL, y conjugando esta regulación con la de régimen local, es un instrumento de cooperación subsidiario de otras fórmulas de cooperación interadministrativa.

En suma, y desde mi punto de vista, una regulación desafortunada en lo que se refiere al necesario encaje de la figura dentro del principio de cooperación básico en nuestro Estado Autonómico que, como única virtud bien es cierto que no es menor, ha venido a colmar el vacío normativo que presentaba la regulación de la institución consorcial con carácter básico».

¹⁵ Efectivamente, como expresa el segundo párrafo del precepto: «Excepcionalmente, cuando no resulte posible contar con personal procedente de las Administraciones participantes en el consorcio en atención a la singularidad de las funciones a desempeñar, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, u órgano competente de la Administración a la que se adscriba el consorcio, podrá autorizar la contratación directa de personal por parte del consorcio para el ejercicio de dichas funciones».

Este precepto (art. 121 LRJSP) tiene pendiente la resolución un recurso de inconstitucionalidad como apuntamos anteriormente (Providencia de 19 de julio de 2016, del Pleno del Tribunal Constitucional, por la que se admite el recurso de inconstitucionalidad núm. 3774-2016).

Estas notas de carácter básico deben ser complementadas por la normativa básica, de carácter específico, que regula el régimen jurídico de los empleados públicos, esto es, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante), como así se deriva expresamente del art. 2.1 EBEP.

Ambas normas, en consecuencia, son las que han de guiar el análisis del régimen jurídico del personal de los consorcios. Y específicamente, para el personal laboral, además el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante) y por las demás normas convencionalmente aplicables cuando así lo disponga expresamente el EBEP (art. 7 EBEP).

El análisis, sin embargo, no es tan sencillo y han de tenerse en cuenta también otras normas de carácter presupuestario que vienen a establecer limitaciones para este colectivo. Me refiero, efectivamente, a los Presupuestos Generales del Estado que, con carácter anual aunque no necesariamente ha sido así durante los últimos años, han venido recogiendo determinaciones específicas en la materia.

Así la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (LPGE de 2018, en adelante) establece las siguientes limitaciones conforme a los arts. 149.1.13.^a y 156.1 CE¹⁶:

- Aquellos consorcios que pueden contratar personal propio pueden realizar contratos indefinidos con un límite del 75 por ciento de su tasa de reposición salvo para los consorcios que gestionen servicios públicos o realicen actividades específicas (educación, sanidad, asesoramiento jurídico y gestión de recursos públicos, servicios sociales, transporte público, etc.)¹⁷.
- Queda prohibida la contratación de personal temporal, excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.

No obstante, para el conjunto de consorcios locales, tanto los exentos del régimen LRSAL como a los que sí es de aplicación, hay que tener en cuenta asimismo las siguientes limitaciones relativas a:

- La masa salarial del personal laboral del sector público (art. 103 bis LBRL).
- La dotación de personal eventual (art. 104 bis LBRL), cuya versión original de este precepto (apartados 3 y 4) llegaba a prohibir que las plantillas de los consorcios pudieran incluir puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual y que han sido declarados inconstitucionales y nulos por la STC 54/2017, de 11 de mayo.
- Las retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local y número máximo de miembros de los órganos de gobierno (Disposición Adicional Duodécima LBRL).

Todo este entramado normativo, en suma, constituye el régimen jurídico del personal al servicio de los consorcios. Una amplia regulación que no impide la problemática jurídica y los variados interrogantes que se derivan de la misma.

En este contexto, y a la hora de abordar las principales consecuencias jurídicas que se derivan de la normativa subrayada anteriormente, hay que partir de la base de que nos encontramos en la actualidad con «tres tipos de consorcios», o de consorcios con distinta normativa de referencia si se prefiere denominar así.

Y es que, en efecto, las Disposiciones de la LBRL y de la LRSAL tienen carácter supletorio en todo aquello que no disponga la LRJSP. Y, como veremos, en materia de personal hay determinados aspectos que no aborda expresamente la LRJSP (por ejemplo en materia de selección y provisión de puestos de trabajo).

¹⁶ La LPGE de 2018 contiene limitaciones de idéntico tenor literal que las contenidas en la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017. Y en la línea que ya impulsara, aunque con importantes matices, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 y de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, para la contratación de personal de los consorcios del sector público.

¹⁷ Como señala la Disposición Adicional Trigésima Primera («Contratación de personal de los consorcios del sector público»), en el apartado 2: «Los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y organismos que integran el sector público, definido en el artículo 18, apartado Uno, que, con arreglo a la legislación aplicable puedan contratar personal propio no incluidos en el punto anterior, podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 75 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a las reglas del artículo 19.Uno.7.». Adicionalmente, como establece en su apartado 4, «los consorcios podrán formalizar contratos indefinidos en un número equivalente al 5 por ciento del total de su tasa de reposición, que irán destinados a aquellos sectores o ámbitos que consideren que requieren un refuerzo adicional de efectivos.

Este porcentaje adicional se utilizará preferentemente en sectores con la consideración de prioritarios y cuando se dé, entre otras, alguna de las siguientes circunstancias: establecimiento de nuevos servicios públicos, incremento de actividad estacional por la actividad turística o alto volumen de jubilaciones esperadas».

Así las consecuencias jurídicas que se derivan del régimen de personal de los consorcios serán distintas en función del tipo de consorcio ante el que nos encontremos.

En primer lugar, podemos encontrarnos consorcios constituidos antes de la entrada en vigor de la LRSAL y que han tenido que adaptar sus Estatutos al régimen establecido en aquélla, siendo de aplicación las Disposiciones de la LRJSP y supletoriamente la LRSAL, adquiriendo especial relevancia en esta última la Disposición Final Segunda LRSAL, por la que se modifica la Disposición Adicional Vigésima de la LRJPAC, no derogada expresamente y cuya aplicación genera importantes contradicciones en materia de personal¹⁸.

En segundo lugar, aquellos consorcios especiales que se exceptúan del régimen LRSAL y se rigen por lo dispuesto en sus Estatutos, respetando la normativa general y autonómica en la materia. Planteándose así el interrogante de cuál es la normativa de aplicación en todo aquello que no aborde la LRJSP o la respectiva ley autonómica.

Y, en tercer lugar, los consorcios adscritos a una Entidad Local a los que les será de aplicación también la LRJSP y el régimen de la LRSAL supletoriamente, aunque con carácter preferente también en aquellas Disposiciones introducidas en la LBRL que inciden en el personal al servicio de la Administración Local.

Todas estas particularidades derivadas de los criterios de adscripción del consorcio deberán ser tenidas en cuenta, en consecuencia, a la hora de abordar el régimen jurídico de este personal. Y todo ello también sin perder de vista la normativa básica específica en la materia (EBEP), la normativa de aplicación que así disponga éste (ET y demás normas convencionalmente aplicables) así como las limitaciones establecidas en la LPGE de 2018.

2. Clases de personal

Cualquier consorcio, como así se establece en el art. 121 LRJSP, puede contar con personal funcionario o laboral procedente de las Administraciones consorciadas. Y sólo en aquellos supuestos en que no existiera un empleado público para ejercer las funciones que el puesto de trabajo demanda, se puede contratar directamente desde el consorcio.

Ahora bien, en este punto, es preciso aclarar dos cuestiones importantes. La primera, la delimitación de qué puestos de trabajo a desarrollar en el consorcio pueden ser ocupados por personal funcionario y cuáles por personal laboral. La segunda, qué clase de funcionario o de personal laboral pueden ocupar esos puestos, es decir, ¿pueden trabajar en un consorcio los funcionarios interinos, el personal laboral de carácter temporal, ejercer funciones de confianza o asesoramiento especial el denominado personal eventual o, en el caso específico de los consorcios locales, los funcionarios de habilitación nacional?

Ambas cuestiones guardan relación entre sí y no permiten una respuesta fácil, más si cabe para el caso de los consorcios locales, si tenemos en cuenta la reforma introducida en la LRSAL en la que se deroga la Disposición Adicional Segunda del EBEP y las particularidades de los funcionarios de Administración Local que pasan nuevamente al texto de la LBRL.

Y es que si bien es cierto que la delimitación de las funciones que han de ejercer los funcionarios de Administración Local del art. 92 LBRL son similares a las contenidas en el art. 9.2 EBEP para el conjunto de

¹⁸ Esta Disposición, a mi juicio, no ha sido derogada expresamente por ninguna norma. Habría que entender lo contrario si tenemos en cuenta la derogación normativa de la LRJPAC a través de la LPAC, aunque lo más correcto es que esta derogación se hubiera producido por la LRJSP que es la norma que regula propiamente el régimen jurídico del sector público. Pero la realidad es que la LRJSP no ha derogado expresamente la Disposición Final Segunda LRSAL y el art. 119.3 LRJSP atribuye además a las normas contenidas en la LBRL y la LRSAL sobre los consorcios locales el carácter de supletorio. Y como sabemos la Disposición Final Segunda LRSAL no se limita a la dimensión local de los consorcios sino que se extiende también a los autonómicos y estatales. Otra interpretación posible, a la vista de la técnica legislativa utilizada por la LRSAL, es que se quiere mantener esta Disposición exclusivamente dirigida a los consorcios locales, aunque si esa era la intención tendría que haber sido incluida esta modificación de un hipotético régimen jurídico de los consorcios locales a través de una nueva Disposición Final de la LRJSP.

No es ésta la opinión de CASTILLO BLANCO («La incidencia de la nueva Ley de Régimen...», *op. cit.*), para quien la LRJSP, «asimismo, y dado que en la misma hay, con carácter general, una continuidad en las soluciones ofrecidas por la Ley 27/2013 y Ley 15/2014, apenas supone innovación alguna del ordenamiento jurídico si dejamos a salvo algunas correcciones técnicas. Pero no nos equivoquemos que, con carácter general, no suponga una innovación destacable, no quiere decir que no haya novedades(35), a saber dos importantes de calado: respecto del régimen jurídico aplicable a los Consorcios especialmente los locales ya que la norma deroga la Ley 30/92 (art. 6.5 y DA 20), el artículo 87 LBRL, (pero no el 57 ni las DA 9.^a y 12.^a), el artículo 110 TRRL, los artículos 12-15 y DA.^a 6 Ley 15/2014 y, por último, los artículos 37-40 RSCL) con lo que desaparece la exigencia preceptiva de representación proporcional, al menos en la legislación básica estatal; y, por otro lado, se aclara la posibilidad de utilizar los modos de gestión servicios públicos (art.118.3)».

funcionarios de carrera¹⁹. No es menos cierto también que el precepto de la LBRL opta por una generalización de los funcionarios en el ámbito local, no siendo ésta la opción utilizada por el EBEP.

Los funcionarios de habilitación estatal de entonces han sido, a mi parecer, la principal motivación de la reforma LRSAL sobre el EBEP, aunque con ello se haya llevado por delante al resto de funcionarios de Administración Local. Pero creo que esta operación legislativa no era necesaria, bastaba con una modificación de la Disposición Adicional Segunda del EBEP ya sea a través de la LRSAL o ya sea, como considero más idóneo, sobre el propio texto del EBEP.

Ciertamente, me parece poco acertada la decisión desarrollada por la LRSAL y se debería contener en un mismo texto legal todas las particularidades del régimen jurídico de los empleados públicos en su sede natural, esto es, el EBEP. Y que la LBRL se centrara en todas aquellas cuestiones de organización y funcionamiento de los Entes Locales.

La situación actual no hace más que generar incertidumbre y poca certeza jurídica. En este punto, se produce una colisión entre el EBEP y la LBRL ya que conforme a los postulados del primero (art. 11 EBEP) corresponde a las leyes de desarrollo del EBEP la determinación de los criterios que delimiten los puestos de trabajo que pueden ser desarrollados por personal laboral. Y ya son varias las Comunidades Autónomas las que han determinado estos criterios y que incluyen a los consorcios dentro de su ámbito de aplicación²⁰.

La solución, a mi juicio, pasa por dar una interpretación preferente al apartado 1 del art. 92 LBRL y que todo lo no regulado en éste se regirá por «la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en la materia de función pública», por mucho que se opte por una generalización de los funcionarios en las Entidades Locales²¹.

Y consecuentemente habrá que tener en cuenta no sólo la legislación de las Comunidades Autónomas que han desarrollado el EBEP sino también la de aquéllas que no lo han hecho y mantienen en vigor sus respectivas leyes de función pública así como la propia legislación del Estado que sigue en vigor (en todo aquello que no sea de aplicación directa del EBEP y no sea contrario a lo dispuesto en éste)²².

Desde estos planteamientos, y entrando ya en el segundo de los interrogantes planteados, es necesario precisar si más allá de los funcionarios públicos y del personal laboral, en sentido estricto, qué otras clases de empleados públicos pueden ser considerados como personal al servicio del consorcio. Me refiero concretamente a los funcionarios interinos, al personal laboral temporal, al denominado personal eventual y, específicamente para el caso de los consorcios locales, los funcionarios de habilitación nacional.

No hay duda, por lo que respecta a los funcionarios interinos, que las circunstancias legales que habilitan el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, establecidas en la normativa básica de empleo público (arts. 10.1 EBEP), permiten la existencia de estos empleados públicos. Y más aun si tenemos en cuenta la dicción del apartado 6 de este precepto por el que se permite prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas.

El mismo planteamiento podría trasladarse al personal laboral temporal ya que las limitaciones establecidas para esta modalidad de contratación también están habilitadas expresamente en la propia LPGE de 2018, en el mismo sentido que se justifica la existencia de los funcionarios interinos, esto es, por razones excepcionales y de urgencia e inaplazables²³.

En el caso del personal eventual, su presencia igualmente está permitida y no sólo en los consorcios estatales o autonómicos sino también en los de ámbito local, aunque con las limitaciones numéricas esta-

¹⁹ Si comparamos la dicción de ambos preceptos podemos comprobar que las funciones que han de ejercer los funcionarios de carrera en general y las de los funcionarios de Administración Local son similares, con la única particularidad en que el art. 92 LBRL incluye expresamente las funciones de autoridad (que también, a mi juicio, se entienden implícitas en el art. 9.2 EBEP).

²⁰ Así las siguientes leyes autonómicas de desarrollo al EBEP contemplan a la Administración Local y a las entidades de derecho público dependientes de ésta dentro de su ámbito de aplicación: Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana (art. 5); Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (art. 2.1); 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura (art. 3.1); y, Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia (art.4.1).

²¹ Así conforme al art. 92.1 LBRL: «Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.ª de la Constitución».

²² Así, a título de ejemplo podemos citar a la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (art. 12.2).

²³ Así se establece, como ya apuntamos anteriormente, en la Disposición Adicional Décima Séptima (“Contratación de personal de los consorcios del sector público”) de la LPGE 2018: «No se podrá proceder a la contratación de personal temporal, excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables».

blecidas en el art. 104 bis LBRL, como así ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 54/2017, de 11 de mayo²⁴. Cuestión distinta es que, como se viene apuntando doctrinalmente, las funciones que éstos desempeñan (de confianza o asesoramiento especial) deberían ser asumidas, en su día, por la figura del personal directivo profesional (art. 13 EBEP), cuando finalmente llegara a implantarse en nuestro país²⁵.

En este sentido, además, no podemos perder de vista el papel que le atribuye el art. 130.3 LBRL a los funcionarios con habilitación de carácter nacional, para el desempeño de las funciones de los órganos directivos de los municipios de gran población, ni tampoco la legislación autonómica en la materia como así ha declarado la STC 103/2013, de 25 de abril²⁶.

Y es que, en efecto, de lo que se trata es de que estas funciones directivas sean asumidas por personas reclutadas mediante procesos competitivos en función de sus conocimientos, destrezas, aptitudes, habilidades y actitudes para dirigir y, con experiencia y trayectoria en la dirección de organizaciones; ya se trate de personal funcionario o laboral, o ya se trate de personas externas al ámbito de lo público, aunque no sea ésta la posición de la LBRL²⁷.

²⁴ Efectivamente, como también señalamos, en esta sentencia el Tribunal Constitucional declaraba inconstitucional y nulo el apartado 3 del art. 104 bis LBRL en los que se prohibía concretamente la presencia del personal eventual en los consorcios locales. Así como señala el Alto Tribunal: «los apartados 3 y 4 de ese artículo establecen, no ya topes cuantitativos, sino prohibiciones taxativas y condiciones cualitativas que inciden sobre el personal eventual de todas las corporaciones locales, incluidas las no necesarias. Por un lado, imponen que trabaje “exclusivamente en los servicios generales” de la entidad local, prohibiendo así, con carácter general, su asignación “con carácter funcional” a otros servicios o departamentos (art. 104 bis, apartado 4, LBRL). Por otro, prohíben directamente al “resto de Entidades Locales o de sus organismos dependientes”, incluyendo, por tanto, a las comarcas, que cuenten con este tipo de personal (art. 104 bis, apartado 3, LBRL). Se trata de reglas que penetran de lleno en la organización interna de las corporaciones locales, estableciendo un criterio unívoco que no admite las adaptaciones que pudieran resultar del ejercicio del poder local de auto organización y de las competencias autonómicas en materia de régimen local. La prohibición de que “el resto de Entidades Locales o de sus organismos dependientes” cuente con personal eventual se inserta en un ámbito donde el alcance de la legislación básica debe ser más limitado, no solo por referirse a cuestiones de organización local, sino también por afectar a “entidades locales no necesarias o contingentes” (p. ej., comarcas). Estas entidades están dotadas de “un fuerte grado de interiorización autonómica”, sin que les alcance directamente la garantía constitucional de la autonomía municipal (art. 140 CE), provincial (art. 141.2 CE) e insular (art. 141.4 CE) [STC 214/1989, FFJJ 4 b) y 15 a) y, últimamente, STC 41/2016, FJ 5]. Estos entes “entran en cuanto a su propia existencia en el ámbito de disponibilidad de las Comunidades Autónomas que dispongan de la correspondiente competencia [SSTC 214/1989, FJ 4 b), y 41/2016, FJ 5]”».

²⁵ Efectivamente, este problema de la excesiva politización en la Administración Pública, el de marcar una línea divisoria clara para determinar dónde termina la esfera política y dónde comienza la esfera profesional, nos hace plantearnos la necesidad de delimitar los puestos de trabajo que deberían quedar enclavados en la esfera de la función directiva profesional. Por ello, considero seriamente que un primer paso para poner fin a este panorama pasa por la necesidad de reconducir la figura del empleado público eventual a su esfera natural (la estricta confianza política), sin llegar a desempeñar puestos de trabajo que han de quedar englobados en la esfera de la dirección pública profesional. A mi juicio, como ya apunté en un trabajo anterior (QUESADA LUMBRERAS, J. E., *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 153 y 154), podría basarse en a los siguientes presupuestos:

1) En el ámbito de la Administración General del Estado, y en gran medida también de la Administración autonómica, los puestos de Subdirector General, Director General y Subsecretario General (o asimilados) deberían quedar englobados dentro de la dirección pública profesional, pudiendo incluso plantearse la idea de una segunda carrera constituida por esos tres escalones.

En el polo opuesto, en consecuencia, el puesto de Secretario General (o asimilado) constituiría la frontera máxima que puede estar dirigida desde el nivel político.

2) En el ámbito de la Administración Local, lógicamente, los planteamientos serían diferentes teniendo en cuenta su estructura orgánica y la heterogeneidad que presenta nuestra planta local (municipios de régimen común y municipios de gran población).

A mi parecer, lo más razonable sería que el legislador autonómico estableciera unos criterios claros en esta dirección y planteara una delimitación stricto sensu de los puestos de trabajo que quedarían englobados en la esfera de la función directiva profesional, sin llegar a agotar las amplias potestades que, en esta materia más si cabe, han de corresponder a los respectivos Gobiernos Locales.

No obstante, aunque esta es una decisión que debe corresponder a cada entidad local, sí considero que la tendencia debiera ir encaminada hacia la profesionalización de los puestos de Coordinadores Generales y Directores Generales (o asimilados).

²⁶ La STC 103/2013, de 25 de abril, declara constitucional el art. 130.1.B, en la redacción dada al mismo por el artículo primero de la 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, siempre que se interprete de acuerdo con lo señalado en el Fundamento Jurídico 5. J), que declara: «el precepto impugnado admite una interpretación conforme con lo hasta aquí afirmado pues, en la medida en que se limita a relacionar, dentro de los órganos directivos, los titulares de órganos que pertenecen a la organización básica de los municipios de gran población, no impide a las Leyes autonómicas que completen, dentro de su competencia para regular la organización complementaria, este elenco de órganos directivos».

²⁷ En esta línea apuntaba el art. 58. 7 del Anteproyecto de Ley básica de gobierno y Administración local (versión de 5 de febrero de 2007) que también apostaba por un modelo abierto en el que tenían cabida funcionarios y personal laboral como así establecía en su art. 58. 3: «Su designación corresponderá al Consejo de Gobierno atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia y mediante procedimientos que garanticen el mérito, la capacidad y la publicidad, entre funcionarios o funcionarias públicos del Grupo A y titulados o tituladas superiores, si no pertenecen a la función pública. En el acuerdo de nombramiento, que será motivado, se especificarán sus funciones y los objetivos de su gestión».

La posición del art. 130.3 LBRL, introducida por la LRSAL, difiere en este punto como se puede ver de la dicción del precepto y presenta una clara predilección por un modelo cerrado (preferentemente funcionarios públicos).

En cuanto la posibilidad de ejercer las funciones que legalmente tiene atribuidas los funcionarios con habilitación de carácter nacional en los consorcios en que participa alguna Entidad Local, nada impediría que así fuera²⁸. Como señala CASTILLO BLANCO: «Respecto de este tipo de funcionarios, que prestan sus servicios exclusivamente en entidades locales, ya en su momento se planteó si podían o no desempeñar necesariamente sus funciones en aquellos consorcios en que participasen entidades locales y no planteó problema alguno que, para el ejercicio de funciones reservadas a éstos (art. 92 bis LBRL), se acudiese a este tipo de funcionarios que, inclusive, podrían prestar sus servicios de forma acumulada con los de una entidad local perteneciente al Consorcio según dispusiesen los Estatutos del Ente consorciado (STS de 30 de abril de 1999, RJ. 4692). Quiere decirse que, en este tipo de funciones reservadas, los Estatutos adquieren, de nuevo, una importancia fundamental y serán éstos los que determinen la forma de prestación de esas funciones con carácter general, aunque en los que tengan carácter local en razón de la Administración a la que queden adscritos su prestación por éstos no plantea duda alguna si bien con las singularidades propias de la figura consorcial»²⁹.

3. Selección, provisión de puestos de trabajo y movilidad de personal

En este punto, el régimen jurídico del personal al servicio de los consorcios es también contradictorio. Efectivamente, la LRJSP, que es la norma de preferente aplicación, no alude expresamente a la forma de provisión de los puestos de trabajo y sólo establece que procederán exclusivamente de las Administraciones participantes. Y si ello no fuera posible, se podrá contratar personal directamente por parte del consorcio, con carácter excepcional y para el ejercicio de las funciones que no se puedan cubrir.

La LRSAL, por el contrario, en la redacción que incorpora a la Disposición Adicional Vigésima de la LRJPAC, establece expresamente que el personal de los consorcios (locales, autonómicos y estatales) procederá exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes.

La interpretación más lógica a esta dicotomía, para evitar los problemas jurídicos que se derivan de la aplicación supletoria de la LRSAL, pasa por aplicar la normativa básica de empleo público³⁰. Nuevamente,

²⁸ No es ésta, sin embargo, la posición mayoritaria entre la doctrina. A juicio de JIMÉNEZ ASENSIO («¿«Réquiem» por los consorcios? Notas sobre el nuevo régimen jurídico de los Consorcios tras la LRSAL», *Blog de Estudio de Consultoría Sector Público S.L.U.*): «al tener los Consorcios un marcado carácter instrumental y preverse, con las excepciones que se verán, que su personal provendrá por regla general de reasignación de efectivos de las entidades que formen parte del mismo, cabría concluir que, a partir de la entrada en vigor de la LRSAL, las funciones de secretaría e intervención de tales entidades ya no deberían estar reservadas necesariamente a funcionarios con habilitación de carácter nacional, pues los Consorcios –ya claramente– no son entidades locales y se adscriben como “entidad instrumental” a una Administración matriz. Por tanto, su régimen jurídico en este punto debería ser similar al resto de entidades instrumentales del sector público local».

²⁹ CASTILLO BLANCO, F. A., «La nueva regulación de los consorcios públicos...», *op. cit.*, págs. 917 y 918. Como explica el autor, argumentando su postura contraria a la mantenida por Jiménez Asensio (que hemos señalado anteriormente): «Desde mi punto de vista, y partiendo de que los Estatutos juegan un papel esencial –forman parte de las peculiaridades que éstos pueden establecer–, es preciso distinguir los consorcios adscritos al sector estatal o autonómico en que nada hay que oponer a la argumentación efectuada por el citado autor bien que es cierto que, desde mi punto de vista, serían los Estatutos los que establecieran el procedimiento de provisión sin necesidad de acudir necesariamente a la reasignación de efectivos, de los que en aplicación de los criterios establecidos en la LRSAL pero también en otras normas (por ejemplo las autonómicas de régimen local), quedasen adscritos a una entidad local.

En estos últimos la situación no ha cambiado en nada por la promulgación de la LRSAL. La fijación de una naturaleza instrumental por dicha norma, que como se ha dicho, a mi juicio preexistía a esta norma no es determinante cuando lo que si parece cierto es que a esos consorcios les será de aplicación la normativa de la Administración a la que quedan adscritos y, en el caso local, la prestación de esas funciones no cabe duda que corresponde a esos funcionarios que son, además, funciones reservadas. Los Estatutos podrán establecer singularidades, en efecto, pero el régimen esencial de nuevo habrá que subrayarlo habrá de respetarse».

³⁰ Como señala asimismo CASTILLO BLANCO («La nueva regulación de los consorcios públicos...», *op. cit.*, pág. 911): «De nuevo la más elemental lógica hubiera aconsejado, consiguiendo los mismos objetivos que parece perseguir la norma (no duplicidad de plantillas y ofrecer salida a los excedentes de personal) remitirse no a ese mecanismo excepcional sino, con carácter general, a los medios de provisión ordinarios y extraordinarios para la provisión de puestos de trabajo que existen en la legislación de empleo público y prever de forma adicional algún mecanismo para evitar esa duplicidad respecto de las Administraciones consorciadas ya que, con toda seguridad, en determinados Consorcios sobre todo aquellos de especial singularidad en cuanto a sus fines, lo más probable es que no exista en las plantillas de las Administraciones que conforman el mismo la clase de personal que se necesita de forma efectiva.

La fórmula escogida, pensada con la lógica de la supresión y reducción de plantillas propia del tiempo que vio surgir la norma, ofrece lo que ha de ser una respuesta coyuntural como solución definitiva a los procedimientos de cobertura de aquellos consorcios que, no estando incluidos en la excepción establecida en la Disposición Adicional Decimotercera en el caso del sector local y en todos los demás supuestos en el sector público autonómico y estatal, existan, se creen o presten servicios no incluidos en el artículo 26 de la LBRL. La conclusión no puede ser otra que lo que realmente se pretende es que los Consorcios que se creen o que ya existan, pero cuyo objeto no sea la prestación de servicios mínimos, tengan muy complicada su subsistencia y que, en todo caso, no produzcan en ningún supuesto duplicidad de plantillas en los mismos servicios».

en este punto, la LRSAL vuelve a generar incertidumbre jurídica y se aleja de los planteamientos del EBEP, dejando a un lado asimismo las leyes autonómicas en desarrollo de éste que han regulado sus propios procedimientos de provisión³¹.

Creo sinceramente que la solución que mayor certeza jurídica plantea es la aplicación de la normativa básica de empleo público (arts. 78 a 84). Y no sólo para los funcionarios públicos sino también para el personal laboral. Y es que si bien es cierto que en materia de provisión de puestos de trabajo y movilidad del personal laboral, el EBEP se sitúa como norma subsidiaria de lo que establezcan los convenios colectivos aplicables como así establece el art. 83 del EBEP (con la excepción de la movilidad por razón de violencia de género en la que sí se establece una aplicación común para todos los empleados públicos).

No es menos cierto también que, en este punto, el EBEP se remite únicamente a los convenios colectivos que sean de aplicación y no a la legislación laboral. Planteándose así la duda interpretativa, como sostiene SALA FRANCO, «de si lo dispuesto en los arts. 39 y 40 del ET, sobre movilidad funcional y movilidad geográfica de los trabajadores, resulta no obstante de aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas (debido, sobre todo, a su carácter mínimo imperativo cara a la negociación colectiva) o si, por el contrario, tal como se deduce de una interpretación literal del EBEP, en caso de ausencia de regulación convencional, será de aplicación tal cual los arts. 78 a 84 del EBEP y no el ET»³².

En mi opinión, y siguiendo el criterio establecido por la propia jurisprudencia de la Audiencia Nacional cuando se han planteado dudas interpretativas sobre la aplicación preferente entre el EBEP y el ET, el conflicto tendría que resolverse atendiendo al principio de especialidad. Así, conforme a este principio, teniendo en cuenta que el EBEP es una ley especial que se aplica exclusivamente al personal laboral al servicio de la Administración Pública; tendría que tener una aplicación preferente a lo que establezca la ley general (ET) sobre este colectivo de trabajadores en esta materia (SAN 14/2008, de 6 de marzo).

Y lo que sí parece claro asimismo es que no está prohibida la contratación de personal por parte del consorcio, con carácter excepcional, para el ejercicio de las funciones que no se pueden cubrir por parte del personal de las Administraciones participantes. La aplicación preferente de la LRJSP es clara en este sentido y deja sin efecto la prohibición de la LRSAL.

4. Cambio de adscripción y disolución del consorcio: incidencia en el personal a su servicio

El Estatuto de los consorcios juega un papel clave a la hora de determinar el régimen jurídico de su personal cuando se produzca un cambio de adscripción del consorcio, conforme a los criterios establecidos en el art. 120 LRJSP, o incluso la propia disolución del mismo³³.

El art. 121 LRJSP, en este sentido, lo único que establece es que el régimen jurídico de su personal será el de la Administración Pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla. Por tanto, el interrogante fundamental girará en torno al significado del régimen jurídico de la Administración de adscripción.

Frente a cualquier interpretación inicial que nos pudiera llevar a pensar que estamos ante una integración del personal en la Administración de adscripción, en el caso del personal funcionario, o ante una suce-

³¹ Así, por ejemplo, la Ley de Castilla-La Mancha no regula la reasignación de efectivos sino directamente la redistribución de efectivos, sin distinguir entre puestos de trabajo singularizados o no singularizados (a diferencia del RD 364/1995 que prevé este último tipo de puestos se realizará mediante redistribución de efectivos).

³² SALA FRANCO, T., "El personal laboral. La relación laboral de empleo público", *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 126.

³³ Como señala CASTILLO BLANCO ("La incidencia de la nueva Ley de Régimen...", *op. cit.*): «los Estatutos del consorcio jugarán un papel fundamental a la hora de determinar las particularidades que, respecto de la normativa marco de general aplicación en el ámbito del sector público al que está adscrito, presentarán los consorcios en los aspectos organizativos, funcionales y financieros».

Desde mi punto de vista el régimen propio de los consorcios no puede resultar sustancialmente distinto de aquél al que está sujeta la Administración a la que quede adscrito. Así, las particularidades no autorizan a que el consorcio carezca de fiscalización, o por citar otro ejemplo tampoco autorizan a seguir procedimientos de adjudicación contractual que contraríen los establecidos para las Administraciones públicas. Autorizan, en cambio, a que se definan los órganos de fiscalización, a que se determine la composición de las mesas de contratación, a que se regule el régimen del personal que preste sus servicios en el organismo, y ello siempre que la normativa de aplicación (en este caso la normativa autonómica) no aborde una reglamentación en tal sentido que, como hemos visto, no lo hace.

En definitiva, corresponderá a los estatutos la regulación de aquellas cuestiones que, de aplicarse la normativa general y, en especial, la reglamentaria, serían de imposible cumplimiento por la falta de equiparación entre las categorías de alguna o de todas las Administraciones consorciadas con la propia Administración del consorcio».

sión de empresas del art. 44 ET, para el caso del personal laboral³⁴; es importante tener en cuenta un primer dato, siguiendo en este sentido la tesis de CASTILLO BLANCO.

Y es que, en efecto, el art. 120.2 LRJSP determina que el consorcio quedará adscrito, en cada ejercicio presupuestario y por todo este periodo, a la Administración Pública resultante en función de los criterios de prioridad que establece. Pero una cosa debe quedar bien clara como señala el autor: «que el régimen jurídico de la Administración dominante les sea de aplicación no tiene que tener, necesariamente, esas consecuencias antes aludidas. Es decir, y por decirlo de una vez, no parece que pueda hablarse de que se produce una integración del personal funcionario al servicio del Consorcio en el empleo público de la Administración a la que queda adscrito ya que nada se dispone respecto de ello y, por demás, y en el supuesto de que se produjese de nuevo un cambio en la Administración de adscripción el resultado sería una especie de funcionario “itinerante” que sucesivamente se iría integrando en una u otra Administración a la que quedara adscrito el Consorcio».

Tampoco, y por la misma razón, «se produce una sucesión de empresas en el caso específico del personal laboral. A mi juicio no es posible una solución de tal tipo que, de otro lado, no se menciona expresamente a diferencia de lo acontecido en los supuestos de reestructuración del sector público acontecidos en los últimos tiempos»³⁵.

Adscripción, por tanto, no significa integración y ante cualquier eventual cambio de adscripción del consorcio, el personal funcionario seguirá teniendo la condición de personal del consorcio si así fue seleccionado, en los supuestos en que no proceda de las Administraciones consorciadas; en la situación administrativa de servicio en otras Administraciones si procede de alguna de las Administraciones consorciadas (art. 88.1 EBEP) o, alternativamente, permanecerá en servicio activo en la Administración de procedencia ocupando

³⁴ Como ha dejado establecido la jurisprudencia (véase entre otras la STSJ de Madrid de 1 de marzo de 2013, rec. 6259/2012):

«Así tenemos –como sintetizábamos en las sentencias de 14-7-2008, rec. 2089/08 y en la de 13-11-09, rec. 4324/09, de esta Sección Primera– que los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

- A) Art. 44 del ET, reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva.
- B) Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos.
- C) Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Convenios colectivos, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, no dándose si se incumpliera alguno de ellos (SSTS 10-12-97, 9-2 y 31-3-1998, 30-9-99 y 29-1-2002).
- D) Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET, supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de handling, (por todas STS 29-2-2000), que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1.205 del Código.
- E) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25-1-2006), como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31-10-2007), siempre que la actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra. Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 27-10-2004, (aun suscitando en la misma ciertas “reservas”, entre otras razones, “por el efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger”), ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece».

³⁵ CASTILLO BLANCO, F. A., “La nueva regulación de los consorcios públicos...”, *op. cit.*, págs. 905 y 906. Pero es que aquí, como explica el autor, «no hay cambio de titularidad alguna, ni extinción del ente matriz, ni integración de éste en otro, sino simplemente asimilación de un régimen jurídico para evitar que el personal proveniente de los entes consorciados se someta a condiciones laborales distintas. Simple y llanamente eso. Lo que no quiere decir, ni mucho menos, que tal solución no presente numerosos problemas e interrogantes.

Es decir, operará el fenómeno subrogatorio del art. 44 ET si se dan los requisitos para ello, lo establece el convenio colectivo o, por lo que aquí interesa, se determinase así en las previsiones adoptadas para la reestructuración por la Ley. Pero no concurre ninguna de esas circunstancias, sino que en el caso analizado exclusivamente se establece una vis atractiva del régimen jurídico a fin de posibilitar unas mismas condiciones laborales».

un puesto de trabajo en el consorcio (art. 86.1 EBEP). En los supuestos de disolución del consorcio habrá que tener en cuenta asimismo las garantías jurídicas contenidas en los arts. 79.4 y 88.3 EBEP³⁶.

En el caso del personal laboral habrá que estar a lo que la normas convencionales del consorcio establezcan y, en este punto, es especialmente importante que se ofrezca una solución similar que la planteada para los funcionarios públicos; más si cabe teniendo en cuenta la posibilidad de una eventual disolución del consorcio y poder evitar así la aplicación de fórmulas extintivas de la relación de empleo, toda vez que los servicios que se prestaban en el consorcio seguirán prestándose por alguna de las Administraciones que hasta entonces estaban consorciadas. La negociación colectiva, en consecuencia, es esencial para alcanzar una asimilación de las condiciones de trabajo en estos supuestos³⁷.

Un supuesto especial, finalmente, lo constituye los puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional en consorcios locales creados con anterioridad a la LRSAL. En este caso, conforme la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de este colectivo, estos puestos de trabajo se podrán declarar a extinguir o reclasificar en puestos de colaboración de la Entidad Local a la que se adscriban³⁸.

III. CONCLUSIONES

El régimen jurídico de los consorcios ha experimentado, en los últimos años, una atención normativa sin precedentes. Su régimen orgánico, funcional, presupuestario y de gestión de personal se ha intensificado notablemente. El objetivo de las últimas reformas ha sido muy loable y comprensible tras todos estos años de crisis económica que seguimos padeciendo. Pero creo que las medidas normativas que han sido adoptadas se han cebado en exceso en torno a esta figura que no hace sino dar cumplimiento a uno de los principios más esenciales de nuestro Estado de Derecho como es el principio de cooperación entre organizaciones públicas para la satisfacción de intereses a la ciudadanía.

Pero es que, además, hay que tener en cuenta que las reformas que han sido introducidas paulatinamente (LRSAL, LRSP y LRJSP) han generado más incertidumbre que certeza jurídica, especialmente en materia de personal al servicio de los consorcios. Y todo ello sin tener en cuenta, asimismo, la incidencia de la legislación de las Comunidades Autónomas en la temática.

El resultado alcanzado, más allá de esta costumbre legislativa de refundir diferentes normas en un mismo texto, no me parece positivo. Y es que si bien es cierto que puede considerarse plausible la regulación efectuada en determinados aspectos. No es menos cierto también que en otros tantos presenta importantes contradicciones que dejan en entredicho la refundición normativa realizada por la LRJSP, y genera no pocos interrogantes que no hacen más que complicar, aún más, a los operadores jurídicos.

³⁶ Así conforme al art. 79.4 EBEP se establece que: «En el caso de supresión o remoción de los puestos obtenidos por concurso se deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes de dicho sistema».

Por su parte, el art. 88.3 EBEP viene a señalar lo siguiente: «Los funcionarios de carrera en la situación de servicio en otras Administraciones Públicas que se encuentren en dicha situación por haber obtenido un puesto de trabajo mediante los sistemas de provisión previstos en este Estatuto, se rigen por la legislación de la Administración en la que estén destinados de forma efectiva y conservan su condición de funcionario de la Administración de origen y el derecho a participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo que se efectúen por esta última. El tiempo de servicio en la Administración Pública en la que estén destinados se les computará como de servicio activo en su cuerpo o escala de origen».

³⁷ Por lo que respecta a las situaciones del personal laboral, el art. 92 EBEP establece que la regulación a seguir será la establecida en el ET y los convenios colectivos aplicables sobre esta materia. No obstante, deja la puerta abierta a que los convenios colectivos puedan determinar la aplicación del Título VI del EBEP (situaciones administrativas de los funcionarios públicos) en lo que resulte compatible con el ET.

En este sentido, como señala SALA FRANCO (“El personal laboral...”, *op. cit.*, págs. 126), «si se tiene en cuenta que el ET no regula precisamente verdaderas y propias situaciones del personal laboral (paralelas a las situaciones administrativas de los funcionarios públicos) sino, más bien, “situaciones suspensivas” del contrato de trabajo por una serie de causas tasadas legalmente, difícilmente se van a producir “compatibilidades” entre una y otra legislación por su falta de “homologabilidad”».

³⁸ Así conforme al art. 15.1 del RD 128/2018: «Las Entidades Locales podrán crear otros puestos de trabajo que tengan atribuidas funciones de colaboración inmediata y auxilio a las de Secretaría, Intervención y Tesorería. Estos puestos de trabajo estarán reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional y ejercerán sus funciones bajo la dependencia funcional y jerárquica del titular de la Secretaría, Intervención o Tesorería, respectivamente». Asimismo, como establece el apartado 3 del precepto, «les corresponderá la sustitución de los titulares de los puestos de Secretaría, Intervención y Tesorería, en los casos de vacante, ausencia, enfermedad o concurrencia de causa de abstención o recusación legal o reglamentaria de los mismos».

Un buen ejemplo de lo que vengo apuntado tiene su máximo exponente en la LRSAL, y no sólo por lo que respecta a los consorcios locales sino también a los autonómicos y estatales, especialmente en materia de personal. Y aquí se genera precisamente un problema importante. Los preceptos de la LRSAL, a pesar de su carácter supletorio en todo aquello que no aborde la LRJSP, trascienden del ámbito local. Me refiero concretamente a la Disposición Final Segunda LRSAL por la que se incluye una nueva Disposición Adicional Vigésima a la LRJPAC («Régimen jurídico de los consorcios»).

Esta Disposición, a mi juicio, no ha sido derogada expresamente por ninguna norma. Habría que entender lo contrario si tenemos en cuenta la derogación normativa de la LRJPAC a través de la LPAC, aunque lo más correcto es que esta derogación se hubiera producido por la LRJSP, que es la norma que regula propiamente el régimen jurídico del sector público.

Pero la realidad es que la LRJSP no ha derogado expresamente la Disposición Final Segunda LRSAL y el art. 119.3 LRJSP atribuye, además, a las normas contenidas en la LBRL y la LRSAL sobre los consorcios locales el carácter de supletorio. Pero como sabemos la Disposición Final Segunda LRSAL no se limita a la dimensión local de los consorcios sino que se extiende también a los autonómicos y estatales. Otra interpretación posible, a la vista de la técnica legislativa utilizada por la LRJSP, es que se quiere mantener esta Disposición exclusivamente dirigida a los consorcios locales, aunque si esa era la intención tendría que haber sido incluida esa modificación de un hipotético régimen jurídico de los consorcios locales a través de una nueva Disposición Final de la LRJSP.

En cualquier caso, creo que todo este enredo jurídico responde a la forma en que se ha venido legislando en los últimos años, que aunque era necesario responder con rapidez a los problemas económicos del país, el resultado final de los diferentes textos normativos no son los más acertados. Prueba de ello son las numerosas críticas que ha venido cosechando la LRSAL o la fórmula legislativa realizada a través de las dos nuevas leyes administrativas (LPAC y LRJSP), alejándose de las consideraciones del propio Consejo de Estado. Era previsible que, tarde o temprano, las contradicciones surgirían y con ello la inseguridad jurídica que se deriva. Y más en una materia como esta, el régimen de personal, tan desubicada en estas normas y a la que era más que previsible su poca congruencia.

Ciertamente la solución más fácil para buena parte de los interrogantes que se plantean para el personal al servicio de los consorcios sería entender derogada esta Disposición. En mi caso, y atendiendo a la realidad normativa de que no ha sido derogada expresamente, he considerado que la solución a estos problemas pasa por dar una aplicación preferente al art. 92.1 LBRL y que todo lo no regulado en ésta se regirá por «la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en la materia de función pública».

Con esta interpretación pueden ser abordadas las contradicciones entre la LBRL y la LRSAL con el EBEP y con la legislación de desarrollo a éste, y se viene a dar una solución más sensata que la que nos aporta la normativa básica local, por lo que a los empleados públicos locales se refiere; evitando con ello, especialmente también, el conflictivo régimen de la Disposición Final Segunda LRSAL, por el que el personal de los consorcios ha de proceder exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes.

Creo sinceramente que la solución que mayor certeza jurídica plantea es la aplicación de la normativa básica, estatal y autonómica de empleo público. El EBEP, las leyes autonómicas en desarrollo del EBEP, pero también aquellas normas de empleo público que aun siguen en vigor, tanto a nivel estatal como autonómico. Y todo ello teniendo en cuenta, asimismo, la sobriedad de la LRJSP en esta materia. Son en estas normas, a mi juicio, en las que se debería contener todo el régimen jurídico de los empleados públicos y, *sensu contrario*, que la normativa básica de régimen local se centrara en todas las cuestiones de organización y funcionamiento de la Administración Local.

Habrà que esperar, en consecuencia, a si la experiencia de estos años nos hace reconducir los aciertos pero también los errores cometidos, y nos permite seguir funcionando a través de fórmulas asociativas que prestan servicios públicos a la ciudadanía, y que se siga haciendo en las condiciones más coherentes.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2016), "Los consorcios ante un nuevo régimen jurídico", *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 94, enero-abril, págs. 57-88.
- BASSOLS COMA, M. (2014), "La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 34, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, págs. 21-48.

- CASTILLO BLANCO, F. A. (2017), “La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en los instrumentos de cooperación del Estado Autonómico: especial referencia a los consorcios públicos”, *Diario del Derecho Municipal*. IUSTEL, edición de 10 de marzo de 2017.
- CASTILLO BLANCO, F. A. (2014), “La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre, págs. 887-920.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, J. (2009), “Los consorcios del sector público autonómico: naturaleza y características”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 310, pág. 169-203. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i310.9682>.
- GARCÍA RUBIO, F. (2015), “Los consorcios locales en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Reflexiones necesarias”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 2, enero-diciembre, págs. 1-17. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i2.10269>.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2015), “El sector público local tras la Ley 40/2015: retos inmediatos y cuestiones abiertas”, *Blog de Estudio de Consultoría Sector Público S.L.U.*, edición de 17 de julio de 2015.
- QUESADA LUMBRERAS, J. E. (2015), *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.
- SALA FRANCO, T. (2007), “El personal laboral. La relación laboral de empleo público”, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, págs. 115-129.
- TOSCANO GIL, F. (2015), “El consorcio administrativo en la encrucijada”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, núm. 3, enero-junio, págs. 35-57. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i3.10239>.



Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹

Analysis of the new regulation of the minor contract law 9/2017, of 8 november, on public sector contracts

Roberto Carrodeguas Méndez
Ayuntamiento de Peraleda de la Mata (Cáceres)
robertocarrodeguas10@hotmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Funcionario de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional. Actualmente, Secretario-Interventor de los Ayuntamientos de Peraleda de la Mata y Valdehúncar (Cáceres). Máster en Contratación Pública Local por el Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid.

RESUMEN

En el Boletín Oficial de Estado número 272, del 9 de noviembre de 2017, se publicó la Ley de Contratos del Sector Público, entrando en vigor el pasado día 9 de marzo. Desde un primer momento, la configuración del contrato menor en la nueva Ley ha despertado un gran interés y preocupación, no solo entre los operadores jurídicos, sino también entre las propias empresas y profesionales que operan en el mercado. A pesar su corta vida, muchos son los interrogantes y dudas que ha generado el nuevo texto legal, proliferando opiniones doctrinales e informes de órganos consultivos en la materia con distinto criterio interpretativo, lo que ha provocado un elevado grado de inseguridad jurídica en el momento de aplicar la norma. Este trabajo pretende efectuar un estudio detallado de la figura del contrato menor y de su actual regulación normativa, analizando, desde un punto de vista práctico, las consecuencias que puede tener la nueva regulación en el ámbito de la Administración Pública. Por último, se exponen una serie de argumentos en defensa del contrato menor que conducen a la conclusión de que una correcta utilización del mismo puede resultar de gran utilidad en el ámbito de la contratación pública local.

PALABRAS CLAVE

Contratación directa; principios generales; transparencia; simplificación; requisitos; expediente de contratación; aplicación.

ABSTRACT

In the Official State Gazette number 272, of November 9, 2017, the Public Sector Contracts Law was published, entering into force on March 9. From the outset, the configuration of the minor contract in the new Law has aroused great interest and concern, not only among legal operators, but also among the companies themselves and professionals operating in the market. Despite its short life, there are many questions and doubts that the new legal text has generated, proliferating doctrinal opinions and reports from advisory bodies on the subject with different interpretive criteria, which has caused a high degree of

¹ Trabajo fin de Máster de Contratación Pública Local 6.ª Edición – Curso 2017/2018, organizado por el Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid.

legal uncertainty at the time of applying the rule. This paper intends to carry out a detailed study of the minor contract figure and its current regulatory regulation, analyzing, from a practical point of view, the consequences that the new regulation may have in the field of Public Administration. Finally, a series of arguments are presented in defense of the minor contract that lead to the conclusion that a correct use of it can be very useful in the field of local public procurement.

KEYWORDS

Direct hire; general principles; transparency; simplification; requirements; record of procurement; application.

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN. 2. EL PORQUÉ DE UNA NUEVA REGULACIÓN. 3. ENCAJE DEL CONTRATO MENOR EN EL DERECHO EUROPEO: CONTRATACIÓN DIRECTA VERSUS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 4. LA NUEVA REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO MENOR EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 4.1. PUNTO DE PARTIDA: LA NECESIDAD DE TRAMITAR EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN EN EL CONTRATO MENOR. 4.2. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN. 4.2.1. Sujeto, objeto y valor estimado del contrato menor. 4.2.2. Duración del contrato menor. 4.2.3. Fiscalización del contrato menor. 4.2.4. Requisitos del contratista. 4.2.5. Informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. 4.2.6. Informe del órgano de contratación justificando que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de la contratación. 4.2.7. Informe del órgano de contratación justificando que el contratista no ha suscrito más contratos individuales que individual o conjuntamente superen los 40.000 euros en el supuesto de obras o de 15.000 euros cuando se trate de suministro o de servicios. 4.2.8. Perfección del contrato menor. 4.2.9 Ejecución del contrato menor. 4.2.10. Necesidad de dar publicidad a los contratos menores. 4.2.11. Comunicación al Registro Oficial de Contratos del Sector Público y al Tribunal de Cuentas de los contratos menores realizados. 4.3. ¿APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 118 DE LA LCSP A TODOS LOS PODERES ADJUDICADORES? 4.4 ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS. 5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. PRESENTACIÓN

El artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) establece que la Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

En el marco de estos principios, la LCSP introduce importantes novedades llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, estableciendo un conjunto de medidas destinadas a fomentar la transparencia en los contratos públicos. De entre ellas, destacamos la eliminación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la nueva regulación del contrato menor, que aparenta ser más restrictiva que la anterior, en la medida que introduce nuevos requisitos procedimentales, reduce las cuantías y los tipos de contratos en los que se puede utilizar.

La indebida utilización de la contratación menor mediante el fraccionamiento irregular del objeto del contrato y la falta de negociación efectiva en el extinguido procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía favorecieron la proliferación de conductas corruptas y de irregularidades administrativas, vulnerando el principio de integridad en la gestión pública y, por extensión, el principio de buena administración. El contrato menor se articula como un régimen jurídico excepcional, dirigido a atender la necesidad de simplificar el procedimiento administrativo en aquellos supuestos en que ha de primar la agilidad con la que han de ser atendidas determinadas necesidades de reducido importe económico.

Su opacidad y falta de transparencia deberían diseñar este procedimiento como un sistema excepcional. Sin embargo, ocurre todo lo contrario, ya que la experiencia nos demuestra que se ha convertido en

el instrumento básico para la adjudicación de contratos públicos. Lo que, en principio, podía ser adecuado para cubrir determinadas necesidades de forma rápida, termina siendo una patología endémica del sistema de contratación pública de nuestro días, consecuencia de su utilización indebida, repetitiva, abusiva y generalizada.

Un importante sector doctrinal ha sostenido que la nueva Ley anunciaba una presencia meramente testimonial de la figura del contrato menor². Es difícil aventurar si los poderes adjudicadores harán un uso más racional de la contratación directa, pero lo cierto es que la nueva regulación establece una serie de requisitos que favorecen la transparencia en la contratación pública, pero al mismo tiempo dificultan la agilidad en la contratación, lo que en la práctica puede implicar una importante factura en pérdida de eficacia.

En este contexto, podemos afirmar que la Ley no consigue regular de forma nítida esta figura, generando un elevado grado de inseguridad jurídica. Al mismo tiempo, la redacción del texto legal deja sobre la mesa distintas cuestiones objeto de debate: ¿Se ajusta la nueva regulación a los principios europeos de la contratación pública?; ¿Pretende el legislador un giro copernicano en esta forma de adjudicación de contratos?; ¿Existe una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo contratista en el artículo 118.3 LCSP?; ¿Se aplica el artículo 118 LCSP a los PANAPs? Y la más importante de todas las cuestiones que se puedan llegar a suscitar: ¿Es el contrato menor un «*contrato necesario*»?

A lo largo del presente trabajo se pretende ofrecer respuesta a las cuestiones planteadas, efectuando un análisis minucioso de la figura del contrato menor en la nueva LCSP, en la medida en que este tema está despertando un gran interés, no solo para los aplicadores del Derecho sino también para las propias empresas que operan en el mercado³.

Este interés se debe en gran medida al desconcierto y a la falta de seguridad jurídica que existe a la hora de proceder a la aplicación de la nueva normativa sobre esta materia.

Con el ánimo de alcanzar algunas conclusiones que permitan valorar la correcta utilización de esta figura contractual, abordamos su estudio analizando las razones que justifican la nueva regulación dada por el legislador y su encaje en el Derecho Europeo, deteniéndonos en su actual regulación normativa, todo ello, a la luz de la doctrina y jurisprudencia existente en la materia.

Por último, se efectúa una reflexión sobre las razones que han conducido a que los gestores públicos utilicen de manera recurrente el contrato menor para satisfacer sus necesidades, desmontado esa idea mágica de que la adjudicación directa está siempre vinculada a la corrupción y a la falta de integridad en la contratación.

2. EL PORQUÉ DE UNA NUEVA REGULACIÓN

Señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en su Informe 14/2014, de 22 de julio, con remisión a otros informes de Juntas Consultivas de Comunidades Autónomas y la del Estado, que el contrato menor comporta una simplificación y una agilización procedimental que hay que calificar de eficientes y, sin duda, necesarias en determinadas circunstancias y para determinadas adquisiciones o aprovisionamientos. Por lo tanto, la finalidad de esta categoría contractual no es otra que la de posibilitar una satisfacción rápida de determinadas necesidades, a través de un procedimiento ágil y sencillo, dada la escasa cuantía y duración temporal de los contratos mediante los cuales se pretenden cubrir. Sin embargo, su aplicación supone la excepción de los principios de libertad de acceso a las licitaciones y publicidad, así como la inaplicación del deber de salvaguarda de la libre competencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Este último argumento sirve para justificar que la utilización de la figura de los contratos menores haya sido objeto de delimitación en múltiples ocasiones, cuando no de restricción. La configuración de un nuevo régimen jurídico del contrato menor no responde a un capricho del legislador. Y obviamente, si desconocemos el motivo por el cual se adoptan determinadas decisiones, difícilmente las podremos llegar a comprender.

² Al respecto, en el escrito de conclusiones de la *Jornada sobre la nueva Ley de Contratos del Sector Público* organizada por Transparencia Internacional España el 6 de noviembre de 2017 en la sede de la Fundación Ortega y Gasset-Marañón, GIMENO FELIU indicaba que «los contratos menores son como una bacteria ultrarresistente a los que se les dio una buena radiación y un buen viaje, con la nueva ley se podrán utilizar pero no con el carácter intensivo de antes». https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/11/conten_concl_jornada_nueva_ley_contratos_publicos.pdf.

³ En este sentido, resulta ilustrativo el título del artículo de opinión publicado por MOREO MARROIG en el Blog *esPublico*: «El Trending Topic del momento: Los contratos menores y el artículo 118 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público».

En este sentido, conviene recordar que la regulación vigente del contrato menor hasta la entrada en vigor de la nueva LCSP ha sido objeto de profundas críticas, a nivel europeo y nacional, todo ello, en la medida que las adjudicaciones «a dedo» atentan contra los principios generales de la contratación pública; conllevan falta de transparencia, favorecen la corrupción y generan ineficiencia económica.

Resulta más que evidente que la sociedad del siglo XXI demanda al sector público una contratación transparente, competitiva y eficiente en términos económicos. En este escenario debemos analizar la supervivencia del contrato menor, o si se prefiere, en otros términos, de la adjudicación directa sin pública concurrencia.

Esta figura ha sido utilizada generalmente por las Administraciones Públicas, en especial las entidades locales, para dar mayor celeridad en la satisfacción de necesidades de contratación de bajo importe y duración reducida. Como manifestación del principio de eficacia, se simplifica el procedimiento a seguir para la adjudicación, permitiendo la libre selección del contratista.

Atendiendo a su tamaño y a sus medios, cuando este tipo de Administraciones acuden al mercado para contratar prestaciones de escasa cuantía, no parece racional ni operativo exigirles tramitar expedientes complejos que demoran las necesidades administrativas que pretenden satisfacer con su realización. A esto hay que sumar que la utilización del contrato menor es una posibilidad que incorpora la normativa de contratos para agilizar la contratación administrativa, y que nada impide, que en los supuestos de cuantías que autorizan la suscripción de un contrato menor, el órgano de contratación, para someter su actividad contractual a un mayor control y para favorecer en definitiva la libre concurrencia y la transparencia en la contratación pública, puede acordar la celebración de contratos de cuantía inferior con sujeción a procedimientos abiertos o restringidos, es decir, a licitación pública⁴.

El problema está en que, en muchas ocasiones, la apariencia de legalidad del contrato menor puede convertirse en una vía habitual para incumplir los preceptos legales correspondientes sobre publicidad y sobre procedimiento de adjudicación⁵.

En numerosas ocasiones, los órganos consultivos y fiscalizadores han puesto en el punto de mira esta figura. A pesar de ello, su utilización por los poderes adjudicadores ha sido intensa.

Sin lugar a dudas, en múltiples ocasiones, la eficacia procedimental que se predica del contrato menor puede conllevar un alto precio, que se traduce en la pérdida de transparencia, eficiencia e integridad. El abuso del recurso al contrato menor, así como su utilización indebida mediante el fraccionamiento del objeto del contrato ha provocado la proliferación de mediáticos casos de corrupción (trama *Gürtel*, caso *Palau*, operación *Pokemon*, caso *Púnica*, entre otros) y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas, y por supuesto, pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas⁶.

Como indica GIMENO FELIU, es el mercado de los contratos públicos donde existen «mayores tentaciones» y donde se ofrecen más oportunidades a la corrupción⁷.

Para evitar la utilización abusiva con la que hasta ahora se había usado el contrato menor en nuestro sector público, el legislador ha considerado necesario confeccionar una nueva regulación, articulando al mismo tiempo una alternativa al contrato menor con nuevos procedimientos de adjudicación que permitan contratar de una forma sencilla, eficaz y eficiente. Así pues, la nueva LCSP sienta las bases para confeccionar una nueva cultura de la contratación pública, constituyendo una oportunidad para que los poderes

⁴ Al respecto, el Informe 40/1995, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

⁵ Sobre esta cuestión, el Informe de 9/2009, de 15 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía.

⁶ La corrupción genera pérdidas en la economía de la UE que se estiman en unos 120.000 millones de euros al año (1% del PIB europeo) y, conlleva la distorsión del funcionamiento del mercado interior. Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio, pág. 3). Lo que explica el interés de las instituciones comunitarias por el control financiero de los contratos públicos. Así se explica la existencia del Reglamento financiero y de la creación de la Oficina de Lucha AntiFraude (OLAF). Vid. T. MEDINA ARNAIZ, "Las disposiciones financieras de la Unión Europea y su aplicación a la contratación pública: especial referencia al nuevo Reglamento financiero y sus normas de desarrollo", libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 188-190. Resultan también de especial interés los datos aportados por M. VILLORIA y F. JIMENEZ, "La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos", *REIS*, núm. 138, abril-junio de 2012, pág. 109 y ss.

⁷ Vid. J. M. GIMENO FELIU, "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", *REDA*, núm. 147, págs. 517-535, T. MEDINA ARNÁIZ, "Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública", diario *La Ley*, núm. 7.382, abril 2010, págs. 1-10; R. RIVERO ORTEGA, R.: "Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana", en la obra colectiva *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, págs. 109-125; y E. JIMÉNEZ FRANCO, "Administración pública y corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad", *Actualidad Administrativa*, núm. 5, marzo 2012, págs. 538-569.

adjudicadores del sector público incentiven un cambio en su manera de contratar, aprovechando las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías a través de la contratación electrónica y abandonando esa idea del «*siempre se ha hecho así*».

Ahora bien, no debemos presuponer que la adjudicación de un contrato menor por el gestor público encierra siempre un interés oculto, ligando contratación menor con corrupción. Una afirmación de estas características no sería acertada, ya que sólo el abuso de la contratación menor y la tentación de fraccionar el objeto de los contratos pueden llegar a justificar la nueva regulación restrictiva ofrecida por el legislador.

3. ENCAJE DEL CONTRATO MENOR EN EL DERECHO EUROPEO: CONTRATACIÓN DIRECTA VERSUS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las nuevas directivas del año 2014⁸ sustituyen a la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, aprobadas una década antes, y que habían sido transpuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –posteriormente derogada y sustituida por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre–, y la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente⁹.

Las Directivas sobre contratación pública adoptadas en 2014 proporcionan un conjunto de instrumentos que permite a los Estados miembros realizar un uso más eficiente y estratégico de la contratación pública. Recogen de forma destacada estos principios generales aplicables en la adjudicación de los contratos. De esta manera, la Directiva 2014/24/UE, desde su primer considerando resalta la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos por o en nombre de las autoridades de los Estados Miembros (una previsión similar se contemplaba el apartado segundo de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CE). Estos principios son citados en numerables ocasiones a lo largo de toda la Exposición de Motivos de la Directiva 2014/24/UE (Considerandos 12, 31, 40, 58, 68, 101, 114 y 136).

No obstante, resulta preciso indicar que las Directivas no reconocen expresamente la figura del contrato menor, entre otros motivos, porque se trata de normas que resultan de aplicación a los contratos públicos que superan determinados umbrales económicos. En otras palabras, las Directivas Comunitarias no pueden condicionar la libertad de los Estados miembros para determinar el modo de adjudicar los contratos que no alcancen los umbrales comunitarios, y muchos menos, los contratos de escasa cuantía que no tienen repercusión en el funcionamiento del mercado interior.

Este último argumento no significa que el Derecho europeo se despreocupe de la contratación de cuantía inferior a la prevista en las Directivas. Existen una serie de principios generales que deben ser respetados.

Bajo estas premisas, el Tribunal Europeo, tras comprobar cómo las Directivas sobre contratos no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, «a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado»¹⁰.

No obstante, la argumentación jurídica expuesta no debe traducirse en modo alguno en considerar que el mantenimiento del contrato menor en nuestra legislación interna supone una vulneración del Derecho de

⁸ Las Directivas 2014/24/UE («Directiva Clásica»), 2014/23/UE («Directiva relativa a las concesiones») y 2014/25/UE («Directiva sobre servicios públicos») del Parlamento y del Consejo.

⁹ Sobre el contenido de estas Directivas resulta preciso destacar: J. M. GIMENO FELIÚ, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; J. A. MORENO MOLINA, «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos», en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 115 a 163.

¹⁰ En este sentido resulta muy ilustrativa la sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GmbH, cuando concluye que «pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad».

la Unión. Más bien todo lo contrario. Los Estados tienen libertad para mantener este tipo de contratos, sobre la base de que presentan escaso interés transfronterizo. El contrato menor no solo existe en España, sino también en otros países de nuestro entorno, y encuentra su razón de ser en su escasa cuantía y duración, que implica implícitamente una disminución de la intensidad de la aplicación de los principios generales europeos.

En apoyo de este argumento, destacamos la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 23 de junio de 2006, sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública¹¹. La Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable a la adjudicación precisa que, si bien las Directivas sobre contratación pública no se aplican a todos los contratos públicos, las entidades adjudicadoras de los Estados miembros deben cumplir las normas y principios del Tratado CE en todas las adjudicaciones de contratos públicos que entren en el ámbito de aplicación del mismo.

La Comunicación, recogiendo la jurisprudencia comunitaria, precisa que las normas derivadas del Tratado CE se aplican sólo en la adjudicación de contratos que guarden suficiente relación con el funcionamiento del mercado interior. A este respecto, el TJUE ha declarado que, en determinados casos, debido a «circunstancias específicas, como la escasa trascendencia económica», una adjudicación de contrato carecerá de interés para los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros. En tal caso, «los efectos sobre las libertades fundamentales (...)» son «demasiado aleatorios y demasiado indirectos» como para justificar la aplicación de normas derivadas del Derecho primario comunitario¹². Por todo ello, corresponderá a cada entidad adjudicadora decidir si la adjudicación del contrato prevista encierra potencialmente interés para los operadores económicos de otros Estados miembros. La Comisión estima que esta decisión deberá basarse en una evaluación de las circunstancias específicas del caso, tales como el objeto del contrato, su cuantía estimada, las características particulares del sector (tamaño y estructura del mercado, prácticas comerciales, etc.), así como el lugar geográfico de ejecución del contrato.

En la línea apuntada, la Sentencia del TJUE de 16 de abril de 2015, Asunto C-42/14, indica, por lo que respecta a los principios de igualdad de trato y de no discriminación, así como a la obligación de transparencia, que debe reconocerse a los Estados miembros un cierto margen de apreciación para adoptar medidas con el objeto de garantizar el respeto de dichos principios, que vinculan a las entidades adjudicadoras en todos los procedimientos de adjudicación de un contrato público.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 23 de noviembre de 2009, Serrantoni Srl y Consorzio stabile edili Scrl contra Comune di Milano, Asunto C-376/08, en cuanto a los principios de igualdad de trato y de transparencia, reconocía a los Estados miembros un cierto margen de apreciación para adoptar medidas con el objeto de garantizar el respeto de dichos principios, que vinculan a las entidades adjudicadoras en todos los procedimientos de adjudicación de un contrato público. Son, en todo caso, los Estados miembros los que mejor pueden determinar, a la luz de consideraciones históricas, jurídicas, económicas o sociales que les son propias, las situaciones propicias para la aparición de comportamientos que pueden suponer el menoscabo de dichos principios.

De esta manera, podríamos concluir que la aplicación de los principios generales de la contratación pública se ve minorada cuando un contrato no presente, a juicio del Derecho comunitario, «interés transfronterizo». Los principios comunitarios inherentes a la contratación pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no «armonizado», evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función del umbral, pero siempre que concorra interés transfronterizo. Así lo entendió el TJUE (Sala Quinta) en la sentencia de 16 de abril de 2015, en el asunto C-278/14, al señalar aplicable a un contrato, no sujeto a la Directiva (valor estimado de 58.600 euros) pero que presentaba interés transfronterizo cierto, las normas fundamentales y los principios generales del Tratado, en particular, los principios de igualdad de trato y de no discriminación, así como la obligación de transparencia.

Atendiendo a la argumentación jurídica expuesta, podemos afirmar que, salvo en excepcionales ocasiones, la celebración de un contrato menor, por la escasa cuantía que representa, resulta perfectamente

¹¹ Comunicación 2006/C 179/02), publicada en el Diario Oficial de Unión Europea 01.08.2016 cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación planteado contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

¹² Asunto *Coname*, considerando 20.

compatible con el Derecho de la Unión, a la luz de la interpretación efectuada por la jurisprudencia comunitaria. Ahora bien, esta última afirmación no debe conllevar automáticamente a una interpretación flexible que generalice la utilización indebida y abusiva de los contratos menores, debiendo los Estados miembros de la Unión Europea, entre ellos España, potenciar una contratación pública, en la que los principios básicos de igualdad, no discriminación y transparencia se conviertan en la guía a seguir para configurar los procedimientos de adjudicación de sus contratos públicos.

Así se ha puesto de manifiesto en la preocupación mostrada por Unión Europea, plasmada en la Recomendación de Decisión del Consejo de 27 de julio de 2016¹³, en la que se advierte que en nuestro país existe una «falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes que obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública»; así como una ausencia de efectiva transparencia dada la «baja tasa de publicación de los anuncios de contratos», «el correlativo abuso de procedimiento negociado sin publicación previa y las adjudicaciones directas».

No en vano, el propio TJUE ha calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción «más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos» (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, apartado 37).

4. LA NUEVA REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO MENOR EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

4.1. Punto de partida: la necesidad de tramitar expediente de contratación en el contrato menor

El artículo 131 de la LCSP establece que el contrato menor es uno de los procedimientos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, señalando el apartado 3 del precepto que «los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118».

Por su parte, el artículo 118 del texto legal recoge una serie de reglas para la tramitación de los expedientes de contratación de los contratos menores.

Junto al artículo 118 de la LCSP, la LCSP dedica otros 10 artículos, una disposición adicional y una disposición final a la regulación del contrato menor. De la lectura del texto legal, observamos que el legislador apuesta por mantener su existencia. Pero lo hace en términos diferentes al TRLCSP en la medida que presenta importantes novedades como la reducción de los umbrales máximos para su utilización, los tipos de contratos en los que se puede utilizar y, sobre todo, se añaden nuevos requisitos procedimentales para su tramitación.

Siguiendo la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de julio de 2016, la LCSP elimina el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y limita los contratos menores. Como conclusión inicial, podemos afirmar que el contrato menor adquiere naturaleza residual. Esta intención se ve plasmada en la propia Exposición de Motivos, cuando al referirse al procedimiento simplificado, afirma que «...en este procedimiento se habilita además una tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias».

Cuantía y duración siguen siendo los elementos esenciales de la definición del contrato menor. DE SOLAS RAFECAS lo calificó como procedimiento especial de adjudicación¹⁴. Esta naturaleza jurídica se confirmaba en el TRLCSP, al incluir el contrato menor en el artículo 138.3, dedicado a los «procedimientos de adjudicación». El legislador de 1995, y sus sucesores, defienden y potencian la utilización de este procedimiento¹⁵. Por el contrario, el legislador actual manifiesta una firme voluntad de convertir la transparencia en

¹³ Recomendación de Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo.

¹⁴ DE SOLAS RAFECAS, J. M.: «Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos de la Administración, y en especial del contrato de obras públicas, en el Proyecto de Ley de Contratos de la Administraciones Públicas», dentro de las *Jornadas sobre Contratación Pública* organizadas por la Universidad de Valladolid en 1993. Ed. Marcial Pons-Cámara de Contratistas de Castilla y León. Madrid 1996. Pág. 86.

¹⁵ El Preámbulo de la Ley 13/1995, recoge en el preámbulo, apartado 2.6 que «También son dignas de mencionarse algunas otras de las medidas introducidas, como son: potenciación de los contratos menores...»

principio básico que debe guiar la contratación pública y camina hacia un escenario en que la contratación menor tenga carácter residual¹⁶.

Al igual que ya sucedía en el TRLCSP, la celebración de un contrato menor exige, en todo caso, la tramitación de un expediente administrativo. La simplificación del procedimiento a través de la celebración del contrato menor no puede implicar la ausencia total del expediente de contratación¹⁷. No han sido pocos los gestores públicos que han confundido la contratación menor con la contratación verbal, proscrita por nuestro Derecho interno con la única excepción de los supuestos de emergencia.

Las cuantías previstas en el texto legal para celebrar un contrato menor tienen de carácter de máximos¹⁸. Con acierto, el texto legal utiliza ahora el concepto de «valor estimado» para hacer referencia al límite cuantitativo¹⁹.

Por el contrario, los requisitos legales tienen el carácter de mínimos. Nada impide que se puedan agregar todas aquellas actuaciones que el órgano de contratación estime oportunas o convenientes para mayor garantía del procedimiento. Esta posibilidad ya había sido admitida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 10/98, de 11 de junio, en el que afirmaba que nada se opone a que en el expediente del contrato menor «se incorporen, además de los documentos resultantes del artículo 57, la propuesta de contratación en la que se reflejan las prestaciones a realizar, periodicidad y plazos de ejecución, periodicidad de pagos y otras circunstancias para la mejor concreción del contrato, pues con ello no sólo se dará cumplimiento a determinados requisitos del artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que además se contribuirá a la mejor y más concreta definición de los derechos y obligaciones de las partes que, por inexistencia de pliego de cláusulas administrativas particulares no pueden figurar en el mismo».

Para comprender el alcance y relevancia de la nueva regulación del contrato menor, concentrada básicamente en el precitado artículo 118 de la LCSP, consideramos de interés efectuar una breve referencia a su tramitación parlamentaria; sobre todo, si tenemos en cuenta que el resultado final de la redacción del precepto es fruto de las necesarias transacciones que tuvieron lugar en el seno de la Comisión de Hacienda y Administración Pública del Congreso, encargada de la tramitación del proyecto de Ley.

La indefinición, falta de claridad y deficiente técnica legislativa utilizada obligará, tal y como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, a tener especialmente en cuenta la voluntad del legislador a la hora de analizar el texto resultante del artículo²⁰. El texto inicial del artículo 118 recogido en el proyecto de Ley aprobado por el Gobierno (BOCG Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 2-1, de 2 de diciembre de 2016) mantenía una redacción similar al artículo 138 TRLCSP²¹. El proyecto fue sometido a plazo de enmiendas que, tras diversas ampliaciones, finalizó el 2 de

¹⁶ La Exposición de Motivos de la LCSP fija como uno de los objetivos que inspira la regulación de la misma «lograr una mayor transparencia en la contratación pública».

¹⁷ Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía número 2/2016, de 25 de febrero, sobre el contrato menor y el fraccionamiento de los contratos.

¹⁸ Disposición Final Primera LCSP: A los mismos efectos previstos en el párrafo anterior tendrán la consideración de mínimas las exigencias que para los contratos menores se establecen en el artículo 118.1.

¹⁹ Resulta interesante la lectura Circular de la Abogacía del Estado de 30 de julio de 2008 y el Dictamen 1/2008, de 20 de mayo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana que concluyen que en los límites cuantitativos previsto en la ley 30/2007 para los contratos menores no se incluye el IVA.

²⁰ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe aclara que: «La falta de claridad del apartado 3 del art. 118 LCSP, tal como ponen de manifiesto las cuestiones que se plantean en la consulta obligan a que por vía interpretativa deba determinarse el exacto alcance de sus prescripciones, en aras a una mayor seguridad jurídica que la que resulta del tenor literal del texto legal. Si bien la dogmática jurídica moderna se basa en gran medida en la autonomía de la “voluntas legis” respecto a la “voluntas legislatoris”, en función de elementos como la interpretación sistemática o “contexto” o “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”, como se establece en el art. 3.1 del Código Civil, en este caso la proximidad de la aprobación obliga a tener especialmente en cuenta la voluntad del legislador, el “espíritu y finalidad” que se ha pretendido dar a la norma, tal como se desprenden de los trabajos parlamentarios, dado el protagonismo inhabitual que la tramitación parlamentaria ha tenido en la configuración de la nueva Ley. Por otra parte, esa importancia que ha tenido en la configuración de la LCSP la tramitación parlamentaria comporta dificultades adicionales para aplicar interpretaciones sistemáticas o para confiar excesivamente en la exposición de motivos, que están más cercanas a las líneas y previsiones a que respondía el proyecto de Ley aprobado por el Gobierno».

²¹ La redacción inicial del precepto en el proyecto de Ley era la siguiente: «Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

marzo de 2017, durante el cual, en relación con este artículo se presentaron las siguientes (BOCG Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 2-2, de 16 de marzo de 2017):

- Enmienda núm. 102, del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, apartado 1.
- Enmienda núm. 580, del Grupo Parlamentario Socialista, apartado 1.
- Enmienda núm. 581, del Grupo Parlamentario Socialista, apartado 1.
- Enmienda núm. 582, del Grupo Parlamentario Socialista, apartado nuevo.
- Enmienda núm. 583, del Grupo Parlamentario Socialista, apartado nuevo.
- Enmienda núm. 584, del Grupo Parlamentario Socialista, apartado nuevo.
- Enmienda núm. 585, del Grupo Socialista, apartado nuevo.

La Ponencia, a la vista del contenido de las enmiendas, elaboró en su informe un nuevo texto del precepto, que finalmente resultó aprobado por la cámara legislativa. De esta manera, se modifica la redacción inicial del artículo 118.1, párrafo primero, como consecuencia de la aceptación de la enmienda transaccional procedente de la enmienda 102, reduciendo el umbral por debajo del cual los contratos son considerados como menores. Fruto de la enmienda 581, se añade además al párrafo segundo del apartado primero un nuevo requisito del expediente, a saber: el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Finalmente, se adiciona al artículo 118 el actual apartado 3.º, procedente de la enmienda 583 y apartado 4.º, procedente de la enmiendas 585 y 507, presentadas todas ellas por el Grupo Socialista²².

La redacción final dada al precepto por el legislador implica la necesidad de tramitar un auténtico expediente de contratación con la incorporación de nuevos requisitos a los que tradicionalmente se habían venido exigiendo; reduce el ámbito objetivo y disminuye el importe de la contratación menor.

4.2. Análisis del expediente de contratación

A la vista de la redacción dada al precepto, procedemos a abordar el análisis de la regulación del expediente de contratación del contrato menor en la nueva LCSP.

4.2.1. Sujeto, objeto y valor estimado del contrato menor

La nueva LCSP reserva la utilización de los contratos menores para los casos en los que la entidad contratante sea una Administración Pública. Como analizaremos más adelante, para los PANAPs el legislador utiliza la expresión «adjudicación directa», pero en ningún caso habla de contratos menores.

La LCSP limita la utilización del contrato menor al contrato de obras, servicios y suministros (artículo 118.1 LCSP). El importe máximo de los contratos menores de obras no puede superar, IVA excluido, los 40.000 € (frente a los 50.000 € del TRLCSP) y los de servicios y suministros 15.000 € (frente a los 18.000 € en el TRLCSP).

La LCSP mantiene tres excepciones muy especiales a estas limitaciones:

- a) Los contratos de servicios sanitarios de urgencia de valor estimado inferior a 30.000 euros (artículo 131.4 LCSP).

Para proceder a la contratación en estos casos bastará con que, además de justificarse la urgencia, se determine el objeto de la prestación, se fije el precio a satisfacer por la asistencia y se designe por el órgano de contratación la empresa a la que corresponderá la ejecución.

- b) Los contratos que tengan por objeto la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 233 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra».

²² Con relación a la tramitación parlamentaria de la ley, resulta de interés la lectura del artículo publicado en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 3, Marzo 2018, pág. 70, Editorial Wolters Kluwer. *La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial*. ALBÓNIGA ITURBE, Jesús Matías; LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, Federico Andrés.

la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, siempre que dichas actividades sean realizadas por personas físicas (artículo 310 LCSP).

Esta excepción no es aplicable a los contratos celebrados con personas jurídicas. Además, al utilizar expresiones genéricas de «seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad» permiten considerar incluidos en los mismos los «cursos», sin que éstos, para la aplicación del precepto, hayan de tener por objeto la formación o el perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración²³.

- c) La suscripción a publicaciones y la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas siempre que no estén sujetos regulación armonizada (D. A. 9.ª LCSP).

La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

Como novedad, con respecto a la regulación que presentaba en el TRLCSP esta excepción, destacar que la nueva LCSP también las considera aplicables «en la medida en que resulten imprescindibles, a la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente».

Atendiendo al tenor literal del artículo 318 b) y de la Disposición Adicional 9.ª de la LCSP, consideramos que las tres excepciones analizadas resultan también de aplicación a los contratos adjudicados por los PANAPs.

Por otra parte, dispone el artículo 308.2 de la LCSP que en ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores. Fuera de estos tipos contractuales no resulta admisible la figura del contrato menor. De esta manera no resulta posible su aplicación a los contratos patrimoniales, tal y como ya había señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 47/11, de 1 de marzo de 2012²⁴.

Tampoco resulta admisible a los contratos administrativos especiales. Esta posibilidad también fue rechazada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 38/05, 26 de octubre de 2005²⁵.

La posibilidad de utilizar el contrato menor en los contratos de gestión de servicio público tradicionalmente no ha sido admitida. El precitado Informe 38/05 indicaba que era evidente que en la tramitación parlamentaria de la anterior Ley fue rechazada la propuesta de inclusión de la categoría de contrato menor en los de gestión de servicios públicos, refiriéndose en su artículo 158.3.º a un supuesto concreto que se asemejaba a las características de los contratos menores, pero limitado exclusivamente a los que tenían por objeto prestaciones sanitarias. La nueva LCSP insiste en rechazar esa posibilidad, al no admitir la enmienda 580 propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista para incluir a los contratos de concesión de servicios en el apartado 1 del artículo 118 de la LCSP.

En el caso del contrato de obras, la LCSP, al igual que ya lo hacía el TRLCSP, exige el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran, así como el informe de las oficinas o unidades de su-

²³ Al respecto, el Informe 19/02, de 13 de junio de 2002, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

²⁴ En el citado informe, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que al estar excluidos del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público los contratos patrimoniales, no pueden aplicarse a los mismos las modalidades que son propias de las normas que regulan tales contratos, como el procedimiento negociado y el contrato menor, pudiendo aplicar en cada caso la subasta, el concurso o la adjudicación directa.

²⁵ En el citado informe, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa concluye que la figura de los contratos menores no resulta aplicable a los contratos administrativos especiales, por no estar admitida expresamente para los mismos y resultar incompatible con el régimen jurídico tal como resulta del artículo 8 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

pervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

En cuanto a la naturaleza de las prestaciones a contratar, los órganos de fiscalización externa y los consultivos han puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones la necesidad de utilizar sólo los contratos menores para satisfacer necesidades puntuales y esporádicas, concretas y perfectamente definidas. No obstante, del texto de la LCSP no se puede llegar a tal conclusión. Es más, dos enmiendas al anteproyecto en este sentido fueron rechazadas.

4.2.2. Duración del contrato menor

Los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga (artículo 29.8 LCSP). En idénticos términos se manifestaba el derogado artículo 23.3 TRLCSP.

El contrato menor no debe ser superior a un año, aunque lógicamente puede extenderse a dos ejercicios presupuestarios, debiendo tramitarse, desde el punto de vista presupuestario, como un gasto de carácter plurianual, siendo de aplicación las limitaciones establecidas en el artículo 174 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales –TRLRHL–.

Este límite temporal condiciona la celebración de determinados contratos. Así, por poner un ejemplo, es habitual en la Administración Pública que los contratos de servicios de dirección de obra, atendiendo a su cuantía, se adjudiquen por contrato menor. No obstante, con buena lógica, el cómputo del plazo de duración del contrato de servicios de dirección de obras o la gestión integrada de proyectos deben sumarse el plazo del contrato de obras al que están vinculados más el plazo estimado para proceder a la liquidación de las obras, formando parte del mismo el período de garantía del mencionado contrato de obras. Todo ello, implica la imposibilidad de celebrar un contrato menor cuando el plazo de duración supere el año²⁶.

Por idéntica razón no será posible contratar los servicios de defensa jurídica y judicial de una Administración cuando el contrato tenga una duración superior al año²⁷. A este respecto, recientemente por un encadenamiento de contratos menores de asesoramiento jurídico han sido condenadas ocho personas por delito de prevaricación²⁸.

Como anteriormente se ha apuntado, aunque no tenga reflejo expreso en el texto legal, debe recordarse que el contrato menor sólo puede ser utilizado para atender a necesidades de carácter puntual y esporádico, concretas y perfectamente definidas²⁹.

Su utilización para fines distintos, sin atender a estas limitaciones y/o fraccionando el objeto del contrato para eludir la licitación ha desembocado en condenas penales por delito de prevaricación tipificado en el artículo 404 del Código Penal³⁰.

4.2.3. Fiscalización del contrato menor

El artículo 219.1 TRLRHL dispone que no estarán sometidos a intervención previa los gastos de material no inventariable, contratos menores, así como los de carácter periódico y demás de tracto sucesivo, una vez intervenido el gasto correspondiente al período inicial del acto o contrato del que deriven o sus modificaciones, así como otros gastos menores de 3.005,06 euros que, de acuerdo con la normativa vigente, se hagan efectivos a través del sistema de anticipos de caja fija. En otras palabras, los contratos menores solamente

²⁶ Al respecto, el Informe 27/2011, de 15 de diciembre de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

²⁷ Al respecto, el Informe 30/2012, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

²⁸ Sentencia 233/2017, de 6 de octubre de 2017, del Juzgado de lo Penal número 1 de Melilla.

²⁹ Esta exigencia ha sido reiterada en multitud de ocasiones por el Tribunal de Cuentas y sus homólogos autonómicos, así como por las juntas consultivas (Informes Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 60/08, 2/2016; Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias 8/2016; Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 14/2014; Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 128/2016; Informe del Tribunal de Cuentas 1039/2015; 1151/2016; 1189/2016; Informe Sindicatura de Cuentas de Asturias 30 de octubre de 2014...)

³⁰ Sobre las consecuencias penales de la indebida utilización del contrato menor, destacamos el artículo “El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales”. *Revista de Derecho Local*, núm. 44, Jorge GARCÍA HERNÁNDEZ.

requieren la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura, pero no se someten a fiscalización previa (fase A y D) pero sí a la intervención de las fases O y P³¹.

4.2.4. Requisitos del contratista

El artículo 65 de la LCSP determina que solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas. Asimismo, los contratistas deberán contar con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.

Bajo estas premisas, el artículo 131.3 de la LCSP determina que los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118.

No pueden eludirse en estos contratos de escasa cuantía las normas esenciales de toda la contratación administrativa y las normas propias de la aprobación de gastos, y en especial, de la necesaria capacidad jurídica del contratista³².

Por esto motivo, no se podrá admitir la celebración de un contrato menor con una comunidad de bienes, por carecer de personalidad jurídica; por el contrario, si será posible hacerlo con una sociedad civil (salvo en el supuesto del artículo 1669 del Código Civil sin que en ningún caso sea exigible, por no ser posible su inscripción en el Registro Mercantil)³³. Y también serán de aplicación las prohibiciones generales para contratar y las causas de incompatibilidad³⁴.

Sobre la habilitación empresarial exigida por el artículo 131.3 de la LCSP, debe entenderse como un requisito de aptitud o capacidad, nunca de solvencia³⁵; requisito que debe interpretarse de manera restrictiva, según Resolución 140/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Sobre la acreditación documental de estos requisitos, podríamos indicar que existe cierta relajación, fruto de que la exigencia sistemática de la documentación para acreditar estos requisitos formales podría suponer una desnaturalización del propio concepto de contrato menor, caracterizado por la simplificación procedimental inherente al mismo³⁶.

No obstante, es evidente que, si el órgano de contratación tiene dudas sobre la falta de alguno o algunos de los requisitos de capacidad del contratista elegido, debe cerciorarse previamente de su concurrencia, debiendo solicitar la acreditación documental de los mismos. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en el Informe 7/2016, de 20 de abril, al analizar un supuesto de incompatibilidad para contratar, indica que «es indiferente que las prestaciones se lleven a cabo a través del régimen jurídico, excepcional, de los contratos menores, pues la limitación de la exigencia de requisitos de la capacidad de obrar ha de entenderse en el sentido de que no es preciso acreditar documentalmente la misma. Sin embargo, evidentemente, si quien suministra se encuentra en prohibición de contratar y esta circunstancia es del conocimiento del órgano de contratación, como es evidente que así lo es, debe tenerla en cuenta. En este sentido se ha pronunciado el Informe 1/2009, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva del Estado».

Sobre este extremo insiste el informe de la IGAE de 29 de julio de 2016 al precisar que en los contratos menores no tiene por qué quedar constancia de la acreditación de la solvencia técnica del empresario, de-

³¹ Hay que tener en cuenta que la Audiencia de Cuentas de Canarias, en su Dictamen 03/2013, de 19 de diciembre de 2013, considera que los extremos a comprobar en un contrato menor serán, entre otros, la existencia de crédito presupuestario y que el supuesto es el adecuado, que las obligaciones se generan por órgano competente, que el reconocimiento de la obligación responde a un gasto aprobado y la incorporación al expediente de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos. Y concluye que la exención de fiscalización previa de los contratos menores alcanza a las fases de autorización y disposición de gasto y, por tanto no se extiende a la fase de reconocimiento de la obligación.

³² Al respecto, Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado número 40/95, 13/96, 30/96, 4/98, 10/98, 12/02, 23/04, 17/05, 38/05.

³³ Al respecto, Informe 12/03, de 23 de julio de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

³⁴ Al respecto, Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado número 29/01, 16/02, 1/09.

³⁵ En este sentido, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado número 1/09, de 25 de septiembre de 2009.

³⁶ Al respecto, entre otros, el Informe 2/2009, de 18 de Junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Murcia; Informe 21/2016, de 27 de abril de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

bido a las simplificaciones procedimentales inherentes al mismo, pero ello no implica que no sea necesario que el adjudicatario del contrato menor cuente con la debida capacidad de obrar, solvencia y habilitación profesional necesaria para realizar el objeto del contrato.

4.2.5. Informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato

El artículo 28 de la LCSP obliga al órgano de contratación a justificar la necesidad e idoneidad del contrato, sin que puedan celebrarse contratos que no sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. Por ello, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria.

Se trata, en definitiva, no sólo de garantizar una contratación eficaz, sino también eficiente. De ahí la importancia del informe de necesidad que se debe incorporar preceptivamente al expediente del contrato menor. En los contratos menores se observa, con carácter general, una insuficiente justificación sobre la necesidad e idoneidad del objeto del contrato³⁷.

El informe de necesidad del contrato debe ir firmado por el titular del órgano de contratación, sin que pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio³⁸.

4.2.6. Informe del órgano de contratación justificando que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación

El artículo 99.2 de la LCSP dispone que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

Debe destacarse que con el fin de fomentar la participación de un mayor número de empresas en la licitación de los contratos públicos, se invierte la regla general vigente hasta ahora, de tal manera que el artículo 99.3 de la LCSP establece que siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, teniendo en cuenta que el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras. No obstante, cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2 (artículo 99.6 de la LCSP).

El fraccionamiento indebido de los contratos utilizando la figura del contrato menor se convirtió en un recurso habitual para evitar la aplicación de los principios básicos de la contratación pública. Como consecuencia de ello, la preocupación por la regulación del fraccionamiento ha sido una constante en la legislación de contratos. Ahora, el legislador para reforzar el control del fraccionamiento indebido, exige al órgano de contratación que incorpore al expediente un informe justificativo sobre este extremo. Una vez más se demuestra que existe una clara desconfianza del legislador hacia el órgano gestor, que se debe en gran medida, tal y como se ha venido indicando a lo largo del presente trabajo, en que el recurso a la adjudicación de contratos menores y al procedimiento negociado sin publicidad hayan sido las dos herramientas de articulación habitual del fraude censurado por el vigente artículo 99.2 de la LCSP.

En efecto, en multitud de ocasiones el fraccionamiento contractual indebido se vincula a la contratación menor. El régimen legal de los contratos menores prevé un supuesto excepcional, cuya tramitación permite al órgano de contratación excepcionar principios como los de libertad de acceso a las licitaciones, de publicidad y de transparencia consagrados en el artículo 1 de la LCSP. Y en este contexto, cobra pleno sentido la afirmación contenida en el Informe 9/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía cuando afirma que «el fraccionamiento del objeto del contrato supone la infracción de normas de *ius cogens*, que condiciona la validez de los contratos menores a que éstos no excedan de las cuantías

³⁷ Así lo indica, por ejemplo, la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valencia, Informe de la Cuenta General de la Generalitat correspondiente al ejercicio 2016, de 13 de diciembre de 2017.

³⁸ Así lo ha confirmado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Expediente 42/2017.

establecidas en el artículo 122.3 de la LCSP. Y es que la utilización del contrato menor sólo es susceptible de una interpretación estricta, vinculada a su correcta calificación y a la exacta apreciación del presupuesto normativo expresamente contemplado y, por tanto, indisponible para el órgano de contratación».

Esta doctrina se fundamenta en la previa del Consejo Consultivo de Andalucía (por todos, Dictamen 106/2000, de 25 de julio, luego seguido, por ejemplo, en el Dictamen 92/2006, de 22 de marzo), incidiendo en la «nulidad de pleno Derecho a que se verían abocados los contratos menores que supongan un fraccionamiento irregular de sus objetos, no busca sino el restablecimiento de la legalidad y tiene, por tanto, una base objetiva, sin que exija una prueba de intencionalidad, pues con ella no se persigue penalizar ninguna conducta y sin que tampoco la especificidad de los productos a suministrar, o un error en el cálculo de las previsiones iniciales para su adquisición, sean causas que permitan el fraccionamiento del objeto del contrato vulnerando lo previsto en el artículo 74.2 de la LCSP, por ello en la duda sobre la concurrencia de los requisitos que hacen posible la conclusión de contratos menores, la Administración ha de reconducir el procedimiento de contratación a las normas generales. Los órganos de contratación han de ser conscientes de la indisponibilidad de las normas rectoras de la contratación pública; regla jurídicamente vinculada a la satisfacción del interés general y que opera como garantía de los principios básicos de publicidad, libre concurrencia y transparencia. Además, los métodos de contratación abierta y competitiva, en los que se aplican adecuadamente los descritos principios, permiten más concurrencia y la obtención de beneficios por ofertas más ventajosas, cuestión esta última que afecta a la eficiente utilización de los recursos públicos en un periodo como el actual, caracterizado por importantes restricciones presupuestarias»

Podemos precisar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, puede tener conocimiento cierto, aplicando los principios de programación y buena gestión, de la necesidad de contratar una prestación perfectamente definida, cuyas características esenciales no pueden variar, que se tiene que llevar a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo, y, a pesar de ello se tramita en diferentes contratos menores, eludiendo así las normas de publicidad y procedimiento (Informe 4/2010, JCCA Islas Baleares e Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, de 14 de junio de 2013).

La doctrina relativa al fraccionamiento, incide en la existencia o no, de identidad de sujeto, objeto y causa en las distintas prestaciones. Habrá un único contrato cuando haya coincidencia en los elementos sujeto, objeto y causa; sin embargo, habrá que suscribir contratos diferentes cuando la ejecución adecuada de la prestación a realizar motive que uno de estos tres elementos varíe.

En este sentido, considera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, en su Informe 1/2010, que «no existirá fraccionamiento fraudulento del objeto contractual cuando, después de haberse realizado un primer contrato, se tenga que volver a contratar con el mismo contratista la misma prestación debido a una necesidad nueva, no previsible en el momento de realizar el primer contrato», ya que en este caso, a pesar de ser el objeto y los sujetos coincidentes, la causa es diferente.

Es indiferente que los contratos presuntamente fraccionados se hayan adjudicado a personas diferentes (Informe 4/2010, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares) y no existirá fraccionamiento irregular, cuando la contratación de varios menores en un único contrato también hubiera podido llevarse a cabo suscribiendo un contrato menor, al no suponer una alteración de las normas de publicidad y de las relativas a los procedimientos de adjudicación (Informe 69/2008, Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado).

A la hora de emitir el informe justificativo de no alteración del objeto del contrato, el órgano de contratación debería tener en cuenta:

- Que los contratos menores suponen una simplificación sustancial del procedimiento de adjudicación, por lo que su tramitación debe ser restrictiva. Y en todo caso, que no puede celebrarse un contrato menor con el fin de disminuir la cuantía y eludir requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda.
- Que el contrato menor no es apto para atender las necesidades de carácter recurrente. En la contratación pública, la planificación de las actuaciones que se han de llevar a cabo, se hace imprescindible para determinar el procedimiento contractual adecuado y su falta, puede conllevar un fraccionamiento indebido de los contratos.
- Que el fraccionamiento, para ser conforme a Derecho, no sólo no debe perseguir la evitación de las reglas sobre publicidad y concurrencia, sino que, de forma previa, ha de ser respetuoso con el principio de complitud del objeto del contrato y su necesaria vinculación con las necesidades públicas a satisfacer.

- Por último, como acertadamente concluye el profesor AGUDO GONZALEZ «el fraude de Ley no es el único límite al fraccionamiento. Los principios de buena administración, de eficacia y eficiencia y de concurrencia también funcionan habitualmente como límites al fraccionamiento del objeto de los contratos. En otras palabras, aun no existiendo un incumplimiento de los principios de publicidad y de las reglas comunes sobre adjudicación de contratos, las exigencias derivadas de aquellos principios pueden vetar el recurso al fraccionamiento»³⁹.

4.2.7. Informe del órgano de contratación justificando que el contratista no ha suscrito más contratos individuales que individual o conjuntamente superen los 40.000 euros en el supuesto de obras o de 15.000 euros cuando se trate de suministro o de servicios

Podemos afirmar que este nuevo requisito procedimental de incompatibilidad para la adjudicación sucesiva de contratos menores ha sido el que más desconcierto y dudas interpretativas ha generado. La norma tiene un alto grado de indefinición, desde el punto de vista de su aplicación temporal, objetiva y subjetiva. Como advertía CAMPOS ACUÑA «la limitación de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra indicada será de las que tendrá mayor impacto. En este sentido, la interpretación de esta limitación será clave para el cumplimiento del objetivo de mejorar la integridad de la contratación»⁴⁰.

En un primer momento, de la lectura del texto legal, un amplio sector doctrinal consideraba que la previsión del artículo 118.3 de la LCSP constituía una limitación por empresario, órgano de contratación y por tipo de contrato. En síntesis, el nuevo artículo 118.3 de la LCSP se convertía en una limitación que impedía poder acumular en favor de una misma empresa uno o varios contratos de obras cuando su valor estimado superase los 40.000 euros o 15.000 euros cuando se trata de contratos de suministro o de servicio.

La justificación de que «el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo», sin indicar a qué contratos menores se refiere encierra importantes dudas interpretativas que no resuelve la literalidad del precepto; todo ello ha motivado, que incluso antes de entrar en vigor la norma, ya se hubiesen emitido informes por las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de Aragón⁴¹ y del Estado⁴², con el fin dar luz a lo oscuridad interpretativa que encierra el precepto. El goteo de informes de las distintas Juntas Consultivas sobre este tema no deja de crecer. De esta manera, destacamos los recientes Informes de la Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de Madrid⁴³, Galicia⁴⁴ y Cataluña⁴⁵, así como la Recomendación de la Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi⁴⁶.

Sin duda alguna, la redacción del precepto presenta graves deficiencias que generan inseguridad jurídica entre los distintos operadores que participan en un contrato, sean sector público o licitadores. Intentaremos, a luz de la doctrina existente, analizar las cuestiones que suscita la limitación prevista en el precepto a nivel subjetivo, objetivo y temporal.

A nivel subjetivo, el precepto no aclara si la regla de incompatibilidad se aplica a las entidades contratantes o bien debe entenderse referida a cada uno de los órganos de contratación que imputan su actuación a una determinada entidad. Pues bien, entendemos que la regla de incompatibilidad resulta de aplicación respecto a los órganos de contratación, ya que el propio precepto se refiere expresamente a que serán éstos

³⁹ El fraccionamiento de los Contratos: Invalidez y Fraude de ley. Número extraordinario de estudios locales de 2013. Jorge Agudo González.

⁴⁰ Observatorio de Contratación Pública. 04-12-2017. Concepción Campos Acuña. Novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público para el ámbito local. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.324/chk.084881c8c65e631b4775fbb7490d4ba6>.

⁴¹ Informe 3/2018 de la Junta Consultiva Contratación Administrativa de Aragón. Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores.

⁴² Informes Junta Consultiva Contratación Administrativa del Estado en el expediente 41/2017, 42/2017 y 5/2018.

⁴³ Informe 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de los contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

⁴⁴ Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, sobre interpretación del apartado 3.º del art. 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, a petición de la Diputación de A Coruña.

⁴⁵ Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente). Asunto: Límites a la contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

⁴⁶ Recomendación 1/2018, de 11 de abril, de la Junta Asesora de Contratación Pública. Destinatarios: Direcciones de Servicios o gestión económica de los departamentos y direcciones de los organismos autónomos. Objeto: Contratos menores a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

quienes «comprobarán el cumplimiento de la regla de incompatibilidad». Esta posición es defendida en el precitado Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón y de Madrid. Por tanto, la adjudicación de contratos menores por parte de un órgano de contratación no impedirá que otros órganos de contratación de la misma entidad contratante adjudiquen contratos al mismo operador económico. Por su parte, como aclara el órgano consultivo gallego, los Informes 41/2017 y 42/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado relacionan el concepto de órgano de contratación del 118.3 de la LCSP con el artículo 101.6 de la LCSP, pudiendo ser en determinados casos las unidades funcionales separadas con delegación las que le resulte de aplicación de manera autónoma tal limitación.

A nivel objetivo, la redacción del precepto tampoco resulta clara. De esta manera, no precisa si la limitación introducida debe entenderse con independencia del objeto y de las características del contrato.

De conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Teniendo en cuenta lo indicado, consideramos que de una interpretación literal y teológica del precepto debe concluirse que la regla de incompatibilidad legal ex artículo 118.3 de la LCSP impide celebrar contratos de un mismo tipo con el mismo contratista.

Esta posición es la más coherente con el tenor literal del precepto, ya que al utilizar el legislador la conjunción copulativa «y», obliga a verificar, por una parte, que se cumple la regla de la prohibición general de fraccionamiento de los contratos, proscrita por el artículo 99.2 de la LCSP, que debe ser objeto de comprobación por el órgano de contratación (... En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación) y por otra parte, que no se supera un determinado importe de contratación (... y que el contratista no ha suscrito más contratos menores...).

Esta interpretación también es la más razonable desde el punto de vista teológico y sistemático de la norma, pues parece que en todo momento la intención del legislador es limitar la contratación directa, impulsando los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia mediante la articulación de un procedimiento de licitación simplificado abreviado que servirá para sustituir a la contratación directa en los supuestos en que las necesidades a contratar presenten carácter repetitivo.

A mayor abundamiento, debemos recordar que este precepto tiene su antecedente directo en la Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción presentada en el año 2012 por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia⁴⁷ que establecía que ninguna empresa podría ser adjudicataria durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos menores de cualquier clase celebrado con un mismo organismo cuya cuantía acumulada superase los 50.000 euros. Esta Proposición fue rechazada por el Congreso de los Diputados pero inspiró la redacción de la Ley Foral 14/2014, de 18 de junio, que modificó la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, dando una nueva redacción al artículo 73, al establecer en su apartado 6 que «ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos»⁴⁸.

Esta ha sido la posición defendida en los Informes emitidos por las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de Aragón, Madrid y Euskadi, que concluyen que el texto legal introduce una limitación que impide adjudicar de manera sucesiva contratos de una misma tipología –obras, servicios y suministros– con independencia de su objeto y características.

Frente a este posición, las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa del Estado, Galicia y Cataluña consideran que la Ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Fuera de estos casos, si sería posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista. Interpretación esta última que no compartimos con fundamento en los argumentos jurídicos anteriormente reproducidos.

A nivel temporal, consideramos que la prohibición de no superar las cuantías del contrato menor con un mismo empresario ha de entenderse referida a la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente. Esta posición es la defendida por las diferentes Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, a excepción

⁴⁷ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 36-1, de 5 de enero de 2012, artículo 5. Medidas contra la corrupción en la contratación administrativa.

⁴⁸ Como curiosidad indicar que la nueva Ley Foral 2/2018, de 3 de abril, de Contratos Públicos, no contempla esta limitación.

de la del Estado, que sostiene en su Informe 5/2018 que la limitación del precepto debe entenderse de fecha a fecha, identificando este plazo con la duración máxima de los contratos menores prevista en el artículo 29.8 de la LCSP, a saber, un año. Plazo este último que se contaría a partir de la aprobación del gasto. Consideramos que esta interpretación no resulta sostenible, tanto desde el punto de vista de los trabajos parlamentarios y de los antecedentes jurídicos de la norma⁴⁹ como del criterio de anualidad en la programación de la contratación y control presupuestario⁵⁰.

Como se ha indicado, la interpretación dada al precepto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –Informes JCAE 41/2017, 42/2017 y 5/2018– difiere de la efectuada por el órgano consultivo de Aragón –Informe 3/2018– con relación al ámbito objetivo y temporal de la limitación que impone el artículo 118.3 de la LCSP, agudizando la complejidad que encierra por si sola la aplicación práctica del precepto. Dificultad interpretativa que se ha visto acrecentada por los Informes posteriores de otros órganos consultivos. Con el fin de unificar criterios y dar una solución al operador jurídico, sobre la base de esta interpretación contradictoria, se ha creado la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, que tiene por finalidad iniciar negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas por la LCSP. Sin perjuicio del mayor o menor acierto de los informes emitidos por los órganos consultivos de contratación, podríamos concluir indicando, que lo que a día de hoy resulta evidente, es que el artículo 118.3 de la LCSP presenta graves deficiencias en su redacción, que exigen una urgente interpretación clarificatoria de sus términos y contenido, en la medida en que provoca un alto grado de inseguridad jurídica en los distintos agentes que intervienen en el contrato, sean sector público o licitadores.

4.2.8. Perfección del contrato menor

El artículo 36.1 de la LCSP dispone que los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición a los que se refiere el apartado 3 de este artículo, se perfeccionan con su formalización. Por otra parte, el artículo 153 de la LCSP dedicado a la formalización de los contratos, establece en su apartado 2 que «en el caso de los contratos menores definidos en el artículo 118 se acreditará su existencia con los documentos a los que se refiere dicho artículo».

Por otra parte, sigue vigente el artículo 72.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), que dispone que en los contratos menores podrá hacer las veces de documento contractual la factura pertinente, que deberá contener los datos y requisitos establecidos en el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales (a fecha actual, Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación).

Por motivos de agilidad y simplificación del procedimiento no resulta preceptivo que los derechos y obligaciones de las partes se especifiquen en un documento escrito. En este aspecto, la LCSP introduce un matiz importante con respecto a la legislación anterior en el que la factura expedida por el contratista se convertía en esencial en la medida que servía de documento contractual⁵¹.

La Ley no se refiere ahora a la formalización, sino a la acreditación de la existencia del contrato menor por alguno de los documentos del artículo 118 de la LCSP. La redacción del precepto vuelve a generar confusión en el operador jurídico, ya que podríamos llegar a entender que existe el contrato menor desde el momento en que se firma el informe de necesidad del contrato o se aprueba el gasto, sin existir un tercero en el que haya recaído la adjudicación; cuestión esta última que, a todas luces, no se puede sostener atendiendo a la definición del contrato recogida en el artículo 1254 de nuestro Código Civil.

⁴⁹ En este sentido, recordar que la adición de un apartado 3 al artículo 118 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público presentado por el Gobierno trae causa de la enmienda 583 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados, que decía textualmente: «En el expediente se garantizará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de la contratación, y el contratista no haya suscrito más contratos menores en la misma anualidad, lo que comprobará del responsable del contrato»

⁵⁰ Al respecto, el artículo 28.4 de la LCSP dispone que las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada.

⁵¹ Al respecto, Informe 34/2010, de 6 de abril de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

4.2.9. Ejecución del contrato menor

Una vez adjudicado el contrato, se iniciará la ejecución de las actuaciones correspondientes, que generalmente consistirán en ejecutar una obra, realizar un suministro o prestar un servicio.

Fuera de los rasgos característicos que definen su adjudicación, el contrato menor no presenta más singularidades respecto a su configuración normativa. A tal efecto, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la LCSP, el órgano de contratación ostentará la prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta (artículo 190 LCSP).

En efecto, los contratos menores pueden ser objeto de modificación y resolución, cuando concurren las circunstancias previstas en la LCSP que habiliten la misma. Con relación a su modificación, el único problema que se podría plantear sería el riesgo de que un contrato que no ha sido objeto de publicidad pueda, a través del mecanismo de la modificación contractual, exceder de estos límites máximos y requerir, de un procedimiento distinto. En este supuesto, no deberíamos tramitar un nuevo contrato menor, ya que podríamos incurrir en un fraccionamiento del contrato, al eludir los requisitos de publicidad, procedimiento y forma de adjudicación que correspondan⁵².

4.2.10. Necesidad de dar publicidad a los contratos menores

El artículo 118.4 y el artículo 154.5 de la LCSP introducen un nuevo requisito en la tramitación del expediente del contrato menor, al exigir su publicación en la forma prevista en el artículo 63.4 de la LCSP. Dicho precepto establece que la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

La LCSP exceptúa la publicación de aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

Antes de la aprobación de la nueva LCSP, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG) ya regulaba en su artículo 8.1 a) la publicidad relativa a los contratos de todos los sujetos obligados por esta norma. El precepto señala «que todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente».

El TRLCSP establecía determinadas obligaciones acerca de la publicidad de los contratos del Sector Público, que eran de aplicación a los contratos menores. Las obligaciones con respecto a la publicidad de los contratos públicos que emanan de la legislación sobre transparencia son complementarias y, en el caso de los contratos menores, más amplias que las que establecía la legislación sobre contratación pública.

4.2.11. Comunicación al Registro Oficial de Contratos del Sector Público y al Tribunal de Cuentas de los contratos menores realizados

El artículo 346 de la LCSP exige que los poderes adjudicadores comunicarán al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los datos básicos de los contratos por ellos adjudicados, entre los que figurará la identidad del adjudicatario, el importe de adjudicación de los mismos, junto con el desglose correspondiente del Impuesto sobre el Valor Añadido. Igualmente comunicarán, en su caso, las modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, importe final y extinción de aquellos. El contenido y el formato de dichas comunicaciones, así como el plazo para efectuarlas, se establecerán reglamentariamente.

⁵² Así lo ha señalado el Informe 4/2001, de 4 de abril, de la JCCA de la Comunidad de Madrid, que versa, precisamente sobre la modificación contractual de los contratos menores.

Se exceptuarán de esta comunicación los contratos excluidos por la LCSP y aquellos cuyo precio fuera inferior a cinco mil euros, IVA incluido, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

En el resto de contratos inferiores a cinco mil euros, deberá comunicarse el órgano de contratación, denominación u objeto del contrato, adjudicatario, número o código identificativo del contrato e importe final.

Del mismo modo, el artículo 335.1 de la LCSP exige la remisión al Tribunal de Cuentas de una relación de los contratos menores celebrados, excepto aquellos que siendo su importe inferior a cinco mil euros se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores, donde se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía.

Como observamos, los requisitos de publicidad y control se flexibilizan para aquellos contratos de escasa cuantía cuyo pago se efectúe mediante un sistema de anticipo de caja fija o instrumento similar.

4.3. ¿Aplicación del artículo 118 de la lcsp a todos los poderes adjudicadores?

El Libro III de la LCSP establece el régimen jurídico de los contratos celebrados por los PANAPs. La principal novedad de la nueva regulación es la supresión de las instrucciones de contratación, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, estableciéndose claramente la regulación que les resulta aplicable. En efecto, se establecen las mismas normas de preparación y adjudicación para todos los contratos armonizados, con independencia de que el poder adjudicador tenga o no el carácter de Administración Pública (artículo 317 LCSP); así como la desaparición total de las instrucciones internas en la adjudicación de los contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración Pública (artículo 318 LCSP) y parcial en el caso de los entes del sector público que no son poder adjudicador (art. 321 LCSP).

El artículo 318, dedicado a la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada, dispone en la letra a) que los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

Un importe sector doctrinal planteó que la regulación prevista en el artículo 118 y 131.3 de la LCSP no era de aplicación a los PANAPs en la medida que el artículo 318.a) no emplea *nominatim* el término de «contratos menores», y tampoco contiene una remisión expresa a los precitados artículos. Así, tras la aprobación de la nueva Ley, DIEZ SASTRE se cuestionaba la aplicación del régimen jurídico del contrato menor a los PANAPs afirmando que «...el legislador reserva cuidadosamente la utilización del concepto de contrato menor para los casos en que contrata una Administración Pública. Si la entidad adjudicadora no es Administración Pública, no se habla en ningún momento de contrato menor, simplemente se prevé la adjudicación directa con otros requisitos y con límites mucho más amplios. Este detalle no es baladí. Es cierto que los umbrales económicos son los mismos que los propios del contrato menor, pero esa es la única coincidencia. El contrato menor es un tipo de contrato que se reserva para las Administraciones Públicas. En el resto de casos el legislador establece los requisitos aplicables para adjudicar los contratos de cuantías equivalentes a las del contrato menor. La respuesta a la pregunta planteada en el título de esta reflexión es, por tanto, negativa. No hay una unificación del régimen jurídico aplicable al contrato menor para todos los entes del sector público»⁵³.

No obstante, no ha sido esta la posición de defendida por la Abogacía del Estado en el Informe 2/2018⁵⁴. Aprecia la Abogacía fundamento jurídico para concluir que la concreta mención del artículo 318 a) a los contratos de valor estimado inferior a 40.000, en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, y a 15.000 euros, en caso de contratos de servicios y suministros (importes plenamente coincidentes con los previstos para los contratos menores en el artículo 118.1 de la LCSP), unida a la previsión de que los mismos «podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato» (expresión idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores), no es una mera casualidad o coincidencia, sino una decisión deliberada del legislador, que está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores.

⁵³ *Blog Oficial del Instituto de Derecho Local de la UAM*. “¿El nuevo régimen jurídico de los contratos menores se aplica a todos los entes del sector público?”, Silvia DIEZ SASTRE, 17 de noviembre de 2017, <http://www.idluam.org/blog/?p=490>.

⁵⁴ Informe Abogacía del Estado 2/2018, 17 de enero de 2018. Ref: AG entes públicos 2/2012 (R-32/2018).

Concluye la Abogacía del Estado que dado que los contratos a los que se refiere el artículo 318 a) de la LCSP son conceptualmente coincidentes con los contratos menores, no se advierte razón legal que excluya la aplicación a estos contratos de los requisitos que, con carácter general, establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP. El artículo 118 de la LCSP contiene, en aras de la seguridad jurídica, las reglas aplicables a la tramitación del expediente de contratación en los contratos menores, e incorpora ciertas cautelas tendentes a evitar su uso abusivo y fraudulento, previsiones, todas ellas, que parece lógico considerar aplicables a los contratos menores que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, habida cuenta que el objetivo de la Ley es, como declara su Preámbulo «diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro», «persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad».

Consideramos que la interpretación efectuada por la Abogacía del Estado responde más a un deseo que a una exigencia que se derive del texto legal. Es cierto que la LCSP trata de homogeneizar el régimen de las Administraciones Públicas y de los PANAP, pero también contempla regulaciones de procedimiento diferenciadas y sistemáticamente separadas. Así, para los PANAPs el artículo 318 a) no utiliza expresamente el término «contratos menores»; su objeto es diferente (incluye concesiones de obras y de servicios); el artículo 318 es una norma de adjudicación, a diferencia del artículo 118 que es una norma de preparación; el artículo 318 a) no contiene ninguna referencia o remisión expresa que permita llegar a la conclusión de que la intención del legislador es aplicar los requisitos del artículo 118 a los contratos que por esa cuantía celebren los PANAPs; la letra b) del artículo 318 determina que para los contratos de cuantía superior a la letra a) no sujetos a regulación armonizada resulta de aplicación la normas de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, implícitamente está reconociendo que para los anteriormente citados su régimen es diferente; por último, el tenor literal del artículo 321.2 a) –adjudicación de contratos del sector público que no tienen el carácter de poderes adjudicadores– es idéntico al artículo 318 a), lo que confirma que el artículo 118 se aplica exclusivamente a la preparación de los contratos menores de las Administraciones Públicas.

Atendiendo a los argumentos jurídicos expuestos, podríamos llegar a concluir que los contratos adjudicados directamente por los PANAPs no están sometidos al límite temporal de un año, pudiendo ser objeto de prórroga, en la medida en que el artículo 29.8 de la LCSP únicamente prevé estas limitaciones temporales para los contratos menores descritos en el artículo 118.

4.4. Algunas cuestiones prácticas

Los poderes adjudicadores acuden al mercado para satisfacer los fines de interés público que tienen encomendados cuando no pueden hacerlo con sus propios medios. Son muchas las ocasiones en la que la contratación pública no se puede planificar, debiendo contratarse con celeridad y urgencia, provocando que el procedimiento de adjudicación –diferente del contrato menor–, por sus trámites y plazos, pueda convertir el contrato en estéril e ineficaz.

El contrato menor pasa a configurarse como una categoría residual fruto de la nueva regulación restrictiva dada por el legislador. Como alternativa más significativa a la contratación directa, la LCSP plantea la posibilidad de utilizar para contratar un procedimiento abierto simplificado abreviado que se regula en el artículo 159.6 LCSP⁵⁵. Este procedimiento, llamado a convertirse en el sustituto del procedimiento negociado sin publicidad, permitirá canalizar contratos que hasta la fecha se venían celebrando como contratos menores.

No obstante, llegado este momento, cabe cuestionarse si las Administraciones Públicas, y en especial, la Administración local, están capacitadas para afrontar este cambio en su modelo de contratación. No parece lógico, ni mucho menos operativo establecer el mismo régimen jurídico de contratación directa para todos los poderes adjudicadores sin tener en consideración la organización, presupuesto y tamaño de las entidades.

⁵⁵ Este procedimiento, que se puede utilizar adjudicar los contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 € y en los contratos públicos de suministro y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 €, se caracteriza por la rapidez y sencillez de sus trámites. Así, el plazo para la presentación de proposiciones será como mínimo de 10 días hábiles desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación, reduciéndose a 5 días en compras corrientes de bienes disponibles en el mercado. Todos los criterios de adjudicación que deben utilizarse serán automáticos –aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos– por lo que no caben los criterios de juicio de valor, no debe acreditarse la solvencia económica, financiera ni técnica y profesional, la constitución de la mesa de contratación es facultativa, se debe garantizar el libre acceso y sin restricción a las ofertas y a la documentación sobre su valoración, desde la notificación de la adjudicación del contrato, la formalización del contrato consistirá en la firma de la aceptación que pondrá el contratista en la resolución de adjudicación del contrato y desaparece la garantía definitiva.

En este sentido, es preciso destacar que de los 8.124 municipios existentes en España, a fecha 1 de enero de 2018, 1.364 tienen menos de 100 habitantes, 4.998 menos de 1.000 habitantes y 2.371 menos de 10.000 habitantes⁵⁶. Exigir un auténtico expediente en el que deberán recogerse una serie de justificaciones, que van más allá de la simple factura del proveedor que hasta ahora se venía aportando para los contratos de escasa cuantía y duración, puede provocar el retraso y paralización de la actividad contractual de muchos Ayuntamientos, con el riesgo de que el artículo 118 de la LCSP se convierta en *papel mojado*. No por falta de voluntad de técnicos o responsables políticos, sino por una cuestión de operatividad y de medios personales y materiales existentes en este tipo de organizaciones.

Por todo ello, no parece adecuado diseñar el mismo expediente para los municipios de gran población que para aquellos otros que apenas alcanzan el centenar de habitantes. Recordemos, en este sentido, como el derogado artículo 88.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, regulaba la contratación directa en función de los recursos ordinarios de la entidad.

Tampoco parece proporcional que deba tramitarse el mismo expediente para el suministro de un lápiz de 0,50 € que para contratar una obra de 39.999,99 €; incluso no admitir la posibilidad de celebrar un contrato menor para determinados servicios o suministros de escasa cuantía, por el mero hecho de que se repita en el tiempo la necesidad, debiendo licitarse, por ejemplo, la compra diaria de un periódico de 1,00 €.

Por otra parte, la LCSP proyecta a nuestro ordenamiento interno las soluciones propuestas en el «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos» (Comisión 25-06-2008) y en la Directiva 2014/24/UE, tendentes a facilitar la participación de las PYMES en las licitaciones públicas, introduciendo un conjunto de medidas que persiguen facilitar su acceso a la contratación pública, potenciando la contratación electrónica.

En el conjunto de medidas que articula la LCSP, no compartimos los pretendidos efectos positivos de incremento de la participación en la contratación pública de pymes, micropymes y autónomos que pretende impulsar la nueva regulación del contrato menor. Precisamente han sido estas últimas quienes de manera recurrente han venido ejecutando prestaciones de escasa cuantía y duración en el municipio en el cual se encontraban instaladas a través de esta figura contractual, dinamizando la Administración la economía local vía contrato menor.

Al mismo tiempo, desconocemos si los pequeños proveedores de la Administración están preparados para adaptarse a los nuevos retos que exige la contratación electrónica. Esta última herramienta conlleva importantes ventajas, pero exige el uso e integración de las tecnologías en los procesos de gestión empresarial, así como una base sólida de conocimiento tecnológico y formación continua en competencias digitales básicas. Puede darse el efecto perverso que, ante contratos poco atractivos desde el punto de vista económico, el hecho de prescindir del contrato menor y exigirle al contratista participar en un procedimiento de licitación electrónico provoque la falta de respuesta inmediata del mercado, y en consecuencia, determinadas necesidades urgentes de la Administración no puedan ser atendidas.

5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Como se ha tratado de exponer, la aplicación del nuevo régimen jurídico de lo que se viene denominando *contratación menor* encierra una enorme complejidad. La redacción desafortunada dada por el legislador al artículo 118 LCSP dificulta enormemente la espinosa tarea de aplicar las nuevas limitaciones que contempla el precepto. Los Informes contradictorios emitidos por las distintas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa en esta materia agudizan la enorme inseguridad jurídica en la que se mueven los operadores jurídicos.

Por todo ello, es un hecho innegable que el cambio legislativo operado puede provocar un bloqueo en el funcionamiento de la Administración. Tal y como se ha apuntado, la finalidad del contrato menor es posibilitar una rápida satisfacción a las necesidades de la Administración que, por su escasa cuantía y duración temporal, puedan adjudicarse de manera directa a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, a través de un procedimiento sencillo y ágil, en el que se excepcionen los principios de publicidad y concurrencia.

Es posible afirmar que, en el ámbito de la Administración Local, una buena utilización del contrato menor puede convertirse en una herramienta útil para este tipo de organizaciones administrativas, atendiendo a su tamaño y a sus medios, y sobre todo, a sus necesidades de contratación.

⁵⁶ Datos del CIS –Abril 2018–.

Uno de los objetivos perseguidos con este trabajo ha sido reflexionar sobre si la mala fama que persigue al contrato menor se debe a cuestión de procedimiento o a la forma de utilizarlo. Vincular el contrato menor con la corrupción y la falta de integridad en la contratación pública es algo demagógico. Decir que su regulación atenta al Derecho de la Unión también. Únicamente su mala utilización mediante el fraccionamiento ilícito del objeto del contrato, así como su uso repetitivo y abusivo puede llegar a justificar una regulación tan restrictiva como la que ahora plantea el legislador.

Debemos abandonar la arraigada idea de que la celebración de un contrato menor por el poder adjudicador comporta siempre una actuación ineficiente. Si se utiliza correctamente, la contratación directa sirve en determinadas ocasiones como instrumento oportuno para el adecuado funcionamiento de la Administración; en la medida en que el fin último de toda actuación administrativa es la satisfacción de un interés público, puede resultar de enorme utilidad para dar una respuesta inmediata a las necesidades que surgen en el quehacer diario de las Administraciones.

A lo expuesto, debe sumarse que una buena estrategia de compra pública a través del contrato menor puede resultar beneficiosa para fomentar la participación de autónomos y de micropymes locales en la contratación con la Administración local, al beneficiarse directamente de contratos públicos del Ayuntamiento en cuyo término municipal se encuentran instaladas, favoreciendo su crecimiento empresarial y la creación de empleo. No han sido pocas las ocasiones en las que la celebración de contratos menores se han convertido en el principal aliado para garantizar la supervivencia de las pymes locales, en la medida en que su utilización permite la simplificación de trámites, reducción de la burocracia y eliminación de la competencia de los grandes grupos empresariales, consiguiendo repartir prestaciones y trabajos de escasa cuantía entre los pequeños proveedores instalados en un determinado ámbito territorial.

No cabe duda que la nueva Ley podría haber mejorado la regulación jurídica de la contratación directa que ofrecía el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (petición de ofertas, registro municipal de empresas, mayor publicidad...). En este sentido, podemos indicar que el legislador ha perdido una gran oportunidad.

De esta manera, consideramos necesaria una reforma urgente de la LCSP que permita dotar de una mayor flexibilidad a la contratación directa en el ámbito de las entidades locales. En este sentido, resulta de interés la solución propuesta por el Observatorio de Contratación Pública para facilitar la contratación en proyectos de I+D+i⁵⁷. A nuestro juicio, nada impediría que el procedimiento descrito para la adquisición de suministros y servicios por Organismos Públicos de Investigación en la gestión de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos pudiese ser aplicado en los ayuntamientos, especialmente en los más pequeños, evitando la ralentización de los procesos de contratación. Con esta modificación se superaría la limitación excesiva de la adquisición directa de suministros y servicios, permitiendo, entre otros aspectos, que la prestaciones de importe inferior a los 1.000 euros, en cuanto gasto menor, se pudiesen justificar con la presentación de una simple factura electrónica.

Frente a la opinión mayoritaria de la doctrina, entendemos que erradicar y limitar la utilización de la contratación directa puede suponer una paralización y retraso injustificado en el funcionamiento de la Administración, y en especial, de los gobiernos locales. Mientras no se modifique la actual planta municipal española, caracterizada por la presencia de municipios pequeños y de escasa población, o bien se profesionalice y dote de medios técnicos y materiales a muchos de los Ayuntamientos de nuestro país, será muy difícil, por no decir imposible, desterrar la contratación menor.

Por todo ello, el contrato menor sigue siendo un «*contrato necesario*». Prescindir de su utilización se antoja complicado. Solo el tiempo y la experiencia lo confirmarán.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZALEZ, J. (2013): "El fraccionamiento de los contratos: invalidez y fraude de ley", en *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, núm. 161, págs. 147-181.
- ARROYO DIEZ, A. (2018): "La adjudicación de los contratos no armonizados por los poderes adjudicadores no administración pública en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, págs. 29-35.

⁵⁷ Contratación pública en proyectos de I+D+i. Propuesta del Observatorio de Contratos Públicos para su regulación mediante un procedimiento específico. Propuesta de modificaciones de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. <http://obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1320/re/menu.2/chk.a3ba2458eb4a50645389bca76574004>.

- BALLESTEROS MOFFA, L. A., BATET JIMENEZ, P., BELLO PAREDES, S. A., BERNAL BLAY, M. A. Y OTROS (2018): *Contratación del sector público local*, LA LEY: Grupo Wolters Kluwer, 4.ª edición.
- BLAZQUEZ LIDOY, A. (2018): “Los poderes adjudicadores no Administración pública ante la Ley de contratos del sector público (Ley 9/2017): contratos menores y libertad en los procedimientos de adjudicación”, en *Revista CEF Legal: revista práctica de derecho*. Comentarios y casos prácticos, núm. 208, págs. 93-120.
- CANDELA TALAVERO, J. E. (2011): “El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor”, en *Auditoría Pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 53, págs. 85-94.
- DELGADO FERNANDEZ, M. R. (2017): “La gestión de los contratos de pequeña cuantía según la nueva normativa de contratación pública. Contratos menores, sistemas dinámicos de adquisición y procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria”, en *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 12, págs. 15-49.
- DE SOLAS RAFECAS, J. M. (1996): “Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos de la Administración, y en especial del contrato de obras públicas, en el Proyecto de Ley de Contratos de la Administraciones Públicas”, dentro de las *Jornadas sobre Contratación Pública* organizadas por la Universidad de Valladolid en 1993. Madrid: Marcial Pons-Cámara de Contratistas de Castilla y León, pág. 86.
- ESCRIHUELA MORALES, F. J. (2018): “La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y servicios”, en *Manuales Profesionales LA LEY: Grupo Wolters Kluwer*, 5.ª edición.
- GALLEGO CORCOLES, I. (2018): “El procedimiento abierto simplificado y el procedimiento simplificado”, en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 153, págs. 104-113.
- GARCIA HERNANDEZ, J. (2016): “El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales”, en *Revista de Derecho Local*, núm. 44.
- GIMENO FELIU, J. M. (2016): “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, en *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona: Atelier, págs. 246-300.
- GIMENO FELIU, J. M. (2010): “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, en *REDA*, núm. 147, págs. 517-535.
- GIMENO FELIU, J. M. (2013): “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, en *REDA*, núm. 159, págs. 25-89.
- GIMENO FELIU, J. M. (2017): “Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, en *REDA*, núm. 182, págs. 181-221.
- GIMENO FELIU, J. M. (2016): “Transparencia y prevención de la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control”, en *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, núm. 195, págs. 10-20.
- GIMENO FELIU, J. M. (2016): “El necesario big-ban contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control”, en *Revista internacional de transparencia e integridad*, núm. 2.
- GIMENO FELIU, J. M. (2018): “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente”, en *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 153, págs. 34-39.
- GIMENO FELIU, J. M. (2018): “La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente”, en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur-Menor: Aranzadi, págs. 47-132.
- GRAJAL CABALLERO, I. (2009): “Análisis de diversos aspectos de la figura del contrato menor en las Entidades Locales a la luz de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, en *Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 20, págs. 2.955-2.978.
- JIMÉNEZ FRANCO, E. (2012): “Administración pública y corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad”, en *Actualidad administrativa*, núm. 5, marzo 2012, págs. 538-569.
- LOPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F. A. y ALBONIGA ITURBE, J. M. (2018): “La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, en *Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 3, págs. 70-78.
- MARTINEZ FERNANDEZ, J. M. (2016): “Cercos a los contratos menores”, en *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, núm. 194, págs. 38-54.
- MARTINEZ FERNANDEZ, J. M. (2017): “Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la contratación pública”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 41, págs. 1-46.
- MARTINEZ FERNANDEZ, J. M. (2017): “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones de los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público”, en *Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 20, págs. 2.425-2.439.
- MARTINEZ FERNANDEZ, J. M. (2018): “Medidas para facilitar a las PYMEs la participación en la contratación pública”, en *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 153, págs. 94-103.

- MEDINA ARNAIZ, T. (2013): “Las disposiciones financieras de la Unión Europea y su aplicación a la contratación pública: especial referencia al nuevo Reglamento financiero y sus normas de desarrollo”, en *Observatorio de los contratos públicos 2012*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 165-191, y en especial, 188-190.
- MEDINA ARNAIZ, T. (2010): “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, en *Diario La Ley*, núm. 7.382, abril 2010, págs. 1-10.
- MORENO IBAÑEZ, I. (2018): “Comentarios al nuevo régimen jurídico de los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 3.
- MORENO MOLINA, J. A. (2015): “Principios Generales de la Contratación Pública en el reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina”, en *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 44, págs. 55-64.
- MORENO MOLINA, J. A. (2013): “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 115-163.
- MORENO MOLINA, J. A. (2008): “La insuficiente incorporación del derecho Comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, Monográfico X.
- PINTOS SANTIAGO, J. (2016): “El derecho de la Unión Europea como ordenamiento jurídico global administrativo y de la contratación pública”, en *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 144, págs. 94-103.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a y VAQUEZ MATILLA, F. J. (2017): *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor: Aranzadi.
- VELAZQUEZ NAVARRETE, P. (2015): “La excepcionalidad del contrato menor”, en *Administración de Andalucía: revista andaluza de la administración pública*, núm. 93, págs. 389-401.
- VILLANUEVA CUEVAS, A. (2016): “La contratación pública local en el borrador de anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, en *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 145, págs. 104-113.
- VILLORIA MENDIETA, M. y JIMENEZ SÁNCHEZ, F. (2012): “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, en *REIS*, núm. 138, abril-junio de 2012, págs. 109-134. DOI: <https://doi.org/10.5477/cis/reis.138.109>.



Las competencias exclusivas del Estado ex artículo 149.1.18.^a de la Constitución y la disciplina de la producción normativa. Sobre la inconstitucionalidad parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (STC 55/2018, de 24 de mayo)

State's Exclusive Competences ex Article 149.1.xviii) of the Spanish Constitution and Rule Setting.

On the Partial Unconstitutionality of Law 39/2015, of 1 October, on Common Administrative Procedure of the Public Administrations (Constitutional Court's Sentence 55/2018, of 24 May)

Gustavo Manuel Díaz González
Universidad de Oviedo
diazgustavo.uo@uniovi.es

NOTA BIOGRÁFICA

Gustavo Manuel Díaz González es Doctor en Derecho Europeo por la Universidad de Bolonia y Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. Durante los cursos 2016/2017 y 2017/2018 ha trabajado como Investigador postdoctoral en la Cátedra de Derecho Constitucional, Administrativo, Europeo y Comparado de la Universidad de Constanza, dirigida por el Prof. Dr. D. Hans C. Röhl. Es miembro del Grupo de Investigación «Derecho Administrativo (DA)» de la Universidad de Oviedo, dirigido por el Prof. Dr. D. Alejandro Huergo Lora. Sus principales áreas de interés son el sistema de fuentes y la internacionalización del Derecho Público.

RESUMEN

La Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo, ha estimado parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Cataluña frente a diversos preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El pronunciamiento afecta a previsiones legales sustancialmente relacionadas con la disciplina de producción normativa y con la Administración electrónica. En el presente trabajo se estudia críticamente la doctrina afirmada en relación con el primero de los aspectos aludidos. Las dificultades a las que se ha debido enfrentar el juez de las leyes para la resolución del recurso de inconstitucionalidad en este punto, debidas fundamentalmente a la falta casi total de jurisprudencia previa en la materia, no le han impedido dictar una Sentencia que en líneas generales se encuentra, en nuestra opinión, correctamente fundamentada, si bien resulta posible identificar en ella algunos extremos en los que se echa en falta una mayor profundidad en el análisis.

PALABRAS CLAVE

Procedimiento administrativo común; Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas; Elaboración de normas; Procedimiento reglamentario; Comunidades Autónomas.

ABSTRACT

The Constitutional Court's Sentence 55/2018, of 24 May, partially upheld the appeal of unconstitutionality filed by the Government of Catalonia against various provisions of Law 39/2015, of 1 October, on Common Administrative Procedure of the Public Administrations. The decision affects legal provisions substantially related to the discipline of regulatory production and electronic administration. This paper critically examines the doctrine affirmed in relation to the first of the above aspects. The Constitutional Court has had to face great difficulties in resolving the appeal of unconstitutionality on this point, fundamentally due to the almost total lack of previous case-law in the matter. Nevertheless the Court has been able to render a decision which can be seen as well-founded, though there are some aspects which could have been more deeply analyzed in order to get to develop a sounder argumentation.

KEYWORDS

Common administrative procedure; Basic rules of the legal system of Public Administrations; Rule setting; Decree-making procedure; Self-Governing Communities.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. LA DIFÍCIL INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 149.1.18.ª CE Y LA EQUIVOCIDAD DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA COMPETENCIA ESTATAL PARA LA REGULACIÓN, COMÚN O BÁSICA, DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ELABORACIÓN DE NORMAS. II. SÍNTESIS DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y PRECISIÓN DEL ALCANCE DE LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON LA DISCIPLINA DE PRODUCCIÓN NORMATIVA EN LA STC 55/2018, DE 24 DE MAYO. III. CRÍTICA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL AFIRMADA EN LA STC 55/2018, DE 24 DE MAYO. IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN. LA DIFÍCIL INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 149.1.18.ª CE Y LA EQUIVOCIDAD DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA COMPETENCIA ESTATAL PARA LA REGULACIÓN, COMÚN O BÁSICA, DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ELABORACIÓN DE NORMAS

El elevado grado de indeterminación del sistema de distribución de competencias español, tan solo parcialmente debido a la desconstitucionalización del problema de la articulación territorial del Estado, dada la sustancial equivalencia de los niveles de autonomía alcanzados por las diecisiete Comunidades en que el mismo se divide, no es solo predicable del esquema que resulta de la lectura conjunta del artículo 149.1 CE y de los Estatutos de Autonomía, sino también, y esto es lo más relevante, de diversos de los números en los que se precisan las materias reservadas en exclusiva a la Administración central. En este sentido, no solo por su incidencia directa sobre los fundamentos y las instituciones esenciales del Derecho administrativo, destaca el haz de sectores enumerados en el artículo 149.1.18.ª CE, precepto en el que se emplean simultáneamente diferentes criterios de distribución competencial, como no ha dejado de subrayar la mejor doctrina¹. Esta última circunstancia plantearía lógicas dificultades tanto en el momento en que tuvo lugar la sustitución de la preconstitucional Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (en adelante, LPA) por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC), como, más recientemente, en el contexto de la aprobación de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), hitos frente a los que la doctrina científica se ha mostrado en múltiples ocasiones sumamente crítica, no solo manifestando su desacuerdo frente a muchas de las innovaciones materiales introducidas por los sucesivos Legisladores, sino también y en primer término cuestionando la discutible técnica empleada por el Constituyente en la redacción del precepto referido².

¹ Cfr. por todos MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, t. I, Lustel, Madrid, 2.ª edición (2007), pág. 858; y BAÑO LEÓN, J. M.ª, "Artículo 149.1.18.ª", en CASAS BAAMONDE, M.ª E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Wolters Kluwer, Las Rozas (2009), pág. 2.390.

² En este sentido, destacan los razonamientos en su momento desarrollados por TORNOS MAS, J., "Título competencial del Estado, ámbito de aplicación y entrada en vigor", en TORNOS MAS, J. (coord.), *Administración pública y Derecho administrativo. Comen-*

No ha sido otra la problemática subyacente a la novísima Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo, que ha declarado la falta de conformidad de diversos preceptos de la LPAC al orden de distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, si bien, como habrá de comprobarse *infra*, a tal declaración se anuda eficacia anulatoria solo en relación con determinadas previsiones, acordándose con respecto al resto de las que se estiman inconstitucionales su no aplicabilidad a las Administraciones autonómicas. La resolución, dictada como consecuencia de la interposición del recurso de inconstitucionalidad núm. 3628-2016 por parte de la representación procesal del Gobierno catalán, afecta, en esencia, a los dos ámbitos en los que la reforma de 2015 ha introducido las novedades de mayor significación: la disciplina de producción normativa y la Administración electrónica. El presente trabajo está dedicado, no obstante, al primero de ellos con carácter exclusivo³.

La delimitación de los contornos de la competencia estatal para disciplinar los procedimientos de elaboración de normas hubo de ser acometida por el Tribunal Constitucional a partir del acervo jurisprudencial interpretativo del artículo 149.1.18.ª CE, sobre el que inevitablemente se han proyectado las imprecisiones del propio precepto. Carece de sentido abordar en este momento su reconstrucción desde una perspectiva general, pues del contenido de los principales pronunciamientos en la materia ha dado puntual cuenta nuestra literatura científica con exhaustividad. Bastará, a los efectos del presente estudio, con destacar que el Tribunal Constitucional no ha acertado a proporcionar un criterio unívoco para la correcta diferenciación del procedimiento administrativo común frente a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas como ámbitos en los que corresponde en exclusiva al Estado intervenir. En este sentido, las reflexiones del Profesor TORNOS MAS en relación con la aproximación experimentada por ambos títulos competenciales, expuestas hace ya largo tiempo⁴, mantienen hoy su vigencia, pues el persistir en la definición del alcance de los mismos en función de la necesidad de garantizar a los ciudadanos un tratamiento común o uniforme ante todas las Administraciones Públicas ha determinado la atribución de carácter *básico* a la competencia

tarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Bosch, Barcelona (1994), págs. 36-37, que subrayó certeramente que el artículo 149.1.18.ª CE había consagrado una partición discutible del sistema jurídico-administrativo en términos competenciales. Recientemente, al hilo del estudio de la reforma de 2015, ha insistido en la crítica de dicho precepto LÓPEZ MENUDO, F., "Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma", en LÓPEZ MENUDO, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Universidad de Sevilla, Sevilla (2016), pág. 29, al censurar el empleo de las nociones de «procedimiento administrativo común» y «régimen jurídico» en la definición del alcance de las competencias estatales en relación con la denominada Parte general del Derecho administrativo por su desconexión con la realidad normativa previa a la Constitución y por su imprecisión.

³ Con respecto al segundo de los ámbitos aludidos, la Sentencia ha declarado la inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 6.4, que preveía la aprobación, por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de modelos de poderes inscribibles en el Registro electrónico de apoderamientos, distinguiendo si los mismos permitían «la actuación ante todas las Administraciones (...), ante la Administración General del Estado o ante las Entidades Locales» (FJ 8.º); ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad en relación con los artículos 9.3, de acuerdo con el cual la aceptación por parte de la Administración General del Estado de un sistema de identificación electrónica de los interesados servirá para su identificación «frente a todas las Administraciones Públicas, salvo prueba en contrario» (FJ 9.º), 13.a), que reconoce el derecho de quienes disfruten de capacidad de obrar a comunicarse con las Administraciones Públicas «a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración», y 53.1.a), que reconoce a favor de «quienes se relacionen con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos (...) [el] derecho a consultar [determinadas informaciones relativas al procedimiento administrativo] en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración» (FJ 10.º); y ha declarado la conformidad a la Constitución de la Disposición Adicional segunda, relativa a la adhesión de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales a las plataformas y registros de la Administración General del Estado, imponiendo la interpretación de que la obligación de motivación en ella prevista no comporta la atribución al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de la facultad de valorar la justificación dada por la Administración autonómica o local, control que, en último término, correspondería a los órganos de la jurisdicción (FJ 11.º). El Tribunal Constitucional ha desestimado igualmente el recurso en lo que hace al artículo 44 y la Disposición Adicional tercera; el primero impone la notificación por medio de anuncios en el Boletín Oficial del Estado de las resoluciones administrativas cuando el intento de notificación personal haya fracasado y se ignore la identidad de los interesados en el procedimiento o el lugar de la notificación, atribuyendo a otros medios de difusión, incluido el anuncio en otros boletines oficiales, carácter complementario y facultativo, mientras que la segunda, amén de reiterar la obligación referida, dispone, en relación con la misma, que el Boletín Oficial del Estado «pondrá a disposición de las diversas Administraciones Públicas un sistema automatizado de remisión y gestión telemática para la publicación de los anuncios de notificación (...) [que] garantizará la celeridad de la publicación, su correcta y fiel inserción, así como la identificación del órgano remitente». En lo relativo a estas últimas disposiciones, el Tribunal Constitucional se remite a los razonamientos desarrollados para la desestimación del recurso de inconstitucionalidad promovido frente a sus precedentes normativos inmediatos, de idéntico contenido, acordada en la STC 33/2018, de 12 de abril (FJ 12.º).

⁴ Cfr. TORNOS MAS, J., "Título competencial del Estado, ámbito de aplicación y entrada en vigor", cit., pág. 43. La equiparación sustancial de los títulos competenciales referidos sería en la misma época igualmente constatada por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "Reflexiones sobre «el procedimiento administrativo común»", *Revista de Administración Pública*, 131 (1993), pág. 26, que lamentaba, no obstante, el que el Tribunal Constitucional hubiera optado por anular la distinción conceptual en que se basa el artículo 149.1.18.ª CE.

relativa al procedimiento administrativo *común*⁵, mientras que la amplitud con que ha sido interpretado el concepto de «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» ha traído consigo la incardinación en el mismo de la materia estrictamente procedimental⁶. Preciso es reconocer que la expuesta no es, sin embargo, una conclusión unánime⁷. En todo caso, como tendremos ocasión de comprobar, la inexistencia de acuerdo doctrinal en relación con el título competencial en que se sustenta la regulación estatal de los procedimientos de elaboración de normas reglamentarias constituye una prueba inequívoca de la efectiva confusión de los títulos competenciales considerados en la jurisprudencia constitucional.

Centrándonos ya en el objeto de estudio del presente trabajo, debe tenerse en cuenta un problema adicional, representado por el hecho de que, a lo largo de su andadura, al Tribunal Constitucional apenas se le han presentado ocasiones para perfilar una doctrina jurisprudencial mínimamente coherente en la materia, que pudiera ser tomada en consideración por el Legislador de 2015 en orden a adecuar la disciplina introducida por el Título VI de la LPAC al sistema de distribución de competencias. Consecuencia inmediata de ello ha sido que el razonamiento empleado en la STC 15/1989, de 26 de enero, apenas motivado y objeto en su momento de muy severas críticas, constituyera, con anterioridad al dictado de la resolución objeto de análisis, el único precedente de referencia, cuando menos aparentemente⁸. En la Sentencia, por la que se resolvieron diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra determinados preceptos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se afirmó, al hilo del análisis de la validez del artículo 22 del referido texto legal, regulador de la audiencia a las asociaciones de consumidores y usuarios en el procedimiento de elaboración de reglamentos que afectarán a aquellos, que no cabía estimar que la disposición controvertida poseyera carácter básico, en consideración al hecho de que la regulación del procedimiento reglamentario no podía entenderse en ningún caso comprendida en el título «procedimiento administrativo común» del artículo 149.1.18.ª CE, por ser el reglamentario un procedimiento administrativo *especial*, cuya regulación compete en exclusiva a las Comunidades Autónomas cuando se trata de disciplinar sus propios cauces de producción normativa⁹.

Como venimos de señalar, la línea de razonamiento referida ha sido fuertemente contestada por la doctrina científica. Al oponer el concepto de procedimiento *común* al de *especial*, la resolución se basaría en una comprensión preconstitucional, en tanto que se habría inspirado en la diferenciación del *procedimiento*, a secas, regulado en el Título IV de la LPA de 1958, frente a los *procedimientos especiales* (reglamentario, sancionador y de reclamaciones previas al ejercicio de las acciones civiles y laborales), de los que se ocupaba el Título VI del mismo cuerpo normativo, para la interpretación del alcance de la competencia reservada al Estado ex artículo 149.1.18.ª CE¹⁰. Desde una perspectiva práctica, ello provocaría la renuncia del Legis-

⁵ En este sentido, véanse LÓPEZ RAMÓN, F., “Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, 130 (1993), págs. 110-111; y LÓPEZ BENÍTEZ, M., “Las normas básicas y las competencias estatales del artículo 149.1.18 de la Constitución”, en REBOLLO PUIG, M., LÓPEZ BENÍTEZ, M., y CARBONELL PORRAS, E. (coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid (2015), pág. 128.

⁶ *Vid.* nuevamente BAÑO LEÓN, J. M.ª, “Artículo 149.1.18.ª”, cit., pág. 2.391, con referencia a la STC 50/1999, de 6 de abril, por la que precisamente se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la LPC de 1992. De hecho, la propia STC 55/2018, de 24 de mayo, afirma la legitimidad en términos competenciales de la regulación básica estatal del procedimiento de elaboración de normas reglamentarias con apoyo en el título “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas” [FJ 7.c)].

⁷ Así, se posiciona en contra GAMERO CASADO, E., “La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación”, en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S., y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, t. I, Tirant Lo Blanch, Valencia (2017), págs. 164 y ss. Para el autor, la razón de ser común de los títulos competenciales considerados no obsta a la neta diferenciación de las nociones de «básico» y «común», que permiten un grado de intervención autonómica no coincidente – limitada al desarrollo normativo de las bases estatales en el primer caso, nula en el segundo.

⁸ Así parece haberlo estimado, al menos implícitamente, el Consejo de Estado, que se refirió exclusivamente a la misma al tratar la cuestión de la competencia del Estado para regular el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias en su Dictamen núm. 275/2015, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común (apdo. III.C.4). En el mismo sentido, cfr. CARRILLO DONAIRE, J. A., “Marco competencial. Ámbito de aplicación. Capacidad e identificación de los interesados (Título Preliminar, Título I y Disposiciones Finales y Adicionales)”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, Wolter Kluwers, Madrid (2016), págs. 39-40.

⁹ FJ 7.c) de la Sentencia.

¹⁰ Al respecto, cfr. la muy sólida crítica de LÓPEZ MENUDO, F., “Los principios generales del procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 129 (1992), pág. 70. Más recientemente ha vuelto el autor a subrayar lo erróneo del empleo del esquema conceptual de la LPA de 1958 en la interpretación del texto constitucional; cfr. “Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma”, cit., pág. 35; en el mismo sentido, CARRILLO DONAIRE, J. A., “Marco competencial. Ámbito de aplicación. Capacidad e identificación de los interesados (Título Preliminar, Título I y Disposiciones Finales y Adicionales)”, cit., págs. 29-30.

lador estatal de 1992 a incorporar en la LPC una disciplina elemental de un procedimiento que precisaría, al igual que el orientado a la producción de actos administrativos *sensu stricto*, de una regulación de mínimos aplicable en todo el territorio nacional¹¹. Resultado de dicha opción sería el mantenimiento de la vigencia de los artículos 129 a 132 de la LPA de 1958, reguladores del procedimiento reglamentario, hasta su derogación por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LGo). Una vez producida esta, la laguna derivada de la falta de una disciplina básica en la materia, sumada a las disfunciones detectables en la normativa adoptada por algunas Comunidades Autónomas, llegaría incluso a servir de base a la defensa doctrinal de la aplicación supletoria a estas últimas de las reglas previstas en la LGo de 1997¹².

En la jurisprudencia constitucional posterior se ha tenido ocasión de detectar una revisión de la doctrina recién referida. En este sentido, el reconocimiento por virtud de la STC 204/1992, de 26 de noviembre, del carácter *básico* de la exigencia de intervención del Consejo de Estado, de acuerdo con la dicción original del artículo 23, p. 2.º, de su Ley Orgánica reguladora, en relación con la actuación de las Comunidades Autónomas en los mismos casos previstos en la propia Ley para el Estado, lo que incluía los reglamentos ejecutivos de las leyes (artículo 22, p. 3.º), fue destacado en la literatura científica como una «rectificación parcial» de la STC 15/1989, que relativizaría el alcance de la reserva competencial que en esta última se había afirmado de manera no matizada¹³.

Un tercer pronunciamiento de relevancia –como habrá de ocasión de poner de manifiesto, decisiva en muchos puntos– en la materia es la mucho más reciente STC 91/2017, de 6 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias en relación con diversos preceptos de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES). En tanto examen de validez de diversas disposiciones cuyo contenido asumiría posteriormente, con retoques tan solo ligeros, el Legislador de 2015, la resolución referida ejerce una influencia notoria sobre la que es objeto de comentario. Especial significación presenta, en este sentido, la afirmación de que el condicionamiento normativo por parte de la Ley estatal del procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos encuentra su fundamento en la competencia en materia de «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas». No obstante, toda vez que la LPAC va más allá que la LES en relación con diversos aspectos relativos a la disciplina de producción normativa, la STC 55/2018, de 24 de mayo, incorpora razonamientos innovadores desde la perspectiva de la interpretación del artículo 149.1.18.ª CE, como se destaca en el epígrafe siguiente.

En un contexto jurisprudencial como el –sucintamente– descrito, abordaría el Legislador de 2015 la disciplina de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria del conjunto de Administraciones Públicas. Juzgado excesivamente denso y por consiguiente no respetuoso del sistema de distribución de competencias por parte del Consejo de Estado en su Dictamen núm. 275/2015, de 29 de abril, el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas fue objeto en este punto de una revisión de calado. El supremo órgano consultivo formuló en relación con la regulación inicialmente proyectada tanto observaciones de estricta técnica legislativa¹⁴ como reproches relativos a lo cuestionable de su

¹¹ En este sentido se pronunciaron GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992”, en LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M. (coords.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid (1993), pág. 13; y COSCULLUELA MONTANER, L., “La posición ordinal de la Ley 30/1992 y los principios y efectos de la misma (Título preliminar y disposiciones adicionales, transitoria, derogatoria y final)”, en AA.VV., *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Editorial Carperi, Madrid (1993), pág. 39.

¹² Propuesta desarrollada por BERMEJO LATRE, J. L., “Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 124 (2004), pág. 628.

¹³ Así lo estimó poco después REBOLLO PUIG, M., “El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado”, *Documentación Administrativa*, 244-245 (1996), pág. 190, nota al pie 66, como recientemente ha recordado FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., “La potestad reglamentaria. El procedimiento de elaboración de reglamentos”, en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S., y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, t. II, Tirant Lo Blanch, Valencia (2017), págs. 2.510-2.511, nota al pie 68. Dando un paso más, identificaría BERMEJO LATRE, J. L., “Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas”, cit., pág. 620, en la resolución citada la incardinación del procedimiento de elaboración de reglamentos ejecutivos de las leyes en los títulos competenciales «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» o «procedimiento administrativo común», disyunción de hecho recogida en la propia Sentencia (FJ 6.º) que no pasaría inadvertida a la doctrina, que vería en ella la confirmación de la superposición de los mismos; en este sentido, especialmente, TORNOS MAS, J., “Título competencial del Estado, ámbito de aplicación y entrada en vigor”, cit., págs. 43-44.

¹⁴ En extrema síntesis, entendía el Consejo de Estado improcedente la disociación de las vertientes procedimental e institucional de la disciplina de producción normativa; cfr. el apdo. III.B.3 del Dictamen. A este respecto, en la doctrina se ha defendido la emancipación de la iniciativa legislativa con respecto al procedimiento legislativo en sentido estricto, lo que conduciría a abogar por su tratamiento

fundamento y validez jurídico-constitucionales¹⁵. Con respecto a estos últimos volveremos inmediatamente, al hilo del análisis de la Sentencia objeto de estudio. Debe destacarse ahora, en todo caso, que el Legislador optó por no prestar atención a la totalidad de objeciones del Consejo de Estado, rebajando ciertamente el grado de detalle de la regulación del Título VI de la LPAC dotada de vocación de aplicación común al conjunto de Administraciones Públicas, pero manteniendo intactas una serie de disposiciones que se verían, sin embargo, posteriormente afectadas por las declaraciones de inconstitucionalidad acordadas por la STC 55/2018, de 24 de mayo.

Hechas estas precisiones, procede dar breve cuenta de las líneas de razonamiento en que se basa el juicio de validez de la LPAC de 2015 (II), para posteriormente exponer nuestra propia visión sobre la doctrina afirmada en la resolución (III).

II. SÍNTESIS DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y PRECISIÓN DEL ALCANCE DE LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON LA DISCIPLINA DE PRODUCCIÓN NORMATIVA EN LA STC 55/2018, DE 24 DE MAYO

Como hemos destacado en la *Introducción*, objeto del presente trabajo será el análisis de las declaraciones de inconstitucionalidad acordadas por la STC 55/2018, de 24 de mayo, en lo relativo a la facultad del Estado para la regulación de la disciplina aplicable a la producción normativa. Ya los primeros razonamientos desarrollados en la Sentencia inciden directamente sobre la cuestión. En este sentido, tras un sucinto repaso de los motivos que condujeron al Legislador a la aprobación de la reforma de 2015, que, desde una perspectiva material, se tradujeron en la introducción de importantes novedades en los ámbitos de los que la propia Sentencia se ocupa con carácter prioritario¹⁶, aborda el Tribunal Constitucional el problema del marco competencial en que se inserta el texto de la LPAC desde una perspectiva general. Así, estima, en primer lugar, que la controversia deberá resolverse *exclusivamente* a partir de la precisión del alcance de los títulos «procedimiento administrativo común» y «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» (artículo 149.1.18.ª CE). Como es de todos sabido, de acuerdo con lo que establecía la Disposición Final primera, apartado segundo, de la LPAC, la disciplina de producción normativa introducida por el Título VI, así como su Disposición Adicional segunda, encontraban su apoyatura competencial no solo en el referido número del artículo 149.1 CE, sino también en los títulos estatales en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13.ª CE) y Hacienda general (artículo 149.1.14.ª CE). En este punto, la doctrina científica, alineándose con el Consejo de Estado¹⁷, había mostrado un rechazo *prácticamente* unánime¹⁸ frente a dicha comprensión.

normativo separado con respecto al mismo, como un procedimiento administrativo más; en este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., “La iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos”, *Nueva revista de política, cultura y arte*, 143 (2015), pág. 226.

¹⁵ Las objeciones del Consejo de Estado al respecto se encuentran recogidas, desde una perspectiva general, en el apdo. III.C.4 del Dictamen. Sin embargo, también en los apdos. IV.42 y 43 se formularon observaciones específicas que afectaban al Anteproyecto desde la perspectiva competencial (en concreto, en relación con los preceptos que en el mismo regulaban la planificación normativa y los procedimientos de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos, respectivamente).

¹⁶ FJ 2.º.

¹⁷ Cfr. el Dictamen del Consejo de Estado núm. 275/2015, de 29 de abril, apdo. III.C.4.c).

¹⁸ En este sentido, véanse, con matices, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “La elaboración de los reglamentos”, en LÓPEZ MENDUO, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, cit., pág. 312; CARRILLO DONAIRE, J. A., “Marco competencial. Ámbito de aplicación. Capacidad e identificación de los interesados (Título Preliminar, Título I y Disposiciones Finales y Adicionales)”, cit., págs. 40-41; MORA RUIZ, M., “Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, cit., págs. 518-519; FORTES GONZÁLEZ, A. I., “De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial, la mejora regulatoria”, en RIVERO ORTEGA, R., CALVO SÁNCHEZ, M.ª D., y FERNANDO PABLO, M. M. (dirs.), *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la Ley 39/2015*, Juruá, Lisboa (2016), pág. 338; y GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª Á., “Principios de buena regulación y evaluación de su cumplimiento”, en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S., y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, t. II, cit., pág. 2.562. Por su parte, entiende MIR PUIGPELAT, O., “¿Better regulation o marketing? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley”, en VELASCO RICO, C. I. (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid (2017), pág. 214, que la invocación de los títulos controvertidos viene motivada por las debilidades del artículo 149.1.18.ª CE para servir de soporte competencial al conjunto del Título VI de la LPAC.

En contra de la doctrina dominante, sin embargo, defendería RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., “La iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos”, cit., págs. 227 y 234-235, que la reforma constitucional de 2011 habría motivado la necesidad de una

El Tribunal Constitucional hace suyas, con cita de su propia jurisprudencia dictada en interpretación de los números referidos, las alegaciones de inconstitucionalidad formuladas por la representación procesal del Ejecutivo catalán, y declara consiguientemente la invalidez del apartado segundo de la Disposición Final primera sobre la base, en extrema síntesis, de que las posibles implicaciones económicas de la regulación de los procedimientos de elaboración de normas bajo ningún concepto permiten una interpretación extensiva de títulos competenciales cuyo objeto esencial es, respectivamente, la actividad económica privada (artículo 149.1.13.ª CE) y los sistemas de relaciones entre las haciendas de los diversos niveles territoriales de poder y de ingresos públicos (artículo 149.1.14.ª CE)¹⁹. No se trata en modo alguno de una conclusión sorprendente: más allá de lo obvio de la apreciación, el propio Tribunal Constitucional, como recuerda de hecho la Sentencia, había descartado la aplicación del primero de los títulos referidos al pronunciarse sobre la validez de la proclamación de los principios de buena regulación ex artículos 4 a 7 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, precedentes inmediatos de algunos de los contenidos de la nueva Ley, sobre la base de su incidencia sobre cualesquiera tipos de normas, con independencia del eventual carácter económico de su contenido²⁰. La apreciación con respecto al apartado segundo de la Disposición Final primera de la LPAC de 2015 no podía, sencillamente, ser otra.

Repasa a continuación²¹ el Tribunal Constitucional su propia doctrina sobre el alcance de los títulos del artículo 149.1.18.ª CE que el Legislador invoca, sin ulteriores precisiones, como fundamento competencial de la Ley en su conjunto en el apartado primero de la Disposición Final primera, extremo que había motivado la formulación de sólidas críticas por parte del Consejo de Estado en el examen del Anteproyecto²². Aun tratándose del recordatorio general de una jurisprudencia consolidada, trae a colación el Alto Tribunal líneas de razonamiento que devendrán posteriormente esenciales en la resolución sobre la conformidad a la Constitución de la disciplina de producción normativa incorporada ex Título VI de la LPAC. Así, de una parte, de nuevo con cita de la Sentencia 91/2017, de 6 de julio, por la que resolvió sobre la constitucionalidad de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, reproduce el Tribunal el pasaje relativo a la sola vinculación de la potestad reglamentaria, estatal o autonómica, a los principios de buena regulación, tal y como –por aquel entonces– regulados en los artículos 4 a 7 del referido texto legal, toda vez que había de considerarse a las Administraciones Públicas como destinatarias exclusivas de dichos preceptos²³; de otra, se refiere a la admisión de la validez, declarada en la misma Sentencia, de aquellos en consideración a su posible incardinación en la materia «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», dado que los mismos se proyectan sobre las disposiciones adoptadas a partir de cualquier tipo de procedimiento *normativo* –aquí debe leerse, en consonancia con lo anterior, *reglamentario*– y poseen una eficacia limitada, «que no obstaculiza el desarrollo autonómico de estos principios ni la posibilidad de establecer otros diferentes, ni impide el diseño por parte de las Comunidades Autónomas, en la forma que estimen conveniente, de los procedimientos administrativos especiales conexos con el ejercicio de sus competencias materiales sustantivas»²⁴.

También con respecto al título competencial «procedimiento administrativo común» acomete el Tribunal Constitucional una reconstrucción de su propia jurisprudencia, en absoluto innovadora, pero aun así de interesante consulta, dada la exhaustividad de la exposición. La incidencia de la misma sobre el problema objeto de análisis se revela, no obstante, más bien limitada, no solo como consecuencia de su falta de toma en consideración al resolver sobre la validez de los principios de buena regulación en la Sentencia 91/2017, de 6 de julio, sino también porque, desde una perspectiva más amplia, los extremos que integran aquel título y que el Tribunal Constitucional sintetiza se refieren a los procedimientos orientados al dictado de auténticos actos administrativos, y no a la aprobación de normas jurídicas.

relectura del artículo 149.1 CE, toda vez que la conexión de las exigencias de buena regulación con el principio de estabilidad presupuestaria habría supuesto dotar a los números 13 y 14 de aquel de nuevos contenidos.

¹⁹ El razonamiento al respecto es desarrollado en el FJ 3.º, mientras que la inconstitucionalidad del apartado segundo de la Disposición Final primera es declarada en el FJ 13.º.

²⁰ STC 91/2017, de 6 de julio (FJ 5.º; en la STC 55/2018, de 24 de mayo, se cita erróneamente el FJ 6.º).

²¹ STC 55/2018, de 24 de mayo (FJ 4.º).

²² Cfr. el Dictamen del Consejo de Estado núm. 275/2015, de 29 de abril, apdo. III.C.1. Harían suya dicha crítica, ya a la vista del texto legal definitivamente aprobado, CARRILLO DONAIRE, J. A., “Marco competencial. Ámbito de aplicación. Capacidad e identificación de los interesados (Título Preliminar, Título I y Disposiciones Finales y Adicionales)”, pág. 32; y FORTES GONZÁLEZ, A. I., “De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial, la mejora regulatoria”, cit., pág. 336.

²³ STC 91/2017, de 6 de julio (FJ 4.º).

²⁴ STC 91/2017, de 6 de julio (FJ 6.º).

Sobre estas bases dogmáticas aborda el Tribunal Constitucional el juicio de validez de los preceptos recorridos por el Gobierno catalán. Se ocupa en primer lugar el Alto Tribunal del artículo 129.4, párrafo tercero, LPAC, que imponía como regla general la atribución de la potestad de desarrollo reglamentario de las Leyes al Ejecutivo, estatal o autonómico, y exigía, en el caso de otorgarse, excepcionalmente, la habilitación a favor de los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías de Gobierno, o de otros órganos dependientes o subordinados, que la decisión correspondiente se justificara en la propia ley habilitante. La representación procesal del Gobierno de Cataluña había alegado que dicha regulación desconocía, de una parte, la atribución ex artículo 68 del Estatuto de Autonomía (EAC) de la potestad reglamentaria al Gobierno de la Generalidad, y, de otra, el reconocimiento en la propia jurisprudencia constitucional de la posibilidad de desconcentración de la misma. El Tribunal Constitucional da respuesta a las tachas de invalidez mediante un recordatorio de su doctrina más reciente sobre el contenido necesario de los Estatutos de Autonomía de acuerdo con lo establecido en el artículo 147 CE: en este sentido, a dicha fuente normativa se encuentra reservada la organización institucional de la respectiva Comunidad, concepto en el que se integran el sistema de relaciones entre las diversas instituciones autonómicas y la determinación de sus poderes, lo que incluye las potestades normativas. Ello trae consigo, prosigue el Tribunal Constitucional, un correlativo deber de inhibición del Legislador estatal, lo que supone que el mismo habrá de abstenerse de «atribuir, quitar o limitar con carácter general la capacidad legislativa de los parlamentos territoriales, (...) las potestades normativas del Gobierno autonómico, (...) [ya] la extraordinaria de rango legal (...) [ya] la ordinaria de carácter reglamentario». No es otra la visión de la cuestión asumida por el Estatuto de Autonomía catalán, que incorpora efectivamente una regulación de las fuentes del propio subsistema normativo y, en lo que a los efectos de la resolución del recurso interesa, atribuye al Ejecutivo autonómico la potestad reglamentaria originaria.

De esta manera, la admisión de la desconcentración de la potestad reglamentaria en la jurisprudencia constitucional (SSTC 135/1992, de 5 de octubre, y 133/1997, de 16 de julio), continúa el Tribunal, determina que el Legislador de 2015 haya introducido «una regulación de la potestad reglamentaria autonómica similar, pero no enteramente coincidente con la prevista en el artículo 68.1 EAC». No es, en todo caso, concluye el Tribunal Constitucional, la mayor o menor adecuación de la regulación estatal al Estatuto de Autonomía el extremo problemático, sino el hecho de que el Legislador estatal haya pretendido disciplinar un aspecto, la distribución de la potestad reglamentaria autonómica, cuyo tratamiento normativo corresponde necesariamente al Estatuto de Autonomía. Por este motivo, declara el Tribunal Constitucional la invalidez de los incisos «o Consejo de Gobierno respectivo» y «o de las consejerías del Gobierno» del artículo 129.4, párrafo tercero, LPAC, limitando así la aplicabilidad del precepto a la Administración General del Estado²⁵.

Examina a continuación el Tribunal de Constitucional las alegaciones formuladas por la Abogada de la Generalidad de Cataluña en relación con los artículos 1.2 y 129.4, párrafo segundo, LPAC. Se trata de dos disposiciones estrechamente conectadas entre sí. De acuerdo con el artículo 1.2, la introducción de trámites adicionales o distintos a los contemplados en la propia LPAC está sometida al principio de preferencia de ley, es decir, se exige que su eventual previsión se acuerde en una norma de rango primario; adicionalmente, se establece que la misma deberá ser motivada y habrá de atender a la consecución de los fines del procedimiento y resultar eficaz, proporcionada y necesaria. El espacio al que queda reducida la colaboración reglamentaria en este punto es el establecimiento de «especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar». El artículo 129.4, párrafo segundo, menos constringente que el anterior, exige en los supuestos de introducción de trámites adicionales por virtud de una iniciativa normativa que los mismos se encuentren «justificados atendiendo a la singularidad de la materia o a los fines perseguidos por la propuesta». Con respecto a dichos preceptos entendía la representación del Ejecutivo catalán que comportarían una invasión de las competencias de la Comunidad: de una parte, el artículo 1.2 vaciaría su potestad de autoorganización al imponer una retracción de la norma reglamentaria para la disciplina del procedimiento administrativo que, en su caso, correspondería introducir al Estatuto de Autonomía; de otra, faltando al Estado toda competencia para la regulación de los procedimientos de elaboración de normas autonómicas, ámbito al que se consideraba aplicable el artículo 129.4, párrafo segundo, el mismo, al imponer exigencias específicas para la introducción de trámites adicionales con respecto a los regulados en la propia LPAC, resultaría igualmente contrario al bloque de constitucionalidad.

²⁵ STC 55/2018, de 24 de mayo (FJ 5.º).

El Tribunal Constitucional afronta dichas alegaciones por medio de la limitación, en primer lugar, de la aplicabilidad de los preceptos controvertidos a la introducción de trámites adicionales del procedimiento administrativo *stricto sensu*. Toda vez que el artículo 1.1 LPAC diferencia los tipos de contenidos que el propio texto legal introduce en relación con la disciplina aplicable al dictado de actos administrativos –con respecto al cual prevé auténticos *trámites*– y a la elaboración de normas –en relación con la cual incorpora meros *principios*–, entiende el Tribunal que, en tanto referidos a la exigencia de nuevos trámites, los artículos 1.2 y 129.4, párrafo segundo, LPAC, no vinculan en modo alguno el diseño de los procedimientos normativos y, en consecuencia, no pueden vulnerar la competencia autonómica para su regulación.

En segundo lugar, precisa el Tribunal Constitucional que la reserva estatutaria proclamada ex artículo 147.2.c) CE no posee un carácter absoluto, toda vez que pueden darse efectivamente circunstancias determinantes de la validez de una cierta incidencia de la legislación estatal sobre la potestad de autoorganización autonómica y sobre la disciplina de su producción normativa, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la exigencia de determinación por Ley de las competencias propias de los municipios de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que vincula lógicamente al Legislador autonómico. En este sentido, no puede considerarse que la preferencia de ley introducida ex artículo 1.2 LPAC represente un contenido reservado a la fuente estatutaria autonómica, pero, prosigue el Tribunal, con ello no se resuelve sino solo parcialmente la incógnita relativa a su validez jurídica, toda vez que debe adicionalmente determinarse si, por medio de dicha previsión, el Estado ha rebasado los límites inherentes a la limitación de su competencia a la definición del procedimiento administrativo *común*.

De esta forma, con referencia a su jurisprudencia previa, señala el Tribunal Constitucional que, en abstracto, la potestad de autoorganización autonómica puede verse efectivamente lesionada cuando el Estado «especifica la forma que ha de revestir una decisión de competencia autonómica o el órgano que ha de adoptarla». Sin embargo, dicha injerencia puede entenderse justificada cuando encuentre su fundamento en un valor constitucional a cuya protección se oriente. Sentado lo anterior, la flexibilidad del artículo 1.2 LPAC, que admite la determinación reglamentaria de multitud de aspectos, y la conexión del principio de preferencia ley introducido por el precepto con la reserva a dicha fuente normativa consagrada ex artículo 105.c) CE en relación con el procedimiento administrativo determinan la validez jurídica del mismo²⁶.

El Tribunal Constitucional aborda, por último, el examen de constitucionalidad del Título VI de la LPAC en su conjunto. En puridad, los reproches de la recurrente no afectan a la totalidad de sus disposiciones, pues la misma afirma la «inocuidad» competencial de los artículos 127 (“Iniciativa legislativa y potestad para dictar normas con rango de Ley”), 128 (“Potestad reglamentaria”) y 131 LPAC (“Publicidad de las normas”). De esta forma, limita el Tribunal Constitucional su análisis a la disciplina de los principios de buena regulación (artículo 129), de la evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los mismos (artículo 130), a la planificación normativa (artículo 132) y a la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos (artículo 133).

Tras una referencia detallada al contenido de las disposiciones impugnadas, sintetiza el Tribunal las alegaciones de la recurrente, de acuerdo con la cual, toda vez que la materia «procedimiento administrativo común» no englobaría los procedimientos de elaboración de normas, el Legislador estatal habría invadido las competencias de la Comunidad incluso pese al carácter en algunos casos coincidente de las prescripciones controvertidas con la normativa autonómica (caso del artículo 129), a la regulación en modo alguno exhaustiva de concretos trámites (artículo 130) y a la limitación a la reiteración de principios constitucionales (artículo 133).

El Tribunal Constitucional traza una nítida línea divisoria en su análisis en relación con la capacidad del Estado de incidir sobre el ejercicio de las potestades normativas autonómicas entre el potencial condicionamiento de la iniciativa legislativa y de la elaboración de disposiciones reglamentarias. En relación con la primera, afirma que su inserción en el sistema de relaciones entre Ejecutivo y Parlamento autonómicos trae consigo su no incardinación en los títulos competenciales del artículo 149.1.18.ª CE. Por este motivo, acuerda declarar la no conformidad de los preceptos recurridos al orden constitucional de competencias, lo que determina la limitación de su aplicabilidad, en el ámbito de la iniciativa legislativa, a la adoptada por el Gobierno central.

²⁶ FJ 6.º.

Muy otro es el marco competencial aplicable a la disciplina de la potestad reglamentaria autonómica. El Tribunal Constitucional supera en este punto –implícitamente, pues no se refiere en pasaje alguno a la misma– de manera definitiva la doctrina afirmada en su Sentencia 15/1989, de 26 de enero, toda vez que, en la línea de lo avanzado en el análisis global de los títulos competenciales del artículo 149.1.18.ª CE desarrollado en el FJ 4.º de la Sentencia, afirma la incardinación de la regulación de la elaboración de reglamentos por parte de las Comunidades Autónomas en las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. De acuerdo con dicha comprensión, los principios de buena regulación proclamados ex artículo 129, así como la imposición al conjunto de Administraciones del deber de fomentar su aplicación y de cooperar para la promoción del análisis económico de las normas por virtud del artículo 130.2, en tanto previsiones materialmente coincidentes con las de los derogados artículos 4, 5 y 7 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, son considerados, en la línea de lo ya declarado con respecto a estos últimos preceptos en la STC 91/2017, de 6 de julio, como no contrarios al sistema de distribución de competencias, salvedad hecha de su inaplicabilidad a la iniciativa legislativa autonómica.

Idéntica suerte corren los párrafos primero y segundo del artículo 130.1 LPAC. El primero de ellos impone al conjunto de Administraciones Públicas la revisión periódica de sus normas en vigor para adaptarlas a los principios de buena regulación, la evaluación de la efectiva consecución de los objetivos que se persiguen mediante su adopción y la justificación y la correcta cuantificación del coste y de las cargas derivadas de las mismas. El Tribunal Constitucional estima que, una vez acordada su inaplicabilidad a la iniciativa legislativa autonómica, la identidad de contenidos de la disposición referida y del artículo 6.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, fuerza a declarar el carácter básico de la primera ex artículo 149.1.18.ª CE, a la vista de la resolución del recurso de inconstitucionalidad promovido frente al segundo precepto por virtud de la STC 91/2017, de 6 de julio.

En lo que hace al párrafo segundo del artículo 130.1, que exige la elaboración de un informe público sobre los resultados de la evaluación con «el detalle y la periodicidad» determinados por «la normativa reguladora de la Administración correspondiente», el Tribunal Constitucional estima, nuevamente con cita de su Sentencia 91/2017, de 6 de julio, que tanto por su inaplicabilidad a la iniciativa legislativa autonómica como por su carácter genérico resulta inhábil para irrogar perjuicio alguno al sistema de distribución de competencias.

Termina aquí, sin embargo, la condescendencia mostrada por el Alto Tribunal frente a la ambición reguladora del Legislador estatal en relación con la elaboración de normas reglamentarias por parte de las Comunidades Autónomas. En este sentido, estima, en primer lugar, que la regulación de la planificación normativa introducida por el artículo 132 posee un carácter marcadamente formal o procedimental y excesivamente detallado, motivo por el cual considera que su alcance excede del ámbito constitucionalmente reservado al Estado, que se limita a la fijación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Otro tanto declara el Tribunal en relación con la mayor parte de los contenidos del artículo 133, que disciplina los mecanismos de participación ciudadana en los procedimientos de elaboración de normas: excepción hecha del inciso inicial del apartado primero, que impone la celebración de una consulta pública con carácter previo a la elaboración del proyecto normativo, y del primer párrafo del apartado cuarto, que admite la no celebración de los trámites participativos en determinadas categorías de supuestos, estima el Tribunal Constitucional que el conjunto de las disposiciones incorporadas por el artículo 133 LPAC descienden a un grado de detalle inaccesible a las bases normativas. En consideración a lo expuesto, declara el Alto Tribunal la no conformidad al sistema de distribución de competencias de los artículos 132 y 133, a salvo las previsiones de este último recién referidas, imponiendo así su inaplicación no solo en relación con la iniciativa legislativa autonómica, sino también con la elaboración de normas reglamentarias por parte de las Comunidades²⁷.

Finaliza aquí el análisis por parte del Tribunal Constitucional de las impugnaciones del Ejecutivo catalán relativas a la nueva disciplina de las potestades normativas. Se ocupa a continuación de otras previsiones legales, igualmente recurridas y mayoritariamente relacionadas con la Administración electrónica, a las que ya nos hemos sumariamente más arriba²⁸. Nuestro análisis, sin embargo, tal y como habíamos adelantado, se limita a los razonamientos empleados por el Tribunal Constitucional en relación con la validez jurídica de las disposiciones reguladoras de la producción normativa. En consecuencia, procede en este momento dar cuenta de nuestra propia visión al respecto, propósito al que se dedica el epígrafe siguiente.

²⁷ FJ 7.º.

²⁸ Cfr. *supra*, nota al pie núm. 3.

III. CRÍTICA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL AFIRMADA EN LA STC 55/2018, DE 24 DE MAYO

La valoración global de la Sentencia 55/2018, de 24 de mayo, no puede hacer abstracción de las evidentes dificultades a las que se enfrentaba el Tribunal Constitucional para resolver sobre la validez de la nueva disciplina estatal aplicable a la elaboración de normas, toda vez que no son pocos los razonamientos que el mismo se ha visto obligado a desarrollar por vez primera, dada la falta de una jurisprudencia suficientemente consolidada en la materia. En síntesis, la Sentencia arroja, a nuestro juicio, un saldo positivo desde la perspectiva de la calidad de su argumentación: tanto la distinción del alcance de la competencia estatal para condicionar la elaboración de normas con rango de ley –nulo– y reglamentario –básico– por parte de las Comunidades Autónomas, ya implícitamente afirmada en la STC 91/2017, de 6 de julio, y apuntada por la doctrina más avezada²⁹, como la precisión de los límites de la misma, que no ampara una regulación estatal exhaustiva, son líneas de razonamiento de difícil –aunque, en nuestra opinión, al menos en relación con el primero de los aspectos, no imposible– contestación. En todo caso, el detalle de la fundamentación jurídica de la Sentencia deja abiertas algunas incógnitas que evidencian la necesidad de precisiones ulteriores en la interpretación del artículo 149.1.18.ª CE.

Un aspecto clave con respecto al que la Sentencia no acierta, en nuestra opinión, a proporcionar un criterio interpretativo unívoco es el de los intereses o valores constitucionales cuya pretendida defensa por parte del Legislador estatal ampara auténticas injerencias sobre la organización institucional autonómica. La falta de claridad del Tribunal Constitucional afecta a la resolución objeto de estudio en su conjunto, si bien se manifiesta con especial intensidad en algunos pasajes específicos.

Como ya se ha tenido ocasión de comprobar, la validez de la incidencia sobre la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas por parte de la normativa estatal es admitida por el juez de las leyes al hilo del análisis de la constitucionalidad de los artículos 1.2 y 129.4, párrafo segundo, LPAC, que imponen una serie de condiciones, ya referidas, a la introducción de trámites adicionales con respecto a los previstos en el propio texto legal para su aplicación a los procedimientos administrativos especiales. El Tribunal Constitucional, sobre la base de la reserva de ley en materia procedimental prevista en el artículo 105.c) CE, acepta que el refuerzo de la misma sea impuesto por el Estado a las Comunidades Autónomas aun admitiendo que la especificación de «la forma que ha de revestir una decisión de competencia autonómica o el órgano que ha de adoptarla» puede suponer «*invadir* la potestad de autoorganización» de aquellas³⁰.

El argumento se presenta, de entrada, como muy discutible. No se acierta a comprender por qué a un criterio de ordenación vertical del sistema de fuentes como es el principio de reserva de ley se le atribuye eficacia horizontal o competencial –entendida esta última en sentido estricto, es decir, como principio rector del sistema de relaciones entre las normas estatales y autonómicas–. Siendo cierto que el alcance del título competencial estatal en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas es definido ex artículo 149.1.18.ª CE de una forma abierta, de modo que no debe entenderse forzosamente limitado a la aprobación de normas que garanticen un tratamiento común de los ciudadanos frente a aquellas³¹, parece igualmente exigible que el Legislador nacional se limite, cuando su intervención se aparte de dicho criterio, a la regulación de los extremos precisados de una disciplina uniforme en todo el territorio por no poder alcanzarse el concreto objetivo constitucional mediante la normación autonómica, por definición potencialmente dispar. De haberse profundizado en esta línea, habría podido llegar a concluirse la inconstitucionalidad de los preceptos citados o, cuando menos, del artículo 1.2 LPAC, toda vez que tanto la norma primaria estatal como la autonómica son igualmente aptas para la satisfacción de la reserva de ley prevista en el artículo 105.c) CE y que, consiguientemente, la «preferencia» por la referida fuente normativa podría entenderse

²⁹ Al respecto, *vid.* MIR PUIGPELAT, O., “¿*Better regulation* o *marketing*? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley”, *cit.*, págs. 215-216; en el mismo sentido, si bien con referencia exclusiva a la imposible incardinación de las disposiciones del Título VI de la LPAC aplicables a la iniciativa legislativa en los títulos competenciales del artículo 149.1.18.ª CE, *cf.* PRIETO ROMERO, C., “El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, 201 (2016), pág. 342.

³⁰ FJ 6.º, énfasis añadido.

³¹ El precepto constitucional se refiere a dicha garantía como criterio irrenunciable que ha de tenerse en cuenta para la precisión del alcance del título competencial estatal en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, no como límite máximo de la intervención de las instancias centrales en dicho ámbito.

tan solo exigible, en el contexto autonómico, por el correspondiente Estatuto³². No es otra la tesis que en último término sostiene la Magistrada Dña. María Luisa Balaguer Callejón en su Voto particular, toda vez que concluye, sobre la base de una argumentación en líneas generales coincidente con la aquí defendida, que habría debido declararse la inconstitucionalidad del artículo 1.2 LPAC³³.

Sin embargo, esta lógica, de inequívocas reminiscencias europeas, en tanto hermana con el principio de subsidiariedad, que ciertamente permitiría limitar la invocación de «causas de justificación» de una recentralización contraria a la propia Constitución de la disciplina de producción normativa, brilla en la Sentencia estudiada por su ausencia, lo que dificulta no solo la precisión del alcance de la reserva introducida ex artículo 147.2.c) CE a favor de los Estatutos de Autonomía, sino también la comprensión de otros pasajes de la resolución en los que la posibilidad de apreciación de la excepción a que nos venimos refiriendo no es no ya admitida, sino ni tan siquiera analizada como hipótesis.

Así, la referida indeterminación en la identificación de los valores constitucionales que permiten una suerte de expansión de la competencia estatal en detrimento de la potestad de autoorganización autonómica incide negativamente, en primer lugar, sobre la calidad argumental del juicio de constitucionalidad de las previsiones introducidas por el artículo 129.4, párrafo tercero, LPAC, que pretendía acotar las habilitaciones legales al ejercicio de la potestad reglamentaria a favor de sujetos u órganos distintos del Gobierno central o de los correspondientes Consejos de Gobierno autonómicos. Con respecto al mismo, que, como no ha dejado de subrayar la mejor doctrina, codifica criterios jurisprudenciales previamente afirmados por el propio Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo³⁴, no se aprecia sorprendentemente interés superior alguno que permita al Estado ir más allá de donde, en línea de principio, alcanzan los títulos competenciales que reserva el artículo 149.1.18.ª CE a su favor. En este sentido, aun resultando indiscutible, como se razona en la Sentencia, la incidencia del principio que introduce el artículo 129.4, párrafo tercero, LPAC sobre la ordenación del sistema de fuentes autonómico³⁵, no lo es menos que la imposición como regla general de la habilitación a los diferentes Gobiernos para la ejecución de las disposiciones de rango legal y de la correlativa garantía representada por el deber de motivación de la atribución de la potestad referida con carácter directo a otros órganos o sujetos responde a una comprensión certera de las relaciones entre las normas primarias y secundarias. Admitida la conveniencia de que en ocasiones sean los titulares de las Consejerías de Gobierno u otros órganos dependientes o subordinados quienes lleven a cabo la labor referida, no puede, sin embargo, perderse de vista lo mucho que de positivo tiene el someter a concretos límites la desconcentración de la potestad reglamentaria para garantizar que la misma se acuerde cuando efectivamente concurren circunstancias que justifiquen tal opción: dichos límites, que la disposición cuya inconstitucionalidad es declarada por el Alto Tribunal reduce a la justificación en el texto legal objeto de desarrollo –y que, por lo tanto, no se presentan como excesivamente incisivos–, permitirían evitar prácticas abusivas que sin duda pueden llegar a afectar negativamente a la racionalidad normativa, al impedir que de los correspondientes proyectos reglamentarios conozcan otros miembros del Gobierno autonómico de turno, que podrían incluso implementar políticas incompatibles con aquellos en sus respectivos ámbitos de actuación. Nada de todo esto, sin embargo, es valorado por el Tribunal Constitucional, que aplica aquí las reglas de distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas sin matices, optando por una interpretación manifiestamente incompatible con la asumida en el análisis de validez de los artículos 1.2 y 129.4, párrafo segundo, LPAC.

³² No obstante, GAMERO CASADO, E., “La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación”, cit., págs. 160-161, ha analizado en detalle la cuestión y formulado una sugerente propuesta de interpretación del precepto de conformidad de acuerdo con la Constitución en clave competencial: en este sentido, la exigencia de determinación mediante ley de trámites adicionales a los previstos en la LPAC se consideraría una garantía a favor del ciudadano –lo que implica la incardinación inmediata de la misma en el artículo 149.1.18.ª CE–, mientras que el deber de motivación de su introducción habría de ser leído en clave exclusivamente formal, pues admitir por imperio de la Ley estatal la fiscalización de la justificación desde una perspectiva material resultaría contrario al orden de distribución de competencias.

³³ Apdo. 1 del Voto particular. A mayor abundamiento, sostiene la Magistrada que, por medio de la argumentación criticada, la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional habría incurrido en contradicciones, al afirmar implícitamente el carácter absoluto de la reserva de ley prevista ex artículo 105.c) CE y admitir simultáneamente el recurso a la fuente reglamentaria para la precisión de determinados aspectos relativos al procedimiento administrativo.

³⁴ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175 (2016), pág. 34.

³⁵ Entre nosotros, lo habían subrayado ya MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “La elaboración de los reglamentos”, cit., pág. 327; MORA RUIZ, M., “Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria”, cit., pág. 550; y MIR PUIGPELAT, O., “¿Better regulation o marketing? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley”, cit., pág. 217.

Otro tanto ocurre con la exclusión de la iniciativa legislativa y de la elaboración de anteproyectos de ley por parte de las Comunidades Autónomas de los ámbitos reservados a la competencia del Estado por virtud del artículo 149.1.18.ª CE y con la consiguiente negación de la aplicabilidad a dichos sectores de actividad autonómica de las disposiciones del Título VI de la LPAC impugnadas por el Gobierno catalán. Aun conviniendo con la visión en que se apoya la Sentencia, que no es otra que la conexión cualificada de la producción normativa de rango legal con la potestad de autoorganización autonómica, nuevamente aquí omite el Tribunal Constitucional toda referencia a la posible existencia de valores o intereses superiores que habiliten al Estado a condicionar, con carácter básico, el ejercicio de la iniciativa legislativa autonómica. Son diversos los extremos que, en este sentido, deben ser tomados en consideración.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional cita en este punto su Sentencia 91/2017, de 6 de julio, por la que se había resuelto el recurso de inconstitucionalidad promovido frente a la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, de una forma, si se quiere, «oportunista». No se pretende de negar con ello la relevancia de la misma como precedente jurisprudencial en relación con la problemática constitucional analizada, sino tan solo señalar que su invocación es en este punto forzada. La exclusión de la vinculación de la potestad legislativa autonómica al Título VI de la LPAC es acordada en la STC 55/2018, de 24 de mayo, en aplicación de un estricto criterio competencial, mientras que en la STC 91/2017 se había declarado la no sujeción de los Legisladores a los principios de buena regulación, tal y como disciplinados ex artículos 4 a 7 LES, sobre la base de que destinatarias exclusivas de los mismos eran las Administraciones Públicas, lo que claramente se deducía del propio tenor literal de los preceptos referidos. Es evidente la confusión argumental en que se incurre al presentar la doctrina en que ambas Sentencias se apoyan como materialmente coincidente en este punto.

En segundo lugar, aun siendo la potestad legislativa el rasgo distintivo esencial de la capacidad de «autoadministración» de que disfrutaban las Comunidades Autónomas frente a la de otros sujetos a cuyo favor el texto constitucional reconoce igualmente la facultad de gestión independiente de sus propios asuntos o intereses, y aun debiendo consiguientemente partirse de una visión más restrictiva de la capacidad del Estado de incidir sobre dicha potestad –de admitirse, como hace el Tribunal Constitucional, que la Administración central puede excepcionalmente condicionar la capacidad de autoorganización autonómica–, permanece, sin embargo, inexplicado el porqué de la naturalidad con la que se acepta que las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas alcanzan, como título competencial, al procedimiento de elaboración de normas reglamentarias autonómicas. Dejando a un lado el hecho de que la doctrina constitucional haya sido oscilante en este punto, sin que los sucesivos cambios de criterio del juez de las leyes hayan respondido a circunstancias que justificaran objetivamente una mutación jurisprudencial ni hayan sido siquiera presentados como tales, la Sentencia objeto de estudio no aclara realmente por qué identifica en las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas el apoyo competencial para la incidencia estatal sobre un procedimiento de elaboración de auténticas normas jurídicas por parte de las Comunidades Autónomas cuando, simultáneamente, muestra una sensibilidad tan acusada frente al condicionamiento de la fase de iniciativa legislativa desde la perspectiva de su sometimiento a los principios de buena regulación y de su tratamiento estrictamente administrativo.

En este sentido, la crítica que había formulado el Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de LPAC en términos de estricta política legislativa es indirectamente reveladora: como hemos destacado *supra*, lamentaba el supremo órgano consultivo que la nueva disciplina pretendiera separar artificialmente la vertiente procedimental de la institucional en relación con la regulación de la creación normativa de rango legal. Algunas voces en la doctrina han defendido la corrección de la cesura referida, insistiendo en la ubicación al margen del Derecho Constitucional de la iniciativa legislativa, por no suponer esta más que la activación del procedimiento legislativo, en ningún caso la capacidad de aprobar un determinado texto legal³⁶. Pese a lo discutible de dicha visión, entendemos que el Tribunal Constitucional habría debido desarrollar un análisis más detallado de la cuestión en orden a justificar mejor la diferencia de trato que dispensa, desde la perspectiva competencial, a las potestades legislativa y reglamentaria autonómicas. También en relación con la hipótesis de la sujeción de la primera de ellas al Título VI de la LPAC existen principios constitucionales potencialmente invocables como fundamento de una interpretación extensiva del artículo 149.1.18.ª CE: piénsese, a título meramente ejemplificativo, en el deber de facilitación de «la participación de todos los ciudadanos en la vida política» que impone el artículo 9.2 CE y en la conexión con el mismo del artículo 133 LPAC, relativo

³⁶ En este sentido, cfr. la referencia a la postura de RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ en la nota al pie núm. 14 del trabajo.

a la participación ciudadana en el procedimiento legislativo. Nuevamente en este caso el Alto Tribunal se abstiene de considerar las implicaciones de una lectura de la norma constitucional por él mismo aplicada en el análisis de la conformidad a la misma de otras disposiciones de la nueva Ley de procedimiento.

Ello es en buena medida así por lo descabellado e inaceptable de una interpretación del principio autonómico como la descrita. En último término, el problema no reside en el hecho de que el Tribunal Constitucional haya rehusado reconocer a favor del Estado una capacidad más amplia de injerencia sobre las potestades normativas autonómicas: se trata, por el contrario, de que, al admitir la validez de los artículos 1.2 y 129.4, párrafo segundo, LPAC, ha abierto la puerta a una forma de razonar en nuestra opinión manifiestamente incompatible con la diferenciación de los principios jerárquico y competencial como criterios de ordenación del sistema de fuentes. En este sentido, lo que con la exposición anterior se ha pretendido ha sido tan solo evidenciar la incoherencia interna de la Sentencia, en modo alguno defender la corrección de la que se ha presentado como lectura alternativa del bloque de constitucionalidad.

Al margen de estas consideraciones, debe llamarse la atención sobre el empleo del título estatal «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» como sostén competencial de la regulación básica aplicable al procedimiento reglamentario autonómico. La falta de continuidad de la doctrina jurisprudencial es en este punto manifiesta. Como ha quedado expuesto en la *Introducción* del presente estudio, el Tribunal Constitucional ha explorado casi todas las alternativas posibles, cambiando de criterio prácticamente a cada paso. Así, si en la Sentencia 15/1989, de 26 de enero, el juez de las leyes había rechazado considerar que la competencia *en materia de procedimiento administrativo común* habilitara al Estado para la regulación del procedimiento de elaboración de reglamentos por las Comunidades Autónomas³⁷, y si, posteriormente, en la Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, había declarado el carácter *básico* de la exigencia de sometimiento a dictamen del Consejo de Estado de los proyectos de reglamentos autonómicos dictados en desarrollo o ejecución de normas de rango legal *simultáneamente al amparo del título referido y del de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas*, en las más recientes Sentencias 91/2017, de 6 de julio, y 55/2018, de 24 de mayo, ha admitido, sin referencia a su(s) doctrina(s) previa(s), que es el último de los mencionados el fundamento competencial de la regulación considerada.

Pese a que el arribo a la conclusión anterior resulta coherente con la tradicionalmente extensiva interpretación del artículo 149.1.18.ª CE, no parece muy ortodoxo el que el Tribunal Constitucional muestre una actitud tan voluble en relación con la cuestión. La identificación del título competencial en que se basa la regulación estatal de las bases del procedimiento de elaboración de normas reglamentarias es a todas luces un aspecto lo suficientemente relevante como para recibir de la jurisdicción constitucional la mayor de las atenciones, incluso en forma de *obiter dictum*, y para ser, consiguientemente, tratado con más tiento. Por ese motivo, aun siendo evidente que el Tribunal Constitucional solo puede pronunciarse sobre los asuntos que son sometidos a su juicio, no lo es menos que su actuación en este punto ha sido incoherente, y ello en buena medida explica la desorientación de la doctrina al respecto³⁸. En todo caso, y dado que el pasado nunca vuelve, es de esperar, en atención a lo que consideramos exigencias mínimas de seguridad jurídica, que el Tribunal Constitucional mantenga la jurisprudencia que hoy puede considerarse vigente, de forma que hipotéticos cambios futuros de la misma no se presenten como injustificados golpes de timón, sino como el fruto de cambios de circunstancias determinantes de la necesidad de la correspondiente revisión.

En síntesis, la STC 55/2018, de 24 de mayo, ha acertado, en líneas generales, a alcanzar un equilibrio adecuado entre las exigencias de disciplina común mínima de los procedimientos de elaboración de normas y la garantía de respeto de la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas. No obstante, entendemos que la admisión de efectivas injerencias sobre esta última por parte de las instancias centrales en los supuestos de que las mismas persigan la consecución de objetivos o la defensa de valores constitu-

³⁷ Es en nuestra opinión evidente que la limitación del análisis a la consideración de dicho título competencial partía, implícitamente, de que las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas no podían ser en modo alguno consideradas como fundamento de la regulación estatal del procedimiento de elaboración de reglamentos por parte de las Comunidades Autónomas.

³⁸ Así, mientras que MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “La elaboración de los reglamentos”, cit., pág. 311, considera que el fundamento competencial en el que se apoya la regulación introducida por el Título VI de la LPAC es el de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, toda vez que el procedimiento administrativo común habría sido ya, en cuanto título de la intervención normativa estatal, agotadoramente tratado en el Título IV de la Ley, MIR PUIGPELAT, O., “¿*Better regulation* o *marketing*? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley”, cit., págs. 214-215, parece entender que es en el procedimiento administrativo común donde se encuentra el sostén competencial de la disciplina estatal de mínimos del procedimiento de elaboración de reglamentos. En el mismo sentido de este último autor, con referencia a los principios de buena regulación, cfr. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., “La iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos”, cit., pág. 229.

cionales es un criterio de aplicación peligrosa en la interpretación de un precepto como el artículo 149.1.18.ª CE, cuya potencialidad expansiva es evidente. En este sentido, se ha tratado de demostrar que su toma en consideración más allá del ámbito en que el Tribunal Constitucional ha recurrido a él, opción que, desde la perspectiva de la coherencia interna de la resolución, parecería necesaria, habría resultado enormemente problemática. De otra parte, aun revelándose correcta la diferenciación entre el alcance del condicionamiento estatal del ejercicio de las potestades legislativa y reglamentaria por las Comunidades Autónomas, consideramos sumamente discutible el rechazo de plano de toda posibilidad de incidencia sobre la primera si después se admite, sin reparo alguno, que la disciplina básica del procedimiento de elaboración de normas secundarias forma parte del título competencial estatal en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. En este sentido, toda vez que se acepta la aplicabilidad al procedimiento reglamentario autonómico de muchas de las disposiciones del Título VI de la LPAC por su carácter de normas suficientemente abiertas, sería posible entender que, cuando menos a falta de una disciplina autonómica que garantice el efectivo respeto de los contenidos conectados directamente con determinados preceptos constitucionales –piénsese, en concreto, en los principios de buena regulación– que aquel incorpora, el mismo extiende *válidamente* su ámbito de aplicación a la iniciativa legislativa y a la elaboración de anteproyectos de ley por parte de las Comunidades Autónomas³⁹. En último término, abona la anterior conclusión la apreciación por parte del Ejecutivo catalán de que no todos los contenidos del Título VI de la LPAC lesionan las competencias de la Generalidad incluso si aplicados a la elaboración de normas de rango legal.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAÑO LEÓN, J. M.^a (2009), “Artículo 149.1.18.ª”, en CASAS BAAMONDE, M.^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Las Rozas: Wolters Kluwer, págs. 2.390-2.397.
- BERMEJO LATRE, J. L. (2004), “Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 124, págs. 611-629.
- CARRILLO DONAIRE, J. A. (2016), “Marco competencial. Ámbito de aplicación. Capacidad e identificación de los interesados (Título Preliminar, Título I y Disposiciones Finales y Adicionales)”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid: Wolter Kluwers, págs. 19-77.
- CASADO CASADO, L. (2017), “La mejora regulatoria en España: los nuevos principios que informan el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las administraciones públicas”, *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 67, págs. 41-76. DOI: <https://doi.org/10.21056/aec.v17i67.473>.
- CASADO CASADO, L. (2017), “La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-I, págs. 87-141.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (1993), “La posición ordinamental de la Ley 30/1992 y los principios y efectos de la misma (Título preliminar y disposiciones adicionales, transitoria, derogatoria y final)”, en AA.VV., *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid: Editorial Carperi, págs. 19-51.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2017), “La potestad reglamentaria. El procedimiento de elaboración de reglamentos”, en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S., y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, t. II, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 2.483-2.549.
- FORTES GONZÁLEZ, A. I. (2016), “De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial, la mejora regulatoria”, en RIVERO ORTEGA, R., CALVO SÁNCHEZ, M.^a D., y FERNANDO PABLO, M. M. (dirs.), *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la Ley 39/2015*, Lisboa: Juruá, págs. 333-367.
- GAMERO CASADO, E. (2017), “La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación”, en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S., y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, t. I, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 153-263.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1993), “Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992”, en LEGUINA VILLA, J., y

³⁹ En un sentido parcialmente coincidente parece pronunciarse CASADO CASADO, L., “La mejora regulatoria en España: los nuevos principios que informan el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las administraciones públicas”, *A & C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 67 (2017), págs. 63-64; *idem* en “La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 107-I (2017), pág. 124.

- SÁNCHEZ MORÓN, M. (coords.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid: Tecnos, págs. 11-20.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª Á. (2017), “Principios de buena regulación y evaluación de su cumplimiento”, en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S., y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, t. II, Valencia: Tirant Lo Blanch, págs. 2.551-2.580.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2015), “Las normas básicas y las competencias estatales del artículo 149.1.18 de la Constitución”, en REBOLLO PUIG, M., LÓPEZ BENÍTEZ, M., y CARBONELL PORRAS, E. (coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Madrid: lustel, págs. 111-134.
- LÓPEZ MENUDO, F. (1992), “Los principios generales del procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 129, págs. 19-76.
- LÓPEZ MENUDO, F. (2016), “Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma”, en LÓPEZ MENUDO, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Sevilla: Universidad de Sevilla, págs. 13-39.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (1993), “Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, págs. 97-130.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1993), “Reflexiones sobre «el procedimiento administrativo común»”, *Revista de Administración Pública*, núm. 131, págs. 7-33.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (2016), “La elaboración de los reglamentos”, en LÓPEZ MENUDO, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Universidad de Sevilla, Sevilla, págs. 307-344.
- MIR PUIGPELAT, O. (2017), “¿Better regulation o marketing? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley”, en VELASCO RICO, C. I. (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid, págs. 209-244.
- MORA RUIZ, M. (2016), “Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, Wolter Kluwers, Madrid, págs. 513-565.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2007), *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, t. I, lustel, Madrid, 2.ª edición.
- PRIETO ROMERO, C. (2016), “El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, 201, págs. 335-372. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.201.14>.
- REBOLLO PUIG, M. (1996), “El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado”, *Documentación Administrativa*, 244-245, págs. 161-210.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. (2015), “La iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos”, *Nueva revista de política, cultura y arte*, 143, págs. 225-236.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016), “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175, págs. 31-55.
- TORNOS MAS, J. (1994), “Título competencial del Estado, ámbito de aplicación y entrada en vigor”, en TORNOS MAS, J. (coord.), *Administración pública y Derecho administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Bosch, Barcelona, págs. 35-56.



Sobre la aplicabilidad del grupo B del artículo 76 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público como grupo de clasificación profesional del personal funcionario de carrera en las Administraciones Públicas con especial referencia a las Administraciones Locales

About the applicability of B group of article 76 of the Consolidated Text of the Basic Statute of Public Employees as a professional classification group of career staff personnel in Public Administrations, with special reference in Local Administrations

Agustín Juan Gil Franco
Universidad Rey Juan Carlos
agustinjuan.gil@urjc.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho. Funcionario de carrera grupo A1. Director General de RR.HH. Ayuntamiento de Alcorcón. Profesor asociado de Derecho Administrativo de las Universidades Carlos III de Madrid, Politécnica de Madrid y de la Universidad Rey Juan Carlos.

RESUMEN

La creación del grupo B en 2007 por el EBEP como grupo de clasificación de los cuerpos/escalas y categorías de funcionarios para los que se exige como requisito de acceso la posesión de la titulación de «Técnico superior en formación profesional» no ha venido acompañada precisamente por una regulación legislativa o normativa de desarrollo del mismo, pese a las evidentes presiones de algunas categorías profesionales, a la espera de un ámbito propio de promoción profesional y de las propias centrales sindicales. Los Ayuntamientos son los que más directamente ha sufrido esta inacción del legislador pero poseen herramientas para afrontar el reto.

PALABRAS CLAVE

Grupo de clasificación; cuerpos/escalas y categorías de funcionarios; titulación académica; autonomía local; legislación de función pública.

ABSTRACT

The creation of the group «B» in 2007 by the EBEP as a classification group for the corps/scales and categories of staff—for which a requirement of access to the certification of «Higher technician in professional training» is required— actually has not been accompanied by a legislative regulation of its development in spite of the evidences of some professional categories, attending an own scope of professional promotion and of the own union companies. The City Councils are the ones which have suffered the most from this inaction of the legislator. Anyway, they have the tools to face the challenge.

KEYWORDS

Group of classification; corps/scales and categories of officials; academic degree; local autonomy; public function legislation.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CREACIÓN DE GRUPOS DE CLASIFICACIÓN PARA LOS CUERPOS, ESCALAS Y CATEGORÍA DE FUNCIONARIOS. III. EL NUEVO GRUPO B DE CLASIFICACIÓN DE CUERPOS, ESCALAS Y CATEGORÍAS EN LA LEGISLACIÓN DEL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS. IV. POTESTAD DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES PARA LA CREACIÓN DE CATEGORÍAS PROPIAS DE FUNCIONARIOS DENTRO DEL SISTEMA DE FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL. V. EL GRUPO B COMO GRUPO DE CLASIFICACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PROPIOS DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

No ha sido raro que hayan llegado a los gestores de recursos humanos solicitudes de ciertos funcionarios, normalmente de categorías incluidas dentro de sectores especiales de la función pública, que directamente han solicitado su integración en el «nuevo» grupo B, creado y definido en el artículo 76 del Estatuto Básico del Empleado Público, primero, y después en el Texto Refundido (en adelante TREBEP). Basan su petición bien en la posesión de una determinada titulación coincidente con la exigible para el ingreso en dicho grupo, bien, por desarrollar el cuerpo/escala de pertenencia o la categoría funcionarial, servicios para los que se exigía una cualificación profesional determinada. A ello, se han añadido reivindicaciones de carácter sindical en las distintas Mesas de negociación existentes en estas mismas Administraciones públicas, sobre todo, en las locales.

Incluso algunos informes y dictámenes de órganos directivos de función pública han llegado a la conclusión de la imposibilidad de aplicación, –en especial en el ámbito local–, del grupo B como sistema de creación, ordenación y adscripción de cuerpos, escalas y categorías funcionariales al mismo, mientras una disposición legislativa no regulara más en concreto dichas adscripciones.

II. LA CREACIÓN DE GRUPOS DE CLASIFICACIÓN PARA LOS CUERPOS, ESCALAS Y CATEGORÍA DE FUNCIONARIOS

El antecedente más directo del artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto que introducía los grupos de clasificación de los distintos cuerpos/escalas y categorías, fue el Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, de reforma de la legislación sobre funcionarios de la Administración Civil del Estado que, precisamente desde la titulación académica de ingreso exigible para el acceso a Cuerpos, Escalas o Plazas de la Administración Civil del Estado, establecía los denominados «índices de proporcionalidad» correspondientes a cada titulación por orden de grado académico: desde la educación universitaria superior hasta la máxima inferior¹. La traslación mimética entre uno y otro sistema se realizaba a través de la Disposición adicional octava de la Ley 30/1984, de 2 de agosto², de tal manera que en nada se alteraba la concepción de este apartado de ordenación de la función pública.

La titulación oficial académica, pues, es el aglutinante entre la diversidad de cuerpos/escalas y categorías existentes, y el auténtico sostén del desempeño de la función pública a través del sistema de puestos de

¹ Así los establecía el artículo 3.º: «La proporcionalidad correspondiente a los niveles de titulación exigibles para el ingreso en los Cuerpos, Escalas o Plazas de, la Administración Civil del Estado, a que se refiere el punto uno del artículo anterior, será la siguiente:

Nivel de titulación	Proporcionalidad
Educación Universitaria (Doctores, Licenciados, Arquitectos, Ingenieros y equivalentes)	10
Educación Universitaria (Diplomados, Arquitectos Técnicos, Ingenieros Técnicos, Titulados de Formación Profesional de tercer grado y equivalentes)	8
Enseñanzas Medias (Bachillerato, Titulados de Formación Profesional de segundo grado y equivalentes)	6
Educación General Básica (Graduado Escolar y equivalentes)	4
Educación General Básica (certificado de Escolaridad)	3

² «Los Cuerpos y Escalas declarados a extinguir que actualmente tengan asignados los índices de proporcionalidad 10, 8, 6, 4 y 3, pasarán a integrarse respectivamente, a partir de la vigencia de esta Ley, en los grupos A, B, C, D y E establecidos en el artículo 25».

trabajo. Todo ello, sin perjuicio, de constituir un poderoso sistema común y básico a toda la función pública del Estado, tanto desde el punto de vista retributivo como en el de la propia carrera administrativa. De hecho, hoy en día la determinación de la retribución asignable a dichos grupos de clasificación de los distintos cuerpos/escalas y categorías constituye un elemento clave en la política económica general del país³.

El antedicho traslado entre titulación y grupo de clasificación, operado por la ley en 1984, no ofreció dificultad alguna por cuanto que los grados académicos se correspondían con los grupos de clasificación. El sistema también demostró que el acceso a los cuerpos y escalas, salvo aquellos denominados como especiales⁴, no requerían un sistema formativo propio, específico y peculiar para los servidores públicos de entre los generalmente ofertados tras la conclusión de los ciclos formativos elementales y obligatorios dentro de nuestro sistema educativo. De igual forma, la clasificación por grupos desplazaba la centralidad del «cuerpo» funcional en cuanto único sistema de progresión en la carrera, por el desempeño del puesto, consagrando con ello el sistema mixto introducido por la Ley de 1964.

El artículo 76 del Estatuto Básico del Empleado Público⁵, partiendo de la ya existente, venía a establecer una nueva clasificación para los distintos cuerpos, Escalas y Categorías, prosiguiendo aparentemente sobre la senda marcada por el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública. El sistema se sustenta nuevamente sobre la titulación académica oficial y sus diferentes grados, de tal manera que la obtención de la general otorgada sobre la superación de un grado académico oficial fuera el núcleo sobre el que agrupar los cuerpos y escalas, todo ello, sin perjuicio de las especificidades requeridas para los puestos de trabajo y funciones propias otorgadas a los mismos.

Pero el anterior sistema de grupos, da paso a la desagregación de éstos, en los nuevos subgrupos, y la creación, no obstante lo anterior, de un nuevo grupo con la idea asimismo de dar cabida a una nueva titulación académica oficial, resultado de completar los estudios y prácticas en Formación profesional. Esta novedad se sustancia en la creación de un nuevo Grupo B cuya titulación de encuadre para el acceso general a los cuerpos o escalas en que sean clasificadas en dicho grupo es «*estar en posesión del título de Técnico Superior*». Finalmente, la Disposición adicional sexta, del TREBEP crea las denominadas agrupaciones profesionales sin requisito de titulación, (las supuestas herederas del anterior grupo «E»), que dejaría abierta la clasificación operada por el artículo 76 TREBEP, ya que, además de los Grupos clasificatorios establecidos en el artículo 76 del TREBEP, las Administraciones Públicas pueden establecer otras agrupaciones diferentes de las enunciadas, para cuyo acceso no se exija estar en posesión de alguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo⁶.

La notable imprecisión en cuanto a la correspondencia entre titulación y grupo/subgrupo operada en el EBEP de 2007, dada la reciente implantación del nuevo sistema de titulación académica universitaria fruto del Espacio Europeo de Educación superior⁷, hubiera podido ser corregido en el Texto refundido de 2015,

³ De hecho, por ejemplo, el artículo 18.11 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, es claro al respecto: «Este artículo tiene carácter básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.13.^a y 156.1 de la Constitución».

⁴ El del aún vigente artículo 24.1 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, nos ofrece una definición «Son funcionarios de Cuerpos especiales los que ejercen actividades que constituyen el objeto de una peculiar carrera o profesión y los que tienen asignado dicho carácter por razón de las circunstancias concurrentes en la función administrativa que les está encomendada». Algo que en el ámbito de la función pública local se recoge en el artículo 170 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local: «Tendrán la consideración de funcionarios de Administración Especial los que tengan atribuido el desempeño de las funciones que constituyen el objeto peculiar de una carrera, profesión, arte u oficio».

⁵ Esta es la clasificación que realiza: «Grupo A: Dividido en dos Subgrupos, A1 y A2.

Para el acceso a los cuerpos o escalas de este Grupo se exigirá estar en posesión del título universitario de Grado. En aquellos supuestos en los que la ley exija otro título universitario será éste el que se tenga en cuenta.

La clasificación de los cuerpos y escalas en cada Subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso.

Grupo B. Para el acceso a los cuerpos o escalas del Grupo B se exigirá estar en posesión del título de Técnico Superior.

Grupo C. Dividido en dos Subgrupos, C1 y C2, según la titulación exigida para el ingreso.

C1: Título de Bachiller o Técnico.

C2: Título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria».

⁶ A modo de ejemplo, el artículo 43 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, crea la agrupación profesional del personal funcionario *subalterno* de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia. Se integra en esta agrupación profesional el personal funcionario seleccionado sin la exigencia de estar en posesión de alguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo para ocupar puestos que tengan atribuidas funciones ordinarias de vigilancia, custodia, reparto de correspondencia y documentación, transporte manual, central telefónica, reprografía y otras semejantes.

⁷ Se regulan por el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, modificado por el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado y el Real Decreto 43/2015, de 2 de febrero.

ya que el Máster universitario entra a formar parte como grado académico oficial dentro de la Educación superior junto al título de graduado universitario y doctor. Si se hubiera pretendido continuar con la clasificación grupo/titulación quizás hubiera sido interesante que los dos subgrupos del grupo A se hubieran hecho converger con una y otra titulación: el A1 con la necesidad de poseer el título de Master Universitario oficial o equivalente/doctor, etc. y el A2 con la de poseer el título de graduado universitario o equivalente⁸.

Sin embargo, la clasificación implanta una novedad sustancial, y es que se establece el mismo requisito de titulación académica oficial de acceso para los cuerpos/escalas tanto para el subgrupo A1 como para el subgrupo A2, para los que se exige título universitario de Grado. Esta identidad se explica porque «*la clasificación de los cuerpos y escalas en cada Subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso*». Lo cual supone introducir un factor adicional, –podríamos decir «ex post»–, que va más allá de la titulación académica y es el tramo de desempeño de puestos asignados a cada subgrupo, de tal manera que estos tramos –la escala de niveles de puestos de trabajo del artículo 71 de Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo⁹– son ahora mucho más decisivos ya que podría darse –si se optase por este sistema de carrera administrativa– una asignación de tramos de niveles a Cuerpos/escalas y categorías determinados. El sistema de clasificación, por tanto, se transmuta en el caso de los subgrupos A1 y A2, dejando como elemento clave de diferenciación, en este caso, el desempeño del puesto en las Relaciones de puestos de trabajo; y las denominadas Agrupaciones profesionales que quedan abiertas a lo que dispongan las leyes de función pública tanto de la AGE como de las Comunidades Autónomas. Con esto y dado el año en que se llevó a cabo la aprobación del Texto Refundido del EBEP, quizás pierda su razón de ser la disposición transitoria 3.^a, ya que la implantación de los nuevos títulos universitarios auspiciada en 2007, ya era –y los es en estos momentos– una realidad más que consolidada.

Curiosamente los apartados 35 y 36 relativos a los grupos profesionales dedicados por la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, tratan de forma más detenida sobre la implicación de la implantación de las nuevas titulaciones universitarias exponentes de la creación de un espacio europeo de educación superior (Declaración de Bolonia) en los grupos de clasificación de los cuerpos/escalas y categorías de funcionarios, pero no se hace alusión alguna sobre la posibilidad de creación de grupos/subgrupos ligados a las titulaciones académicas de los ciclos formativos de la formación profesional¹⁰.

III. EL NUEVO GRUPO B DE CLASIFICACIÓN DE CUERPOS, ESCALAS Y CATEGORÍAS EN LA LEGISLACIÓN DEL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS

El, tantas veces citado, artículo 76 del EBEP –también recogido por el TREBEP– creaba un nuevo grupo de clasificación, el grupo B, con la idea de dar cabida a otra titulación académica oficial, dentro de nuestro sistema educativo, la titulación de Técnico superior. Con todo, el mandato legislativo del artículo 76 EBEP (TREBEP) debía complementarse necesariamente con las medidas transitorias que el mismo texto

⁸ Esta medida quizás hubiera chocado frontalmente con las titulaciones específicas exigibles en determinados cuerpos/escalas y categorías de la Administración pero también existen medidas alternativas a través de cada ley de función pública autonómica y de la Administración General del Estado para solventar estos posibles problemas.

⁹ «*Los intervalos de los niveles de puestos de trabajo que corresponden a cada Cuerpo o Escala, de acuerdo con el Grupo en el que figuren clasificados, son los siguientes:*

Cuerpos o Escalas	Nivel mínimo	Nivel máximo
Grupo A	20	30
Grupo B	16	26
Grupo C	11	22
Grupo D	9	18
Grupo E	7	14

2. En ningún caso los funcionarios podrán obtener puestos de trabajo no incluidos en los niveles del intervalo correspondiente al Grupo en el que figure clasificado su Cuerpo o Escala».

¹⁰ Véase dichos apartados en el Informe Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, págs. 85 a 88.

legal determinara dado que operaba una transformación en la clasificación del conjunto de cuerpos/escalas y categorías de funcionarios existentes a la entrada en vigor de la ley. Esa misión se atribuye a la Disposición transitoria tercera¹¹ que en relación con el nuevo grupo B tan sólo señala que los funcionarios del Subgrupo C1 que reúnan la titulación exigida podrán promocionar al Grupo A sin necesidad de pasar por el nuevo Grupo B, de acuerdo con los requisitos establecidos por el mismo estatuto en relación con la promoción interna.

No es sino con la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, para encontrar alguna medida que pueda tener como referencia el nuevo grupo B, y así se establece que *«la integración de los Cuerpos y Escalas en los nuevos grupos y subgrupos de clasificación es automática»*. Lo cual implica que no es procedente cualquier tipo de trasposición legislativa o normativa sobre esta cuestión, dada la condición de ley básica del EBEP, y, desde luego, que su vigencia y aplicación es automática «per se». Ahora bien, la clasificación «automática o en bloque» establecida tanto para los subgrupos A1 y A2, como para los C1, C2 y agrupaciones profesionales, no se prevé para el grupo B, para el que la Resolución de 21 de julio de 2007, establece que *«esta integración automática no resulta aplicable al nuevo grupo B que queda reservado a quienes estén en posesión del título de Técnico Superior, por no existir en los actuales grupos de clasificación uno equivalente»*. Más bien parece apuntar a un «integración» individualizada, «no escalafonada» prevista para aquellos funcionarios que poseyeran la titulación de Técnico Superior.

La cuestión a determinar, pues, es si el nuevo grupo B despliega todos sus efectos sobre los distintos ámbitos de función pública y es de aplicación real y sustantiva sobre los mismos. Entendemos que hay poderosas razones para señalar la plena aplicabilidad del nuevo grupo B en la clasificación de cuerpos, escalas y categorías. El primer argumento es que si la disposición transitoria tercera opera una transformación/adaptación de los grupos de clasificación anteriores con especial mención a las titulaciones universitarias no adaptadas a los nuevos sistemas de clasificación en cuanto a su requisito de acceso a los nuevos grupos/subgrupos, y no hace alusión alguna a la titulación del grupo B, «Técnico superior»¹², que es considerada como única titulación clave para el acceso al mismo, dado que la formación profesional de tercer grado mencionada por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, como equiparable a los efectos de clasificación en el antiguo grupo B, no tuvo implantación en realidad¹³; es evidente que la aplicación no pasa por otra norma más que la creación directa de los cuerpos, escalas y categorías que contengan dicha titulación como requisito para su ingreso.

La titulación «Técnico superior» en formación profesional está implantada plenamente desde que así la creara el artículo 44 de la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de Educación, e incluso ha servido de base, para regular profesiones en sectores específicos de actividad. Este es el caso, por tan solo destacar un sector concreto profesional¹⁴, de lo establecido por los artículos 13, 14 y 15 de la reciente Ley 6/2016, de 24 de noviembre, por la que se ordena el ejercicio de las profesiones del deporte en la Comunidad de Madrid, y en los que se determinan los requisitos para el ejercicio de las profesiones reguladas del deporte, para la que se establece explícitamente la titulación de Técnico Superior en Animación de Actividades Físicas y Deportivas como habilitante para el desarrollo de determinadas profesiones. O lo establecido por los artículos 20 y 21 del Real Decreto 1363/2007, de 24 de octubre, por el que se establece la ordenación general de las enseñanzas deportivas de régimen especial, y en los que explícitamente se mencionan «los títulos de Técnico deportivo y de Técnico deportivo superior» los cuales se completan *«con la de la modalidad deportiva de que se trate y, en su caso, la especialidad que corresponda»* quedando ambos títulos dentro del

¹¹ *«Transitoriamente, los Grupos de clasificación existentes a la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, se integrarán en los Grupos de clasificación profesional de funcionarios previstos en el artículo 76, de acuerdo con las siguientes equivalencias:*

Grupo A: Subgrupo A1. Grupo B: Subgrupo A2. Grupo C: Subgrupo C1. Grupo D: Subgrupo C2. Grupo E: Agrupaciones Profesionales a que hace referencia la disposición adicional sexta».

¹² El Título de Técnico superior se establece en el artículo 44 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y explícitamente en el artículo 32 del Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo.

¹³ Tampoco tiene su equivalente, por ejemplo, el Título de Maestro Industrial se declara equivalente a todos los efectos al título genérico de Técnico Especialista, según lo previsto en la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 1975 (BOE del 25).

¹⁴ Otros sectores profesionales regulados son por ejemplo el Real Decreto 779/2013, de 11 de octubre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Promoción de Igualdad de Género y se fijan sus enseñanzas mínimas, el Real Decreto 1074/2012, de 13 de julio, por el que se establece el título de Técnico Superior en Integración Social y se fijan sus enseñanzas mínimas, y el Real Decreto 384/2011, de 18 de marzo, por el que se establece el título de Técnico Superior en Educación y Control Ambiental y se fijan sus enseñanzas mínimas.

denominado «Catálogo de las Enseñanzas Deportivas»¹⁵. Por tanto, no podemos aducir la inexistencia real de la titulación como elemento determinante para la aplicabilidad real del nuevo grupo B en el sistema de clasificación profesional.

IV. POTESTAD DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES PARA LA CREACIÓN DE CATEGORÍAS PROPIAS DE FUNCIONARIOS DENTRO DEL SISTEMA DE FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, (en adelante LRBRL) no ofrece una regulación, siquiera sumaria sobre esta cuestión, a pesar de la crucial importancia que este aspecto tiene para el régimen de función pública local¹⁶. De ahí que haya de acudir al sistema de fuentes pertrechado por el artículo 92 de la LRBRL¹⁷ y, por remisión de éste, al establecido por el artículo 3 del TREBEP¹⁸, en el que se establece un doble régimen de sistema de fuentes respecto de los funcionarios locales, reflejo de la peculiaridad de unos cuerpos/categorías respecto de otros.

Por tanto, respecto del régimen de ordenación y de clasificación de los funcionarios locales propios se ha de tener en cuenta la legislación estatal «*que le resulte de aplicación*», en el que, naturalmente, habrá de incluirse la legislación básica estatal local restante a la LRBRL, o derivada de esta misma, la legislación estatal sobre esta cuestión, además naturalmente del propio Estatuto Básico del Empleado Público, la legislación de las comunidades autónomas relativas, en primer término, al régimen local en desarrollo de la LRBRL y las disposiciones que al respecto de la ordenación de cuerpos/escalas y categorías de funcionarios en el ámbito local pudieran haberse establecido en las respectivas leyes de función pública autonómicas. Ahora bien, no puede olvidarse el inciso final del precepto, el cual implica no sólo una cláusula de garantía en cuanto al modelo de función pública propio que pudieran establecer las distintas corporaciones locales, sino también una cláusula de habilitación normativa dentro de la regulación legislativa sobre esta cuestión.

Dentro de la regulación estatal local, el texto legislativo que con mayor detalle trata de la cuestión de la clasificación y creación de cuerpos/escalas y categorías, es el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, (en adelante TRRL), en concreto el artículo 131, el cual dispone que «*los funcionarios de carrera que no ocupen puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional se integrarán en las escalas, subescalas, clases y categorías de cada Corporación, con arreglo a lo que se previene en la presente Ley. Las subescalas, clases y categorías quedarán agrupadas conforme a la legislación básica del Estado en los grupos que ésta determine, de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso*». Precepto que se ve completado por el artículo 167.2 TRRL (el párrafo primero es un repetición del artículo 131), y en el que se apunta el sistema de ordenación y estructura de los funcionarios locales propios, que quedarían encuadrados dentro de dos grandes Escalas, concibiéndose las mismas como dos sectores de actividad administrativa independientes, y con una sustantividad propia tal, como para ser objeto de creación y adscripción de subescalas y categorías de funcionarios específicas. El tenor literal del precepto es claro en cuanto al necesario agrupamiento de los distintos funcionarios en una u otra estructura de función pública –la General o la Especial– ya que se dice «*que se integrarán*». De esta manera, no caben otros sectores de función pública para los funcionarios locales propios dentro de cada Corporación local.

Ciertamente, podemos hablar de un sistema de ordenación propia de las subescalas y categorías de funcionarios locales propios, directamente vinculado a las potestades de organización otorgadas «*ex lege*»

¹⁵ A este respecto, y en su cumplimiento, tenemos el caso concreto y reciente de la Orden ECD/482/2017, de 24 de mayo, por la que se establece el currículo del ciclo de grado superior correspondiente al Título de Técnico Deportivo Superior en Baloncesto (BOE 29 de mayo de 2017).

¹⁶ Sobre la cuestión de qué ámbito legislativo básico debe regular el estatuto del personal funcionario propio de las Administraciones locales, si el legislador básico del régimen local o el legislador básico de la función pública, véase FUENTETAJA, J. A. (2007): "El Estatuto Básico del Empleado Público", en *Revista de Administración Pública*, núm. 174 y FUENTETAJA, J. A. (2010): "Función pública local", en FUENTETAJA PASTOR, J. A. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho local*. Madrid. Iustel. (1.ª edición).

¹⁷ «Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.ª de la Constitución».

¹⁸ «1. El personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las comunidades autónomas, con respeto a la autonomía local. 2. Los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las comunidades autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.».

[artículo 4.1 a) de la LRBRL] e inserto, por ello, dentro del ámbito de la autonomía local que el TREBEP llama a preservar por la propia legislación de función pública de las instancias territoriales superiores, el Estado y las CC.AA. (artículo 3.1 del TREBEP). Este es el sentido que quiere dar a esta regulación de función pública, la temprana sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 54/1982¹⁹, en la que se afirma *«en este sentido, es de señalar que de la legislación relativa a los funcionarios de las Corporaciones locales puede deducirse un principio de ordenación de los funcionarios no pertenecientes a Cuerpos Nacionales, en Grupos (de Administración General y de Administración Especial) dentro de cada Corporación y la subdivisión de aquellos grupos en los subgrupos que cita y éstos, en su caso, en clases y categorías (texto articulado parcial de la Ley 41/1975, aprobado por Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, especialmente los arts. 30, 68 y 87)»*. Debe puntualizarse que el tenor literal de las disposiciones mencionadas por esta sentencia ha permanecido inalterado y ha sido incorporado en el TRRL, por lo que es de importancia grande lo que continúa diciendo la precitada sentencia: *«de la consideración de esta legislación, y de la que regula el régimen de los funcionarios públicos del Estado se deduce que la ordenación de los funcionarios en Cuerpos no es un principio organizativo que se imponga con carácter excluyente a todas las Administraciones públicas, pues junto a la existencia de Cuerpos está también el criterio vigente en el régimen de las Corporaciones locales de organizar a sus funcionarios no pertenecientes a Cuerpos Nacionales en grupos, subgrupos, clases y categorías»*.

De ahí que podamos afirmar, sin lugar a duda alguna, que las potestades de ordenación de las categorías de funcionarios locales propios, —entre las que podemos incluir la clasificación, y siempre dentro de los contornos básicos de la cuestión—, es una facultad propiamente local, ínsita en su autonomía. A este respecto, conviene hacer mención aquí lo afirmado por el artículo 72 del TREBEP, para el que esta potestad es propia e inherente de una Administración pública territorial: *«En el marco de sus competencias de autoorganización, las Administraciones Públicas²⁰ estructuran sus recursos humanos de acuerdo con las normas que regulan la selección, la promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones y conforme a lo previsto en este capítulo»*.

El artículo 167 del TRRL ofrecía una clasificación de las subescalas y categorías profesionales funcionariales desde propiamente la titulación académica, bien es verdad que no desde esta perspectiva directamente, sino deduciéndose de la misma: *«la escala de administración general se divide en las subescalas siguientes: a) Técnica; b) de Gestión; c) Administrativa; d) Auxiliar; e) Subalterna»*. Es evidente que la estructura recoge la anterior clasificación de grupos de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso. El detalle con que se lleva a cabo esta clasificación se torna, en cambio, más etéreo en relación con al ámbito de la denominada Escala de administración especial para la que tan sólo vienen a delimitarse dos subescalas, en el apartado 3.º de dicho artículo: *«la Escala de Administración Especial se divide en las Subescalas siguientes: a) Técnica; b) de Servicios Especiales»*. Este proceder viene a justificarse por la propia ley al señalar, en su artículo 172.1 TRRL, que *«pertenece a la Subescala de Servicios Especiales los funcionarios que desarrollen tareas que requieran una aptitud específica, y para cuyo ejercicio no se exija, con carácter general, la posesión de títulos académicos o profesionales determinados»*.

Pero de todos es conocido cómo determinadas titulaciones técnicas, en su día, catalogadas dentro del sistema de grados académicos como *«Arquitectura Técnica»* o *«Ingenierías Técnicas»* o *«Diplomaturas universitarias»* necesitaban de su posesión para habilitar actuaciones profesionales determinadas dentro de este ámbito de actuación administrativa local, de tal manera que, agrupadas en torno a la Subescala técnica de administración especial o la subescala de servicios especiales, las distintas corporaciones locales crearon categorías profesionales de funcionarios sin aparente habilitación legislativa específica. En efecto, podemos afirmar que el anterior grupo B (hoy en día subgrupo A2), conforme a la clasificación establecida por el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, se implantó en las Corporaciones locales, incluso antes que la redacción dada al apartado 2.º del artículo 167 del TRRL por el número uno del artículo 60 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por la que teóricamente se introducía la clasificación del grupo B del mencionado artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en el ámbito de la función pública local. Todo lo cual no hacía sino «constatar» un práctica administrativa clara en dicho sentido y que en el caso, por ejemplo del Ayuntamiento de Madrid, en el Pleno de 29 de octubre de 1993, acordaba la reordenación y clasificación de las distintas categorías de funcionarios pertenecientes al

¹⁹ STC 54/1982, del 26 de julio, Pleno, Conflicto constitucional positivo de competencia núm. 25/1982.

²⁰ Esta potestad propia de organización se ve delimitada siempre en el sentido de que son funcionarios los que han de actuar en las actividades profesionales en *«el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales»* (artículo 92.3 LRBRL).

grupo B (del art. 25 de la Ley 30/1984), «sic», cuando supuestamente la habilitación legal no se produjo hasta 2002. Es decir, que el anterior grupo B (hoy subgrupo A2) existía y «clasificaba» categorías funcionariales en los Ayuntamientos con anterioridad a la habilitación legal. Abundando más en lo señalado, no podemos dudar de las facultades locales dado que, si realizamos una lectura rápida del artículo 167.4 del TRRL, se faculta por el mismo a cada una de las Corporaciones locales para la creación de escalas, subescalas, clases de funcionarios y la clasificación de los mismos dentro de cada una de ellas, de acuerdo con lo previsto en dicha Ley. Aún hay más, y es que sobre esta cuestión, dado el ejemplo antes apuntado, la Comunidad de Madrid no se ha separado de las disposiciones del TRRL: de hecho, el artículo 107 de Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, reproduce el mismo tenor literal que el antedicho artículo 167 del TRRL. De ahí que no podemos hablar de novedad legislativa que imponga requisitos o condiciones nuevas a la creación y ordenación de categorías funcionariales para las Administraciones locales del ámbito de la Comunidad de Madrid, para las que se predica, en efecto, una autonomía amplia.

Esto, sin duda, tiene el significado de otorgar una habilitación directa desde la norma básica estatal, hasta la potestad normativa local que puede delimitar y crear categorías conforme al encuadramiento que hubiera determinado esta misma legislación básica de funcionarios. Es cierto que el artículo 75.2 del TREBEP establece que los cuerpos y escalas de funcionarios se crean, modifican y suprimen por ley de las Cortes Generales o de las Asambleas legislativas de las comunidades autónomas pero la habilitación legal contenida tanto en el artículo 167.4 TRRL, como la del artículo 107 de Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, por continuar con el mismo ejemplo, es lo suficientemente precisa y derivativa de una voluntad clara del legislador de reconocer facultades, en este aspecto tan claramente organizativo, de desarrollo normativo por estar íntimamente ligadas a la autonomía local. Así pues, el acto de creación por parte de una Corporación de una nueva categoría funcional y su adscripción a un grupo/subgrupo determinado de la clasificación, no es un acto «*contra legem*» o, mejor de un acto «*ultra vires*», sino una acto pleno de ejercicio de la autonomía local. De hecho, esta operación legislativa se reproduce igualmente dentro del contexto de la autonomía universitaria, reconocida por nuestro texto constitucional en el artículo 27.10. De esta manera y en consonancia directa con lo que estamos exponiendo, el artículo 75.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, otorga directamente dicha facultad a las Universidades que podrán crear escalas de personal funcionario propio de acuerdo con los grupos de titulación exigidos de conformidad con la legislación general de la función pública. El paralelismo es indudable entre una y otra Administración pública.

La cuestión fundamental es determinar la suficiencia en las predeterminaciones legislativas mencionadas, con fundamento en las previstas por nuestro Tribunal Constitucional respecto de la creación, refundición y supresión de cuerpos y escalas de funcionarios (STC 99/1987²¹), como para que pueda procederse a la creación de categorías funcionariales desde una acción normativa de un poder ajeno al legislativo aunque lógicamente situado dentro de sus márgenes.

V. EL GRUPO B COMO GRUPO DE CLASIFICACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PROPIOS DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES

Dicho esto, ¿podemos considerar suficientemente delimitado por la legislación básica de aplicación, el grupo B, creado por el artículo 76 del EBEP al que deberían adscribirse cualquiera de los cuerpos y escalas para los que se exija estar en posesión del título de Técnico Superior? ¿Podría, pues, una Corporación local crear categorías de funcionarios con el requisito de titulación mencionado, en sus diversas especializaciones, con adscripción directa al grupo B mencionado?

A la primera cuestión ya hemos hecho alusión en el punto anterior. Y respecto de la segunda, entendemos que tanto el TREBEP como las diferentes Leyes de Presupuestos Generales del Estado ofrecen, sin duda alguna, respecto a esta cuestión, elementos suficientes para entender aplicable dicho grupo de forma real. Y ello, no sólo sobre carácter básico de las leyes apuntadas sino sobre la propia razón de la medida legislativa que no se plantea sobre una «no-aplicación» o postergación «*sine die*» –las disposiciones transitorias nada dicen al respecto– sino sobre el despliegue de efectos sobre cada ámbito competencial del sistema de clasificación de cuerpos y escalas en el sistema español de función pública. Parece como si el

²¹ STC 99/1987, de 11 de junio, recurso de inconstitucionalidad núm. 763/84. FJ 3.º.

legislador básico se limitara a señalar la posibilidad y los elementos necesarios para su desarrollo en una fase legislativa o reglamentaria posterior (ordenanzas/reglamentos locales), siempre en atención a las características propias y genuinas de cada modelo de función pública que se diseñe. En este sentido, la STC 172/1996²², afirma que *«el sentido y alcance de aquéllas ha de ser obtenido mediante los criterios o técnicas hermenéuticas propias de la lógica jurídica, atendiendo por supuesto a su función y a su finalidad, sin quedarse en la superficie literal del texto. Por otra parte, el desarrollo implica de suyo no sólo un complemento más detallado de lo que sea genérico sino también de lo específico, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada sector o de cada Administración»*.

El carácter basal de una norma o disposición legislativa, desde el sustento constitucional del artículo 149.1.18 CE, no impide, desde luego, su aplicabilidad directa ya que no necesita intermediación legislativa alguna para su pleno despliegue de efectos. Tanto las Leyes de Presupuestos que repetidamente aluden al grupo B como el propio TREBEP, contienen «ámbitos verdaderamente nucleares del “régimen estatutario de los funcionarios públicos”» tal y como señala la STC 1/2003²³, y se cumple con ello lo que, de forma repetida, ha señalado nuestro Tribunal Constitucional como misión de la norma básica, por todas la STC 182/1988²⁴: *«es necesario garantizar “una definición clara y precisa de los marcos básicos delimitadores de las competencias autonómicas que, siendo fácilmente reconocibles, evite la incertidumbre jurídica que supone para las Comunidades Autónomas asumir, sin dato orientativo alguno, la responsabilidad de investigar e indagar, en la masa ingente de disposiciones legislativas y reglamentarias estatales, una definición que es al Estado a quien corresponde realizar por encargo directo de la Constitución” (fundamento jurídico 6.º)»*.

En efecto, como también afirma la STC 172/1996²⁵, esta misión consistiría en la plasmación del *«común denominador normativo para todos en un sector determinado, pero sin olvidar, en su dimensión intelectual, el carácter nuclear, inherente al concepto. Incorpora, pues, la acepción de fundamento o apoyo principal de algo, con vocación por la esencia, no de lo fenoménico o circunstancial (STC 102/1995)»*. De ahí que podamos concluir que la función de esta legislación clasificatoria estatal es, como afirma la STC 197/1996²⁶, para la legislación básica, *«la garantía de certidumbre jurídica»* respecto de la cuestión que ahora tratamos: la plena aplicabilidad del grupo B como sistema de clasificación de cuerpos, escalas, subescalas y categorías del personal funcionario.

Por consiguiente, la legislación básica relativa al grupo B del artículo 76 TREBEP, tiene elementos suficientes de «certidumbre jurídica» como para poder ser aplicables en las Administraciones locales no sólo porque la legislación básica es aplicable «per se», como ya hemos destacado, sino porque además la legislación autonómica ha remitido cualquier actuación en cuanto a la ordenación de la clasificación de escalas, subescalas y categorías a las mismas corporaciones locales. Es más, en la ciudad de Madrid, por ejemplo, en virtud del artículo 11.1 p) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, corresponde propiamente al Pleno no solo la creación de escalas, subescalas y clases de funcionarios, sino también la atribución a los mismos, de la condición de agente de la autoridad, en atención a las funciones que les correspondan ejercer. Esta disposición viene a particularizar y reafirmar lo expuesto por parte de las competencias que el artículo 167.4 del TRRL y del artículo 107 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, otorgan a las Corporaciones locales. Artículos, por cierto, de idéntico tenor literal y sin duda alguna en cuanto a las facultades locales en esta materia.

No hay, pues, disposición legislativa alguna que impida la plena aplicabilidad a las Administraciones locales, de dicho grupo de clasificación profesional, si éstas optaran por la creación de categorías de funcionarios para cuyo acceso se establezca la titulación de Técnico Superior, de forma genérica, o sobre cualquiera de las especialidades de las enseñanzas regladas de la formación profesional que es a la que la ley básica alude como elemento de clasificación del nuevo grupo B. Y, todo ello, en virtud de estas mismas disposiciones básicas que, al respecto, se contienen en el artículo 76 del TREBEP y el artículo 19 apartados 5, 6 y 11 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016²⁷. Añádase al anterior aparato legislativo lo dispuesto por los artículos 167 del TRRL, y si seguimos las referencias legislativas a la Comunidad de Madrid, respecto a esta cuestión, el artículo 107.4 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo,

²² STC 172/1996, de 31 de octubre de 1996, Pleno, conflicto positivo de competencia, núm. 407/86.

²³ STC 1/2003, de 16 de enero, Pleno, Recurso de inconstitucionalidad 2987/95.

²⁴ STC 182/1988, de 13 de octubre, Pleno, conflicto positivo de competencia, núm. 402/1984.

²⁵ STC 172/1996, de 31 de octubre, Pleno, conflicto positivo de competencia, núm. 407/86.

²⁶ STC 197/1996, de 28 de noviembre, Pleno, recurso de inconstitucionalidad, núm. 847/93.

²⁷ Y que también se repite en la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

de Administración Local de la Comunidad de Madrid atribuyen a las Corporaciones locales y el artículo 11.1 p) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. Téngase en cuenta que el único límite impuesto a las corporaciones locales propiciado desde el TRRL, es establecido en el artículo 131, al determinar que las subescalas, clases y categorías de los funcionarios locales propios han de quedar agrupadas, conforme a la legislación básica del Estado, en los grupos que ésta determine, de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso.

Sin embargo, podría señalarse una cierta cortapisa respecto de la efectiva adscripción de categorías funcionariales locales al grupo B, y es que el artículo 3²⁸ del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los Funcionarios de Administración Local, –norma dictada desde el fundamento del artículo 93 de la LRBRL–, traslada de forma mimética el sistema de intervalos de los niveles de puestos de trabajo de los funcionarios de Administración Local, los que en cada momento se establezcan para los funcionarios de la Administración del Estado. Lo cual significa que serían directamente aplicables, a los funcionarios propios de las Administraciones locales, las previsiones del artículo 71 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, que establece el sistema de intervalos de niveles de puestos de trabajo correspondientes a cada grupo/subgrupo en el que figuren clasificados los distintos cuerpos/escalas en la Administración General del Estado. Dichos intervalos, como es de general conocimiento, se estructuran de la siguiente manera:

Cuerpos o Escalas	Nivel mínimo	Nivel máximo
Grupo A (ahora subgrupo A1)	20	30
Grupo B (ahora subgrupo A2)	16	26
Grupo C (ahora subgrupo C1)	11	22
Grupo D (ahora subgrupo C2)	9	18
Grupo E (ahora agrup. prof.)	7	14

Traslación de sus efectos al ámbito local que no se compadece con el supuesto carácter supletorio de dicho Real Decreto 364/1995. Decreto que, a pesar de su praxis generalizada en las distintas Administraciones públicas, no tiene carácter de básico tal y como se confirma a través de su artículo 1.3.

Como puede observarse dicho sistema de intervalos de niveles de los distintos grupos, –ahora subgrupos tras la Disposición Transitoria 3.^a del TREBEP–, no contempla la novedad legislativa básica del artículo 76 del TREBEP en relación con la creación de un nuevo grupo B, para el que no se establece disposición alguna al respecto. Ciertamente este puede calificarse como de elemento adverso en cuanto a las posibilidades de «activación» del grupo B en el ámbito local, mediante la creación de escalas y categorías funcionariales a adscribir directamente al mismo.

A pesar de esta objeción, y con ello volvemos al principio, a nuestro juicio, parece dudoso el carácter básico que pueda darse precisamente, a los tres primeros apartados del artículo 3 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los Funcionarios de Administración Local, a pesar de la declaración efectuada por su propio texto. En efecto, el artículo 93 de la LRBRL, establece que:

²⁸ El artículo en su integridad es el que se detalla a continuación: «1. Los intervalos de los niveles de puestos de trabajo de los funcionarios de Administración Local serán los que en cada momento se establezcan para los funcionarios de la Administración del Estado. 2. Dentro de los límites máximo y mínimo señalados, el Pleno de la Corporación asignará nivel a cada puesto de trabajo atendiendo a criterios de especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en que esté situado el puesto. 3. En ningún caso los funcionarios de Administración Local podrán obtener puestos de trabajo no incluidos en los niveles del intervalo correspondiente al grupo de titulación en que figure clasificada su Escala, Subescala, clase o categoría. 4. Los complementos de destino asignados por la Corporación deberán figurar en el presupuesto anual de la misma con la cuantía que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada nivel. 5. Los funcionarios sólo podrán consolidar grados incluidos en el intervalo correspondiente al grupo en que figure clasificada su Escala, Subescala, clase o categoría, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública, y de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto.».

- «1. *Las retribuciones básicas de los funcionarios locales tendrán la misma estructura e idéntica cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública.*
2. *Las retribuciones complementarias se atenderán, asimismo, a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos. Su cuantía global será fijada por el Pleno de la Corporación dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado.*
3. *Las Corporaciones locales reflejarán anualmente en sus Presupuestos la cuantía de las retribuciones de sus funcionarios en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública».*

Por tanto, no es difícil deducir el dudoso encaje de algunos de los preceptos del artículo 3 del Real Decreto sobre los propios mandatos básicos del artículo 93 LRBRL que tan sólo vienen a referirse sobre el régimen retributivo y no sobre la carrera profesional de los funcionarios locales. Aspecto este último que debe verse modulado de forma clara por las disposiciones contenidas en el TREBEP, en sus artículos 22 a 24; Téngase en cuenta que el legislador básico local se refiere de forma indeterminada respecto de la «carrera profesional» con una previsión podríamos decir «del todo básica» al señalar que el sistema retributivo debe responder a una «*estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos*». Afirmación que no implica que la legislación de desarrollo (o la acción normativa de la Ordenanza/reglamento local) deba establecer una opción exclusiva de carrera profesional, cuando precisamente el TREBEP abre a las Comunidades Autónomas la posibilidad de regular la «propia» carrera profesional de sus funcionarios como también esta opción es claramente extensible a una carrera administrativa singular en el ámbito local. Es, pues, francamente discutible –y volvemos repetirlo– que, por un lado, el artículo 93 de la LRBRL faculte al Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los Funcionarios de Administración Local, para regular y establecer el sistema de carrera profesional de los funcionarios propios locales cuando la ley básica local tan sólo viene a referirse a las estructuras retributivas generales, en la división, ya clásica y general, de «*básicas*» y «*complementarias*», junto a la desagregación de cada uno de los mismos en los distintos componentes. Es decir, que la determinación de la existencia de un complemento de destino y lo que se retribuye por ello no implica –ni en nuestra opinión debe implicar– la generación indirecta de un sistema de carrera profesional determinado y cerrado, máxime cuando la propia LRBRL no hace referencia alguna a esta cuestión, y el TREBEP se remite para ello a «*las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto [que] regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito*», como oportunamente señala el apartado 3 del artículo 16.

Es del todo incontestable la clara amplitud en la decisión del modelo de carrera y sus contenidos que el TREBEP da a cada Administración, a través de los artículos 16 y 17 del mismo. En este sentido el Tribunal Constitucional, en su STC 130/2013²⁹, ha señalado que «*ciertamente, (...) no cabe atribuir a las bases estatales la misma extensión e intensidad cuando se refieren a aspectos meramente organizativos internos que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y a los administrados, que en aquellos aspectos en los que se da esta afectación*» (STC 50/1999, FJ 3)». De ahí que estos tres primeros apartados, –junto al 5–, del artículo 3 del mencionado Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, carecerían del carácter básico «ex artículo 93 de la LRBRL», si nos atenemos a la transformación legislativa operada en esta materia. De igual forma, dichos apartados, vendrían a contradecir el sistema competencial establecido para la regulación de personal funcionario de las Entidades Locales, que se preceptúa en el artículo 3.1 ya que: «*el personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las comunidades autónomas, con respeto a la autonomía local*».

Visto lo expuesto, la cuestión a dilucidar finalmente es, si las Corporaciones locales podrían establecer el sistema de carrera y promoción profesional de este tipo de funcionarios propios, adscritos al grupo B, a pesar de lo establecido por el artículo 3 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, y dada la inexistencia de intervalos de niveles precisamente para este grupo B en la legislación de la Administración General del Estado. A nuestro entender y sobre las bases de los artículos 16 y 17 del TREBEP y el sistema de fuentes establecido por el artículo 3.1 del mismo, y ante la inexistencia de legislación autonómica al respecto, las Corporaciones locales podrían estar capacitadas para regular el sistema de carrera del grupo B, máxime

²⁹ STC 130/2013, de 4 de junio. Recurso, núm. 931/2004.

si tenemos en cuenta la apreciación no básica de los cuatro apartados del artículo 3 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril.

En principio, podría argumentarse que el tenor literal del artículo 3 el Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, en la redacción dada por el del Real Decreto 158/1996, de 2 de febrero, no deja lugar a dudas en cuanto a la aplicación de los intervalos de niveles a los funcionarios propios de la Administración local de los establecidos para los funcionarios de la AGE³⁰, pero la realidad es que la Administración General del Estado, aun estableciendo los elementos básicos del grupo B del artículo 76 del EBEP, no ha determinado el sistema del intervalo de niveles del mismo, tal vez conscientes de no ser una norma o disposición con características básicas, dada su indudable conexión con la organización propia de cada Administración pública. Aspecto este que ha sido reconocido claramente por los artículos 16 y 17 del TREBEP, en los que hay una remisión inmediata a las leyes de función pública correspondientes. Téngase en cuenta que los mismos se refieren de forma directa a la carrera profesional de los funcionarios públicos. Sea lo que fuere, dicha ausencia normativa no ha supuesto inconveniente para algunos Ayuntamientos que han creado, tanto categorías funcionariales específicas, con los contornos de funciones y atribuciones ligadas a actividades profesionales determinadas y ser clasificadas en el nuevo grupo B, como para determinar su propia carrera dentro de unos intervalos máximos y mínimos de los niveles, en el desempeño de estos puestos de trabajo. Es el caso, por ejemplo, de los Ayuntamientos de Alicante, Segovia o A Coruña los cuales han creado categorías funcionariales y puestos de trabajo adscritos a dicho grupo³¹.

Esto no es sino una prueba más de que la lejanía de aprobación del Real Decreto de retribuciones arriba mencionado, incluso de su modificación posterior en 1996, y la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público en 2007, hacen que no sea incompatible con las disposiciones legislativas básicas, que los Ayuntamientos establezcan categorías de funcionarios que recojan como requisito de acceso la titulación académica oficial de Técnico superior en formación profesional –y por ende clasificarlas en el grupo B–, y junto a ello, la asignación de niveles (complemento de destino) a los puestos de trabajo que sean explícitamente diseñados para funcionarios de dicho grupo clasificatorio. Y ello, con razón máxima cuando la ley de función pública autonómica correspondiente haya podido prescindir de la regulación de dicho grupo de clasificación. Esta actuación local es plenamente subsumible en el inciso final del artículo 3 del TREBEP sobre el sistema de fuentes en relación con el personal funcionario de las Entidades Locales, del que se predica un claro y conceptual respeto a la autonomía local.

VI. CONCLUSIONES

De lo expuesto hay un suficiente grado de regulación legal como para advertir que el grupo B, como no podía ser de otra manera, tiene un predicamento administrativo real y es de aplicación inmediata. A veces, y ello es una actitud de los gestores públicos, parece que el carácter básico de las disposiciones referentes al referido grupo B, parecería que las sustrae de su aplicabilidad directa, predicando un la necesidad de su «desarrollo» por vías legislativas. Todo lo contrario, la legislación básica despliega todos sus efectos y ella misma determina, si ello fuera procedente, el ámbito suspensivo de los mismos. Precisamente todo lo que supone el concepto y razón de la legislación básica es expresión de la «certidumbre jurídica». Es más, ante la inactividad legislativa/normativa al respecto, cabe la acción normativa de las Corporaciones locales desde la fórmula habilitante del inciso final ex artículo 3 del EBEP «*con respeto a la autonomía local*». Este inciso es además es una cláusula de garantía en cuanto al modelo de función pública propio que pudieran establecer las distintas corporaciones locales y supone una manifestación clara de su potestad de organización propia.

³⁰ «Los intervalos de los niveles de puestos de trabajo de los funcionarios de Administración Local serán los que en cada momento se establezcan para los funcionarios de la Administración del Estado. Dentro de los límites máximo y mínimo señalados, el Pleno de la Corporación asignará nivel a cada puesto de trabajo atendiendo a criterios de especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en que esté situado el puesto».

³¹ En efecto, en el Ayuntamiento de Alicante, ha tenido reflejo lo expresado en la RPT, aprobada por la Junta de Gobierno Local de fecha 5-12-2016) (BOP núm. 243 de 21-12-2016) ligado al servicio de Prevención y Extinción de incendios y salvamento, en el que todos los puestos se clasifican dentro del grupo B y con un intervalo de niveles entre el 20 y el 24. En el Ayuntamiento de Segovia, figuran en la plantilla presupuestaria, 4 puestos de Técnicos «B», y en la RPT de fecha 1-1-2017, se reflejan los puestos de «Técnico B informática NCD 20» «Técnico de medio ambiente NCD 20» y «Técnico de obra civil NCD 20». Y otro tanto podemos decir del Ayuntamiento de A Coruña en cuya RPT de 2017, figuran los puestos de «Técnico en tratamiento en Informático NCD 21»; «Delineante» o «Jefe de Delineación» con un NCD 20 y 21 respectivamente, también el puesto de «Inspector de Medio Ambiente NCD 20» «Integrador social NCD 20» y «Animador socio cultural NCD 20». Todos reservados en exclusiva al nuevo grupo B.

Puede afirmarse, sin lugar a duda alguna, que las potestades de ordenación de las categorías de funcionarios locales propios, –entre las que podemos incluir la clasificación, y siempre dentro de los contornos básicos de la cuestión–, es una facultad propiamente local, ínsita en su autonomía, y por tanto, con perfiles netamente abiertos a una regulación propia. Por tanto, los Ayuntamientos y también la Diputaciones provinciales pueden crear categorías funcionariales de adscripción directa al grupo B.

VII. BIBLIOGRAFIA

- CASTILLO BLANCO, F. A. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (2008): *Comentarios a la Ley del estatuto básico del empleado público*. Lex Nova.
- DEL REY GUANTER, S. (2008): *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*. La Ley.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2007): "El Estatuto Básico del Empleado Público", en *Revista de Administración Pública*, núm. 174.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2010): "Función pública local", en FUENTETAJA PASTOR, J. A. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho local*, Madrid, Iustel (1.ª edición).
- FUENTETAJA PASTOR, J. A. y PARADA VÁZQUEZ, J. R. (2017): *Derecho de la Función Pública*. Aranzadi. Thomson Reuters.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. y CASTILLO BLANCO, F. A. (2009): *Informe sobre el empleo público local: balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público*. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2016): *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Dykinson S. L.
- PALOMAR OLMEDA, A., SEMPERE NAVARRO, A. (dirs.), QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (coord.) (2008): *Comentarios a La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*. Aranzadi.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2017): *Derecho de la función pública*. Tecnos.



La anulación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: ¿nuevas dificultades en la planificación territorial de Andalucía?

The annulment of the Protection Plan of the Corredor Litoral de Andalucía by the Superior Court of Justice of Andalucía: new difficulties in the territorial planning of Andalucía?

Esther Rando Burgos
Universidad de Málaga
erando@uma.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctora en Derecho por la Universidad de Málaga. Licenciada en Derecho y Licenciada en Ciencias del Trabajo por la Universidad de Málaga. Diplomada en Ordenación del Territorio. Abogada. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. Sus líneas de investigación se centran en el ámbito de la ordenación del territorio, el urbanismo y el medio ambiente.

RESUMEN

Las recientes Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que anulan el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, tras dos años de vigencia y, nuevamente, los motivos de tales resoluciones judiciales, no desconocidos para esta Comunidad Autónoma que ya en 2015 se enfrentaba a la nulidad de otro de sus instrumentos de planificación territorial, el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de Málaga, hacen necesaria una nueva reflexión sobre la importancia que la tramitación y el estricto cumplimiento de las cuestiones formales en la aprobación de los instrumentos de planificación territorial tienen en la práctica jurídica.

PALABRAS CLAVE

Control judicial; ordenación del territorio; procedimiento administrativo; gobierno en funciones.

ABSTRACT

The recent Judgments of the Superior Court of Justice of Andalucía that not strangers annul the Protection Coast Andalucía Plan, after two years of validity and, again, the motives of such legal rulings, for this Autonomous region that in 2015 was already facing the nullity of other of its instruments of territorial planning, the Plan of Town and country planning of the Western Costa del Sol of Malaga, make a new reflection necessary on the importance that the procedure and the strict fulfillment of the formal questions in the approval of the instruments of territorial planning have in practice juridical.

KEYWORDS

Judicial control; land planning; administrative procedure; government in office.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. PLAN DE PROTECCIÓN DEL CORREDOR LITORAL DE ANDALUCÍA. 2.1. ANTECEDENTES. 2.2. PRINCIPIOS Y OBJETIVOS. 2.3. ÁMBITO TERRITORIAL. 2.4. NATURALEZA

JURÍDICA Y RELACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL. 2.5. LA TRAMITACIÓN DEL PPCLA DE CONFORMIDAD CON LA LOTA. 2.6. EL PROCESO DE TRAMITACIÓN DEL PPCLA. 2.6.1. Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral. 2.6.2. Formulación. 2.6.3. Información pública. 2.6.4. Decreto-ley 15/2014, de 25 de noviembre. 2.6.5. Aprobación y entrada en vigor. 2.7. IMPUGNACIÓN DEL DECRETO-LEY 5/2012 ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 27/2016, DE 19 DE FEBRERO. 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2017, POR LA QUE SE DECLARA LA NULIDAD DEL PLAN DE PROTECCIÓN DEL CORREDOR LITORAL DE ANDALUCÍA. 3.1. CUESTIONES PREVIAS. 3.2. RESUMEN DE LA SENTENCIA. 3.3. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA. 3.3.1. Sobre el marco jurídico de referencia. 3.3.2. Sobre la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo y la interpretación del concepto «despacho ordinario de asuntos». 3.3.3. Sobre la interpretación de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía. 3.3.4. Sobre la posible concurrencia de razones de urgencia o de interés general en la aprobación del PPCLA. 4. REFLEXIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación en 2015 del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía¹, supuso un paso significativo en el largo camino emprendido décadas atrás por esta Comunidad Autónoma con el firme objetivo de implantar y desarrollar la ordenación del territorio.

Precisamente el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía es el último instrumento de planificación territorial aprobado en la Comunidad Autónoma, al que anteceden el propio Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía y un total de diecisiete Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional vigentes², a los que se han de sumar otros cinco que se vienen redactado o tramitando³⁻⁴.

Sin duda, las cifras hablan por sí solas, una ingente labor que sitúa a Andalucía en una posición privilegiada en el marco comparado con otras Comunidades Autónomas.

El camino no ha sido fácil, como lo evidencia el tiempo que ha sido preciso para llegar hasta aquí. De ahí que el reciente *varapalo* que supone la nulidad del Plan de Protección del Corredor de Litoral de Andalucía, un instrumento de planificación clave para Andalucía, tras algo más de dos años de vigencia, y el motivo jurídico que determina tal decisión, centrado en una cuestión netamente formal, hace necesario volver a detenerse en la importancia de un riguroso y estricto cumplimiento de los trámites procedimentales en la fase de elaboración de los instrumentos so pena de nefastas consecuencias que no sólo atañen a la ordenación territorial sino que, directa o indirectamente, afectan a otras tantas funciones públicas.

Es por ello que se considera de enorme interés analizar el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, su aparición, regulación e implantación en el escenario autonómico, para a partir de lo anterior, conocer la primera de las Sentencias que anulan el instrumento, al objeto de poder establecer unas primeras conclusiones en torno a sus consecuencias y la situación que, en general, presenta la planificación territorial andaluza.

¹ Decreto 141/2015, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía (BOJA, núm. 139, de 20-07-2015).

² Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Granada; Plan de Ordenación del Territorio del Poniente de Almería; Plan de Ordenación del Territorio de la Sierra de Segura (Jaén); Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana; Plan de Ordenación del Territorio de la Bahía de Cádiz; Plan de Ordenación del Territorio del Litoral Occidental de Huelva; Plan de Ordenación del Territorio del Litoral Oriental-Axarquía (Málaga); Plan de Ordenación del Territorio del Levante de Almería; Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Sevilla; Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Málaga; Plan de Ordenación del Territorio de la Costa Noroeste de Cádiz; Plan de Ordenación del Territorio de La Janda; Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Almería; Plan de Ordenación del Territorio del Campo de Gibraltar; Plan de Ordenación del Territorio de la Costa Tropical de Granada; Plan de Ordenación del Territorio del Sur de Córdoba; Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Jaén.

³ Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Huelva; Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Córdoba; Plan de Ordenación del Territorio del Almanzora; Revisión del Plan de Ordenación del Territorio Bahía de Cádiz-Jerez; Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de Málaga.

⁴ En la página web de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, puede consultarse la documentación de los diferentes instrumentos de planificación territorial de la Comunidad Autónoma, además de ofrecer otros datos de interés en relación con los mismos.

Disponible <http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/site/portalweb/menuitem.6ffc7f4a4459b86a1daa5c105510e1ca/?vgnextoid=b45e6b7bf3d34510VgnVCM2000000624e50aRCRD>.

2. PLAN DE PROTECCIÓN DEL CORREDOR LITORAL DE ANDALUCÍA

2.1. Antecedentes

La ordenación del territorio en Andalucía, formalmente, inicia su andadura con su inclusión como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en el Estatuto de Autonomía⁵, en base a la atribución competencial del art. 148.1.3.ª de la Constitución Española, CE⁶⁻⁷.

Unos años más tarde, le seguiría la aprobación de la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de Andalucía, para sucesivas menciones LOTA, marco legislativo que continua vigente. Es a partir de este momento, cuando Andalucía comienza paulatinamente a desarrollar esta función pública⁸, labor que continua en la actualidad.

En general, la ordenación del territorio presenta un conjunto de particularidades que hacen de ésta una función pública singular⁹ a lo que se une su carácter relativamente joven, cuestiones que explican que nos encontremos ante una materia que sigue pendiente de su definitiva consolidación, camino que, a la luz de la Sentencia objeto del presente trabajo y algunas otras, no está resultando fácil.

La ordenación del territorio, como otras competencias tales como turismo, urbanismo, medio ambiente, se desarrolla y concreta a través de la planificación. La planificación territorial se desarrolla según un orden lógico y estructurado que en el caso andaluz, está contemplado en la LOTA. Los planes territoriales no tienen tal entidad y autonomía para poder establecer sus propias directrices obviando el marco en que se desen-

⁵ El art. 13.8 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía, disponía la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre «política territorial: ordenación del territorio y del litoral urbanismo y vivienda».

⁶ El art. 148.1.3.ª de la CE, faculta a las Comunidades Autónomas a asumir, entre otras competencias, las relativas a «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda».

⁷ De manera análoga, todas las Comunidades Autónomas, asumieron la competencia, comenzando con ello el desarrollo de esta función pública que apenas contaba con una base previa que les sirviera como soporte en este sentido. Sobre la aparición y evolución de la ordenación del territorio, vid. PÉREZ ANDRES, A. A. (1998): *La ordenación del territorio en el estado de las autonomías*, Marcial Pons, BENABENT F. DE CÓRDOBA, M. (2006): *La Ordenación del Territorio en España: evolución del concepto y de su práctica en el siglo xx*. Sevilla: Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía y Universidad de Sevilla y HILDENBRAND SCHEID, A. (1996): *Política de Ordenación del Territorio en Europa*. Sevilla: Universidad de Sevilla. Consejería de Obras Públicas y Transportes.

⁸ Sobre la aparición y evolución de la ordenación del territorio en Andalucía pueden verse, entre otras, HILDENBRAND SCHEID, A. (2002): "La política territorial de la Junta de Andalucía (1982-2002). Análisis de su implementación, balance y propuestas". Ponencia XX Aniversario del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Jornadas de Estudio organizadas por el Parlamento de Andalucía, Jerez de la Frontera, 6, 7 y 8 de marzo de 2002 y ZOIDO NARANJO, F. (2011): "Ordenación del territorio en Andalucía". *Cuadernos Geográficos*, núm. 47 (2010-2), págs. 189-221. De manera más reciente, GONZÁLEZ FUSTEGUERAS, M. A. (2017): "Luces y sombras de la ordenación del territorio en Andalucía. Nuevas perspectivas", *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 147 (Ejemplar dedicado a: La ordenación del territorio en Andalucía) y RANDO BURGOS, E. (2018a): *Áreas de oportunidad y ordenación del territorio en Andalucía*. Inédito, pendiente de publicación. Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública. Junta de Andalucía.

⁹ El carácter transversal de la ordenación del territorio y su gran amplitud, no han pasado desapercibidas. Entre las primeras Sentencias en ocuparse de su definición, que incorpora las que la anteceden, la STC 149/1991, de 4 de julio (BOE, núm. 180, de 29-07-1991). En ella, el TC reconoce las escasas precisiones que sobre el concepto de ordenación del territorio se encuentran en nuestra doctrina y cita la STC 77/1984 que afirma que la ordenación del territorio «tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial». Por su parte, la define como «La ordenación del territorio es, efectivamente, más una política que una concreta técnica y una política, además, de enorme amplitud. La Carta Europea de Ordenación del Territorio, aprobada por la CEMAT (Conferencia Europea de Ministros de Ordenación del Territorio) el 23 de mayo de 1983, citada por muchos de los recurrentes, la define como "expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad"» y expresamente insiste en la amplitud que caracteriza a esta función pública, así establece que «Esa enorme amplitud de su ámbito propio evidencia que quien asume, como competencia propia, la ordenación del territorio, ha de tomar en cuenta, para llevarla a cabo la incidencia territorial de todas las actuaciones de los poderes públicos, a fin de garantizar de ese modo el mejor uso de los recursos del suelo y del subsuelo, del aire y del agua y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo. Cuando todas esas actuaciones sobre un mismo territorio corresponden a una sola Administración, o en términos más generales, a un sólo ente público, la ordenación del territorio planteará siempre problemas de organización, pero no originará más problemas jurídicos en sentido estricto que aquellos que surjan de la relación entre las potestades de la Administración (o los poderes del ente público) y los derechos de los particulares. Este supuesto se da raras veces, sin embargo, en la realidad. La idea de "ordenación" (o de "planificación", que es el término utilizado en otras lenguas europeas) del territorio nació justamente de la necesidad de coordinar o armonizar, desde el punto de vista de su proyección territorial, los planes de actuación de distintas Administraciones. Cuando la función ordenadora se atribuye a una sola de estas Administraciones, o, como entre nosotros sucede, a entes dotados de autonomía política constitucionalmente garantizada, esa atribución no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio». Con posterioridad, la STC 149/1998 (BOE, núm. 181, de 30-07-1998), también realiza una aproximación global al concepto y recuerda la doctrina jurisprudencial fijada.

vuelven y al que necesariamente han de atenerse, el marco general de la política territorial autonómica. De esta forma, los planes territoriales son el medio con el que alcanzar el modelo territorial previsto para el marco autonómico, lo que en el caso de Andalucía, se contiene en el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, en cuanto instrumento de alcance regional.

En efecto, en su redacción original, la LOTA, distingue dos instrumentos claves para desarrollar la planificación territorial en el ámbito de esta Comunidad Autónoma: el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, POTA, y los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional, POTS.

Significativo sin duda, que una comunidad como Andalucía con 945 km de costa y la cuarta Comunidad Autónoma con más kilómetros de litoral, tras los dos archipiélagos y Galicia, no incluyera entre sus prioridades la planificación territorial integral de su espacio litoral, máxime cuando desde sus inicios éste ha sido uno de los tres ámbitos prioritarios en que ha centrado sus esfuerzos el planificador territorial andaluz, si bien desde la escala subregional.

No se puede obviar el precedente a lo que es hoy el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía (en adelante, PPCLA): las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía, formuladas en 1985 y aprobadas en 1990¹⁰, un instrumento que ya durante su tramitación se enfrentó a distintas vicisitudes como la aprobación de sucesivos cuerpos normativos con diferente grado de incidencia en la materia que regulaba y que sin duda dificultó que vieran la luz, lo que ya parecía predecir su nula aplicación y eficacia práctica¹¹. Como cuestiones más reseñables de aquellas Directrices Regionales podemos destacar su completa descripción del litoral andaluz y las directrices orientadas a la conservación y recuperación de los valores ambientales o la distinción de un total de ocho unidades territoriales (sierras litorales y prelitorales, acantilados, dunas y arenales costeros, ramblas, lagunas litorales, playas, estuarios y marismas, provincia nerítica y plataforma continental).

Como antecedente inmediato del PPCLA, debemos referirnos a su origen político y su eventual concepción como mecanismo de oposición a la reforma de la legislación de costas que en esos momentos se venía tramitando en las Cortes Generales¹². De esta forma, el acuerdo de gobierno de 18 de abril de 2012 firmado, y publicado, entre las dos formaciones políticas que se coaligaron en el gobierno andaluz¹³, es el germen de lo que más tarde constituiría el denominado PPCLA. Entre los acuerdos adoptados en el marco de “*Andalucía diálogo corresponsable, serio y activo con el Gobierno de España desde la defensa del Estatuto de Autonomía para Andalucía*”, en materia de medio ambiente, ordenación del territorio e infraestructuras, se concierta la «*defensa del litoral andaluz frente a la reforma de la Ley de Costas, que permite preservar nuestro litoral, ya castigado por las construcciones y urbanizaciones tales como el Hotel el Algarrobico pendiente de demolición y otras que han degradado y devastado el litoral andaluz*»¹⁴.

Apenas unos meses después, Andalucía opta definitivamente por incluir un instrumento de planificación territorial centrado en el conjunto litoral de la Comunidad Autónoma¹⁵. Y ello lo hace a través del Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral, con el que se crea ex novo y se incorpora un tercer instrumento a la tipología de planes territoriales: el Plan de

¹⁰ Las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía fueron formuladas en el año 1985 mediante Decreto 76/1985, de 3 de abril, por el que se autoriza la formulación de las Directrices Regional del Litoral de Andalucía (BOJA, núm. 45, de 10 de mayo de 1985), aunque su aprobación no tuvo lugar hasta el año 1990 con el Decreto 118/1990, de 17 de abril, por el que se aprueban las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía, (BOJA, núm. 40, de 18 de mayo de 1990), entrando en vigor el día 19 de mayo de 1990.

¹¹ Durante la tramitación de las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía, fueron aprobados diferentes cuerpos normativos con distinto grado de incidencia en la materia que constituía su objeto. En concreto, a nivel estatal, fueron aprobadas la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre. Asimismo, a nivel autonómico, tuvo lugar la aprobación de la Ley 8/1988, de 2 de noviembre, de Puertos Deportivos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el inventario de espacios naturales protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección.

Sobre el particular, vid. BARRAGÁN MUÑOZ, J. M. (1993): “Perspectiva regional de la ordenación, planificación y gestión del espacio litoral. El caso andaluz”. *Revista de Estudios Regionales*, núm. 37, 1993, pág. 131.

¹² Dando lugar a que el 5 de octubre de 2012, el Consejo de Ministros aprobase, a propuesta del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, el Proyecto de Ley de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de modificación de la Ley de Costas de 1988. Proyecto de Ley que fue aprobado el 13 de diciembre de 2012 por el Congreso de los Diputados.

¹³ *Acuerdo por Andalucía*, adoptado entre PSOE Andalucía/IULV-CA, el día 18 de abril de 2012. Disponible en <http://www.izquierda-unida.es/sites/default/files/doc/Acuerdo%20por%20Andaluc%C3%ADa.pdf>.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 64.

¹⁵ Sobre la ordenación del litoral, vid. NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2016): *Estudios Jurídicos sobre el litoral*, Tirant Lo Blanch y RODRÍGUEZ VIDAL, J. y NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2015): *Litoral de Andalucía: normas y naturaleza*, Universidad de Huelva.

Protección del Corredor del Litoral de Andalucía¹⁶. El Decreto-ley 5/2012¹⁷, modifica para ello la LOTA a la que introduce el Título VII, centrado en la regulación jurídica del nuevo instrumento¹⁸, previendo aspectos como su objeto, efectos y ámbito (art. 42), el contenido (art. 43) o el procedimiento para la elaboración y aprobación del plan (art. 44). Finalmente, será el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de enero de 2013, el que formule el PPCLA, conforme al propio Título VII de la LOTA¹⁹.

2.2. Principios y objetivos

Desde sus inicios, la planificación territorial en Andalucía se ha centrado en tres ámbitos prioritarios: aglomeraciones urbanas, zonas de montaña y ámbitos litorales²⁰. En efecto, con anterioridad al PPCLA, la práctica totalidad del litoral andaluz, si bien desde la escala subregional, ya se encontraba dotada de instrumentos de planificación territorial²¹.

El art. 42 de la LOTA es escueto al establecer el objeto del PPCLA, atribuyendo únicamente a este instrumento la función de fijar los objetivos, criterios y determinaciones para la protección, conservación y puesta en valor de las zonas costeras de Andalucía, en el marco de las previsiones contenidas en el POT para el dominio litoral. Previsión que complementa el propio acuerdo de formulación del PPCLA, que se plantea tres objetivos generales: preservar de la urbanización las zonas con valores ambientales, naturales, paisajísticos, culturales, agrícolas y forestales de los espacios litorales; evitar la consolidación de nuevas barreras urbanas entre los espacios interiores y el sistema costero y favorecer la biodiversidad a través de la continuidad de los espacios del interior con los del litoral; armonizar la regulación del suelo no urbanizable en el ámbito del plan²².

Con estos antecedentes, el PPCLA en el documento de Memoria de Ordenación se propone el objetivo general que le atribuye el art. 42 de la LOTA en el marco de lo previsto en el POT, que establece como criterios generales para la ordenación territorial de los ámbitos litorales, la consideración unitaria de la sostenibilidad económica y ecológica del litoral, la protección integral de los sistemas litorales evitando la formación de continuos urbanos en el frente costero, la preservación del patrimonio natural y paisajístico y la protección de la costa frente a los riesgos de erosión.

Objetivo general que se desarrolla a través de un conjunto de objetivos específicos, que son idénticos a los ya establecidos en el acuerdo de formulación del PPCLA, únicamente con una novedad, al incorporar a aquéllos, el propiciar el mantenimiento del litoral como recurso turístico básico evitando su consolidación con nuevos usos residenciales estacionales.

El PPCLA parte de la consideración del corredor litoral andaluz como un recurso territorial esencial de Andalucía y en el que han de centrarse los esfuerzos con un propósito de partida: compatibilizar el desarrollo económico con la protección y preservación de la urbanización de los espacios aun libres de edificación en la franja costera. En suma, el PPCLA implícitamente viene a incorporar una de las grandes metas de la Ley del Suelo de 2007 y acogida paulatinamente por diferentes marcos autonómicos, el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible cuyo máximo exponente es el doble valor del suelo como recurso económico

¹⁶ Vid. los trabajos de ZAMORANO WISNES, J. (2016): "La ordenación del litoral en Andalucía. El Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía", en NÚÑEZ LOZANO, M. C. (dir.) *Estudios Jurídicos sobre el litoral*, Tirant Lo Blanch, págs. 87-130 y ZAMORANO WISNES, J. (2013): "Comentarios al Decreto-Ley 5/2012 de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía", *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 85, págs. 149-186.

¹⁷ Posteriormente convalidado por el Parlamento de Andalucía, mediante Resolución de 12 de diciembre de 2012, de la Presidencia, por la que se acuerda la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía (BOJA núm. 253, de 28-12-2012).

¹⁸ Este título fue introducido por el apartado 3.º del artículo 1 del Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre.

¹⁹ BOJA núm. 32, de 14-02-2013.

²⁰ RANDO BURGOS, E. (2018a): *Áreas de oportunidad y ordenación...*, *op. cit.*

²¹ En concreto, los ámbitos coincidentes con los siguientes planes: POTS del Litoral Occidental de Huelva (2006), POTS del Ámbito de Doñana (2004), POTS de la Costa Noroeste de Cádiz (2011), POTS de la Bahía de Cádiz (2004), POTS de la Janda (2011), POTS del Campo de Gibraltar (2012), POTS de la Costa del Sol Occidental de Málaga (2006), POTS de la Aglomeración Urbana de Málaga (2009), POTS del Litoral Oriental Axarquía de Málaga (2006), POTS de la Costa Tropical de Granada (2006), POTS del Poniente de Almería (2002), POTS de la Aglomeración Urbana de Almería (2012); y POTS del Levante Almeriense (2009).

²² La protección del medio ambiente es una de las metas de la ordenación del territorio. Sobre el particular y la atención prestada por las diferentes Comunidades Autónomas, vid. RANDO BURGOS, E. (2018b): "La atención al medio ambiente desde la ordenación del territorio: una visión general desde el marco legislativo autonómico". *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 81, julio 2018, págs. 121-156.

Disponible <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/comentario-legislativo-la-atencion-al-medio-ambiente-desde-la-ordenacion-del-territorio-una-vision-general-desde-el-marco-legislativo-autonomico/>.

pero a su vez como recurso natural, escaso y no renovable. En este sentido, hay que reconocer al PPCLA su carácter innovador al proponerse como meta conjugar la planificación física del suelo con el desarrollo económico de la comunidad, desarrollando y tratando de instrumentalizar lo que en el momento actual y en la práctica se reduce a una declaración de principios que busca su desarrollo para alcanzar la meta: un desarrollo territorial y urbano sostenible.

2.3. **Ámbito territorial**

Con carácter general, el art. 42.3 de la LOTA indica que el ámbito del PPCLA, incluye los primeros 500 metros de la zona de influencia de litoral, así como aquellas otras zonas necesarias para alcanzar los objetivos de protección y accesibilidad del sistema costero. El precepto, remite a su vez al anexo I de la LOTA que contiene la relación de municipios incluidos en su ámbito, clasificados por provincias, y que integra a la totalidad de municipios litorales andaluces²³.

2.4. **Naturaleza jurídica y relación con otros instrumentos de planificación territorial**

El PPCLA es un instrumento al que la LOTA posiciona a caballo entre el POTA y los POTS, pero que sin embargo, se opta por no incluir en ninguna de las dos categorías preexistentes y se dota de entidad propia. Pese a su carácter integral al planificar un ámbito concreto del territorio andaluz con singulares características, el conjunto litoral, y en la medida en que no afecta al conjunto de la Comunidad Autónoma, parece que no procede predicar del PPCLA su carácter de instrumento de planificación regional. En similar sentido, ocurre con los instrumentos de planificación territorial de escala subregional, el ámbito del PPCLA excede al propio de aquéllos, por lo que tampoco hubiera sido adecuado incluirlo en tal categoría²⁴.

Por tanto, dada la imposibilidad de incluirlo en ninguna de las categorías preexistentes, y en consonancia con lo que hace la propia LOTA, podemos afirmar que estamos ante un instrumento sui generis, creado para un ámbito particular del territorio andaluz.

Sin embargo, son diversas las referencias del articulado de la ley que directamente remiten la regulación del PPCLA a las previsiones contempladas para los POTS. A modo de ejemplo, cuando el art. 42.2 de la LOTA, regula el sistema de vinculación del PPCLA con los restantes instrumentos de planificación territorial, únicamente señala su carácter vinculante para los POTS pero ninguna mención se hace siquiera al propio POTA, cuestión que se ha de completar con la previsión del art. 22.1 de la LOTA, que posiciona este último en la cúspide del sistema jerárquico que establece, e indica su carácter vinculante para el resto de instru-

²³ En concreto, distingue:

- Provincia de Almería: Adra, Almería, Berja, Carboneras, Cuevas de Almanzora, Ejido (El), Enix, Garrucha, Mojácar, Níjar, Pulpí, Roquetas de Mar, Vera.
- Provincia de Cádiz: Algeciras, Barbate, Barrios (Los), Cádiz, Chiclana de la Frontera, Chipiona, Conil de la Frontera, Línea de la Concepción (La), Puerto de Santa María (El), Puerto Real, Rota, San Fernando, San Roque, Sanlúcar de Barrameda, Tarifa, Vejer de la Frontera.
- Provincia de Granada: Albuñol, Almuñécar, Gualchos, Lújar, Motril, Polopos, Rubite, Salobreña, Sorvilán.
- Provincia de Huelva: Almonte, Ayamonte, Cartaya, Huelva, Isla-Cristina, Lepe, Lucena del Puerto, Moguer, Palos de la Frontera, Punta Umbría.
- Provincia de Málaga: Algarrobo, Benalmádena, Casares, Estepona, Fuengirola, Málaga, Manilva, Marbella, Mijas, Nerja, Rincón de la Victoria, Torremolinos, Torrox, Vélez-Málaga.

²⁴ En este sentido, el camino elegido por las diferentes Comunidades Autónomas ha sido dispar, así mientras unas han decidido incluir sus planes territoriales para los ámbitos litorales como instrumentos de planificación territorial de ámbito regional, otras han optado abiertamente por hacerlo a través de instrumentos de ámbito subregional, sin crear una categoría específica. Entre estas últimas, se encuentra el Principado de Asturias (Directrices Subregionales de Ordenación del Territorio para la Franja Costera, aprobadas por Decreto 107/1993, de 16 de diciembre) o Galicia (Plan de Ordenación del Litoral de Galicia, aprobado por Decreto 20/2011, de 10 de febrero).

En el caso de Cantabria, sin embargo, se opta por equiparar el instrumento de planificación territorial litoral, el Plan de Ordenación del Litoral de Cantabria, al instrumento de planificación territorial de ámbito regional, el Plan Regional de Ordenación Territorial. Así se establece en la disposición adicional cuarta de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, que en su apartado 1 dispone «En atención a las peculiaridades y especial singularidad de la zona costera, y con la finalidad de una protección efectiva e integral de la misma, el Gobierno elaborará un Plan de Ordenación del Litoral que queda equiparado a todos los efectos al Plan Regional de Ordenación Territorial previsto en el artículo 11 de esta Ley y que se elaborará de acuerdo con el procedimiento del artículo 16 de la misma. A dicho Plan le será especialmente aplicable lo dispuesto en los artículos 15, 17 y 18 de la presente Ley y podrá ser desarrollado, en su caso, en los términos del apartado 1 de su artículo 59».

mentos de planificación territorial²⁵. Tampoco precisa su relación con los planes de incidencia territorial o el planeamiento urbanístico, limitándose el precepto a remitir a la regulación que la misma establece para los POTS, lo que obliga a poner en relación el citado art. 42.2 con el art. 23 de la LOTA para poder establecer el completo marco de jerarquía que despliega el PPCLA.

De la conjunción de los preceptos indicados, ha de interpretarse que el PPCLA queda únicamente vinculado por el POTA, y que a su vez, sus determinaciones resultan vinculantes tanto para los POTS, como para los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio y para el propio planeamiento urbanístico municipal.

2.5. La tramitación del PPCLA de conformidad con la LOTA

Un único precepto dedica la LOTA a regular el procedimiento de tramitación y aprobación del PPCLA, el art. 44. Conforme al cual, se distinguen las siguientes fases:

- El PPCLA se formulará por acuerdo del Consejo de Gobierno a propuesta de la persona titular de la Consejería competente en materia de ordenación del territorio.
- Redactado el PPCLA se someterá, por un plazo no inferior a dos meses, a información pública y audiencia a las Administraciones y Entidades Públicas afectadas en razón de su competencia así como a las Corporaciones Locales que tengan todo o parte de su territorio incluido en el ámbito del plan.
- El PPCLA será aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno, dando cuenta al Parlamento de Andalucía y publicándose en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía para su efectividad.

Sin duda, la primera cuestión que sorprende es la simplicidad que emplea la LOTA al regular el proceso que, para su elaboración y tramitación, ha de seguir el PPCLA. Aún conscientes del carácter escueto que en general caracteriza a la LOTA en su articulado, este rasgo queda enfatizado en este precepto concreto.

Pero junto a lo anterior, no menos sorpresivo resulta la omisión de cuestiones como el contenido del acuerdo de formulación del PPCLA (tanto en la regulación de la tramitación del POTA como de los POTS, a diferencia del PPCLA, se establece expresamente la necesidad de que el acuerdo de formulación incluya los objetivos generales del instrumento, así lo prevé los arts. 8.2 y 13.3 de la LOTA). Como tampoco se establece siquiera, la necesidad de constituir una comisión de redacción, cuya composición y funciones sea establecida por el acuerdo de formulación, o el propio procedimiento y el plazo para su elaboración. Todos estos aspectos, de carácter obligatorio tanto para la elaboración del POTA como de los POTS, bien parece que fueron un olvido del legislador andaluz al incluir y regular la figura del PPCLA. También sorprende que ninguna mención se contenga respecto a la participación en la comisión de redacción de representantes de los municipios afectados por el ámbito del plan.

Todas estas cuestiones tuvieron que ser abordadas por el acuerdo de formulación que vino con ello a completar los aspectos procedimentales a que debía someterse el PPCLA, ante el rotundo silencio de la LOTA. Sin duda, reprochable desde el punto de vista jurídico porque además supone un desigual tratamiento respecto a los restantes instrumentos de planificación territorial previstos en la ley²⁶ y contradice el propio art. 1 de la LOTA que establece como objeto de la misma «*la regulación de los instrumentos y procedimientos para el ejercicio por la Junta de Andalucía de su competencia en Ordenación del Territorio*». En suma, como ya se apuntó líneas atrás, todo ello denotaba demasiada urgencia en su aprobación y la prevalencia de la misma sobre las propias garantías procedimentales del PPCLA.

²⁵ De hecho, parece evidente que ésta es la intención del legislador andaluz, toda vez que el propio Decreto-ley 5/2012, modifica el apto. 1 del art. 22, cuya redacción anterior indicaba la vinculación del POTA para los POTS y para los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio. Con la modificación, se sustituye el término «planes de ordenación del territorio de ámbito subregional» por «planes territoriales», con lo que quedan vinculados por el POTA ambos instrumentos e incluso, cualesquiera otros que con posterioridad pudiera incorporar la ley.

²⁶ El art.8.1. de la LOTA, en relación con el POTA, dispone «*El acuerdo de formulación establecerá los objetivos generales que habrán de orientar su redacción, la composición y funciones de la Comisión de Redacción y el procedimiento y plazo para su elaboración*». De similar manera y en referencia a los POTS, el art. 13 de la LOTA, en sus aptdos. 1 y 3, establece «*Corresponde al Consejo de Gobierno acordar la formulación de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional, a propuesta del Consejero de Obras Públicas y Transportes de oficio o a instancia de las Corporaciones Locales*» y «*El acuerdo establecerá el ámbito, los objetivos generales que habrán de orientar su redacción, la composición y funciones de la Comisión de Redacción y el procedimiento y plazo para su elaboración*», respectivamente. Contrariamente, al art. 44.1. de la LOTA, que al regular el procedimiento del PPCLA, la única referencia al acuerdo de formulación la señala en su aptdo. 1, así dispone «*El Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía se formulará por Acuerdo del Consejo de Gobierno a propuesta de la persona titular de la Consejería competente en materia de ordenación del territorio*».

2.6. El proceso de tramitación del PPCLA

Si sorpresivo resultó el Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral, no menos lo fue el tiempo, insólitamente breve, en que se proponía inicialmente, tramitar y aprobar el PPCLA: dos años. La experiencia acumulada por Andalucía en ese momento tenía buenas razones para ello. Más de una década fue necesaria desde que se acordó la formulación del POTA (Decreto 83/1995, de 28 de marzo) hasta que definitivamente fue aprobado (Decreto 206/2006, de 28 de noviembre), e incluso en el ámbito de planificación territorial subregional, había sido necesario el transcurso de plazos muy superiores a aquél para la aprobación de no pocos instrumentos. Ejemplos no faltaban: POTS del Poniente de Almería, seis años²⁷, POTS Sierra de Segura, siete años²⁸, idéntico plazo al que preciso el POTS del Litoral Occidental de Huelva²⁹, incluso en los últimos planes aprobados (POTS de la Costa Noroeste de Cádiz³⁰, POTS de La Janda³¹, POTS de la aglomeración urbana de Almería³², POTS del Campo de Gibraltar³³, POTS de la Costa Tropical de Granada³⁴, POTS del Sur de Córdoba³⁵ y POTS de la aglomeración urbana de Jaén³⁶). Los precedentes existentes en Andalucía, evidenciaban que el tiempo requerido para la elaboración y aprobación de los planes territoriales, resultaba, por lo general, muy superior al plazo de dos años previsto, oscilando en torno a cuatro años. Sin duda, todo un reto desde su inicio.

Los principales hitos que tuvieron lugar durante la tramitación del PPCLA, desde la aprobación del citado Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral hasta su definitiva aprobación en 2015, son los que a continuación se enumeran:

2.6.1. Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral

La sorpresiva publicación del Decreto-ley 5/2012, no estuvo exenta de polémicas. La aprobación vía decreto ley por el gobierno andaluz o la justificación que contiene en su propia exposición de motivos a las razones que motivan su «extraordinaria y urgente necesidad»³⁷, incluso el momento político en que se produce³⁸, no pasaron, como decimos, inadvertidos, abriendo un extenso debate³⁹.

²⁷ Formulado por Decreto 6/1996, de 9 de enero y aprobado definitivamente por Decreto 222/2002, de 30 de julio.

²⁸ Formulado por Decreto 5/1996, de 9 de enero y aprobado definitivamente por Decreto 219/2003, de 22 de julio.

²⁹ Formulado por Decreto 52/1999, de 2 de marzo y aprobado definitivamente por Decreto 130/2006, de 27 de junio.

³⁰ Formulado por Decreto 97/2007, de 27 de marzo y aprobado definitivamente por Decreto 95/2011, de 19 de abril.

³¹ Formulado por Decreto 90/2007, de 27 de marzo y aprobado definitivamente por Decreto 358/2011, de 8 de noviembre.

³² Formulado por Decreto 521/2008, de 9 de diciembre y aprobado definitivamente por Decreto 351/2011, de 29 de noviembre.

³³ Formulado por Decreto 88/2007, de 27 de marzo y aprobado definitivamente por Decreto 370/2011, de 20 de diciembre.

³⁴ Formulado por Decreto 59/2006, de 14 de marzo y aprobado definitivamente por Decreto 369/2011, de 20 de diciembre.

³⁵ Formulado por Decreto 34/2009, de 17 de febrero y aprobado definitivamente por Decreto 3/2012, de 10 de enero.

³⁶ Formulado por Decreto 243/2011, de 12 de julio y aprobado definitivamente por Decreto 142/2004, de 14 de octubre.

³⁷ Cuestión sobre la que la exposición de motivos señala expresamente «El presente Decreto-Ley viene pues a establecer un conjunto de medidas legislativas muy concretas en el ámbito de la ordenación del territorio y el urbanismo cuyo objeto es posibilitar la intervención inmediata en la protección del ámbito litoral e incentivar el cumplimiento de las determinaciones del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía. Además, se incluyen medidas para agilizar la tramitación del planeamiento urbanístico y conseguir de una manera efectiva e inmediata los fines antes reseñados. Medidas legislativas cuya extraordinaria y urgente necesidad encuentran plena justificación en el contexto de la grave crisis económica en la que nos encontramos, ya que la agilización perseguida favorecerá el desarrollo de las actividades económicas y coadyuvará a salvaguardar de la forma más inmediata posible la calidad ambiental y paisajística del litoral, que sustenta una parte muy importante de la competitividad de sus destinos turísticos. Con ello se evitan situaciones irreversibles tanto en la protección de nuestro litoral como en el conjunto de la región que pongan en peligro la sostenibilidad de nuestro sistema territorial y urbano. En particular, la tramitación como Decreto Ley se justifica por la necesidad de suspender de forma inmediata y urgente durante la elaboración del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía la tramitación de los planes de sectorización y de los planes parciales en suelo urbanizable ubicados en el ámbito del Plan». Lo que para LA CALLE, A. supone una cierta contradicción, al entender que «... resulta difícil de imaginar cómo pueden coadyuvar a la salvaguarda de la calidad ambiental y paisajística del litoral el desarrollo de actividades económicas de ocupación del suelo...», y abundando en dicha idea, destaca que «... se trata de problemas ya conocidos desde hace tiempo cuya urgencia deriva más de los ritmos de la agenda política que de la realidad social, económica y ambiental...».

En LA CALLE, A. (2013): "Derecho y políticas ambientales en Andalucía", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. IV, núm. 1, págs. 2 y 3.

³⁸ Para autores como MARTÍN VALDIVIA, S. M., las medidas adoptadas para la protección del litoral andaluz responden más al oportunismo político que a la oportunidad real y jurídica.

En MARTÍN VALDIVIA, S. M. (2013): "La protección del litoral andaluz y otras medidas de urgencia: entre la necesidad y el oportunismo", *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 27, págs. 51-89.

³⁹ Entre los debates surgidos, también destaca la crítica a la falta de sostenibilidad económica del PPCLA conforme al concepto introducido por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo e incorporado en el art. 15.4. del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de

La principal finalidad del Decreto-ley 5/2012⁴⁰ es crear la figura del PPCLA y consecuente con ello, organizar el marco jurídico para posibilitar su definitiva puesta en marcha. Por ello, se propone unos claros objetivos desde su inicio: modificar la LOTA para incluir el nuevo instrumento de planificación territorial (no debe olvidarse que es un instrumento creado ex novo y no previsto hasta ese momento en el modelo de planificación territorial diseñado por Andalucía que se había centrado en dos ámbitos muy precisos: el regional, configurado a través del POTA, y el subregional, a través de los POTS). Pero junto a aquél, el Decreto-ley 5/2012, adopta medidas cautelares urgentes en el ámbito litoral que se extienden desde su entrada en vigor y hasta la aprobación del PPCLA para determinados municipios costeros, y medidas urgentes para la adecuación del planeamiento urbanístico al POTA.

En relación con la modificación de la LOTA, cuestión que aborda en su art. 1, se incorporan cuestiones de interés: la propia inclusión del PPCLA como nueva categoría en la clasificación de instrumentos de planificación territorial, modificando el art. 5 de la LOTA, su propia ubicación entre el POTA y los POTS, ya adelanta la intención de dotarlo de entidad propia y del carácter de este instrumento, a caballo entre el POTA y los POTS. Bien podía haberse optado por clasificarlo directamente como POTS en la medida en que abarca un ámbito inferior al regional, sin embargo, sus concretas características y la particularidad del ámbito que está llamado a planificar parecen justificar esta necesidad de crear un categoría creada *ex novo*. Consecuente con este carácter al que nos referimos es la necesaria modificación del art. 22.1 de la LOTA, al que se hacía referencia con anterioridad, y que determina la supremacía del POTA así como su carácter vinculante para el «resto de planes territoriales», incluyéndose en estos tanto los POTS pero también el PPCLA, así como los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio y el planeamiento urbanístico general.

Junto a las anteriores, la principal modificación que tiene lugar es la incorporación de un nuevo título, numerado como VII, conformado por tres artículos (42, 43 y 44) y que se instituye como el marco jurídico que regula la nueva figura. Siguiendo la propia tendencia de la LOTA como cuerpo legal generalista y simplista en sus determinaciones, la regulación del PPCLA se centra en determinar su objeto (establecer objetivos, criterios y determinaciones para la protección, conservación y puesta en valor de las zonas costeras de Andalucía, en el marco de lo establecido en el POTA para el dominio litoral), efectos (vinculación del PPCLA para los POTS, teniendo los demás efectos establecidos para estos planes) y ámbito (con carácter general, al menos los primeros 500 m de la zona de influencia del litoral, pero además, se posibilita extender su ámbitos a otras zonas necesarias para alcanzar los objetivos de protección y accesibilidad del sistema costero de los propios municipios litorales andaluces). Todas estas cuestiones son objeto de regulación en el art. 42 de la LOTA.

Por su parte, el nuevo art. 43 de la LOTA se centra en el contenido que habrá de tener el PPCLA, distinguiendo:

- Los objetivos territoriales a alcanzar y las propuestas a desarrollar durante la vigencia del plan.
- La delimitación concreta del ámbito territorial del plan y de la zona de influencia del litoral.
- La indicación de zonas que por motivos territoriales o de protección deben ser preservadas del desarrollo urbanístico.
- Las determinaciones precisas para garantizar un régimen homogéneo para las diferentes categorías de suelo no urbanizable de todo el ámbito del plan.
- El establecimiento de corredores o ámbitos de conexión del sistema costero con el interior territorial.
- Las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional, de los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio y del planeamiento urbanístico que deban ser objeto de adaptación, justificando las alteraciones propuestas para los mismos.
- Las previsiones para el desarrollo, seguimiento y ejecución del plan.

Por último, el art. 44 está dedicado a regular el procedimiento que, para su elaboración y aprobación, habría de seguir el PPCLA.

junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo. Para autores como SERRANO LÓPEZ y SERRANO MORENO, la memoria económica del PPCLA representa un claro intento de «escapar» a la obligación de justificar sus implicaciones económicas, obligación que deviene además del propio art. 12.c) de la LOTA. Para estos autores también queda en entredicho el respeto a los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza inherente en un Estado de Derecho de las medidas de protección del litoral adoptadas por el Decreto-ley 5/2012.

En SERRANO LÓPEZ, J. E. y SERRANO MORENO, J. E. (2016): “La (in)sostenibilidad económica y financiera del plan de protección del corredor litoral de Andalucía”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 306, Madrid, junio (2016), págs. 69-103.

⁴⁰ BOJA núm. 233, de 28-11-2012.

Por su parte, el Decreto-ley 5/2012, incorpora un nuevo anexo a la LOTA, el hasta entonces anexo único pasa a reenumerarse como anexo II, en el que se relacionan los municipios costeros de Andalucía a efectos de las determinaciones del plan, concordante con lo dispuesto en el propio art. 42.3 que incorpora a la LOTA.

La segunda cuestión que aborda el Decreto-ley 5/2012 es la adopción de medidas cautelares urgentes en el ámbito litoral, a lo que dedica su art. 2. Para ello, dispone que, desde su entrada en vigor (hecho que tuvo lugar el día 28 de noviembre de 2012, sólo un día después de su aprobación, en que fue publicado en el BOJA, conforme a su disposición final décima) y hasta la aprobación del PPCLA, queda suspendido en un amplio número de municipios costeros cuyo planeamiento general fue aprobado con anterioridad a la entrada en vigor del POTA, el procedimiento para la aprobación de los planes de sectorización y de los planes parciales en suelo urbanizable en aquellos ámbitos que incluyan terrenos situados a una distancia inferior a 500 metros medidos en proyección horizontal tierra adentro, desde el límite interior de la ribera del mar. No obstante, ello es matizado en el propio apdo. 2 del art. 2 al disponer que desde el inicio de la información pública del PPCLA, la referida suspensión, sólo sería de aplicación a los sectores afectados por las determinaciones del PPCLA identificados expresamente en el documento que en su momento se sometiera a dicho trámite. Para esta limitación se establece inicialmente un plazo temporal de vigencia máxima de dos años⁴¹ a contar desde la entrada en vigor del Decreto-ley 5/2012 (extensiva por tanto, hasta el 28 de noviembre de 2014), con dos salvedades: si en el referido plazo el correspondiente Plan General de Ordenación Urbanística, PGOU, era adoptado a las determinaciones del POTA, las medidas de suspensión quedaban sin efecto y en todo caso, quedaba extinguida con la entrada en vigor del PPCLA. Esta última previsión parecía dispuesta para el caso en que, finalmente, el PPCLA resultase aprobado antes del plazo de dos años que se preveía.

Pero además, con carácter general en su art. 3 se establecen medidas urgentes de adecuación del planeamiento urbanístico al POTA. La tónica general de no adaptación de los planeamientos urbanísticos generales al POTA y el consecuente incumplimiento de la previsión contenida en el mismo, lleva al Decreto-ley 5/2012 a regular lo que denomina *medidas urgentes* y cuyo objeto es lograr dicha adaptación. En este sentido, establece que los municipios que a la entrada a su entrada en vigor no hubiesen adaptado su planeamiento general a las determinaciones del POTA y a los criterios para su desarrollo, deben hacerlo mediante su revisión en el plazo establecido en el propio instrumento de planeamiento general a la entrada en vigor del propio Decreto-ley 5/2012 y para el caso de que no lo estableciera, en el plazo máximo de ocho años desde su aprobación definitiva por la Consejería competente en materia de urbanismo. Además establece la consecuencia al incumplimiento del referido deber: la prohibición de tramitar instrumentos de planeamiento de desarrollo que supongan para el municipio un crecimiento superior a los límites establecidos en la norma 45 del POTA y en los criterios para su desarrollo.

2.6.2. Formulación

Mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de enero de 2013 se formula el PPCLA⁴².

A efectos de su tramitación, el apartado sexto del citado acuerdo, rubricado «elaboración y tramitación», indicaba un plazo máximo de seis meses desde la aprobación del acuerdo para el sometimiento a información pública de su propuesta, por lo que dicho plazo se extendía hasta el 29 de julio de 2013. Además, dispone que, de manera simultánea a aquella, debía conferirse audiencia a la Administración General del Estado, las Diputaciones Provinciales de Almería, Cádiz, Huelva, Granada y Málaga, los Ayuntamientos de los municipios comprendidos en el ámbito del plan y las restantes Administraciones y Entidades Públicas afectadas en razón de su competencia.

De igual manera, durante el período de información pública, la propuesta del plan habría de someterse a informe de la Comisión de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Andalucía y de las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Almería, Cádiz, Huelva, Granada y Málaga.

Concluido el período de información pública tendría lugar la redacción de la Memoria Ambiental prevista en el artículo 39.4 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental⁴³ incorporándose las consideraciones finales de la misma a la propuesta de PPCLA, que finalmente, sería elevada

⁴¹ Con posterioridad ampliado a dos años y seis meses.

⁴² BOJA, núm. 32, de 14-02-2013.

⁴³ BOJA, núm. 143, de 20-07-2007.

su propuesta por la persona titular de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente al Consejo de Gobierno para su aprobación mediante Decreto, dándose cuenta al Parlamento.

De interés, la previsión contenida en el acuerdo de formulación del PPCLA para la creación de una comisión de redacción del instrumento, a cuyo fin en su apartado quinto, el acuerdo de formulación regula la «composición, funcionamiento y funciones». Adscrita a la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente y presidida por la persona titular de la Secretaría General de Ordenación del Territorio, la comisión se integra por:

- La persona titular de la Dirección General de Urbanismo que desempeñará la vicepresidencia, sustituyendo a la persona titular de la presidencia en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad de la misma, u otra causa legal.
- Las personas titulares de las Direcciones Generales de Gestión del Medio Natural, de Espacios Naturales y Participación Ciudadana, de Prevención, Calidad Ambiental y Cambio Climático, y de Planificación y de Gestión del Dominio Público Hidráulico de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente.
- Una en representación de cada una de las siguientes Consejerías: Hacienda y Administración Pública; Economía, Innovación, Ciencia y Empleo; Fomento y Vivienda; Salud y Bienestar Social; Turismo y Comercio; y Cultura y Deporte, designadas, en cada caso, por la persona titular de la Consejería que corresponda. Dichas personas deberán ostentar, al menos, el rango de Director o Directora General en la Consejería correspondiente.
- Una en representación de la Administración General del Estado.
- Cinco en representación de los ayuntamientos de los municipios incluidos en el ámbito territorial del plan, designadas por la asociación de municipios y provincias con mayor representatividad en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

De igual manera, se le atribuyen tres concretas funciones: informar cuantos documentos se sometan a su consideración durante el procedimiento de redacción del plan, informar la propuesta del plan una vez concluida su elaboración técnica, antes de iniciar su tramitación e informar las modificaciones que se introduzcan en la propuesta del plan como consecuencia de los trámites de información pública y de audiencia.

2.6.3. Información pública

En relación con la información pública, y conforme a lo dispuesto en el propio acuerdo de formulación que lo fijaba «por un plazo no inferior a dos meses», es mediante la Orden de 24 de julio de 2013 por la que se acuerda someter el PPCLA al referido trámite⁴⁴.

De esta forma, se somete a información pública, tanto el PPCLA como el Informe de Sostenibilidad Ambiental del mismo, desde el día siguiente a su publicación (30 de julio de 2013) y hasta el 31 de octubre del mismo año, período durante el que el instrumento estuvo disponible en la página web de la Consejería⁴⁵.

2.6.4. Decreto-ley 15/2014, de 25 de noviembre, por el que se modifica el Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía

Justificado por el elevado número de municipios afectados por el PPCLA, un total de 62, y la activa participación recibida durante el período de información pública, cifrado en un total de 918 escritos con un total de 3.547 alegaciones, mediante el Decreto-ley 15/2014, de 25 de noviembre⁴⁶, se modifica el Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía en dos aspectos: el art. 2.3. relativo a la vigencia de las medidas de suspensión acordadas, que se amplía hasta los dos años y seis meses frente a los dos años iniciales, y la disposición adicional única, que en consonancia con lo anterior, amplía en seis meses el plazo fijado para la aprobación del PPCLA, quedando fijado en idéntico plazo de dos años y seis meses a contar desde la entrada en vigor del Decreto-ley 5/2012, extendiéndose hasta el día 28 de mayo de 2015.

⁴⁴ BOJA, núm. 147, de 29-07-2013.

⁴⁵ <http://www.juntadeandalucia.es/agriculturapescaymedioambiente/planlitoral>.

⁴⁶ BOJA, núm. 232, de 27-11-2014.

Sin duda, esta modificación parece tener su sentido en la experiencia ya acumulada por la Comunidad Autónoma de Andalucía que ya se había enfrentado a sendos recursos judiciales planteados precisamente por la caducidad en los procedimientos de aprobación de otros instrumentos de planificación territorial, como fue el caso del Plan de Ordenación del Territorio del Litoral Occidental de Huelva, y que pese a un primer pronunciamiento en contra y ser posteriormente estimados por el Tribunal Supremo, parecían buscar la máxima cautela en la tramitación del plan a fin de evitar el resultado del que finalmente ha adolecido: su nulidad por defectos formales en su tramitación.

2.6.5. Aprobación y entrada en vigor

El día 20 de julio de 2015, era publicado el Decreto 141/2015, de 26 de mayo⁴⁷, por el que se aprueba el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía.

Finalmente, y de conformidad con la previsión contenida en la propia disposición final segunda del Decreto 141/2015, el instrumento entraba en vigor el día 21 de julio de 2015.

2.7. Impugnación del Decreto-ley 5/2012 ante el Tribunal Constitucional y Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2016, de 19 de febrero

La intensidad del debate surgido, fundamentalmente con los municipios, llevó a que las Diputaciones Provinciales de Almería, Granada, Málaga y Cádiz interpusieran un conflicto en defensa de la autonomía local frente al Decreto-ley 5/2012⁴⁸. El conflicto se sustenta en relación con los arts. 2 y 3 del Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía⁴⁹, así como respecto de la totalidad del mismo por no concurrir, al entender de los demandantes, la extraordinaria y urgente necesidad que exigen los arts. 86.1 CE y 110 del Estatuto de Autonomía de Andalucía⁵⁰, con lesión de la autonomía local constitucionalmente garantizada.

Conflicto que es inadmitido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2016, de 18 de febrero⁵¹ que, en síntesis, falla la falta de legitimación de las Diputaciones Provinciales que lo promueven, sin entrar al fondo del debate. En la Sentencia, el TC resuelve con carácter previo las causas de inadmisión planteadas por el Parlamento y la Junta de Andalucía, entre otras, la relativa a la falta de legitimación de las promotoras del conflicto. En palabras del TC, en el fundamento jurídico 4 de la Sentencia, la legitimación de la provincia para entablar el conflicto en defensa de la autonomía local, como destinataria única o conjunta de la norma impugnada, exige que la disposición discutida tenga una incidencia directa en su propio ámbito de atribuciones, lo que entiende que no concurre y rechaza que una Diputación provincial pueda impugnar a través de un conflicto en defensa de la autonomía local, una norma con rango de ley para denunciar la vulneración de intereses o competencias exclusivamente municipales. A mayor abundamiento, señala que la disociación de los requisitos formales de legitimación del art. 75 *ter.* 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁵², LOTC, sobre la existencia de una previa afectación del propio ámbito de autonomía de los entes impugnantes llevaría, no sólo a admitir que las Diputaciones pudieran reclamar, en nombre de los municipios de su territorio, la titularidad de una determinada competencia municipal, sino también a aceptar la posibilidad inversa, esto es, que los municipios pudieran entablar, vía art. 75 *ter.* 1, letra b), el conflicto en

⁴⁷ BOJA, núm. 139.

⁴⁸ Conflicto en defensa de la autonomía local, núm. 2599-2013. BOE, núm. 226, de 20-09-2013.

⁴⁹ Art. 2 dedicado a la «adopción de medidas cautelares urgentes en el ámbito del litoral» y art. 3 «medidas urgentes de adecuación del planeamiento urbanístico al Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía».

⁵⁰ Ambos preceptos limitan las disposiciones legislativas provisionales (Decretos-leyes) dictadas por el Gobierno o el Consejo de Gobierno (en el caso de la Comunidad Autónoma) a supuestos de extraordinaria y urgente necesidad. Éste constituye, sin duda, uno de los principales reproches que desde su origen recibe el Decreto-ley 5/2012.

⁵¹ BOE, núm. 71, de 23-03-2016.

⁵² Precepto que dispone que están legitimados para plantear conflictos en defensa de la autonomía local:

- El municipio o provincia que sea destinatario único de la ley.
- Un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente.
- Un número de provincias que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo la mitad de la población oficial.

defensa de la autonomía local para denunciar la vulneración de una competencia propia de una Diputación. Y finaliza, señalando que «*En suma, ni la naturaleza estrictamente competencial del proceso ni la correcta regulación del mismo permiten sostener que una diputación provincial pueda acudir al conflicto en defensa de la autonomía local para defender competencias estrictamente municipales...*».

Con dichas premisas de partida, en el fundamento jurídico 5, la Sentencia, aplicando los criterios expuestos, señala por un lado, que el conflicto sometido a su enjuiciamiento ha sido entablado por varias Diputaciones provinciales pero además, que invocan como motivo de inconstitucionalidad la vulneración de competencias exclusivamente municipales, lo que le lleva a idéntica conclusión: los entes impugnantes no están legitimados para promover el conflicto planteado.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2017, POR LA QUE SE DECLARA LA NULIDAD DEL PLAN DE PROTECCIÓN DEL CORREDOR LITORAL DE ANDALUCÍA

3.1. Cuestiones previas

Adecuado parece, antes de entrar a analizar la referida resolución judicial, hacer un conjunto de reflexiones en torno al momento temporal que en el propio desarrollo de la planificación territorial en Andalucía, se produce. El problema que con la Sentencia se vuelve a evidenciar es de entidad mayor a lo que allí se plantea, y desde luego no es desconocido para la planificación territorial en Andalucía, remontándose a sus propios orígenes.

La cuestión estriba en el propio orden temporal de aprobación de los instrumentos que no ha seguido el esquema previsto por la propia LOTA. Pese al aparente silencio de la LOTA, a nadie escapa que, conforme al propio sistema que establece y las propias vinculaciones que define entre los diferentes instrumentos de planificación territorial, su desarrollo en Andalucía debió dotarse desde el primer momento de un instrumento de ámbito regional en el que se definiera y precisara el modelo territorial para el conjunto autonómico así como las funciones, en su labor de desarrollo, atribuidas a los restantes instrumentos para su consecución.

Cuando en el año 2006, por fin es aprobado el POTA, un buen número de instrumentos de escala subregional (casi la mitad, un total de ocho) ya venían desplegando su eficacia en la comunidad y, todo ello, sin instrumento que desde la escala regional le dotará de cobertura. Un orden lógico adecuado hubiera precisado, seguir en el proceso de tramitación y aprobación, el propio esquema establecido por la LOTA, esto es, en primer lugar la aprobación del POTA, en segundo lugar, el PPCLA y por último, los diferentes POTS.

Sin embargo, se obvió y se continúa haciendo en la actualidad, lo cual resulta contradictorio con el propio sistema de jerarquía definido en la planificación territorial andaluza. Bien parece que en el desarrollo de su política territorial, Andalucía ha actuado a golpe de impulsos políticos. A la postre, ni siquiera con posterioridad, se ha tratado de solventar, revisando los POTS aprobados con anterioridad al POTA a fin de coordinar y adecuar los diferentes instrumentos, e incluso éste último, cuando se decide en el año 2012, incorporar una nueva tipología a las categorías de planes previstas y ya parcialmente desarrolladas en ese momento. No debe olvidarse que ninguna mención contiene el POTA respecto al PPCLA sino que al contrario cuando trata los ámbitos litorales, esenciales para el planificador andaluz, lo hace centrado en su desarrollo a través de los POTS pero no desde la perspectiva integral que se propone el PPCLA. Por ello, parece hubiera resultado adecuado que incluso con anterioridad a la formulación del PPCLA, el POTA hubiese sido objeto de revisión.

Por otra parte, la sorpresiva publicación del Decreto-ley 5/2012 que vino a modificar la LOTA, incorporando un nuevo instrumento de planificación territorial: el PPCLA, es otro de los temas que genera, desde su inicio, incertidumbre. No por el instrumento en sí, sino por el contexto y momento en que se produce. En aquel momento, año 2012, todo hacía indicar que la planificación territorial en Andalucía se encontraba casi concluida. La aprobación de la LOTA en el año 1994, el POTA en 2006 y un total de 17 instrumentos de escala subregional vigentes y que daban cobertura a los ámbitos definidos como prioritarios en la comunidad: aglomeraciones urbanas, ámbitos litorales y zonas de montaña, evidenciaban lo anterior. Ya desde su inicio, lleva al planteamiento de sí realmente lo que estaba teniendo lugar no era un replanteamiento de la propia planificación territorial en la comunidad, pero no en su modelo sino en su conjunto.

3.2. Resumen de la Sentencia

Con fecha 7 de septiembre de 2017, ha sido dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sede Sevilla, Sentencia recaída en el recurso núm. 721/2015, de la que ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. José Santos Gómez⁵³, por la que se estima el recurso planteado por la Junta de Compensación del sector SL-1 «Valdevaqueros» del Plan General de Ordenación Urbanística de Tarifa frente al Decreto 141/2015, de 26 de mayo, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, publicado en el BOJA, núm. 139, de 20 de julio de 2015.

Con idéntico objeto se plantearon otros recursos que han dado lugar, con idéntica fecha y con posterioridad, a diferentes resoluciones judiciales en las que la Sala llega a la misma conclusión: la nulidad de pleno derecho del PPCLA⁵⁴.

Oportuno es, en primer lugar, y sin perjuicio de la doctrina que pueda establecer el posible recurso de casación⁵⁵, destacar que el motivo que determina la nulidad del PPCLA se debe a cuestiones formales⁵⁶ y en consecuencia, la Sentencia no entra en el análisis de las cuestiones de fondo planteadas por la demandante⁵⁷.

De interés, otros recursos planteados frente a Decreto 141/2015, en particular el rec. núm. 685/2015 resuelto por la STSJ de Andalucía de 11 de octubre de 2017, en que la actora plantea la falta de competencia del Consejo de Gobierno para aprobar el PPCLA por hallarse en funciones. La Sala, al amparo de lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJCA, somete mediante providencia la cuestión a las partes a fin de conferirles plazo para formular alegaciones.

La Sentencia de 7 de septiembre de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, estima el recurso planteado sustentado en un único motivo formal: la falta de competencia del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para aprobar el PPCLA, por hallarse en funciones. Sostiene la meritada Sentencia en su F. D. Cuarto un hecho vital en torno al cual gira la resolución judicial y que determina el fallo de la misma: el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía se encontraba en funciones el día 26 de mayo de 2015, fecha en que fue aprobado el PPCLA.

⁵³ ECLI: ES:TSJAND:2017:7921.

⁵⁴ Entre las Sentencias dictadas por la Sede de Sevilla, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo sobre la cuestión, se encuentran las siguientes:

- STSJ de Andalucía de 21 de septiembre de 2017, rec. núm. 724/2015. Ponente Ilmo. Sr. D. Luis G. Arenas Ibáñez. Interpuesto por Campo de Dalías, S. A. (ECLI: ES:TSJAND:2017:8835).
- STSJ de Andalucía de 21 de septiembre de 2017, rec. núm. 722/2015. Ponente Ilmo. Sr. D. Luis G. Arenas Ibáñez. Interpuesto por Gestión de Inmuebles, Viviendas y Patrimonio, S. L. (ECLI: ES:TSJAND:2017:8834).
- STSJ de Andalucía de 21 de septiembre de 2017, rec. núm. 712/2015. Ponente Ilmo. Sr. D. Luis G. Arenas Ibáñez. Interpuesto por el Ayuntamiento de Almuñecar (ECLI: ES:TSJAND:2017:8833).
- STSJ de Andalucía de 11 de octubre de 2017, rec. núm. 685/2015. Ponente Ilma. Sra. Dña. Marta Rosa López Velasco (ECLI: ES:TSJAND:2017:10319).

⁵⁵ Precisamente al cierre del presente trabajo se ha dado a conocer la inadmisión a trámite del recurso de casación planteado frente al fallo de una de las Sentencias recaídas. Así se recoge en la Resolución de 23 de abril de 2018, de la Secretaría General Técnica, por la que se dispone el cumplimiento y publicación del fallo de la Sentencia de 7 de septiembre de 2017, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla (BOJA núm. 81, 27-04-2018).

⁵⁶ Como ya acaeciera con el POTS de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga en el año 2015, son cuestiones formales las que determinan que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 6 de octubre de 2015, rec. núm. 2676/2012 (ECLI: ES:TS:2015:4382), falle su nulidad de pleno derecho. Sobre el particular ya se tuvo ocasión de analizar la importancia del estricto cumplimiento de los trámites procedimentales de los planes territoriales y sus nefastas consecuencias jurídicas.

En RANDO BURGOS, E. (2016): "La relevancia del procedimiento de tramitación de los instrumentos de planificación territorial: la nulidad del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol de Málaga por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2015". En *Actas VIII Congreso Internacional de Ordenación del Territorio*, Fuerteventura, mayo 2016. Editado por Asociación Interprofesional de Ordenación del Territorio, Fundicot, Madrid, 2016, págs. 925-936.

⁵⁷ En el rec. núm. 721/2015, los reproches jurídicos planteados por la recurrente y fundados en cuestiones de fondo, son: infracción del orden constitucional de competencias y del principio de jerarquía normativa, vulneración del principio de autonomía local, por el Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre; desviación del objeto de protección territorial que le corresponde al Plan de Protección del Corredor del Litoral de Andalucía, en cuanto instrumento de ordenación del territorio no puede valerse de motivos paisajísticos y ambientales para establecer una protección específica en determinados ámbitos; ausencia en el estudio económico de partidas indemnizatorias, lo que ante la concurrencia de supuestos indemnizatorios, determinaría la nulidad del plan de protección; insuficiente valoración de las distintas alternativas razonables en el informe de sostenibilidad ambiental; falta de motivación en la protección territorial de superficies ubicadas por encima de los primeros quinientos metros de la zona de influencia del litoral; arbitrariedad en la adjudicación de la protección territorial vulneración del principio de equidad y de igualdad jurídica y de proporcionalidad.

3.3. Pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

La alegación de la actora se sustenta en la incompetencia del Gobierno de Andalucía en funciones para el dictado del Decreto objeto de impugnación, con fundamento en la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005, en la medida en que la aprobación del Decreto 141/2015, no es susceptible de ser calificada como una actuación de despacho ordinario, en cuanto comporta un evidente contenido o valor político, además de limitar el ejercicio de las funciones que le correspondería desarrollar al nuevo Gobierno, y habiéndose aprobado por el Gobierno de Andalucía en funciones, procede declarar la nulidad de pleno derecho del mismo, por vicio de incompetencia manifiesta.

Frente a ella, se alza la demandada (Junta de Andalucía), solicitando la desestimación de la demanda y alegando que el Decreto objeto de litis, en cuanto aprueba el PPCLA, carece de toda orientación política. Su formulación viene establecida por ley, exigiendo el legislador que su aprobación se produjera en dos años y seis meses, plazo que se encontraba próximo a vencer cuando el plan fue aprobado. Además, se alega que el interés general del PPCLA estaba justificado por la legislación vigente en materia de ordenación del territorio, que podría verse perjudicada por la no aprobación del plan en el plazo fijado.

3.3.1. Sobre el marco jurídico de referencia

Centrado, pues, el objeto del proceso en el enjuiciamiento de la posible falta de competencia del órgano autonómico para su aprobación, la Sentencia, con un pormenorizado análisis, parte del examen del régimen jurídico del Gobierno en funciones contenido en la CE, en la Ley del Gobierno, en el Estatuto de Autonomía de Andalucía y en la propia Ley de Gobierno de Andalucía.

Sobre la base de lo previsto en el art. 101 de la CE que establece que el Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la propia Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente, continuando el Gobierno cesante en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, desarrolla en su art. 21 la figura del Gobierno en funciones⁵⁸.

A nivel autonómico, el Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, establece en su art. 120 que el Consejo de Gobierno cesa tras la celebración de elecciones al Parlamento, continuando en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Consejo de Gobierno. Cuestión desarrollada por el art. 37 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de Andalucía⁵⁹.

⁵⁸ Precepto cuyo tenor literal, dispone:

1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.
2. El Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, con las limitaciones establecidas en esta Ley.
3. El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas.
4. El Presidente del Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:
 - a) Proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras, o de las Cortes Generales.
 - b) Plantear la cuestión de confianza.
 - c) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo.
5. El Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:
 - a) Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.
 - b) Presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.
6. Las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales.

⁵⁹ Este artículo señala:

1. El Consejo de Gobierno cesa cuando cesa la persona titular de la Presidencia de la Junta de Andalucía.
2. El Consejo de Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Consejo de Gobierno.
3. El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Consejo de Gobierno y el traspaso de poderes al mismo, limitándose su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos de su competencia, salvo casos de urgencia o interés general debidamente acreditados.
4. El Presidente o la Presidenta en funciones de la Junta de Andalucía no podrá ser sometido o sometida a una moción de censura. Tampoco podrá ejercer las siguientes facultades:
 - a) Designar o separar a las personas titulares de las Vicepresidencias o de las Consejerías.
 - b) Crear, modificar o suprimir Vicepresidencias o Consejerías.

Del marco jurídico de referencia, resulta indubitado que cuando en su sesión del día 26 de mayo de 2015, el Consejo de Gobierno aprueba el PPCLA, se encontraba en funciones, toda vez que el día 22 de marzo de 2015 había tenido lugar la celebración de elecciones autonómicas en Andalucía, convocadas por el Decreto 1/2015, de 26 de enero. Con posterioridad a aquéllas, con fecha 16 de abril se constituyó el Parlamento de Andalucía y no sería hasta apenas dos meses después, el 11 de junio, cuando tuviera lugar la investidura de la Presidenta, tomando posesión el 14 de junio.

El debate jurídico se centra en determinar si la aprobación de un decreto encontrándose el Gobierno en funciones, se enmarca o no entre las facultades que le vienen reconocidas⁶⁰.

3.3.2. Sobre la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo y la interpretación del concepto «despacho ordinario de asuntos»

La CE se limita en su art. 101 a enumerar los supuestos en que el Gobierno cesa y a establecer una «prórroga» para el Gobierno cesante hasta que tiene lugar la toma de posesión del nuevo Gobierno, así señala en su aptdo. 2 que «*continuando en funciones el Gobierno cesante hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno*». Ahora bien, esta particular situación cuenta con la limitación propia al no contar el Gobierno con la confianza de la nueva Cámara, aspecto desarrollado y concretado por la Ley 50/1997, del Gobierno, cuyo art. 21, transcribe dicho mandato en sus aptdos. 1 y 2, incorporando a éste último precisamente el aspecto de las limitaciones.

En su apartado 3, el precepto recoge de manera general las atribuciones que le corresponde ejercer al Gobierno en funciones, en concreto tres, a saber, facilitar el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes, limitar su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos y abstenerse de adoptar «*cualesquiera otras medidas*», salvo en caso de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general. Frente a esta generalidad, sí que excluye expresamente dos facultades, enumeradas en el aptdo. 5 del propio art. 21, que no podrán ser realizadas por el Gobierno cuando se encuentre en esta particular situación: la aprobación del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado y la presentación de Ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

Y precisamente aquí, surge la controversia. El legislador opta por el empleo de conceptos jurídicos indeterminados a la hora de delimitar las atribuciones que corresponde desarrollar al Gobierno en funciones, a buen seguro con el claro propósito de poder integrar al conjunto de situaciones desconocidas que durante dicho período puedan tener lugar. Esta cuestión ya había sido objeto de debate previo y ha ido a lo largo de los años concretándose por los tribunales, doctrina jurisprudencial que la Sentencia acoge e incorpora.

En relación con la interpretación del aptdo. 3 del art. 21 de la Ley del Gobierno cuando señala «*El Gobierno en funciones... limitándose su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos de su competencia, salvo casos de urgencia o interés general debidamente acreditados*», la Sentencia hace un extenso análisis jurisprudencial de la doctrina del Tribunal Supremo, cuestión a la que dedica sus F. D. Quinto y Sexto.

En primer lugar, invoca la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2005 que ya dispusiera sobre el particular, «*...la gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones del interés general que justifique la adopción de medidas de otra naturaleza*».

Por su parte, analiza la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005 (rec. núm. 161/2004)⁶¹, alegada por la actora, en concreto la fijada en su F. D. Octavo, conforme a la cual

c) Disolver el Parlamento de Andalucía.

d) Plantear la cuestión de confianza.

5. El Consejo de Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:

a) Aprobar el proyecto de Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma.

b) Presentar proyectos de ley al Parlamento de Andalucía.

⁶⁰ Sobre el alcance de la intervención del Gobierno en funciones también se ha pronunciado la doctrina. En este sentido puede verse, entre otros, los trabajos de REVENGA SÁNCHEZ, M. (1988): "El Gobierno en funciones", *Gobierno y administración en la Constitución*/Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, vol. 2, págs. 1.501-1.524; ÁLVAREZ CONDE, E. (1997): "El Gobierno en funciones", *Documentación Administrativa*, núm. 246-247 (septiembre 1996 – abril 1997), págs. 191-218; GUILLÉN LÓPEZ, E. (2002): *El cese del gobierno y el gobierno en funciones en el ordenamiento constitucional español*. Sevilla. Instituto Andaluz de Administración Pública; NARANJO DE LA CRUZ, R. (2001): "Las causas de cese del gobierno en el ordenamiento constitucional español", *Cuestiones constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 36-37, págs. 23-48.

⁶¹ Ha de advertirse que la doctrina del TS sobre el gobierno en funciones se contiene fundamentalmente en la STS del Pleno de la Sala Tercera de 2 de diciembre de 2005 (STS 8303/2005 – ECLI: ES:TS:2005:8303), que sigue la doctrina ya establecida en la STS

se reconoce que la Constitución, ciertamente, no establece de modo expreso límites o restricciones a la actuación del Gobierno en funciones pero facilita el criterio para distinguir cuáles son los «*confines*» en que ha de moverse, fuera de los casos en que la urgencia determine la necesidad de su intervención, ya que la habilitación para resolver sobre éstos últimos va implícita a su existencia. Criterio que, según la Sentencia, resulta de la propia función constitucional del Gobierno, ya que «...de la que ha de desempeñar el que está en plenitud de sus facultades tras haber completado el proceso de su formación. Esa función no es otra que la dirección de la política interior y exterior y, en estrecha relación con ella, la defensa del Estado. Esos son los cometidos con los que el artículo 97 de la Constitución... singulariza la función gubernamental y para cuya realización atribuye al órgano Gobierno la dirección de la Administración Civil y Militar y le encomienda la función ejecutiva y la potestad reglamentaria...». Además, se centra en analizar las funciones del Gobierno que se forma, como la dirección de la política general, misión principal del Gobierno y que trae causa del programa defendido ante el Congreso de los Diputados por el candidato a la Presidencia y que mereció el apoyo de su mayoría, conforme al artículo 99 de la CE, programa presentado ante los ciudadanos y que logró el apoyo de sus votos, pese a lo cual reconoce expresamente que «...ese marco político de actuación no queda definitivamente fijado en ese momento y puede suceder que, por distintas razones, el Gobierno llegue a apartarse en diversa medida de la línea aprobada en el momento de la investidura. El sistema parlamentario permite una actualización permanente de la relación de confianza a través de su normal desenvolvimiento o con el recurso a algunas instituciones previstas en la Constitución como el referéndum consultivo (artículo 92) o la cuestión de confianza (artículo 112)», para a renglón seguido reconocer que «...mientras persista la relación de confianza entre el Congreso de los Diputados y, a través de su Presidente, el Gobierno, a este corresponde la dirección política de España. Así, gobernar para la Constitución, es dirigir el país a partir de las orientaciones definidas por el Presidente del Gobierno (artículo 98.2 de la Constitución) con el apoyo de la mayoría parlamentaria formada democráticamente por los españoles».

A sensu contrario, tras analizar lo que debe hacer el Gobierno que se forma, señala que es precisamente lo que, al mismo tiempo, no puede hacer el Gobierno en funciones ya que el cese ha interrumpido la relación de confianza que le habilita para ejercer tal dirección, concluyendo que «...el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya. El cese priva a este Gobierno de la capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin, de manera que será preciso examinar, caso por caso, cuando surja controversia al respecto, si el discutido tiene o no esa idoneidad en función de la decisión de que se trate, de sus consecuencias y de las circunstancias en que se deba tomar».

De particular significancia, el F. D. Séptimo, en que la Sentencia, continuando con la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005, se centra en precisar qué ha de entenderse por «despacho ordinario de asuntos» conforme al propio art. 21.3 de la Ley del Gobierno.

Partiendo de su carácter de concepto jurídico indeterminado, se destaca la necesidad de concreción, sobre la base del entendimiento que «...ese despacho no es el que no comporta valoraciones políticas o no implica ejercicio de discrecionalidad. Tampoco el que versa sobre decisiones no legislativas, sino el que no

de 20 de septiembre de 2005 (STS 5369/2005 – ECLI: ES:TS:2005:5369).

De esta forma, en la STS de 20 de septiembre de 2005, el TS establece que «Después del cese, la actividad gubernamental debe respetar una serie de restricciones. Aunque la Constitución no dice nada sobre sus posibles limitaciones, pues el artículo 101.2 señala que "el Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno", la práctica constitucional limitó su gestión a los asuntos de trámite... Hoy, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en su título IV, trata de las competencias que corresponden al Gobierno en funciones y en su artículo 21, que desarrolla el artículo 101 de la Constitución, se completa y establece, según se constata del Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, una serie de requisitos y limitaciones, en el entendimiento de tener un tratamiento coherente de lo que es la fiducia quebrada entre las Cortes Generales y un Gobierno en funciones y la no pervivencia de determinados órganos de control que permitan establecer un control estable... El número 3 del citado artículo 21, de acuerdo con los principios establecidos en su exposición de motivos, precisa que "limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación exprese así lo justifique, cualesquiera otras medidas", teniendo en cuenta que, como dice la exposición de motivos, "el objetivo último de toda su actuación radica en la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno"...», lo que interpreta en el sentido expresado en su F. D. Cuarto «La gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza».

De manera más reciente, las SSTS de 27 de diciembre de 2017 (STS 4743/2017 – ECLI: ES:TS:2017:4743), 27 de febrero de 2018 (STS 627/2018 – ECLI: ES:TS:2018:627) o 20 de marzo de 2018 (STS 935/2018 – ECLI: ES:TS:2018:935), mantienen la doctrina fijada en la STS de 2 de diciembre de 2005, a la que se remiten.

se traduce en actos de orientación política...» lo que a entender de la meritada resolución judicial despeja las dudas que pudiera ofrecer la conformidad con el texto constitucional de las normas legales que sujetan a límites la actuación del Gobierno en funciones cuando aquél no ha dispuesto expresamente ninguno. Y en este contexto, es el legislador el que asume esa interpretación, lo que según el Tribunal Supremo, se deduce de los propios apdos. 5 y 6 del art. 21, el primero al preocuparse por prohibir al Gobierno en funciones aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado y presentar proyectos de Ley al Congreso de los Diputados, lo que interpreta en el sentido que «...la Ley prohíbe al Gobierno en funciones utilizar los principales instrumentos de orientación política» y, el segundo, al dejar en suspenso las delegaciones legislativas mientras el Gobierno esté en funciones por haberse celebrado elecciones generales.

Y precisamente estas circunstancias refuerzan, al entender del Alto Tribunal, la necesidad de examinar caso por caso y asunto por asunto los que han de considerarse incluidos en el despacho ordinario y los que, por quedar fuera de él, no pueden ser abordados por el Gobierno en funciones de no existir urgencia o demandarlo el interés general contemplado en el art. 21.3. de la Ley del Gobierno. Lo que lleva a la conclusión de que la línea divisionaria entre lo que el Gobierno en funciones puede y no puede hacer no pasa por la distinción entre actos legislativos y no legislativos, sino por la diferenciación entre actos que conllevan dirección política y los que la expresan. Y concluye, tratando de precisar y fijar las pautas para la correcta interpretación del concepto «despacho ordinario de asuntos», que «En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos público comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que debe fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse»

Por último, en su propio F. D. Séptimo, cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2013 (núm. rec. 231/2012) que reitera la misma doctrina fijada a la vez que señala que ésta debe extenderse a las disposiciones de carácter general, carácter del que participan los instrumentos de ordenación urbanística y territorial. Como particularidad, esta última Sentencia citada que, en efecto acoge la doctrina del Tribunal Supremo, si bien entendió que la aprobación del Real Decreto 1744/2011, de 25 de noviembre, por el que se modificaba el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, regulador de los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte, aun habiendo tenido lugar mientras el Gobierno se encontraba en funciones (fue aprobado el día 25 de noviembre de 2011, habiéndose celebrado elecciones generales el día 20 de ese mismo mes y año), su aprobación se enmarcaba dentro del ámbito del concepto jurídico indeterminado definido con la expresión «despacho ordinario de los asuntos públicos», sin necesidad por tanto de que al decidirla concurriera una situación de «urgencia» o una razón de «interés general», pues entendió entonces que no se percibía «nuevas orientaciones políticas» o «condicionamiento, compromiso o impedimento» para el nuevo Gobierno.

3.3.3. Sobre la interpretación de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía

Concretada pues, la interpretación del concepto «despacho ordinario de asuntos», la Sala entiende que en la aprobación del Decreto 141/2015 no concurría el mismo, considerando que su aprobación era una decisión que excedía del despacho ordinario de los asuntos públicos de competencia de un Gobierno en funciones.

Tal conclusión la motiva en los F. D. Octavo y Noveno. Para la Sala, el PPCLA constituye un ejercicio de la potestad normativa atribuida constitucional y estatutariamente al Gobierno autonómico que implica de «manera palmaria» el establecimiento de una nueva orientación política, en la medida en que el plan se aparta «...consciente y públicamente de los planes de ordenación de ámbito subregional ya existentes y en vigor e incluso del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, alterando radicalmente los objetivos y la finalidad de la política territorial en el ámbito del litoral andaluz y, consecuentemente, modificando de manera sustancial las directrices y determinaciones de dichos instrumentos».

Pero además, la Sentencia llega a afirmar que el PPCLA supone un cambio de modelo. Este entendimiento como nueva orientación política tiene una consecuencia inmediata, «...implica un condicionamiento, compromiso o impedimento para la potestad de dirección política del nuevo Gobierno, desde el punto de vista estrictamente jurídico y objetivo», pese a que, como expresamente reconoce, el nuevo Gobierno está sustentado por el mismo partido político.

Incluso, avanzando en la tesis expuesta, la Sala en el F. D. Octavo *in fine*, concluye que «...el PPCLA como instrumento jurídico de realización de la planificación del territorio, es la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de la sociedad en el corredor litoral de Andalucía. Es perspicuo que el PPCLA asume la orientación política general de ordenación del territorio, por ser un instrumento de ordenación territorial previsto en la Ley 1/1994 y, especialmente, contiene sus propias directrices políticas de protección del corredor litoral». Cuestiones éstas que sustenta en la propia documentación integrante del PPCLA, en concreto en la Memoria Informativa y en la Memoria de Ordenación, y que aborda en el F. D. Noveno.

En relación con la Memoria Informativa del PPCLA, la Sala transcribe el contenido de su introducción, en que indica «...el presente Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía tiene como propósito desarrollar los contenidos que para el mismo establece la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de Andalucía, modificada por el Decreto-Ley, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía... el Plan de Protección del Corredor Litoral centra su atención en la franja costera, el espacio más tensionado del litoral, al objeto de establecer un tratamiento integrado que permita compatibilizar el desarrollo de un ámbito que se considera esencial para nuestro sistema productivo, con su sostenibilidad económica y ambiental».

A la par que, centrada en los objetivos generales del PPCLA, y atendiendo a lo dispuesto en el apartado 1. Objetivos de la Memoria de Ordenación, la Sentencia entiende que éstos abundan en el entendimiento que contiene, así transcribe los objetivos generales recogidos en el referido documento, centrados, como se indicaba líneas atrás, en la necesidad de establecer criterios y determinaciones para la protección, conservación y puesta en valor de las zonas costeras andaluzas desde objetivos de perdurabilidad y sostenibilidad. Objetivo general que se desarrolla a través de cinco objetivos específicos, como también transcribe «...1. Preservar de la urbanización las zonas con valores ambientales, naturales, paisajísticos, culturales, agrícolas y forestales de los espacios litorales; 2. Evitar la consolidación de nuevas barreras urbanas entre los espacios interiores y los del sistema litoral; 3. Armonizar la regulación del suelo no urbanizable en el ámbito del Plan; 4. Favorecer la biodiversidad a través de continuidad de los espacios del interior con el litoral; 5. Propiciar el mantenimiento del litoral como recurso turístico básico evitando su consolidación con nuevos usos residenciales estacionales».

Consecuencia de todo ello, es el desarrollo de los anteriores objetivos a través de actuaciones de consecuencias de diversa índole: urbanísticas (con la finalidad de evitar la consolidación de un continuo edificado que podría llegar a cubrir una parte sustancial de la línea de costas y armonizar la regulación de suelo no urbanizable estableciendo los criterios y directrices para su preservación); patrimoniales (cuyo objeto es preservar los espacios costeros por sus valores paisajísticos, naturales y culturales); y ambientales (cuyo fin es posibilitar la preservación del medio costero y asegurar la continuidad entre los ecosistemas terrestres y marítimos).

Estas cuestiones reafirman, como recoge el F. D. Décimo de la Sentencia, el entendimiento que sostiene, esto es, en la medida en que «...el PPCLA asume la orientación política en general de ordenación del territorio, y especialmente, en la medida en que su normativa contiene sus propias directrices políticas para regular la actividad de gobierno de protección del corredor litoral andaluz», la conclusión en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo, es «...que el Decreto 141/2015, de 26 de mayo, de aprobación definitiva del Plan de Protección del Corredor del Litoral de Andalucía, **no puede considerarse despacho ordinario de asuntos públicos, debido a que por su clara y meridiana orientación política y su vocación y proyección de futuro, excede del indicado concepto y condiciona y compromete al nuevo Gobierno, con independencia de que el nuevo Gobierno, estuviese sustentado por el mismo partido político, sin que pueda ampararse la aprobación en la naturaleza de disposición general del instrumento de ordenación y en el interés general que en abstracto ostentan las disposiciones generales, en la medida en que el indicado interés general no sufriría por demorarse la aprobación escasamente un mes, hasta la toma de posesión del nuevo gobierno...**».

Tampoco entiende la Sala que el hecho de que la formulación y aprobación del PPCLA viniese impuesta por el legislador, en concreto en la LOTA, constituya motivo para eliminar la orientación política de la aprobación del instrumento, bien al contrario, considera que lejos de enervar la orientación política, la reafirma, toda vez que, como señala la Sentencia en su F. D. Décimo, «...el PPCLA como instrumento jurídico de realización de la planificación del territorio, es la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de la sociedad en el corredor litoral de Andalucía ... el PPCLA asume la orientación política en general de ordenación del territorio, por ser un instrumento jurídico previsto en la Ley 1/1994 y, especialmente, contiene directrices políticas de protección del litoral. Por tanto, **la previsión en la Ley 1/1994 de**

la aprobación y formulación del PPCLA, que en su propia orientación política es autónomo, por lo que la referida previsión en la Ley 1/1994, lejos de enervar las orientaciones políticas, lo que hace es reafirmarlas».

Desde el entendimiento anterior, resulta cuestionable, al menos, desde un punto de vista del análisis formal del instrumento, como lo hace la Sentencia, la afirmación contenida en sus F. D. Octavo y Noveno, conforme a la cual, el PPCLA constituye un ejercicio de la potestad normativa atribuida constitucional y estatutariamente al Gobierno autonómico que implica de «manera palmaria» el establecimiento de una nueva orientación política, en la medida en que el plan se aparta consciente y públicamente de los planes de ordenación de ámbito subregional ya existentes y en vigor e incluso del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, alterando radicalmente los objetivos y la finalidad de la política territorial en el ámbito del litoral andaluz y, consecuentemente, modificando de manera sustancial las directrices y determinaciones de dichos instrumentos.

Sobre este particular, parece adecuado detenerse. La determinación del modelo territorial para el conjunto autonómico viene, como se indicaba, atribuido al POTA, así el art. 6 de la LOTA le confiere la potestad para establecer los elementos básicos para la organización y estructura del territorio de la Comunidad Autónoma, siendo, además, el marco de referencia territorial para los demás planes regulados en la propia ley, esto es, el propio PPCLA y los POTS, así como para los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio, e incluso para la acción pública en general. Este aspecto, se vuelve a evidenciar en el propio art. 42 de la LOTA, así en su aptdo. 1, al PPCLA le viene atribuido establecer objetivos, criterios y determinaciones para la protección, conservación y puesta en valor de las zonas costeras de Andalucía, si bien con un límite: en el marco de lo establecido en el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía para el dominio litoral.

A mayor abundamiento, el marco en que ha de desarrollarse el PPCLA debe someterse a las propias previsiones del POTA, instrumento por el que resulta vinculado a tenor del propio art. 22 de la LOTA, que sitúa a éste en la cúspide del sistema de jerarquía de los instrumentos.

En consecuencia, modificar de manera sustancial, como se llega a afirmar por la Sentencia, las directrices y determinaciones del POTA conllevaría la vulneración del principio de jerarquía normativa y del principio de legalidad, ambos consagrados en el art. 9.3 de la CE.

3.3.4. Sobre la posible concurrencia de razones de urgencia o de interés general en la aprobación del PPCLA

Partiendo del entendimiento de que la aprobación del PPCLA constituye una decisión que excede lo que, conforme a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, ha de interpretarse por despacho ordinario de los asuntos públicos que puede llevar a cabo un Gobierno en funciones, la Sentencia dedica sus F. D. Undécimo, Duodécimo y Decimotercero, a valorar la posible concurrencia de razones de urgencia o de interés general en el Decreto aprobado, lo que conforme a lo previsto en el propio art. 21.3 de la Ley del Gobierno, pudiera amparar la aprobación del plan.

Pues bien, la conclusión que sobre esta cuestión tiene la Sala insiste nuevamente en lo hasta aquí analizado: no concurrían concretas razones de urgencia o interés general que, en su caso, hubiesen amparado la aprobación del PPCLA por el Gobierno en funciones, y todo ello pese a su contenido político.

Aunque, según se desprende del F. D. Undécimo, obraba en el expediente administrativo un informe de 25 de mayo de 2015 de la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Cambio Climático, en el que se aducen razones de urgencia e interés general relativas a la aprobación del PPCLA por el Consejo de Gobierno, esto no hace más que, al entender de la Sala, corroborar el convencimiento de la propia Administración del carácter político que revestía la aprobación del instrumento a la par que el reconocimiento expreso de las limitaciones que para la adopción de acuerdos tenía en ese momento el Consejo de Gobierno. Las concretas razones de urgencia e interés general aducidas en el citado informe, conforme a la meritada Sentencia, son:

- «1) *La elaboración del Plan se ha llevado a cabo conforme a los trámites preceptivos establecidos en las normas de aplicación y se encuentra actualmente ultimada, pendiente exclusivamente del acto de aprobación por el Consejo de Gobierno, todo ello en el plazo de dos años y seis meses legalmente establecido.*
- 2) Razones de urgencia justifican la aprobación antes del 27 de mayo de 2015, fecha límite del plazo fijado, ya que de otro modo se estaría incumpliendo una disposición legal con las consecuencias jurídicas que de ello pudieran derivarse respecto de la nulidad del Plan en un posible recurso contencioso administrativo.

- 3) De otra parte, la no aprobación del Plan en el plazo fijado motivaría el levantamiento de la suspensión cautelar establecida por el Decreto Ley 5/2012, de 27 de noviembre, respecto de la aprobación de instrumentos de planeamiento de desarrollo en zonas protegidas por el nuevo instrumento, lo que incrementaría los gastos derivados de posibles indemnizaciones en el caso de aprobarse el Plan con posterioridad, en los siguientes supuestos:
 - *Sectores de suelo urbanizable sin Plan Parcial aprobado que podrían iniciar su tramitación, con un total de 46 sectores (30 sectorizados y 16 no sectorizados), una superficie aproximada de 2000 hectáreas con capacidad para unas 31.000 viviendas.*
 - *Sectores de suelo urbanizable con Plan Parcial aprobado, a los que si bien no les afecta la suspensión, podrían iniciar materialmente su ejecución. Esto sería el caso de los Planes Parciales de Valdevaqueros y Los Lances en Tarifa y El Cañar y el Camillar en Carboneras, próximos al “El Algarrobico”, ubicados todos en zonas de gran valor ambiental.*
- 4) En definitiva, la no aprobación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, en el plazo legalmente establecido dejaría sin efecto el objeto de salvaguardar intereses generales sujetos a la tutela de la Comunidad Autónoma presentes en este ámbito, ya que impediría la protección y puesta en valor de la franja costera e imposibilitaría un desarrollo urbanístico sostenible adecuado a la capacidad de acogida del territorio.».

Motivos, todos ellos, que al parecer de la Sala no son suficientes para justificar la aprobación del PP-CLA. Pero además, a mayor abundamiento, insiste en que ni siquiera (y pese a, debe insistirse, ser conocidos por la Administración y constar un informe en el que se ponía de manifiesto) fueron objeto de motivación *in alliumde* o *per relationem* en el documento de aprobación del plan, lo que sin duda no hubiera generado mayor complejidad al constar expresamente en el expediente de tramitación del PPCLA.

Sobre las premisas anteriores, la Sala concluye en su F. D. Decimotercero que el Decreto 141/2015, de 26 de mayo, que aprueba el PPCLA «...no menciona ni justifica razón alguna de urgencia o interés general que motivaran la aprobación por el Gobierno en Funciones, tal y como exige el art. 37 de la Ley 6/2006. “No sólo no justifica la aprobación en las indicadas razones, sino que ni tan siquiera menciona, remite o reenvía al contenido del informe de 25 de mayo de 2015, de la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Cambio Climático”», abundando en la idea que recoge expresamente, «“las razones de urgencia y de interés general que contiene el mentado informe de 25 de mayo de 2015”, recogidas en el fundamento de derecho undécimo de la presente sentencia, “no se sostienen jurídicamente”. No puede justificarse como razón de urgencia la aprobación antes del 27 de mayo de 2015, fecha límite del plazo fijado (2 años y 6 meses), ya que de otro modo se estaría incumpliendo una disposición legal con las consecuencias jurídicas que de ello pudieran derivarse respecto de la nulidad del Plan en un posible recurso contencioso administrativo...».

Además, analiza el instituto de la caducidad en la aprobación de planes territoriales, en referencia a las consecuencias que, aducidas por la demandada, se habían producido por la aprobación «tardía» del instrumento, con remisión a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 8 de marzo de 2012, que estimando el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía, contra la Sentencia de 6 de marzo de 2008, de la propia Sala sentenciadora, estimó el recurso que, en la instancia, había declarado la nulidad del Decreto por el que se aprobó el Plan de Ordenación del Territorio del Litoral Occidental de Huelva, recordando que la caducidad «...no es aplicable a los instrumentos de ordenación que participan de la naturaleza de disposiciones de carácter general».

Finalmente, la Sala procede a estimar el recurso planteado, sustentado en «la falta de competencia del Gobierno en funciones para la aprobación del PPCLA, lo que conlleva la nulidad de pleno derecho del Decreto 141/2015, de 26 de mayo de conformidad con lo dispuesto en el art. 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, entonces vigente».

4. REFLEXIONES FINALES

A modo de conclusiones, es adecuado detenerse en un conjunto de aspectos que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 7 de septiembre de 2017, vuelven a poner de actualidad, pese a que no son ni mucho menos, una novedad.

La nulidad del PPCLA vuelve a poner encima de la mesa un espinoso tema que no es, por desgracia, exclusivo de Andalucía como tampoco lo es de la planificación territorial. Desde hace años, a la compleja labor que supone la aprobación de un instrumento de planificación territorial, se suma un segundo «filtro», la revisión por nuestros tribunales. Con la doctrina jurisprudencial actual puede devenir casi en una «misión imposible» pero lo que es peor, puede tardar años en llegar. En suma, la nulidad del PPCLA es consecuencia de la doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal Supremo que mantiene la consideración de disposición de carácter general de los planes y con ello la aplicación de lo dispuesto en el ya derogado art. 62.2 de la Ley 30/1992 y hoy regulado en el art. 47.2 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, lo que lleva a que cualquier vulneración, sea de fondo o de forma, en el plan, tiene la misma consecuencia jurídica: su nulidad de pleno derecho.

Consecuencia de lo anterior, es que se desconoce la idoneidad o no del modelo por el que apuesta el PPCLA, ya que precisamente al ser una cuestión formal la que determina su nulidad, se imposibilita entrar al fondo del instrumento lo que, en su caso, posibilitaría un pronunciamiento sobre este particular. Este hecho se viene reiterando en el tiempo en los diferentes instrumentos, tanto territoriales como urbanísticos, que anulados por aspectos formales no son enjuiciados en relación a los modelos, propuestas, objetivos y directrices que plantean, esta cuestión podría dar lugar a que, tramitados y aprobados de nuevo y, salvado el escollo de las posibles vulneraciones formales, se enfrentasen a un cuestionamiento en cuanto al fondo. Si a lo anterior, se añade los largos períodos temporales que requiere la tramitación y aprobación de cualquier instrumento de estas características y la conocida lentitud del orden contencioso-administrativo, nos encontramos ante un problema de seguridad jurídica de los planes que afecta no sólo a la Administración competente, sino también a otras tantas que quedan vinculadas por lo allí establecido, y junto a éstas, a la ciudadanía en general.

De manera particular, la Sentencia analizada, sustenta su fallo en la doctrina señalada que a la postre centra el debate en la interpretación de lo que la propia resolución judicial reconoce como concepto jurídico indeterminado, qué ha de entenderse o qué integra el concepto «despacho ordinario de asuntos». Al margen de la oportunidad e incluso conformidad con el modelo planteado por el PPCLA, la cuestión que nuevamente subyace son los efectos que la nulidad de un plan acarrea y las trabas que supone para el logro del modelo territorial en el que traen causa, lo que vuelve a poner encima de la mesa el debate sobre la necesidad de modular la doctrina mantenida sobre la nulidad y anulabilidad de los planes, territoriales o urbanísticos, y sus efectos desproporcionados, frente a las cada vez mayores voces que plantean la necesidad de la subsanación y conservación de trámites.

Cuestión distinta, debe insistirse, sería sí el fallo se sustentará en el fondo del modelo planteado por el PPCLA y su posible, como también apunta la Sentencia analizada, afectación a los objetivos y la finalidad de la política territorial en el ámbito del litoral andaluz por apartarse de los POTS preexistentes e incluso del propio POTA.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, E. (1997): "El Gobierno en funciones", *Documentación Administrativa*, núm. 246-247 (septiembre 1996-abril 1997), págs. 191-218.
- BARRAGÁN MUÑOZ, J. M. (1993): "Perspectiva regional de la ordenación, planificación y gestión del espacio litoral. El caso andaluz", *Revista de Estudios Regionales*, núm. 37, págs. 129-138.
- BENABENT F. DE CÓRDOBA, M. (2006): *La Ordenación del Territorio en España: evolución del concepto y de su práctica en el siglo xx*. Sevilla: Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía y Universidad de Sevilla.
- HILDENBRAND SCHEID, A. (1996): *Política de Ordenación del Territorio en Europa*. Sevilla: Universidad de Sevilla. Consejería de Obras Públicas y Transportes.
- HILDENBRAND SCHEID, A. (2002): "La política territorial de la Junta de Andalucía (1982-2002). Análisis de su implementación, balance y propuestas". Ponencia XX Aniversario del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Jornadas de Estudio organizadas por el Parlamento de Andalucía, Jerez de la Frontera, 6, 7 y 8 de marzo de 2002.
- GONZÁLEZ FUSTEGUERAS, M. A. (2017): "Luces y sombras de la ordenación del territorio en Andalucía. Nuevas perspectivas", *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 147 (Ejemplar dedicado a: La ordenación del territorio en Andalucía).
- GUILLÉN LÓPEZ, E. (2002): *El cese del gobierno y el gobierno en funciones en el ordenamiento constitucional español*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

- LA CALLE, A. (2013): “Derecho y políticas ambientales en Andalucía”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. IV, núm. 1, págs. 1-14.
- MARTÍN VALDIVIA, S. M. (2013): “La protección del litoral andaluz y otras medidas de urgencia: entre la necesidad y el oportunismo”. *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 27, págs. 51-89.
- NARANJO DE LA CRUZ, R. (2001): “Las causas de cese del gobierno en el ordenamiento constitucional español”, *Cuestiones constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 36-37, págs. 23-48.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2016): *Estudios Jurídicos sobre el litoral*. Tirant Lo Blanch.
- PÉREZ ANDRES, A. A. (1998): *La ordenación del territorio en el estado de las autonomías*. Marcial Pons.
- RANDO BURGOS, E. (2016): “La relevancia del procedimiento de tramitación de los instrumentos de planificación territorial: la nulidad del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol de Málaga por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2015”, en *Actas VIII Congreso Internacional de Ordenación del Territorio*, Fuerteventura, mayo 2016. Editado por Asociación Interprofesional de Ordenación del Territorio, Fundicot, Madrid, 2016, págs. 925-936.
- RANDO BURGOS, E. (2018a): *Áreas de oportunidad y ordenación del territorio en Andalucía*. Inédito, pendiente de publicación. Sevilla. Instituto Andaluz de Administración Pública. Junta de Andalucía.
- RANDO BURGOS, E. (2018b): “La atención al medio ambiente desde la ordenación del territorio: una visión general desde el marco legislativo autonómico”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 81, julio 2018, págs. 121-156. Disponible <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/comentario-legislativo-la-atencion-al-medio-ambiente-desde-la-ordenacion-del-territorio-una-vision-general-desde-el-marco-legislativo-autonomico/>.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (1988): “El Gobierno en funciones”, *Gobierno y administración en la Constitución*. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, vol. 2, págs. 1.501-1.524.
- RODRÍGUEZ VIDAL, J. y NUÑEZ LOZANO, M. C. (2015): *Litoral de Andalucía: normas y naturaleza*. Huelva: Universidad de Huelva.
- SERRANO LÓPEZ, J. E. y SERRANO MORENO, J. E. (2016): “La (in)sostenibilidad económica y financiera del plan de protección del corredor litoral de Andalucía”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 306, Madrid, junio (2016), págs. 69-103.
- ZAMORANO WISNES, J. (2013): “Comentarios al Decreto-Ley 5/2012 de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía”, *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, págs. 149-186.
- (2016): “La ordenación del litoral en Andalucía. El Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía”, en NÚÑEZ LOZANO, M. C. (dir.), *Estudios Jurídicos sobre el litoral*, Tirant Lo Blanch, págs. 87-130.
- ZOIDO NARANJO, F. (2011): “Ordenación del territorio en Andalucía”, *Cuadernos Geográficos*, núm. 47 (2010-2), págs. 189-221.

Otras fuentes

- CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, Junta de Andalucía (página web). Disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/site/portalweb/menuitem.6ffc7f4a4459b86a1daa5c105510e1ca/?vgnnextoid=b45e6b7bf3d34510VgnVCM2000000624e50aRCRD>.



La distinta aplicación del derecho interno e internacional ante las reclamaciones del sector de las renovables por la reforma eléctrica

The different application of domestic and international law in light of the claims of the renewables sector for the electrical reform

José Antonio Blanco Moa
Universidade de A Coruña
josebm712@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Abogado en el despacho Caamaño, Concheiro y Seoane, Abogados. Licenciado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidade de A Coruña, actualmente realiza en la misma institución el Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano, siendo sus líneas de investigación el derecho de la energía, derecho del agua y concesiones administrativas.

RESUMEN

Recientemente en España se ha llevado a cabo una honda reforma legislativa del sector eléctrico. Esta ha reducido considerablemente el apoyo estatal al sector de las energías renovables. Por esta razón, los productores de energías renovables realizaron reclamaciones contra el Estado español por los daños causados por este cambio legislativo.

Las reclamaciones se efectuaron ante tribunales nacionales e internacionales. Los primeros están rechazando estas reclamaciones basándose en el concepto de riesgo regulatorio. Mientras, en cuanto a los segundos, el CIADI ha resuelto recientemente la primera controversia al respecto, fallando a favor de los inversores. Este laudo arbitral basa su argumentación jurídica en el incumplimiento por parte del Estado español del Tratado sobre la Carta de la Energía.

De este modo, el análisis realizado en este artículo permite identificar la existencia de un trato diferenciado del tema en función de la aplicación del derecho interno o del internacional, lo que puede suponer unas importantes consecuencias para el sector.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje internacional; energía renovable; reforma eléctrica; riesgo regulatorio.

ABSTRACT

Recently in Spain a deep legislative reform of the electrical sector has been carried out. This fact has considerably reduced state support for the renewable energy sector. For this reason, renewable energy producers claimed damages caused by this legislative change against the Spanish State.

The claims were made before national and international courts. The former are rejecting these claims on the basis of the concept of regulatory risk. Meanwhile, with regard to the latter, ICSID has recently decided the first controversy in this respect, failing in favour of investors. This arbitration decision bases its legal argumentation on the breach of the Energy Charter Treaty by the Spanish State.

Thus, the analysis undertaken in this article allows identifying the existence of a differential treatment of the subject depending on the application of domestic or international law, which may have important consequences for the sector.

KEYWORDS

International arbitration; renewable energy; electrical reform; regulatory risk.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA REFORMA ELÉCTRICA: EL OBJETO DE LA CONTROVERSI. 1.1. MARCO DE PARTIDA. 1.2. LA REFORMA ELÉCTRICA. 3. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA REFORMA ELÉCTRICA. 3.1. EL RIESGO REGULATORIO COMO PIEDRA ANGULAR. 3.2. SEGURIDAD JURÍDICA. 3.3. CONFIANZA LEGÍTIMA. 3.4. IRRETROACTIVIDAD. 4. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. 4.1. LA NORMA INTERNACIONAL BÁSICA: EL TCE. 4.2. TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES: EL CIADI. 4.3. EL LAUDO ARBITRAL DEL CIADI ARB/13/36 DE 26 DE ABRIL DE 2017. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

El sector de las energías renovables en España gozó históricamente de un importante apoyo estatal desde que la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico contempló un marco regulador específico. Esta normativa sufrió varias reformas en la primera década del siglo XXI, que se caracterizaron por el apoyo estatal al sector; tratando de cumplir con los objetivos marcados desde la Unión Europea. De este modo, las renovables vivieron un gran auge durante estos años, hasta el punto de que España se convirtió en una de las naciones más punteras en este campo.

El panorama cambió drásticamente con la reforma del sector eléctrico comenzada en el año 2012, luego del cambio de gobierno producido tras las elecciones del 20 de noviembre de 2011. Esta reforma ha desembocado en la derogación de la Ley 54/1997, por medio de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que se ha convertido en la nueva norma de cabecera del sector. Por este motivo, el apoyo a las energías renovables ha sufrido recortes de gran calado, lo que ha implicado fuertes protestas. Muchos de los inversores decidieron reclamar judicialmente los perjuicios ocasionados por este cambio normativo. Unos lo hicieron ante los tribunales nacionales del Estado español y otros ante tribunales arbitrales internacionales.

Uno de estos tribunales arbitrales, el del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), notificó el pasado 4 de mayo de 2017 el laudo arbitral de referencia ARB/13/36 de 26 de abril de 2017 que enfrentaba a las empresas Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg, S.à.r.l. contra el Reino de España. Esta es la primera resolución en la que el CIADI aborda el tema de la reforma eléctrica en España en lo relativo al campo de las renovables –en este caso la energía solar concentrada–. En su fallo se condena al Estado español a indemnizar a las empresas reclamantes por los daños sufridos por motivo del cambio normativo.

Este laudo, si bien es el primero, dista de ser el último, ya que en la actualidad hay 30 demandas interpuestas ante este organismo, siendo la última la presentada por el grupo empresarial japonés Itochu Corporation.

En noviembre de 2017 estas reclamaciones, unidas a las efectuadas ante otros tribunales arbitrales como el de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL por sus siglas en inglés) o el de la Cámara de Comercio de Estocolmo, fueron cuantificadas, sin incluir intereses ni costas judiciales, en 7.566 millones de euros por el Ministerio de Justicia ante las preguntas parlamentarias de los diputados de Unidos Podemos Rosa Martínez (Equo) y Josep Vendrell (En Comú)¹. No obstante, desde ese entonces se presentaron algunas demandas más ante el CIADI, como la citada del grupo japonés Itochu Corporation.

¹ Sobre esto se puede ver: https://elpais.com/economia/2017/11/10/actualidad/1510308759_155521.html [Fecha de consulta: 6 de abril de 2018].

Con esta resolución, el derecho internacional se aparta de la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta temática, dando lugar a dos tipos de derecho aplicable distintos en función de que la situación jurídica sea resuelta por tribunales nacionales o internacionales.

En las siguientes líneas se expondrán las posturas mantenidas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, y por los tribunales internacionales; en especial por el CIADI en su laudo arbitral ARB/13/36, de 26 de abril de 2017.

1. LA REFORMA ELÉCTRICA: EL OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1.1. Marco de partida

Desde la década de los noventa las cuestiones medioambientales empezaron a cobrar importancia en las políticas energéticas de la Unión Europea, favoreciendo el crecimiento del sector de las energías renovables. Con el Tratado de Maastrich de 1992 se introdujeron las competencias de la Unión Europea en materia energética. Posteriormente, en 1996 se publicó el Libro Verde sobre energías renovables y en 2001 el Libro Blanco junto con la Directiva 2001/77/CE, donde ya se concretaban ciertas metas. Con esto, el sector empezó a estar más presente en las políticas energéticas. De este modo, la Comisión estableció como objetivo indicativo para 2010 que la energía final procedente de fuentes renovables fuese por lo menos del 12% del consumo interior bruto de energía.

A su vez, en 2007 se publicó el documento *Una política energética para Europa*, en donde se introdujeron los denominados objetivos 20/20/20. Estos objetivos implican que en el año 2020 se reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero en un 20% respecto a los niveles de 1990 –pueden implicar una reducción de hasta el 30% de cumplirse ciertas condiciones–, que el 20% de la energía consumida provenga de fuentes renovables y que se mejore la eficiencia energética en un 20% (Sevilla Jiménez et al., 2013: 37). En consonancia con estos objetivos, en 2008 se aprobó el denominado como «primer paquete de energía y clima», del que sus normas principales han sido: a) la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, que marca como objetivo un 20% de energías renovables en el consumo comunitario total, b) la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa al comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, c) la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono, y d) la Decisión núm. 406/2009/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero (Del Guayo Castiella, 2014: 37-38).

Esta normativa le otorga a los Estados miembros un gran margen de discrecionalidad a la hora de realizar su concreta regulación. Ha sido en este margen en el que el Estado español se ha movido para efectuar sus diversos desarrollos legislativos (Mingorance Martín, 2013: 145-147).

Además, esto se debe contextualizar en el ámbito de la firma del Protocolo de Kioto de 1997 sobre el cambio climático. En este tratado un gran número de países se comprometió a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera. Una buena forma de hacer esto era el desarrollo de las energías renovables. Sin embargo, estas energías no eran competitivas ante las convencionales, por lo que parte de los gobiernos que apostaron por este sector, entre los que se incluyó el español, decidieron apoyarlo económicamente (Sáenz De Miera et al., 2008: 3.345-3.346).

Por ello, la Administración española ha favorecido de forma constante el crecimiento del sector de las energías renovables desde la década de los noventa con regulaciones benévolas.

La principal norma de esta época fue la Ley 54/1997. Con su entrada en vigor, como cambio trascendental, se liberalizó el mercado primario de energía. La otra característica clave de esta regulación fue el apoyo al régimen especial –en el que se incluían las renovables–, en la búsqueda de cumplir con los objetivos comunitarios para el año 2010. De hecho, en su disposición transitoria decimosexta se acordó establecer un Plan de Fomento de las Energías Renovables a fin de que para el año 2010 estas cubriesen, como mínimo, el 12 por 100 del total de la demanda energética de España. En el desarrollo de la Ley 54/1997 se pueden distinguir tres claros períodos, dentro de los cuales destacó un Real Decreto central sobre el que se basó el resto de normativa.

El primer período reglamentario se encuadra entre los años 1998 y 2004. En este, la norma principal fue el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre. Aquí, el sistema retributivo elegido estableció en su base central una elección entre dos alternativas. Por un lado, los productores podían acudir al mercado

y en él, además del precio al que consiguieran vender la energía, obtener una prima fija por encima de los ingresos propios de la venta. Mientras, la otra alternativa se basaba en la venta de energía a las empresas abastecedoras, que estaban obligadas a comprarla preferentemente, por lo que percibían un precio fijo total distinto del de mercado. Este precio también era ajustado anualmente y permitía a los generadores predecir con mayor exactitud sus ingresos, puesto que no dependían de la fluctuación del mercado.

El segundo bloque normativo se construyó sobre el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, abarcando el período de 2004 a 2007. Esta norma, en su exposición de motivos, explicaba que nacía con el objetivo de otorgar un marco regulatorio duradero, objetivo y transparente. Así pues, se trató de reforzar el carácter previsible de la remuneración y la estabilidad del sistema, eliminando revisiones de tarifas retroactivas y garantizando la rentabilidad de las inversiones con un nuevo método de retribución. Esta forma de retribución implicaba, de nuevo, una elección entre dos alternativas diferentes. De este modo, los productores podían acudir al mercado, que tenía mayores riesgos, pero también mayores posibilidades de ganancia, o no hacerlo. La diferencia con la retribución del Real Decreto 2818/1998 residía en la venta a los distribuidores –en lugar de directamente al mercado–. Esta pasó a recibir una remuneración referenciada indirectamente al mercado, incentivándose que los productores acudiesen a la opción de mercado (Del Río González, 2008: 2.918-2.926).

El Real Decreto 436/2004 fue derogado por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo. Este último constituyó la norma básica por la que se rigió el tercer período de desarrollo de la Ley 54/1997, y que abarcó desde 2007 hasta la reforma eléctrica. Con este cambio normativo se introdujeron ciertos mecanismos de revisión en el régimen de retribución, buscando aportar seguridad jurídica al sistema. Una vez más, la norma permitía dos opciones de venta de energía. Por un lado, se podía seguir con la tarifa regulada como en la anterior normativa. Mientras, la opción de acudir al mercado variaba. Así, eligiendo esta, se podía vender la energía a través del sistema de ofertas gestionado por el OMIE, a través de una contratación bilateral o a plazo, o a través de una combinación de todo esto, contando con una prima a mayores. Al igual que con la anterior normativa, se trató de alentar a los productores para que acudiesen al mercado (Ruiz Olmo y Delgado Piqueras, 2014: 83-84).

1.2. La reforma eléctrica

Durante estos años de continuo apoyo estatal al sector de las energías renovables, el sistema eléctrico español ha acumulado un déficit tarifario considerable. Este se puede definir como la diferencia entre los ingresos que las empresas distribuidoras de energía reciben de los pagos cobrados a los consumidores por la tarifa regulada y los costes reconocidos por la normativa (Fabra Utray, 2012: 52). Dichos costes incluyen el coste de producir, transportar, distribuir y comercializar la electricidad, los impuestos, un concepto específico destinado a reducir este déficit y unos costes que se fueron asociando a la tarifa por diversos motivos. Estos últimos se dividen en: a) costes por prestaciones sociales tales como subsidios al consumo de carbón nacional, b) costes provocados por las políticas de cohesión territorial como pueden ser los pagos que se hacen a los generadores de electricidad en las islas, y c) costes derivados de decisiones de política económica y medioambiental, donde se encuentran las primas pagadas a las energías renovables (Sallé Alonso, 2012: 102-103).

Por su parte, los ingresos que las empresas eléctricas reciben de los consumidores no solo se componen del precio pagado por la energía consumida, sino que también contienen una tarifa de acceso en la que se incluyen peajes correspondientes tanto al transporte como a la distribución, así como primas al régimen especial y otros costes de abastecimiento (Montes Pérez del Real, 2012: 235).

Doctrinalmente existe cierto debate acerca de la influencia de las energías renovables en el déficit tarifario. Algunos autores consideran que este se debe a otros factores más relacionados con las peculiares características del sector eléctrico, tales como la inexistencia de un auténtico mercado libre (Garcés Sanagustín, 2014: 48). Sin embargo, desde la Administración se señaló a las energías renovables como una de las principales culpables del déficit. Este argumento se empleó para explicar la necesidad de la reforma eléctrica y la bajada de la remuneración otorgada a este sector.

La reforma eléctrica, si bien se tiende a situar temporalmente en el cambio de gobierno estatal a finales del año 2012, ya encuentra sus primeras normas controvertidas unos años antes. Dentro de estas se debe citar el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, y el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre. Estas normas significaron la primera variación relevante respecto a la política pro renovables y, en especial,

afectaron a la energía fotovoltaica. La primera de ellas redujo las primas de la energía fotovoltaica, pasando la vida útil en la que podían percibirla de 30 a 25 años. No obstante, esto se rectificó mediante la Disposición final cuadragésima cuarta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que elevó nuevamente el plazo a 30 años. Mientras, el Real Decreto-Ley 14/2010 introdujo peajes a todos los productores por verter la energía a la red y limitaba las horas equivalentes de la energía fotovoltaica –con la consiguiente disminución de la retribución–.

Un mayor calado se apreció en las normas adoptadas en el 2012. Dentro de estas destacan el Real Decreto 1/2012, de 27 de enero, por el que se produjo la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovable y residuos, y la Ley 15/2012 de 27 de diciembre, que estableció un impuesto del 7% a los productores y eliminó las primas a la electricidad generada con gas.

En el año 2013, se aprobó el Real Decreto-Ley 2/2013, de 1 de febrero, que seguía tratando de corregir los desajustes entre ingresos y costes en el sector eléctrico. Este introdujo ciertas reducciones a la baja en la remuneración al régimen especial y cambió la actualización de las tarifas según el IPC por un índice de referencia más bajo. Esta norma, al igual que había sucedido con el Real Decreto-Ley 14/2010, fue objeto de recurso de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional, en su sentencia de Pleno 183/2014, de 6 de noviembre (RTC 2014\183), no dictaminó sobre la posible inconstitucionalidad por pérdida sobreenvenida del recurso –al igual que había sucedido en la sentencia sobre el Real Decreto-Ley 14/2010–, debido a que la norma había sido derogada antes de la resolución (Barnés Vázquez y Pérez de Ayala Becerril, 2015: 215-216).

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, en su exposición de motivos recoge que su realización responde al «carácter insostenible del déficit del sector eléctrico y de su necesidad de adoptar medidas urgentes de vigencia inmediata que permitan poner fin a esta situación». En él se lleva a cabo una reconsideración del régimen especial y de su remuneración (Galán Vioque, 2014: 80-81).

La nueva retribución ha pasado a ser determinada por lo que se obtenga de la venta de energía en el mercado más una retribución específica por unidad de potencia instalada. Con esto se ha buscado cubrir los costes no recuperables en el mercado de una instalación tipo ocasionados por la inversión inicial (Gómez-Ferrer Rincón, 2014: 80-81). La Administración, para calcular esta retribución, se ha basado en datos estándar de ingresos, costes de explotación e inversión iniciales para una empresa eficiente y bien gestionada, desligándose de la productividad particular de cada planta. Esto tiene en el concepto de rentabilidad razonable su punto de referencia. Esta rentabilidad se calcula sobre la base de los bonos españoles a diez años más un diferencial, que actualmente es del 3%, y es lo que se considera que cada instalación debe percibir a lo largo de su vida útil. De este modo, para su cálculo también se incluyen las cantidades percibidas en ejercicios anteriores. Finalmente, el último aspecto destacable de la nueva remuneración es la revisión de los parámetros retributivos cada seis años.

En cuanto a las instalaciones ya existentes, se les aplicó esta normativa de un modo similar al de las nuevas instalaciones, pero gozaron de un régimen transitorio que acabó resultando problemático. Este consistía en la aplicación mayoritaria de la normativa anterior hasta que se aprobasen las disposiciones necesarias para la plena aplicación del Real Decreto. Por ello, la remuneración a las renovables en estas fechas implicó liquidaciones a cuenta amparadas por este régimen transitorio. Posteriormente, una vez aprobada la nueva normativa, estas liquidaciones fueron objeto de regularización, implicando derechos de cobro u obligaciones de pago y dando lugar a debate sobre la existencia de retroactividad en la medida.

Todos estos cambios prepararon el camino para la aprobación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que se convirtió en la nueva norma principal del sector. En esta Ley se concretan más las revisiones del sistema retributivo que introdujo el Real Decreto-Ley 9/2013, aunque no se acabaron de definir por completo.

Este mayor detalle de la nueva remuneración se introdujo con el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, donde se contiene la fórmula básica de retribución a los generadores de renovables. Dicha fórmula aparece más detallada en la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio.

Todas estas normas, salvo el Real Decreto 1565/2010 y el Real Decreto-Ley 14/2010, centraron el debate en el comentado laudo arbitral del CIADI, de 26 de abril de 2017. Además, también dieron lugar a una amplia jurisprudencia nacional, que, frecuentemente, ha llegado a unas conclusiones distintas a las del laudo arbitral del CIADI.

2. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA REFORMA ELÉCTRICA

2.1. El riesgo regulatorio como piedra angular

Las reclamaciones de particulares, empresas y otras entidades² que se realizaron sobre el paquete normativo comentado en el apartado anterior fueron en su práctica totalidad desestimadas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. El concepto central en el que se basaron ambos tribunales ha sido el de riesgo regulatorio.

Este concepto, creado por la jurisprudencia, encuentra su origen a finales de los años ochenta y principios de los noventa, en los denominados sectores regulados –como lo es el energético–. Los mismos, que fueron liberalizados en esa época, eran sectores estratégicos, por lo que precisaban de una importante regulación estatal. Esto se debía a la necesidad de defender ciertos intereses generales, normalmente mediante las obligaciones de servicio público (González Ríos, 2014: 215-216).

Es en el seno de esta regulación de marcado carácter económico donde hay que entender el concepto de riesgo regulatorio. Este se define como la posibilidad existente de que las normas básicas de un determinado sector –regulado– varíen, y con eso se frustren las estrategias y expectativas de los operadores de ese sector, fundadas en la regulación anterior.

El riesgo regulatorio, además, permite que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima se vean reducidos. En la doctrina establecida por el Tribunal Supremo este riesgo se le impone a los operadores privados del sector, que tienen la obligación de soportarlo como una carga (Rodríguez Bajón, 2012: 189-192).

Sobre la posible vulneración de estos principios, junto con el de irretroactividad normativa, es en lo que centran los argumentos jurídicos los tribunales españoles al estudiar los temas relativos a la reforma eléctrica y las energías renovables.

Además, en varias de las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha abordado este asunto, también hizo referencia al Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE en adelante), aunque no ha profundizado demasiado en dicha norma. Un ejemplo se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo 2131/2016, de 3 de octubre (RJ\2016\4854) que afirmó que el TCE no ha sido vulnerado ya que, si bien hubo alguna norma que ha sido contraria a los intereses de los inversores, «las inversiones en esta tecnología siguen estando protegidas y fomentadas en España por un marco normativo sin duda favorable en su globalidad».

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha tratado el tema en su sentencia 270/2015, de 17 de diciembre (RTC 2015\270). En cambio, aquí no se incide en el fondo del asunto –es decir, la vulneración del TCE– sino que lo que razona la sentencia es que los tratados internacionales en vigor para España no forman parte del bloque de constitucionalidad que debe servir para juzgar la compatibilidad de determinados preceptos legales. Esta tesis contó con posturas disconformes dentro del Tribunal representadas por el voto particular del magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhirieron los magistrados D.ª Adela Asúa Batarrita y D. Fernando Valdés Dal-Ré.

2.2. Seguridad jurídica

Para analizar el principio de seguridad jurídica se debe partir de su doble componente. Este, por un lado, exige la regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones, debiendo ser previsibles los efectos de la aplicación de estas normas. Mientras, por otro lado, también implica la posibilidad de conocimiento del derecho que se debe aplicar por sus destinatarios (Bermejo Vera, 2010: 82). En palabras del Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, este principio se debe entender como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación del derecho. Además, esta sentencia es aún más relevante para el tema que nos ocupa en tanto que versa sobre la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 9/2013. En este caso el Tribunal Constitucional ha considerado que esta norma no vulneró el principio de seguridad jurídica, ya que las circunstancias económicas del sector hacían necesario un cambio normativo. Por esta misma razón, no se podía argumentar que hubiese sido inesperado para un operador prudente y diligente (Alenza García, 2016: 8).

² Por ejemplo, en el caso del Real Decreto-Ley 2/2013 han sido instituciones como la Junta de Andalucía o la Xunta de Galicia las que elevaron al Tribunal Constitucional sendos recursos de inconstitucionalidad.

La misma línea jurisprudencial es mantenida por el Tribunal Supremo al analizar esta norma. Además, cuando resolvió sobre la legalidad del Real Decreto-Ley 2/2013 y la Orden IET/221/2013 en la sentencia de 16 de marzo de 2015 (RJ 2015\988) hizo primero referencia al principio de seguridad jurídica comunitario. Respecto a este principio, citando la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-201/08, Plantanol GmbH & Co. KG), el Tribunal Supremo explicó que la seguridad jurídica en el ámbito comunitario se concreta en la claridad, precisión y suficiente publicidad de las normas, pero no impide en ningún caso cambios en la regulación. Mientras, en el ámbito nacional y en el de las energías renovables continúa con la doctrina ya expuesta y niega que la reforma eléctrica contraría este principio. De idéntico modo ha resuelto a la hora de analizar el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014. En estos casos, el Tribunal Supremo ha reproducido mayoritariamente lo señalado por el Tribunal Constitucional en relación con el Real Decreto-Ley 9/2013 (Araujo Barceló, 2016: 42). Esta doctrina respecto a las energías renovables se puede observar con carácter previo en las sentencias del Tribunal Supremo referidas al Real Decreto 1565/2010, a la Orden ITC/3353/2010 y a la Circular 3/2011. Una muestra de esto se observa en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 (RJ/2012/5775), en donde ya se indicaba que el principio de seguridad jurídica sí habilitaba a la Administración para modificar el marco regulatorio en caso de circunstancias económicas sobrevenidas (Bandrés Sánchez-Cruzat, 2016:547-548).

Con todo, en las resoluciones derivadas del paquete normativo de la reforma eléctrica, la mayoría de las sentencias cuentan con uno o dos votos particulares, en los que se considera vulnerado el principio de seguridad jurídica por la existencia de retroactividad ilícita, así como por el vacío legal de casi un año debido a que los efectos del Real Decreto-Ley 9/2013 se pospusieron hasta la aprobación de su desarrollo reglamentario realizado por el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014. Como ejemplos de estas resoluciones se pueden citar las sentencias 1274/2016 de 1 de junio (JUR/2016/143071) y la 1354/2016 de 8 de junio (RJ/2016/3513) –ambas con un voto particular–, o las sentencias 1271/2016 de 1 de junio (RJ/2016/3452), 1787/2016 de 15 de julio (RJ/2016/4802) y 2123/2016 de 30 de septiembre (JUR/2016/212265) –todas con dos votos particulares–.

2.3. Confianza legítima

El principio de confianza legítima presenta una íntima relación con el de seguridad jurídica, hasta el punto de que hay autores que defienden que es el reflejo del segundo en situaciones individuales (Martín Pallín, 2015: 229). Al igual que este, encuentra sus raíces en el derecho alemán, aunque su concepto allí, denominado *Vertrauensschutz*, tiene unos matices ligeramente distintos. En el ordenamiento jurídico español este principio ha sido acogido a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; especialmente por un conjunto de sentencias dictadas a finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa que contaron con el magistrado D. Benito Santiago Martínez Sanjuán como ponente (Laguna de Paz, 2010: 1.170). Ya en una época más reciente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de mayo de 2012 (RJ/2012/6818), afirma que este principio comporta que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad de sus decisiones, en función de las cuales los particulares realizaron determinadas acciones. A pesar de esto, también añade que la confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente.

Conviene matizar que, a diferencia de en el derecho germánico, en nuestro ordenamiento jurídico el principio de confianza legítima no goza de protección constitucional –más allá de la que posee por su vinculación con el de seguridad jurídica–. Por ello, su vulneración por sí misma difícilmente puede implicar la anulación de una norma con rango de Ley. Además, en los casos donde surgía responsabilidad patrimonial de la Administración el incumplimiento de la confianza legítima apareció ligado a los principios de irretroactividad, seguridad jurídica y buena fe (García de Enterría Martínez Carande, 2002: 180). Si bien, este principio sí que tiene reflejo legal en el artículo 3.1.e de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público –previamente, se recogía en el artículo 3.1 de la ya derogada Ley 30/1992–.

Por su parte, respecto al principio tratado, la jurisprudencia comunitaria ha definido sus características básicas del siguiente modo: A) Su invocación debe basarse en una acción imprevisible de la Administración. B) Las expectativas solo se protegen si se sostienen en bases objetivas y se les causa un daño real, efectivo, no previsible y punitivo. C) Estando en juego intereses privados y públicos, se debe justificar la importancia de los últimos y que estos se verían frustrados si se introdujesen poco a poco medidas transitorias (Martínez Moya, 2012: 50).

Aquí, nuevamente, el problema está en saber qué expectativas son legítimas. Estas, en el ámbito de las energías renovables, se enfrentarían a los intereses públicos, lo que en el derecho internacional contemporáneo está sucediendo también en más sectores (Jiménez Piernas y Pascual Vives, 2015: 143).

A su vez, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se desvía aquí demasiado de lo expuesto para el principio de seguridad jurídica. De este modo, las sentencias ya citadas, como por ejemplo la 1271/2016, vuelven a incidir en la previsibilidad del cambio normativo en el sector; cuestión por la cual defienden que este principio no es vulnerado por la reforma, ya que consideran que no se generó una confianza legítima en los productores de energías renovables acerca de que el marco legislativo no variaría. Muchas de estas sentencias cuentan también con votos particulares, pero solo aprecian la vulneración del principio en aspectos muy concretos, tales como el referente al período existente entre el Real Decreto-Ley 9/2013 y su desarrollo reglamentario realizado por el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 que se comentó en el apartado anterior.

Mientras, el Tribunal Constitucional, en la comentada sentencia 270/2015, también habla de la previsibilidad del cambio normativo. Con todo, existe un voto particular del magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhieron la Magistrada D.^a Adela Asua Batarrita y el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré, que incide en el tema de la confianza legítima. Estos consideran que la sentencia era una gran oportunidad para sentar las bases del principio de confianza legítima y adaptarlo al ordenamiento comunitario. A pesar de esto, en el voto particular también consideran que se respetó este principio.

Respecto al derecho comunitario, la Comisión Europea en su Comunicación de 5 de noviembre de 2013 *Guidance for the design of renewable support schemes* había afirmado que en el sector eléctrico deben existir compromisos jurídicos a largo plazo. Así, continúa, las reformas energéticas deben ser especialmente cuidadosas para evitar modificar la rentabilidad de las inversiones y traicionar las expectativas legítimas de los inversores (Arana García, 2014: 152).

Sin embargo, en contraposición a lo expuesto, existe una línea jurisprudencial –aunque cuenta con pocas resoluciones– que ha estimado la existencia de un daño antijurídico como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-Ley 1/2012. Esta se inició con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015 (RJ 2015\5416), que se refiere a un asunto de cogeneración, y fue seguida, entre otras, por la sentencia 945/2016 de 28 de abril (BIB 2017\1883), referida a un proyecto fotovoltaico. El Tribunal Supremo interpretó aquí que sí que se quebrantó el principio de confianza legítima, ya que, por un lado, no se había alcanzado el objetivo de potencia instalada en el caso de la cogeneración, y, por el otro, se consideró que el Real Decreto 1578/2008 había creado unas sólidas expectativas para los titulares de las instalaciones fotovoltaicas (Yáñez Cañas, 2017: 7).

2.4. Irretroactividad

El artículo 9.3 de la Constitución española garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales. Posteriormente, este principio ha sido desarrollado en mayor profundidad por la jurisprudencia.

Una primera doctrina del Tribunal Constitucional distinguía tres tipos de retroactividad. Esto se puede apreciar, por ejemplo, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983\6). Así, en primer lugar, está la retroactividad plena o de grado máximo que implica que la norma afecta totalmente a derechos o situaciones consagradas con anterioridad a su entrada en vigor. En segundo lugar, se encuentra la retroactividad de grado medio. Esta se refiere a los efectos jurídicos que nacieron con carácter previo pero que aún no se agotaron o consumaron. En tercer y último lugar, se encuentra la retroactividad de grado mínimo, que implica que la norma solo va a afectar a situaciones futuras, aunque la relación jurídica naciese con carácter previo. Las dos primeras, en la antigua doctrina del Tribunal Constitucional, eran las que prohibía la Constitución.

De nuevo por influencia del derecho alemán, esta postura interpretativa tripartita se fue abandonando en favor de una de carácter dualista. De este modo, se introdujo el concepto de *retrospectividad* para referirse a la retroactividad permitida. En esta, las retracciones que se derivan de una nueva norma no son ilícitas y existe un deber jurídico de soportar el daño por los operadores privados, aunque puede dar lugar a compensación económica por parte de la Administración. Según la doctrina, el denominar una norma simplemente como retroactiva se refiere ya a que la misma vulnera los límites constitucionalmente permitidos (López Menudo, 2003: 76-77). Con todo, el Tribunal Constitucional y el Supremo prefieren hablar de retroactividad impropia en el primero de los casos y retroactividad propia o auténtica en el segundo. Esta dualidad se pue-

de observar, entre otras, en la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1987, de 16 julio (RTC 1987\126). Así pues, el principio de irretroactividad impide que se sancionen o se afecten negativamente derechos individuales motivados por situaciones pasadas ya agotadas, salvo que así lo exija el bien común (López Menudo, 2010: 170-171).

Otro punto a destacar es también la importante relación que el principio de irretroactividad tiene con el de seguridad jurídica y, por afinidad, con el de confianza legítima. Así, de producirse una aplicación retroactiva de normas en contra de los intereses particulares, la previsibilidad en la aplicación del derecho sería muy baja, ya que una relación jurídica jamás se agotaría por completo.

En lo referente a la reforma eléctrica, la jurisprudencia nacional también se ha referido ampliamente a este principio. El razonamiento principal ha radicado en la interpretación de que la normativa desplegaba sus efectos en ejercicios futuros y que para ser considerada una retroactividad prohibida debería desplegarlos también en ejercicios pasados. Esto se puede observar en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012, que, aunque estudiaba el Real Decreto 1565/2010, la Orden ITC/3353/2010 y la Circular 3/2011, en la jurisprudencia relativa a la reforma eléctrica se aplicaron los mismos razonamientos una y otra vez.

En cambio, hubo varias sentencias que contaron con votos particulares, siendo las normas que presentaron un mayor debate para el Tribunal Supremo el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014. Este debate vino a raíz de la introducción del concepto de rentabilidad razonable y de la devolución de cantidades cobradas de más entre la aprobación del Real Decreto-Ley 9/2013 y las normas citadas. En el primer caso, la problemática se debe a que esta rentabilidad integra dentro de su definición legal las retribuciones ya percibidas en el pasado para determinar las que se deben recibir en el futuro. Aquí el Tribunal Supremo –sentencia 1271/2016– afirma que no existe retroactividad prohibida ya que la norma no afecta a derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados al patrimonio de los titulares de las instalaciones, ni a situaciones jurídicas agotadas o consumadas. Mientras, en lo relativo a las cantidades cobradas de más, la alegación de retroactividad se desechó arguyendo que estas eran pagos a cuenta que no constituían un derecho consolidado.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia 270/2015 consideró que el Real Decreto-Ley 9/2013 no infringe el principio de irretroactividad. En este caso la alegación se basaba en que esta norma debería ser concretada reglamentariamente con carácter posterior y este reglamento tendría efecto desde la publicación del propio Real Decreto-Ley 9/2013. El argumento del Constitucional para confirmar la irretroactividad de la norma ha sido, nuevamente, la inexistencia de derechos ya consolidados a los que pudiese afectar.

Así pues, los tribunales españoles consideran –exceptuando los votos particulares citados– la inexistencia de retroactividad de ningún tipo en el paquete normativo de la reforma eléctrica. Ni tan siquiera la existencia de una retrospectividad que, aunque no implicase la nulidad radical de la norma, sí otorgase una obligación de indemnizar.

Observando esto a la par que lo expuesto sobre la seguridad jurídica y la confianza legítima, se extrae la conclusión de que la jurisprudencia nacional ha considerado completamente legítima la reforma eléctrica, con la excepción comentada en el caso del Real Decreto-Ley 1/2012. Así, siendo un sector que presenta riesgos regulatorios, los operadores privados debían prever que la legislación podría cambiar. Además, nuestros tribunales también consideran que no han concurrido los vicios de inconstitucionalidad que en algunos casos se alegaron y que la existencia de un daño indemnizable debe contemplarse en relación con la totalidad de la vida útil de las instalaciones, indicando, además, que el cambio de retribución solo tiene efectos a futuro y en ningún caso retroactivos (Fernández Valverde, 2016: 10).

Además, otros autores (Revuelta Pérez, 2017: 448-451) consideran también que el derecho comunitario en la materia no ha quedado debidamente integrado. Dentro del derecho de la Unión destaca la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, que incluye entre sus objetivos el proporcionar seguridad y confianza a los inversores. Sin embargo, la doctrina citada sostiene que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea posiblemente no considerase que el cambio del régimen retributivo de las energías renovables incumpliese la Directiva mencionada. En cambio, también considera que el Tribunal Supremo debería plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial de interpretación sobre la compatibilidad de la nueva regulación del sector con la normativa comunitaria. De hecho, la existencia de votos particulares en las sentencias del Tribunal Supremo es otro argumento que aconsejaría la consulta.

3. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

3.1. La norma internacional básica: El TCE

La norma internacional básica en el ámbito energético es el TCE. Este nació tras la caída del muro de Berlín debido a la preocupación existente en Europa occidental de que algunos países ricos en hidrocarburos integrantes del bloque comunista colapsasen. Así, para asegurar de forma pacífica el suministro y las inversiones, en diciembre de 1991 se firmó la Carta de la Energía. Posteriormente, el 17 de diciembre de 1994, se firmó en Lisboa el TCE y su Protocolo sobre Eficiencia Energética y Aspectos Medioambientales –aunque con las ausencias de Estados Unidos y Canadá, que sí habían firmado la Carta de la Energía–. Este tratado se convirtió en el primer instrumento multilateral con tantos participantes –treinta en un principio– en tratar aspectos tan diversos de un sector estratégico (Sodupe Corcuera y Benito, 2000: 430). Dicho instrumento normativo entró en vigor, finalmente, en abril de 1998.

El TCE protege inversiones extranjeras en Actividades Económicas en el Sector de la Energía. En su primer artículo define estos conceptos del siguiente modo:

«Actividad Económica en el Sector de la Energía», se refiere a una actividad económica dedicada a la exploración, extracción, refino, producción, almacenamiento, transporte por tierra, transmisión, distribución, comercio, comercialización y venta de materias y productos energéticos.

Por su parte, por inversión se entiende cualquier tipo de activo poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, que también cuenta, a su vez, con una definición en sentido amplio. Las inversiones que gozan de protección –artículo 1.6 TCE– son: a) bienes (tangibles o intangibles) y propiedades y derechos de propiedad de cualquier tipo, b) empresas, participaciones sociales y títulos de deuda empresariales, c) créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión, d) propiedad intelectual, e) rendimientos y f) cualquier derecho conferido por ley o contrato, o permisos otorgados para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía.

En cuanto a los inversores protegidos, estos deben ser nacionales de un Estado parte del TCE y realizar sus inversiones en otro Estado parte. Los Estados parte que reciben la inversión se comprometen a (De los Santos Lago et al. 2011: 5-7):

- Fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes. Entre estas condiciones se cuenta el compromiso de conceder a los inversores un trato justo y equitativo (artículo 10.1 TCE).
- No perjudicar la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de los mismos implantando medidas exorbitantes o discriminatorias (artículo 10.1 TCE).
- No conceder un trato menos favorable que lo exigido por el derecho internacional (artículo 10.1 y 10.3 TCE).
- Garantizar la no expropiación directa o indirecta –o medidas equivalentes– salvo que sea por interés público, no sea discriminatorio o se lleve a cabo mediante el debido procedimiento legal indemnizando al inversor (artículo 13 TCE).
- Garantizar la libertad de transferencias de capitales y beneficios relacionados con las inversiones (artículo 14).

Por su parte, el artículo 26 TCE explica el tratamiento de las controversias surgidas en relación al Tratado. En primer lugar, expone que se tratarán de solucionar amigablemente. De existir posturas irreconciliables que impidan esto, el inversor puede elegir, en un plazo de tres meses, entre los tribunales ordinarios o administrativos del país donde efectuó la inversión, un mecanismo establecido con carácter previo o siguiendo los mecanismos que le ofrece el TCE. Estos últimos son:

- Acudir al CIADI si tanto el Estado del que es nacional el inversor como el Estado en el que se realiza la inversión son signatarios del Convenio de Washington de 1965. A este órgano también se puede acudir, con ciertas especificidades, si solo una de las partes es signataria del Convenio citado.
- Solicitar el concurso de un único árbitro internacional o de un tribunal *ad hoc* establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje del UNCITRAL.
- Requerir un procedimiento de arbitraje ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (Fernández Pérez, 2014: 375-376).

De estos procedimientos, se profundizará más pormenorizadamente en el arbitraje del CIADI, ya que es ante este órgano donde están interpuestas la mayoría de reclamaciones contra el Estado español por la reforma eléctrica.

3.2. Tribunales arbitrales internacionales: El CIADI

El 18 de marzo de 1965, con la aprobación del Convenio de Washington (CW en adelante), se creó el CIADI. Este es una institución arbitral para arreglar controversias entre inversores extranjeros y países que reciben la inversión, que forma parte del conglomerado institucional del Banco Mundial. En el ámbito del arbitraje internacional de inversiones, el CIADI es el órgano más empleado, puesto que otorga ciertas ventajas como son su autonomía e independencia o su régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones (Fernández Masiá, 2008: 22-23).

Una de las principales características del CIADI es su carácter consensual. Es en este consentimiento sobre el que se construye la jurisdicción del Centro, pues el artículo 25 CW recoge que es necesario el consentimiento de ambas partes por escrito para que pueda entrar a conocer del asunto. Con todo, en este artículo no se precisa cuándo se debe efectuar el mismo, pudiendo otorgarse en un Tratado firmado con anterioridad, como señala el informe de los directores ejecutivos del Centro (Marzorati, 2003-2004: 462-463). Este consentimiento implica la exclusión de acudir a cualquier órgano distinto al CIADI. Con todo, los Estados parte pueden exigir que previamente se agoten sus propias vías administrativas o judiciales internas.

El Tribunal de Arbitraje que se forma para resolver la controversia se compone de un único árbitro o de un número impar de ellos nombrados según acuerden las partes. De no existir acuerdo serán tres árbitros, siendo nombrados uno por cada parte y un tercero entre ambas. Sobre estos árbitros también se debe advertir de la existencia de diversos informes en los que se pone de manifiesto que no siempre parece clara su búsqueda del interés general. De hecho, en Europa existe una organización, la EFILA (European Federation for Investment Law and Arbitration), que tiene como objetivo la protección de los intereses de la industria del arbitraje (Flues et al., 2015: 6). Además, también se alerta de la posible existencia de problemas de conflictos de intereses que pueden favorecer la aparición de resoluciones pro inversor (Eberhardt y Olivet, 2012: 38-45).

Por otro lado, una de las facultades del Tribunal de Arbitraje del CIADI es resolver sobre su propia competencia (artículo 41.1 CW), por lo que puede establecer por sí mismo de qué asuntos conocerá, siempre que tengan relación con el asunto principal. Esta atribución puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, que la mayor parte de la normativa interna de los países signatarios del CW defiende. Esta vulneración se produce en el momento en que el Tribunal decide conocer también de un asunto conexo con el principal, ya que después las partes no pueden someterlo a otros Tribunales (Capiel, 2010: 100).

Finalmente, el Tribunal decidirá sobre la controversia en cuestión basándose en las normas de derecho que acuerden las partes. De no existir acuerdo, se recurrirá a la normativa interna del Estado receptor de la inversión, incluyendo las normas de derecho internacional privado y público que le puedan ser aplicables (artículo 42 CW). La decisión se efectuará a través de un laudo motivado que será obligatorio para las partes, no pudiendo ser objeto de recurso o apelación alguna. Además, los Estados parte del CW asumen la responsabilidad de hacer ejecutar en su territorio estas resoluciones como si se tratasen de sentencias de sus tribunales internos (artículos 53 e 54 CW).

A mediados del año 2016, España se situaba ya como el cuarto país con mayor número de demandas en contra ante el CIADI, con 24 (Plaza y Ramiro, 2016: 41), número que ha subido hasta 30 a mediados de 2018 contando ya solo las reclamaciones realizadas a raíz de la reforma eléctrica.

3.3. El laudo arbitral del CIADI ARB/13/36 de 26 de abril de 2017

El laudo arbitral del CIADI ARB/13/36 de 26 de abril de 2017 es el primero que esta institución ha emitido sobre la reforma eléctrica española, así como la primera resolución internacional que aborda el grueso de la misma. Las entidades demandantes en este caso han sido Eiser Infrastructure Limited –un fondo de inversiones inglés ligado a ABN Amro– y a su filial luxemburguesa Energía Solar Luxembourg S.à.r.l.

Previamente, la Cámara de Comercio de Estocolmo ya había tratado el asunto de la reforma eléctrica en España y sus implicaciones respecto al TCE en el laudo 062/2012, recaído en el caso Charanne B. V. y Construction Investments S.A.R.L. contra el Reino de España, emitido el día 21 de enero de 2016. Dicho laudo concede la razón a la parte demandada e indica que el TCE no había sido vulnerado. No obstante,

esta resolución no aborda el grueso de la reforma, sino que versa sobre el Real Decreto 1565/2010 y el Real Decreto-Ley 14/2010. Este mismo órgano ha tratado nuevamente la reforma del sector eléctrico en el laudo arbitral 153/2013, recaído en el caso *Isolux Infrastructure Netherlands B. V. contra el Reino de España*, de 6 julio de 2016. Sin embargo, una vez más, el asunto analizado resulta atípico. En este caso, en el que de nuevo se le da la razón al Estado español, la demandada había realizado su inversión en octubre de 2012, por lo que el Tribunal de la Cámara de Comercio entendió que «en octubre de 2012, todo inversor podía anticipar, no solo, una modificación fundamental del contenido del Régimen Especial, sino también, la supresión del régimen, toda vez que se respete el principio de rentabilidad razonable de la inversión».

Volviendo al laudo arbitral del CIADI, en el transcurso del procedimiento el Estado español realizó seis alegaciones previas sobre la carencia de jurisdicción del Tribunal. La primera de ellas centró su argumentación en que se trataba de una controversia que afectaba a inversiones dentro de la Unión Europea efectuadas por inversores de otros países de la Unión Europea. Estas alegaciones fueron rechazadas, ya que el Tribunal afirmó que no constaba que los Estados miembros de la Unión Europea le transmitieran a esta las competencias sobre la protección de las inversiones en materia de energía. Además, indicó que con una interpretación del TCE bajo el principio de buena fe no se puede acoger que esta limitación estuviese implícita en su articulado. En síntesis, el Tribunal arbitral afirma que «aunque la Unión Europea sea miembro del TCE, los Estados que la componen no dejaron de serlo también».

La siguiente excepción alegada por el Estado español recogía una carencia de competencia por razón de la materia. En concreto, afirmaba que las empresas demandantes no habían realizado una inversión en sentido objetivo conforme al TCE. Esta excepción también fue desestimada ya que el Tribunal entendió que el concepto de inversión no se podía interpretar de una forma restrictiva, pero, aunque ese fuese el caso, los desembolsos de las empresas demandantes seguirían siendo considerados como tales. Esto, continúa el laudo arbitral, se debe a la duración y riesgo que supuso la inversión en las plantas de energía solar. Además, también se consideró irrelevante la procedencia de los fondos invertidos, ya que el Estado español alegaba que estos no eran propiedad de las demandantes.

La tercera excepción en la que la parte demandada apoyó su defensa partía de la prohibición del derecho internacional de que los accionistas reclamen por la pérdida sufrida con la bajada de valor de las acciones de una empresa en la que invirtiesen. Esta postura fue rechazada de nuevo, debido a que el Tribunal del CIADI entendió que la reclamación no iba dirigida a eso, sino que se trataba de dos empresas reclamando por la bajada de sus propias acciones.

Como cuarta excepción, se señaló la falta de competencia del Tribunal sobre asuntos relativos a medidas impositivas. En este caso, se refiere al impuesto establecido por la Ley 15/2012 que gravó a los productores de energía eléctrica con un 7% sobre el valor de la producción. Esta excepción sí fue admitida por el Tribunal arbitral del CIADI, considerando que no tenía jurisdicción para conocer de la reclamación en lo relativo a este impuesto. Para argumentar esto partió de la base de que no se acreditó suficientemente que el Estado español actuase de mala fe con el establecimiento del gravamen y, además, de que en el artículo 21.1 del TCE se indica:

A no ser que se disponga lo contrario en el presente artículo, no existe disposición alguna en el presente Tratado que establezca derechos o imponga obligaciones con respecto a las medidas impositivas de las Partes Contratantes.

La quinta excepción realizada por el Estado español también versa sobre el impuesto descrito. En este caso, se basa en el artículo 21.5.b), donde se explica que de considerarse que un impuesto constituye una medida expropiadora las partes someterán primero la cuestión a la Autoridad Fiscal Competente. Para cumplir con este requisito, el Tribunal consideró suficiente con someter la cuestión a la Autoridad Fiscal Competente del Estado demandado, que en este caso era el Ministerio de Hacienda. Por ello, las empresas demandantes realizaron al respecto dos comunicaciones previas al Estado español. Una primera se envió al Ministerio de Hacienda, pero en ella no se nombraba el TCE ni que el impuesto fuese una medida expropiadora, sino que solo se mostraba una cierta preocupación por el mismo. Mientras, la segunda fue dirigida al Presidente del Gobierno sin que se acreditase que este fuese una Autoridad Fiscal Competente. Es por eso que esta excepción también fue estimada y el Tribunal decidió no entrar a valorar sobre si el impuesto introducido por la Ley 15/2012 se trataba o no de una medida expropiadora.

La última de las excepciones alegadas por el Reino de España encuentra acogida en el artículo 26.2 TCE, donde se exige la espera de un plazo de tres meses desde la solicitud de una solución amigable por cualquiera de las partes. Así pues, en este caso, el Estado español alegó que no se cumplió con este plazo.

En cambio, a juicio del Tribunal, quedó acreditado el cumplimiento del plazo debido a que las empresas demandantes remitieron dos cartas con carácter previo, haciendo referencia a la controversia y solicitando una solución amigable. Por lo tanto, esta excepción procesal no fue admitida.

En cuanto a las cuestiones de fondo, la reclamación versó sobre una inversión de 126,2 millones de euros que las empresas demandantes realizaron en España en energía solar en 2007, ampliándola en 2011. Debido a los cambios normativos que sufrió el sector eléctrico en España perdieron buena parte de su inversión, por lo que estas empresas interpusieron demanda ante el Tribunal del CIADI en base a una vulneración de los artículos 10 y 13 TCE. Estos artículos implican la prohibición de denegar un trato justo y equitativo a las inversiones, no favorecer la creación de condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes, someterlas a medidas exorbitantes o expropiarlas. Si bien esto implicaría cuatro reclamaciones distintas, por un tema de economía judicial, el Tribunal estableció que la cuestión clave era la de garantía de un trato justo y equitativo y que resolviendo esta quedaría solucionada la controversia.

Así pues, en lo relativo a esta reclamación, el Tribunal, en primer lugar, aclaró que el TCE no impedía a los Estados contratantes cambiar su normativa interna, pero sí protegía a los inversores frente a cambios «totales e irrazonables» (párrafos 362 y 363). A mayores, el principio de trato justo y equitativo debe brindar un marco legal que fomente la cooperación a largo plazo, aumentando la estabilidad. A este elemento de estabilidad el Tribunal le concedió una especial importancia. Así, en el párrafo 382 expone:

Teniendo en cuenta el contexto, objeto y fin del TCE, el Tribunal concluye que la obligación que establece el Artículo 10(1) de otorgar trato justo y equitativo necesariamente conlleva una obligación de proporcionar estabilidad fundamental en las características esenciales del régimen legal en el que se basaron los inversores al realizar inversiones a largo plazo. Esto no quiere decir que los regímenes regulatorios no puedan evolucionar. Claramente pueden hacerlo [...]. Sin embargo, la obligación contenida en el Artículo 10(1) de otorgar trato justo y equitativo significa que los regímenes regulatorios aplicables a las inversiones existentes no se pueden alterar radicalmente de manera tal que se prive a los inversores que invirtieron en base a dichos regímenes del valor de su inversión.

Así pues, de lo expuesto se extrae que para el Tribunal arbitral del CIADI la clave del asunto radica en si el cambio legislativo de la reforma eléctrica española era o no de suficiente entidad como para privar a las demandantes de su inversión –o de una parte importante– y suponer una variación normativa radical.

En este caso, se consideró que la demandada incumplió el artículo 10.1 TCE debido a los cambios normativos introducidos con la reforma eléctrica; a pesar de que desde el Estado español se alegó que los demandantes solo tenían derecho a una rentabilidad razonable de su inversión. Rentabilidad esta que la nueva normativa también garantizaba. En cambio, el Tribunal criticó que la nueva remuneración no incluía los costes reales –incluido el servicio de la deuda– de las plantas de energía solar y mostró serias reservas con el cálculo de los costes para lo que el Estado español consideró una planta eficiente y bien gestionada.

Además, también consideró como retroactivo el cambio normativo –párrafos 400 a 402– sobre la base de que la nueva retribución tenía en cuenta las retribuciones pasadas que pudiesen ser excesivas. Pese a eso, debido a que las plantas de energía solar de las demandantes afectadas estuvieron muy poco tiempo operativas antes de la reforma eléctrica, el Tribunal no profundizó más en este punto, ya que apenas incidía en el caso analizado.

En cambio, el Tribunal se mostró más crítico con el hecho de que el Estado español era o debía ser consciente, al promulgar tanto la nueva normativa como la anterior, de que en este sector el grueso de las inversiones se concentra en los primeros años, por lo que las instalaciones cuentan con un alto grado de apalancamiento financiero. Por ello, con la reforma eléctrica, las inversiones de las empresas demandantes se vieron notablemente dañadas.

Así pues, con estos razonamientos el Tribunal arbitral del CIADI estimó la demanda de Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg, S.à.r.l. contra el Reino de España. Las empresas demandantes solicitaban la restitución del régimen legal bajo el cual efectuaron sus inversiones –siendo esto rechazado– o, alternativamente, una compensación por daños cifrada en un primer informe en 209 millones de euros. Mientras, un segundo informe de las demandantes –desechado por el tribunal– cifraba la indemnización en 256 millones de euros. Volviendo al primer informe, esos 209 millones fueron divididos en 13 millones por pérdidas históricas y 196 millones por pérdidas de flujos de caja futuros. Sobre las pérdidas históricas el Tribunal arbitral se declaró incompetente para resolver. Mientras, sobre la partida relativa a los flujos de caja futuros determinó que solo quedaron suficientemente acreditados unos daños por valor de 128 millones de

euros. Así, fue esta última cantidad con la que se condenó al Estado español a indemnizar a las demandantes, más unos intereses del 2,07% compuesto mensual, a contar desde el 20 de junio de 2014 –cerca de unos 10 millones de euros más, una vez liquidados–. Dichos intereses ascendieron a un 2,50% compuesto mensualmente desde la fecha del laudo hasta el momento de pago. En cuanto a las costas procesales, el Tribunal declaró que debían ser sufragadas a partes iguales.

Tras esta resolución, desde el Estado español incluso se buscó su anulación debido a un presunto conflicto de intereses de uno de los árbitros³.

CONCLUSIONES

A lo largo de la exposición realizada se ha puesto de manifiesto la existencia de dos tipos distintos de tratamiento jurídico para las reclamaciones efectuadas contra el Estado español por la reforma eléctrica.

En lo referente al tratamiento jurídico otorgado por los tribunales españoles, el concepto clave es el de riesgo regulatorio. Este implica la posibilidad de que las normas básicas de un sector regulado varíen y frustren las estrategias de operadores privados. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha sido la que ha desarrollado el concepto, añadió como implicaciones del mismo que, en los sectores donde esté presente, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no desplegarán gran parte de sus efectos. En base a este razonamiento, las demandas presentadas en tribunales nacionales por operadores privados contra el Estado español basadas en los daños producidos por la reforma eléctrica fueron mayoritariamente desestimadas. Si bien, se debe manifestar que, en algunos puntos, determinados magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional mostraron su disconformidad con el criterio general mediante votos particulares.

Por su parte, en el plano internacional, el TCE aparece como protector de los inversores extranjeros, dando una vía distinta a la de los tribunales españoles. Esta es la vía del arbitraje internacional, que se puede ejercer ante el CIADI, solicitando un único árbitro o un tribunal arbitral *ad hoc* establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, o, como última posibilidad, ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Delante del CIADI es donde están interpuestas la mayoría de reclamaciones efectuadas contra el Estado español, convirtiéndole en uno de los países más demandados ante este órgano –con la reputación negativa que eso implica–. Esta institución ha notificado el pasado 4 de mayo de 2017 el laudo arbitral de referencia ARB/13/36 de 26 de abril de 2017 que enfrentaba a las empresas Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg, S.à.r.l. contra el Reino de España. En esta resolución el Tribunal afirmó que la reforma eléctrica española iba en contra de los compromisos adquiridos en el TCE. En concreto, consideró incumplido el compromiso de otorgar un trato justo y equitativo a los inversores –artículo 10.1 TCE– ya que, según este Tribunal, la variación legislativa ha sido irracional y de una dimensión suficiente como para privar en buena parte a las demandantes de su inversión. Pese a esto, no estimó íntegramente la demanda, ya que moduló ligeramente a la baja el montante de compensación por daños solicitada.

De este modo, un hecho idéntico –una inversión en el sector de las energías renovables al amparo de una legislación que ha cambiado radicalmente– se encuentra con consecuencias jurídicas muy dispares en función de si los actores son nacionales españoles o no. Incluso entre las propias empresas nacionales hay diferencias, ya que aquellas que realizaron sus inversiones a través de sus filiales extranjeras sí pueden acudir al arbitraje internacional. Esto se debe a que el TCE solo analiza que la mercantil se constituya conforme a la legislación de un país signatario, pero no introduce criterio económico alguno, como puede ser el de control por parte de una sociedad residente en otro país. Un ejemplo sería el de la mercantil Isolux, que, aunque no acudió al CIADI, sí lo hizo al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. También Abengoa presentó demanda ante este órgano.

Esta dualidad de derecho aplicable pone de manifiesto la existencia de un entramado administrativo supranacional y de marcado carácter económico, carente de legitimidad democrática. Algún autor (González García, 2015: 8-9) advierte de la existencia de una soberanía supranacional de la que se destacan tres características clave:

- El carácter difuso de este «soberano», ya que se encuentra en muy distintos lugares y diversificado en una pluralidad de agentes. No existe una única sede ni un único órgano al que poder dirigirse.

³ Sobre esto se puede ver: <http://ciarglobal.com/espana-busca-la-anulacion-del-arbitraje-con-eiser/> [Fecha de consulta: 17 de abril de 2018].

- Tiene la capacidad suficiente para afectar al entramado organizativo nacional, condicionando la toma de decisiones interna de cada país.
- Tiene un carácter privado, velando por los intereses de las corporaciones que actúan en la economía globalizada, y dejando en segundo plano los intereses sociales.

Así pues, es por eso que resulta muy complicado introducir reformas normativas que afecten a los intereses de este «soberano supranacional» sin tener que pagar un elevado peaje por ello, que, en el caso de España, se puede concretar en las responsabilidades pecuniarias impuestas por el Tribunal de Arbitraje del CIADI.

Otros autores también han tratado esta temática incluso antes de que el CIADI publicase el laudo arbitral ARB/13/36 de 26 de abril de 2017 aquí comentado (López Rodríguez, A. M. y Navarro Rodríguez, P., 2016: 211-213). Pese a ello, las conclusiones que extraen no son muy dispares y también se alerta de los efectos discriminatorios del distinto tratamiento dado a los productores de energías renovables en función de si acuden a los tribunales nacionales o internacionales. Además, en ese último caso se señala que los tribunales arbitrales internacionales también presentan la ventaja de su mayor celeridad a la hora de resolver los asuntos que se les plantean. Para resolver las diferencias existentes entre la normativa nacional, la internacional e incluso la europea, esta doctrina plantea la posibilidad de avanzar en un Derecho Administrativo Global que evite contextos de poliarquía normativa como el que en la actualidad se vive en el campo de las energías renovables.

Por último, es obligado indicar que con posterioridad al laudo arbitral que ha centrado este estudio, el Estado español ha obtenido otros laudos en los que, nuevamente, se le condenaba a pagar indemnizaciones a inversores. Estos se corresponden con los asuntos del CIADI Masdar Solar & Wind Cooperatief U. A. vs. El Reino de España (No. ARB/14/1) y Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. & Antin Energia Termosolar B. V. vs. Reino de España (No. ARB/13/31), y con el asunto del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo), SICAR vs. Reino de España (No. 2015/063).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALENZA GARCÍA, J. F. (2016): “Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: La mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 55, págs. 3-22.
- ARANA GARCÍA, E. (2014): “La nueva ley del sector eléctrico: Entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables” en ALENZA GARCÍA, J. F., dir.: *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, págs. 133-156. Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi.
- ARAUJO BARCELÓ, A. (2016): “Los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el nuevo régimen aplicable a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables: ¿dónde quedan los límites al riesgo regulatorio?”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 10, págs. 35-42.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. (2016): “STS de 12 de abril de 2012 (RCA 40/2011) [Caso de la limitación de la retribución primada de las energías renovables]” en BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. y PAREJO ALFONSO, L., Coords.: *Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa*, págs. 544-551. Madrid: lustel.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L. (2015): “Reflexiones sobre los cambios normativos y sus efectos en los particulares. Los problemas que plantea la responsabilidad del estado legislador. La necesaria prospección de los poderes públicos”, en VVAA.: *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, págs. 191-217. Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi.
- BERMEJO VERA, J. (2010): “El principio de seguridad jurídica”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., dir.: *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, págs. 73-109. Madrid: Wolters Kluwer – La Ley.
- CAPIEL, L. (2010): “El principio Kompetenz-Kompetenz en España”, en *Revista del Club Español de Arbitraje*, núm. 8/2010, págs. 97-128.
- DE LOS SANTOS LAGO, C., ARANA, S. y IGLESIAS GALLARDO, J. L. (2011): “Arbitraje internacional bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía: la vía del inversor extranjero”, en *Cuadernos de Energía*, núm. 30, págs. 5-10.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Í. (2014): “El marco jurídico internacional comunitario de las energías renovables en La regulación de las energías renovables ante el cambio climático” en ALENZA GARCÍA, J. F., dir.: *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, págs. 133-156. Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi.
- DEL RÍO GONZÁLEZ, P. (2008): “Ten years of renewable electricity policies in Spain: An analysis of successive feed-in tariff reforms”, en *Energy Policy*, núm. 36, págs. 2917-2929. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2008.03.025>.

- EBERHARDT, P. y OLIVET, C. (2012): “Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom”, en *Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute*. [02-04-2018]. Disponible en web: <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>.
- FABRA UTRAY, J. (2012): “El déficit tarifario en el sector eléctrico español”, en *Temas para el debate*, núm. 210, págs. 52-54.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2008): *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*. Madrid: Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (2014): “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, en *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VII, núm. 2, págs. 369-397.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (2016): “Indemnización por los cambios normativos en relación con las energías renovables: improcedencia”, en *Diario La Ley*, núm. 8750, págs. 1-11.
- FLUES, F., VERVEST, P., OLIVET, C. y EBERHARDT, P. (2015): “Lawyers subverting the public interest. Lobby group EFILA’s stake in investment arbitration”, en *Transnational Institute, Friends of the Earth Europe and Corporate Europe Observatory*. [02-04-2018]. Disponible en web: https://corporateeurope.org/sites/default/files/efila_report-web.pdf.
- GALÁN VIOQUE, R. (2016): “El caso de las energías renovables en España”, en SANDULLI, M. A. y VANDELLI, L. (dirs.): *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione: atti del 20.º Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo: Roma 27 febbraio-1 marzo 2014*, págs. 377-394, Roma: Editoriale Scientifica.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Á. (2014): “La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 43-44, págs. 9-70.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2002): “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 159, págs. 173-208.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. (2014): “La sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico”, en RIVERO ORTEGA, R. y RASTROLLO SUÁREZ, J. J., Coords.: *Actas del XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo*, págs. 67-91, Salamanca: Universidad de Salamanca.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2015): *Globalización económica, políticas públicas, política pública*, Eprint de la UCM, [02-04-2018]. Disponible en web: <http://eprints.ucm.es/27998/1/GLOBALIZACION%20Y%20POLITICAS%20PUBLICAS.pdf>.
- GONZÁLEZ RÍOS, I. (2014): “Las «obligaciones de servicio público» en el sector eléctrico (de la protección del consumidor a la protección del medio ambiente)”, en RIVERO ORTEGA, R. y RASTROLLO SUÁREZ, J. J., Coords.: *Actas del XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo*, págs. 207-217, Salamanca: Universidad de Salamanca.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C. y PASCUAL VIVES, F. J. (2015): “La tutela judicial del principio de la confianza legítima en el derecho de la Unión Europea”, en VVAA.: *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, págs. 73-162. Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2010): “El principio de protección de la confianza”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., dir.: *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, págs. 1167-1205. Madrid: Wolters Kluwer – La Ley.
- LÓPEZ MENUDO, F. (2003): “El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves”, en *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, págs. 73-104.
- LÓPEZ MENUDO, F. (2010): “El principio de irretroactividad”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., dir.: *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, núm. 141-176. Madrid: Wolters Kluwer – La Ley.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M. y NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2016): “Riesgo regulatorio en el sector de las energías renovables en España y poliarquía normativa: distintas soluciones para un mismo problema...” en VVAA.: *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, págs. 185-213. Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi.
- MARTÍN PALLÍN, J. A. (2015): “La cascada legislativa que ahoga las energías renovables”, en VVAA.: *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, págs. 219-241. Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi.
- MARTÍNEZ MOYA, J. A. (2012): *El principio de confianza legítima en la actuación de la administración. Su origen y tratamiento jurisprudencial*. Murcia: Diego Marín Librero-Editor.
- MARZORATI, O. J. (2003-2004): “Arbitrajes ante el CIADI: algunas consideraciones sobre el alcance de la protección a las inversiones”, en *Documentación Administrativa*, núm. 267-268, págs. 461-482.
- MINGORANCE MARTÍN, C. (2013): “Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87, págs. 137-185.
- MONTES PÉREZ DEL REAL, E. (2012): “El déficit tarifario”, en *Economistas*, vol. 30, núm. 131, págs. 235-239.
- PÉREZ REVUELTA, I. (2017): “¿Riesgo o fallo regulatorio? Los «recortes» a las renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea”, en PÉREZ REVUELTA, I.: *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, págs. 405-451. Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi.
- PLAZA, B. y RAMIRO, P. (2016): *Justicia privatizada. El Estado español y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado*. Madrid: Ecologistas en acción.

- RODRÍGUEZ BAJÓN, S. (2012): “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 188, págs. 189-205.
- RUIZ OLMO, I. y DELGADO PIQUERAS, F. (2014): “La nueva regulación legal de las energías renovables: Del régimen especial al régimen específico”, en ALENZA GARCÍA, J. F., dir.: *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, págs. 59-96. Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi.
- SÁENZ DE MIERA, G., DEL RÍO GONZÁLEZ, P. y VIZCAÍNO, I. (2008): “Analysing the impact of renewable electricity support schemes on power prices: The case of wind electricity in Spain”, en *Energy Policy*, núm. 36, págs. 3.345-3.359. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2008.04.022>.
- SALLÉ ALONSO, C. (2012): “El déficit de tarifa y la importancia de la ortodoxia en la regulación del sector eléctrico”, en *Papeles de Economía Española*, núm. 134, págs. 101-116.
- SEVILLA JIMÉNEZ, M., GOLF LAVILLE, E. y DRIHA, O. M. (2013): “Las energías renovables en España”, en *Estudios De Economía Aplicada*, vol. 31, núm. 1, págs. 35-58.
- SODUPE CORCUERA, K. y BENITO, E. (2000): “Los problemas energéticos en la Unión Europea a la luz del Tratado sobre la Carta de la Energía”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XVI, págs. 421-448.
- YÁÑEZ CAÑAS, C. (2017): “El principio de confianza y las energías renovables”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 928, pág. 7.

Autores

Authors

ESTANISLAO ARANA GARCÍA

Doctor en Derecho por la Universidad de Granada. Catedrático de Derecho administrativo en la Universidad de Granada. Principales líneas de investigación: Derecho urbanístico y ambiental, Derecho administrativo económico, Derecho de aguas.

ALEJANDRO ROMÁN MÁRQUEZ

Alejandro Román Márquez es licenciado en Derecho (2004), Doctor (2009) –Universidad de Granada– y máster en Patrimonio Cultural y Natural (2012) –Universidad Internacional de Andalucía–. Es profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla y miembro del Instituto Universitario de Investigación García Oviedo. Sus principales líneas de investigación son el Derecho del turismo y la contratación pública.

JAVIER EDUARDO QUESADA LUMBRERAS

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada. Ha impartido cursos y seminarios en diferentes Universidades nacionales y extranjeras así como en otros Institutos de formación. Sus líneas de investigación se centran en las materias de empleo público, gobierno local, organización administrativa y Principios Generales del Derecho.

ROBERTO CARRODEGUAS MÉNDEZ

Licenciado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Funcionario de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional. Actualmente, Secretario-Interventor de los Ayuntamientos de Peraleda de la Mata y Valdehúncar (Cáceres). Máster en Contratación Pública Local por el Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid.

GUSTAVO MANUEL DÍAZ GONZÁLEZ

Gustavo Manuel Díaz González es Doctor en Derecho Europeo por la Universidad de Bolonia y Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. Durante los cursos 2016/2017 y 2017/2018 ha trabajado como Investigador postdoctoral en la Cátedra de Derecho Constitucional, Administrativo, Europeo y Comparado de la Universidad de Constanza, dirigida por el Prof. Dr. D. Hans C. Röhl. Es miembro del Grupo de Investigación «Derecho Administrativo (DA)» de la Universidad de Oviedo, dirigido por el Prof. Dr. D. Alejandro Huergo Lora. Sus principales áreas de interés son el sistema de fuentes y la internacionalización del Derecho Público.

AGUSTÍN JUAN GIL FRANCO

Doctor en Derecho. Funcionario de carrera grupo A1. Director General de RR.HH. Ayuntamiento de Alcorcón. Profesor asociado de Derecho Administrativo de las Universidades Carlos III de Madrid, Politécnica de Madrid y de la Universidad Rey Juan Carlos.

ESTHER RANDO BURGOS

Doctora en Derecho por la Universidad de Málaga. Licenciada en Derecho y Licenciada en Ciencias del Trabajo por la Universidad de Málaga. Diplomada en Ordenación del Territorio. Abogada. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. Sus líneas de investigación se centran en el ámbito de la ordenación del territorio, el urbanismo y el medio ambiente.

JOSÉ ANTONIO BLANCO MOA

Abogado en el despacho Caamaño, Concheiro y Seoane, Abogados. Licenciado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de A Coruña, actualmente realiza en la misma institución el Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano, siendo sus líneas de investigación el derecho de la energía, derecho del agua y concesiones administrativas.