

Artículos

- De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables
From urban licenses to responsible statements
 MANUEL REBOLLO PUIG 6-28
- Ordenación de las actividades económicas tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Unidad de Mercado
Regulation of economic activities following the Constitutional Court's judgments on the Law of Market Unity
 JAVIER SOLA TEYSSIERE 29-55
- Inadmisión y necesidad de reelaboración ante el derecho de acceso a la información pública
The decision taken by public bodies of not processing a request of access to public information based in the compulsory requirement of a re-elaborating action
 MANUEL FERNÁNDEZ SALMERÓN / JAVIER SIERRA RODRÍGUEZ 56-74
- La disparidad de criterios interpretativos en torno a la casación autonómica y su enjuiciamiento constitucional en el ATC de 16 de abril de 2018 y en la STC de 29 de noviembre de 2018
The interpretative disparity on the regional cassation appeal and its constitutional prosecution in the order of the constitutional court of 16 april 2018 and in the sentence of 29 november 2018
 ESTEFANÍA ÁLVAREZ MENÉNDEZ 75-95

Estudios breves

- La desaparición del silencio positivo de las licencias ambientales
The disappearance of the positive silence of environmental licenses
 IÑIGO SANZ RUBIALES 96-105
- Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional
Autonomous-Community competences in the field of housing versus State competences of a transversal nature in recent Constitutional jurisprudence
 MARÍA ANTONIA ARIAS MARTÍNEZ 106-121
- La reducción en el ISD por la adquisición de la vivienda habitual del causante: análisis estatal, autonómico y foral
Analysis of the Spanish reduction in the Inheritance and Gift Tax for the acquisition mortis causa of the main residence of the deceased
 IRENE ROVIRA FERRER 122-138
- Análisis de los tratados internacionales para el reconocimiento del derecho de sufragio local a personas extranjeras residentes en España que no ostentan la ciudadanía europea
An analysis of international treaties for the recognition of the right of local suffrage o foreign residents in Spain who do not hold European citizenship
 CARLOS ARCE JIMÉNEZ 139-155

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

- Efectos de la declaración de inconstitucionalidad parcial del IIVTNU tras la sentencia interpretativa dictada por el Tribunal Supremo en 2018
Effects of the declaration of partial unconstitutionality of IIVTNU after the interpretive judgment issued by the Supreme Court in 2018
 JOAN PAGÈS I GALTÉS 156-183
- La contratación de los servicios jurídicos en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público
The contracting of legal services under law 9/2017, november 8th, on public sector contracts
 JESÚS RUBIO BELTRÁN 184-203



reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **11**
Nueva época
Abril-Septiembre, **2019**



MINISTERIO
DE POLÍTICA TERRITORIAL
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>

Directora del INAP: María Isabel Borrel Roncalés
(Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado)

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: 278-19-015-5
Depósito legal: M-1.582-1958

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

José María Baño León (Director), Universidad Complutense de Madrid (España). 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). Lucía Alarcón Sotomayor (Secretaria), Universidad de Córdoba (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 Cobrerros 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 (abril-octubre) 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

De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables

From urban licenses to responsible statements

MANUEL REBOLLO PUIG 6

Ordenación de las actividades económicas tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Unidad de Mercado

Regulation of economic activities following the Constitutional Court's judgments on the Law of Market Unity

JAVIER SOLA TEYSSIERE 29

Inadmisión y necesidad de reelaboración ante el derecho de acceso a la información pública

The decision taken by public bodies of not processing a request of access to public information based in the compulsory requirement of a re-elaborating action

MANUEL FERNÁNDEZ SALMERÓN / JAVIER SIERRA RODRÍGUEZ 56

La disparidad de criterios interpretativos en torno a la casación autonómica y su enjuiciamiento constitucional en el ATC de 16 de abril de 2018 y en la STC de 29 de noviembre de 2018

The interpretative disparity on the regional cassation appeal and its constitutional prosecution in the order of the constitutional court of 16 april 2018 and in the sentence of 29 november 2018

ESTEFANÍA ÁLVAREZ MENÉNDEZ 75

Estudios breves

La desaparición del silencio positivo de las licencias ambientales

The disappearance of the positive silence of environmental licenses

IÑIGO SANZ RUBIALES 96

Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional

Autonomous-Community competences in the field of housing versus State competences of a transversal nature in recent Constitutional jurisprudence

MARÍA ANTONIA ARIAS MARTÍNEZ 106

La reducción en el ISD por la adquisición de la vivienda habitual del causante: análisis estatal, autonómico y foral

Analysis of the Spanish reduction in the Inheritance and Gift Tax for the acquisition mortis causa of the main residence of the deceased

IRENE ROVIRA FERRER 122

Análisis de los tratados internacionales para el reconocimiento del derecho de sufragio local a personas extranjeras residentes en España que no ostentan la ciudadanía europea

An analysis of international treaties for the recognition of the right of local suffrage of foreign residents in Spain who do not hold European citizenship

CARLOS ARCE JIMÉNEZ 139

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

Efectos de la declaración de inconstitucionalidad parcial del IIVTNU tras la sentencia interpretativa dictada por el Tribunal Supremo en 2018

Effects of the declaration of partial unconstitutionality of IIVTNU after the interpretive judgment issued by the Supreme Court in 2018

JOAN PAGÈS I GALTÉS 156

La contratación de los servicios jurídicos en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público

The contracting of legal services under law 9/2017, november 8th, on public sector contracts

JESÚS RUBIO BELTRÁN 184

Autores 204



De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables¹

From urban licenses to responsible statements

Manuel Rebollo Puig
Universidad de Córdoba (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4803-7967>
manuel.rebollo.puig@uco.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba desde 1994. Líneas de investigación: Fuentes del Derecho, organización, actividad, medios y control de la Administración pública, Derecho Administrativo sancionador.

RESUMEN

Se analiza qué licencias urbanísticas pueden o deben sustituirse por comunicaciones o declaraciones responsables, en qué casos lo permite o hasta impone la legislación estatal y en qué medida lo han hecho ya las leyes autonómicas. También qué alcance deben tener estas cargas alternativas de modo que entrañen una auténtica simplificación y no se arruinen las ventajas de la opción por estos controles más livianos.

PALABRAS CLAVE

Autorizaciones; comunicaciones; declaraciones responsables; urbanismo; licencias urbanísticas.

ABSTRACT

This paper analyses which urban licenses can or must be replaced by communications or responsible statements, in which cases it is allowed or even imposed by the state legislation and to what extent the regional laws have already done it. Also, it is analysed what scope these alternative charges should have so that they involve a real simplification and do not ruin the advantages of the option for these lighter controls.

KEYWORDS

Authorisations; communications; responsible statements; urbanism; urban licenses.

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO Y OBJETIVOS. 2. CONDICIONANTES DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL EN CUANTO A LA SUPRESIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS. 2.1. LICENCIAS URBANÍSTICAS EN LEGISLACIÓN ESTATAL DE SUELO. 2.1.1. Casos en que impone licencias. 2.2. Las licencias urbanísticas en la Ley estatal 12/2012. 2.2.1. Actividades o establecimientos a los que afecta la Ley 12/2012. 2.2.2. Licencias urbanísticas suprimidas por esta Ley: las de ciertas obras y las de utilización 2.2.3. Posibilidad autonómica de eximir otras actuaciones de licencia y hasta de declaración responsable o comunicación. 3. LA SUPRESIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA. 4. PROPUESTA SOBRE

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-67695-C2-1-P (MINE-CO/FEDER, UE). Grupo de investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196.

EL ALCANCE DE LA SUPRESIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS. 4.1. DEBE SER LA LEY LA QUE DECIDA LAS ACTUACIONES SUJETAS A LICENCIA, A COMUNICACIÓN O A DECLARACIÓN RESPONSABLE. 4.2. PROPUESTA DE SUPRESIÓN DE CONCRETAS LICENCIAS URBANÍSTICAS. 4.2.1. Obras. 4.2.2. Utilización, ocupación y cambio de uso. 4.2.3. Otros supuestos. 4.3. EL COMPLEMENTARIO REVERSO DE LA PROPUESTA: TODAS LAS LICENCIAS SUBSISTENTES DEBEN TENER SILENCIO NEGATIVO. 4.4. ACTUACIONES EXONERADAS DE TODA CARGA FORMAL PREVIA. 5. ¿SUSTITUCIÓN POR COMUNICACIÓN O POR DECLARACIÓN RESPONSABLE?. 5.1. OPCIÓN POR LA DECLARACIÓN RESPONSABLE. 5.2. CONTENIDO. 5.3. DOCUMENTACIÓN ADJUNTA. 5.4. EN ESPECIAL, MANIFESTACIONES Y DOCUMENTOS SOBRE CUMPLIMIENTO DE DEBERES TRIBUTARIOS. 6. MOMENTO EN QUE DEBEN PRESENTARSE LAS DECLARACIONES RESPONSABLES.

1. PLANTEAMIENTO Y OBJETIVOS

La legislación urbanística española (la estatal y luego más aún la autonómica) consagró ampliamente la necesidad de licencias². Sobre esa situación incidió e incide la normativa general tendente a la supresión de autorizaciones y a su sustitución por comunicaciones o declaraciones responsables que tuvo su pistoletazo de salida con la celeberrima Directiva de Servicios y que encontró en España no sólo una transposición radical³, que comenzó con la apodada «Ley Paraguas»⁴, sino complementos, ya al margen de esa Directiva. Sobre todo, en la Ley 20/2013 de Garantía de la Unidad de Mercado (en lo sucesivo, LGUM)⁵. De esta legislación se deducen los siguientes elementos fundamentales:

Fin.- Sólo cabe someter actuaciones privadas a la obtención de autorizaciones para la protección de ciertos intereses generales, no de cualquiera de ellos. En principio eran todas las denominadas razones imperiosas de interés general; hoy sólo algunas de esas razones, o sea, sólo algunos intereses generales.

Proporcionalidad.- Incluso si se trata de proteger esos selectos intereses generales, la sujeción a autorización sólo procede cuando sea un medio proporcionado, esto es, el menos restrictivo de entre los aptos para conseguir el fin. Ello se traduce en que sólo es lícita cuando su objetivo no pueda lograrse con comunicaciones o declaraciones responsables unidas a la vigilancia administrativa posterior, esto es, si este otro control más liviano sería insuficiente, sobre todo si llegaría «demasiado tarde para ser realmente eficaz».

Exigencia de ley.- La regla general es la no sujeción a autorización; la excepción es la exigencia de ésta. Y las excepciones deben establecerse en norma con rango de ley (si acaso también en un reglamento con expresa e inequívoca habilitación legal)⁶. Dicho de otra forma, es el legislador quien debe hacer el juicio de proporcionalidad y en su virtud decidir someter una actuación privada a la necesidad de autorización previa o exonerarla de ella.

Las licencias urbanísticas superan el primer requisito: sin duda por su fin pueden subsistir⁷. Pero suscitan una cuestión de proporcionalidad: su pervivencia o supresión depende de un juicio de proporcionalidad.

² A ello se sumó una jurisprudencia que sistemáticamente optó por una interpretación extensiva de la necesidad de licencia urbanística para prácticamente todo uso del suelo que excediera del uso natural agrario. Ofrece un buen panorama F. IGLESIAS GONZÁLEZ, *Licencias urbanísticas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2000, págs. 15 a 42 y 69-70.

³ Vid. R. RIVERO ORTEGA, «La trasposición de la Directiva de Servicios en España», en R. RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Cizur Menor, 2009, págs. 59 a 88.

⁴ Es la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, que aquí citaremos por su apodo de «Ley Paraguas».

⁵ Sobre lo que esta legislación comporta para el sometimiento de actividades privadas a controles administrativos previos vid. M. REBOLLO PUIG, «El principio de necesidad y proporcionalidad de los límites a las actividades económicas», en J. GUILLÉN CARAMÉS, M. CUERDO MIR (dirs.) y L. RAMS RAMOS (coord.), *Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, Civitas, Cizur Menor, 2017, págs. 127 a 137. También M. REBOLLO PUIG, «El Estado autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 91 (2015), sobre todo, págs. 108 a 112; y en M. LÓPEZ BENÍTEZ, J. A. FUENTETAJA PASTOR y S. RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, *Las reformas administrativas de la crisis*, Civitas, 2017, págs. 94 a 99. La LGUM ha sido parcialmente anulada (SSTC 79, 110, 111 y 119/2017). Pero las anulaciones no afectan a su plasmación radical del principio de proporcionalidad respecto a sujeción a autorizaciones, que es lo que aquí interesa.

⁶ En la legislación local, que nos interesa aquí particularmente, esto queda reflejado en el art. 84 bis LRRL (tras su incorporación por Ley 2/2011 de Economía Sostenible y su reforma por Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local). Su apartado 1 proclama que «con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia...». Su apartado 2 dice que «las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas sólo se someterán a un régimen de autorización cuando lo establezca una Ley...». Refuerza la exigencia de ley el art. 17.1 LGUM y en Andalucía el art. 3.1 de su Ley 3/2014 de medidas normativas para reducir las trabas administrativas.

⁷ En realidad, las licencias urbanísticas ni siquiera eran en principio objeto directo de esa legislación que se centraba inicialmente en las autorizaciones de actividades de servicio y después más ampliamente de actividades económicas. Así, la propia Directiva de Servicios aclara en su considerando 9: «La presente Directiva (...) no se aplica a requisitos tales como (...) normas relativas a la orde-

Juicio del legislador que, desde luego, no se puede hacer en bloque de todas ellas, que son variopintas y de muy diverso calado, sino de cada uno de sus géneros. También su eventual sustitución por comunicaciones o declaraciones responsables, así como el contenido y régimen de éstas, está sometido al principio de proporcionalidad.

Este nuevo marco ya ha dado algunos frutos que, en efecto, han supuesto cierta disminución de la exigencia de licencias urbanísticas. Se analizarán aquí. Pero también interesa apuntar –y también será objeto del estudio– qué otros pasos pueden darse en la misma dirección para formar un sistema más coherente.

2. CONDICIONANTES DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL EN CUANTO A LA SUPRESIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS

Siendo el urbanismo competencia de las Comunidades Autónomas, son éstas (sus respectivas asambleas legislativas) las que deben decidir qué actuaciones requieren licencias municipales, cuáles necesitan algo más (por ejemplo, aprobaciones de la Administración autonómica si afectan al suelo no urbanizable), qué otras quedarán sometidas a comunicación o a declaración responsable y cuáles, incluso, quedarán exoneradas de cualquiera de esas cargas formales. Y, además, es a ellas a las que compete establecer todo el régimen de las licencias y de las comunicaciones y declaraciones responsables que prevean. Pero el Estado conserva competencias (especialmente las del art. 149.1.13.^a y 18.^a CE) que le permiten entrar limitadamente en este aspecto: no sólo establecer el marco general de supresión de autorizaciones en cualquier sector sino concretamente respecto a las licencias urbanísticas. Y así lo ha hecho. Está plasmado en el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre; en adelante LS/15) y en la Ley 12/2012.

2.1. Licencias urbanísticas en legislación estatal de suelo

2.1.1. Casos en que impone licencias

La LS/15 parte de la competencia autonómica (art. 11.3: «Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística...»). Pero a continuación su art. 11.4 dispone:

«...serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen:

- a) Movimientos de tierras, explanaciones, *parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.*
- b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.
- c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.
- d) *La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público.*

La STC 143/2017, de 14 de diciembre, declaró inconstitucionales y nulas partes de las letras a) y d) (las transcritas en cursiva) y aceptó la constitucionalidad de las letras b) y c) aunque limitando su interpretación en los términos establecidos por su FJ 23. El precepto no pretendía tanto imponer licencias urbanísticas

nación del territorio, urbanismo (...) normas de construcción (...), que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada». A la larga, la tendencia a la reducción de autorizaciones sí que afecta en alguna medida a las licencias urbanísticas. *Vid.* M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, «La transformación del control local: de la licencia urbanística a la actuación comunicada», *RDUyMA*, núm. 311 (2017), págs. 105-106. Pero su fin encaja entre los siempre admitidos. Se justifican por lo que la Directiva de Servicios considera «razones imperiosas de interés general». Lo mismo hay que decir de la adecuación de su fin a las normas españolas aprobadas para su transposición (aunque sea una transposición radical) y a los más restrictivos de la LGUM [art. 17.1.b)]: en todo caso admiten autorizaciones para preservar el medio ambiente, el entorno urbano y el patrimonio histórico, fines de por sí suficientes para amparar las licencias urbanísticas.

como proclamar el silencio negativo⁸. Y en la misma línea lo que se cuestionó la sentencia 143/2017 no es si el Estado puede establecer la necesidad de licencias urbanísticas sino si puede imponer el silencio negativo, lo que el TC sólo aceptó en parte. Pero implícitamente el art. 11.4 LS/15 comporta que el legislador estatal ha decidido no sólo que el silencio sea negativo sino que las actuaciones en él enunciadas (y no afectadas por la STC 143/2017) deben estar sometidas a licencia (o autorización similar). O sea, cabe decir, que el mismo Estado ha realizado un juicio de proporcionalidad y ha considerado que el sometimiento a licencia de esas actuaciones es proporcionado e impuesto a los legisladores autonómicos.

2.1.2. Casos en los que expresamente permite la supresión de licencias

En la misma LS/15 hay dos preceptos que abren la posibilidad de sustituir algunas de las clásicas licencias urbanísticas por declaraciones responsables o comunicaciones. Por un lado su art. 11.5 comienza diciendo: «Cuando la legislación de ordenación territorial y urbanística aplicable sujete la primera ocupación o utilización de las edificaciones a un régimen de comunicación previa o de declaración responsable...». Y ese mismo art. 11.5 termina afirmando que «la práctica de la comunicación previa a la Administración competente (...) deberán hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en los términos establecidos por la legislación hipotecaria y por esta ley». Por otro lado, concordando con el anterior, el art. 28.1.b) LS/15 establece que para las escrituras de obra nueva terminada es necesaria autorización «salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable». De estos dos preceptos se infiere que el legislador estatal, aun sin tomar él mismo la decisión, admite que se sustituyan ciertas licencias urbanísticas (concretamente, las de primera ocupación o utilización) por los medios de control más suaves. Ahora bien, de esos mismos preceptos se desprende que quien puede hacer esa sustitución es el legislador autonómico. En realidad, no hacía falta que la ley estatal permitiera esta sustitución de las licencias por declaraciones responsables o comunicaciones. Aunque no dijera nada, eso está en manos del legislador urbanístico, esto es, del autonómico. Si acaso lo que tendrá que hacer el Estado es adaptar su legislación sobre registros y documentos notariales a esa legislación autonómica. La afirmación entraña que las Comunidades Autónomas pueden suprimir las licencias urbanísticas (y sustituirlas en su caso por declaraciones o comunicaciones) no sólo en los casos expresamente contemplados por el legislador estatal (las de la primera ocupación o utilización) sino en cualquier otro salvo en los del art. 11.4 LS/2015.

En suma, la LS/15 comporta que hay actuaciones necesariamente sometidas a licencia sin que las Comunidades Autónomas puedan eximir de ellas; y que para las demás actuaciones (no sólo para la primera ocupación o utilización) el legislador autonómico puede suprimir las licencias urbanísticas en virtud de un juicio de proporcionalidad que a él corresponde. Por tanto, la legislación estatal del suelo no suprime ella misma ninguna licencia. Sólo hace guiños al legislador autonómico para que suprima las de primera ocupación o utilización.

2.2. Las licencias urbanísticas en la Ley estatal 12/2012

2.2.1. Actividades o establecimientos a los que afecta la Ley 12/2012

La restricción de autorizaciones tuvo repercusiones más concretas y relevantes en la legislación estatal por obra de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios⁹, que, con retoques, está vigente y es capital para nuestro objeto. Parte de que las actividades a las que se refiere esa Ley estaban sometidas a licencia por algunas de las razones imperiosas de interés general que siguen justificando autorizaciones. Pero, pese a ello, las suprime por considerarlas

⁸ Proviene del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, concretamente de su art. 23.1. En su preámbulo citaba la STS de 28 de enero de 2009 y explica que se trata de buscar «seguridad jurídica en el sector inmobiliario»: «Para ello, nada mejor que explicitar el carácter negativo del silencio en los procedimientos más relevantes de declaración de conformidad, aprobación o autorización administrativa en dichos ámbitos, lo que sin duda contribuirá a una mayor seguridad jurídica, impidiendo que la mera pasividad o inexistencia de actuaciones de actuaciones tempestivas de los Ayuntamientos permita entender a cualquier privado que le hayan sido concedidas licencias urbanísticas del más variado tipo».

⁹ Procede de la transformación en Ley del Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo. Sobre éste *vid.* M. C. NÚÑEZ LOZANO, «La transposición de la Directiva de Servicios en la ordenación del comercio. En especial, la previsión de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones», en M. REBOLLO PUIG (dir.), *Derecho de la regulación económica, IX, Comercio interior*, Iustel, 2013, págs. 539 a 543.

desproporcionadas. Su art. 3 proclama la «inexigibilidad de licencia» y su art. 4 dispone su sustitución por «declaración responsable o comunicación previa». Eso es, en síntesis, lo que hace esta Ley¹⁰. Veamos con más detalle su repercusión sobre las licencias urbanísticas, que es lo que aquí interesa.

La Ley 12/2012 se aplica «a las actividades comerciales minoristas y a la prestación de determinados servicios previstos en el anexo de esta Ley, realizados en establecimientos permanentes, situados en cualquier parte del territorio nacional, y cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 750 metros cuadrados» (art. 2.1).

La lista del Anexo se aumentó por Ley 14/2013 (43 actividades adicionales) hasta incluir actualmente 115 actividades. Se incluyen numerosos ramos del comercio minorista (hoy, prácticamente todos). Pero también muchas actividades de servicio: jurídicos, financieros, peluquerías, lavanderías, agencias de viaje, locutorios, de arquitectura, ingeniería, gestión administrativa, educación, pompas fúnebres, etc. Y, además, desde su redacción original –y más aún tras su reforma–, también aparecen algunas actividades industriales: ciertas industrias textiles y de cuero, de artes gráficas, de joyería y bisutería, etc. Quedan fuera, entre otras, la inmensa mayoría de las actividades turísticas, recreativas y de espectáculos tales como bares, restaurantes, discotecas, cines, teatros, salas de juego y similares¹¹.

Aunque se habla de actividades, es determinante el concepto de establecimiento. Además, dice «establecimientos permanentes»¹². Los establecimientos liberados son los que no superan cierta dimensión que se ha ido aumentando (Leyes 14 y 20/2013, lo que ha considerado constitucional la STC 79/2017, FJ 18): inicialmente era de 300, luego de 500 y actualmente de 750 metros cuadrados (art. 2.1)¹³. Pero para el resto de establecimientos no se dice nada. Por ejemplo, para una tienda de 751 metros cuadrados nada preceptúa sobre si ha de quedar sometida a autorización ni por qué razones ni controlando qué requisitos.

2.2.2. Licencias urbanísticas suprimidas por esta Ley: las de ciertas obras y las de utilización

Las autorizaciones que se suprimen son descritas ampliamente en el art. 3: «Para el inicio y desarrollo de las actividades comerciales y servicios definidos en el artículo anterior, no podrá exigirse (...) la obtención de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización el ejercicio de la actividad comercial a desarrollar o la posibilidad misma de la apertura del establecimiento correspondiente» (art. 3.1). Por tanto, la supresión de autorizaciones que impone no se circunscribe a las municipales¹⁴ y menos aún sólo a las urbanísticas. Pero, entre otras muchas, también éstas quedan afectadas ¿Cuáles concretamente?

¹⁰ Inicialmente no tipificaba infracciones ni prevenía infracciones. Vid. B. LOZANO CUTANDA, «Ley 12/2012, de medidas urgentes de liberalización del comercio minorista y determinados servicios», *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, núm. 5 (2013), pág. 213. Sólo tras la reforma que introdujo la Ley 5/2015 (que añadió un nuevo Capítulo III a la Ley 12/2012) se introdujo un régimen sancionador que, en cualquier caso, queda ahora al margen de nuestro objeto.

¹¹ De entre los servicios recreativos, culturales y los relacionados con espectáculos y turismo lo único que sí cae dentro de la Ley 12/2012 son las bibliotecas y museos, así como la organización de congresos y la expedición de billetes para espectáculos públicos.

¹² Por tanto, cuando se trate de establecimientos no permanentes no es de aplicación la Ley 12/2012. Pero no indica nada esta Ley sobre ese concepto de establecimiento permanente ni de lo que queda al margen de él. Tampoco indica el régimen de esos establecimientos no permanentes ni el de las actividades comerciales o de servicios que se desarrollen en ellos. Si quedan o no sujetos a licencias dependerá de lo que se deduzca del resto de la normativa.

¹³ Pero nótese que lo que hay que computar es la «superficie útil de exposición y venta al público». Así que el establecimiento puede tener en realidad una dimensión superior a esos 750 metros cuadrados en tanto que, como es normal, haya espacios no dedicados a «exposición y venta al público». No hay reglas específicas para determinar qué ha de entenderse por tal superficie útil de exposición y venta al público. Sí las hubo en la legislación de comercio, pero a otros efectos, los de calcular los 2.500 metros cuadrados de los grandes establecimientos comerciales. Por ejemplo, art. 23 del Texto Refundido de la Ley de Comercio Interior de Andalucía que excluía, entre otros, los espacios destinados a almacén o aparcamiento. Pero es dudoso que este género de preceptos puedan utilizarse para interpretar el art. 2.1 de la Ley 12/2012. Además, el concepto mismo de «superficie útil de exposición y venta al público», que es apropiado para establecimientos de comercio minorista, es inadecuado para muchas de las actividades a que se refiere esta Ley y que no son de comercio minorista sino de servicios y hasta industriales, como hemos notado.

¹⁴ Se proyecta sobre las más diversas autorizaciones que tuvieran por objeto las actividades a que se refiere esta ley, no sólo sobre las clásicas licencias municipales. Es cierto que alude expresamente a las «licencias de ámbito municipal» en su art. 1 y es indudable, desde luego, que éstas quedan incluidas en su ámbito de aplicación. Pero éste es más amplio como se deduce de todos los preceptos de la Ley, incluso de su art. 1 que, sólo tras referirse a todo género de «cargas y restricciones administrativas» se refiere «en particular» a la «supresión de las licencias de ámbito municipal». Entre las municipales que hay que entender afectadas están desde luego la tradicional de apertura y las ambientales. El Estado ha hecho él mismo un juicio de proporcionalidad y ha concluido que para todas las actividades incluidas en el ámbito de la Ley 12/2012 es excesiva –o sea, desproporcionada– la exigencia de tales autorizaciones y de todo cuanto tendían a controlar previamente sobre sus riesgos para la seguridad, la salubridad y la tranquilidad públicas y, en suma, para el medio ambiente.

Por lo pronto, se suprimen y quedan prohibidas las licencias de obras que cumplan dos requisitos establecidos en el art. 3.3 de esta Ley 12/2012.

Primero, que se trate de «obras ligadas al acondicionamiento de locales para desempeñar la actividad comercial». Aunque eso es lo que dice el art. 3.3, hay que entender que se refiere a locales de menos de 750 metros cuadrados para desempeñar la actividad comercial o cualquier otra del Anexo, aunque sea de servicios o industrial¹⁵.

Segundo, que se trate de obras que «no requieran de la redacción de un proyecto de obra de conformidad con el art. 2.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación» (en lo sucesivo, LOE). No importa si otras normas estatales, autonómicas o locales (incluidos los planes de urbanismo) exigen proyecto en otros casos: sólo los enumerados en el artículo 2.2 LOE son tenidos en cuenta a estos efectos. Si conforme a la LOE necesitan proyecto, necesitarán también licencia de obras. Pero si quedan fuera de estos supuestos quedan eximidas de licencia urbanística las obras¹⁶. Combinando el art. 3.3 de la Ley 12/2012 con el art. 2.2 LOE se colige que el supuesto más frecuente de exención de licencia de obras será el que, además de referirse a «obras ligadas al acondicionamiento de locales» para las actividades del Anexo de la Ley 12/2012, sean de intervención en edificios existentes que no alteren su configuración arquitectónica por no producir una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural ni cambien los usos característicos del edificio.

A esos dos requisitos, añade la Ley 12/2012 otro de carácter negativo. Dice su art. 2.2 que «quedan al margen de la regulación (...) de esta Ley las actividades desarrolladas en los mencionados establecimientos que tengan impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público». Muchas son las dudas que suscita esta norma. La primera y más importante se refiere al significado mismo de ese «quedar al margen» de esta Ley. Interpretado literalmente supone que en esos casos todo sigue igual: serán necesarias las licencias de apertura, las ambientales y cualesquiera que imponga la legislación sectorial; y, en concreto, serán necesarias siempre todas las licencias urbanísticas. Sin embargo, esa interpretación no es asumible: si la Ley parte, como explica su Preámbulo, de que son desproporcionadas ciertas autorizaciones por tratarse de actividades que no tienen peligrosidad suficiente ¿qué tiene el patrimonio histórico o el demanio para alterar ese juicio? Sólo los valores exclusivos e intrínsecos a esos bienes y son éstos únicamente los que tiene sentido controlar y preservar. Siendo así, la exclusión del régimen de la Ley 12/2012 puede y debe ser más moderada. En cuanto a las que «tengan impacto (...) en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público» por lo pronto hay que entender, aunque la Ley no lo diga exactamente así, que alude a las actividades que vayan a suponer un uso privativo o, cuando menos, un aprovechamiento especial del demanio (sea el de las vías o edificios públicos o el de las playas

¹⁵ Surge la duda de si sólo están eximidas las obras que se realizan inicialmente o si lo están también las que se acometan después para adecuar o adecantar el local. Dicho de otra forma: si lo están sólo las realizadas para la apertura y puesta en funcionamiento o también las que, con la misma escasa relevancia, se afronten después. Y ello ya sea para un establecimiento que, por el momento en que se abrió, sólo hizo declaración responsable o para el que, por llevar funcionando más tiempo, contó en su momento con licencia. El art. 1 de la Ley 12/2012 habla de «determinadas obras previas». Del Preámbulo de la Ley se deduce que lo que sobre todo le preocupa y lo que trata de atajar son los retrasos en la implantación de actividades que es lo que genera más dificultades para la creación y funcionamiento de las empresas. Por todo ello cabría sostener que las únicas obras liberadas de licencia son las iniciales, las que se producen para adecuar un local hasta ahora no utilizado o tras algún traspaso de negocio o cambio de ramo. Pero esa interpretación produce resultados poco lógicos. No se acertaría a comprender, por ejemplo, que la obra para hacer un modesto probador de ropa quede sometida a declaración responsable si se acomete al principio pero que necesitará licencia si se hace después. En suma, mejor es no distinguir para la misma obra en el mismo establecimiento según se haga al principio para abrirlo o se haga después para acomodarlo o adecantarla.

¹⁶ Recuérdese que según el art. 2.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en la redacción que le dio la Ley 8/2013, requieren proyecto técnico las siguientes obras: a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta. b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio. Y c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección. Es amplia la exigencia de proyecto técnico. Por tanto, relativamente reducida la exoneración de licencia de obras que preceptúa el art. 3.3 de la Ley 12/2012. Y parece incluso que el siguiente art. 3.4 dice una obviedad cuando afirma que «la inexigibilidad de licencia que por este artículo se determina no regirá respecto de las obras de edificación que fuesen precisas conforme al ordenamiento vigente, las cuales se seguirán regulando, en cuanto a la exigencia de licencia previa, requisitos generales y competencia para su otorgamiento, por su normativa correspondiente». Incluso resulta desconcertante pues lo que dice resulta meridianamente del limitado ámbito en que suprime las licencias de obras que, desde luego, no cubre la las obras de edificación aunque lo sean para construir un local comercial de menos de 750 metros cuadrados.

o las aguas...). Y, sobre esa base, lo que hay que añadir es que en tales casos será necesaria la autorización o concesión demanial que proceda conforme a la legislación de bienes de las Administraciones o la del concreto sector del dominio público afectado. Pero no que por ese sólo hecho queden sujetas a licencias urbanísticas de obras si, por las características de la actuación, no la precisan. Por tanto, cabe concluir que cuando se pretenda realizar actuaciones para las que la Ley 12/2012 excluye las licencias urbanísticas seguirá bastando a estos efectos la declaración responsable o la comunicación aunque será necesaria además la correspondiente concesión o autorización demanial. En cuanto al «impacto en el patrimonio histórico-artístico»¹⁷ habrá que estar a las leyes de las respectivas Comunidades Autónomas para concretar lo que entraña ese art. 2.2 de la Ley 12/2012; no sólo a sus respectivas leyes sobre patrimonio cultural sino también a las previsiones de sus leyes urbanísticas relativas sobre todo a planes especiales de protección de tales bienes y catálogos de inmuebles protegidos¹⁸. A lo sumo, lo que cabe añadir es que no tienen impacto en el patrimonio histórico las obras que, sin producirse sobre inmuebles individualmente protegidos sino sobre su entorno, no tengan relevancia exterior ni alteren ese entorno. Y quizá quepa también aceptar que en los casos en que sí sean necesarias esas autorizaciones el control administrativo para su otorgamiento debe quedar constreñido al cumplimiento de la legislación cultural y urbanística necesario para la preservación de los valores propios de ese patrimonio.

Además de las licencias de obras con el ámbito descrito, la Ley 12/2012 también suprime y prohíbe las licencias urbanísticas de utilización y de cambio de uso relativas a los establecimientos de su Anexo. Las licencias urbanísticas de utilización hay que entenderlas suprimidas desde luego en los mismos casos en los que se ha suprimido la licencia de obras. Pero, en realidad, también en los restantes casos, incluso cuando sí haya hecho falta licencia de obras, porque la licencia urbanística de utilización entra en la amplia descripción del art. 3.1 de la Ley 12/2012; como mínimo en su referencia genérica a las «similares o análogas» que sujetan el ejercicio de la actividad comercial a desarrollar o la posibilidad misma de la apertura del establecimiento correspondiente. Lo mismo hay que decir de las licencias de cambio de uso.

Igualmente hay que entender suprimidas otras licencias urbanísticas impuestas por la legislación autonómica. Piénsese, por ejemplo, en la «autorización de inicio de las obras» que prevén algunas legislaciones autonómicas¹⁹; no es posible exigir ésta autorización para las obras amparadas por la Ley 12/2012. Es más, para ellas ni siquiera cabe sustituir aquella autorización por una comunicación o declaración responsable de inicio de las obras²⁰.

2.2.3. Posibilidad autonómica de eximir otras actuaciones de licencia y hasta de declaración responsable o comunicación

Todo el régimen de la Ley 12/2012 es básico²¹. Por tanto, ha de ser respetado por las Comunidades Autónomas al ejercer cualquiera de sus competencias, aunque sean exclusivas, sobre cualquier materia.

¹⁷ La exigencia de licencia urbanística de obras en esos casos puede deducirse también del hecho de que en estos casos se exige proyecto técnico de acuerdo con el art. 2.2.c) LOE. Así que ello sumado al art. 3.3 de la Ley 12/2012 ya sería suficiente por sí para exigir licencia de obras.

¹⁸ Aplicándolo, por ejemplo, a la legislación andaluza hay que incluir sin duda todos los bienes inmuebles inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, sean de inscripción individual o colectiva o incluso cuando cuenten sólo con anotación preventiva (art. 6 de la Ley andaluza 14/2007). Englobemos también los inmuebles del Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Histórico Andaluz (art. 13 de la misma Ley). Tengamos en cuenta asimismo, puesto que se habla de «impacto en el patrimonio» y no precisamente de actuación sobre los bienes del patrimonio histórico, las intervenciones en el entorno de los bienes para evitar que los degraden o impidan o distorsionen su contemplación (arts. 19, 27.1 y 28 Ley 14/2007). Incluyamos asimismo los bienes de los catálogos urbanísticos (art. 16 Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía) y, en general, los que tengan protección de cualquier modo por el planeamiento urbanístico por su valor histórico. En todos estos casos tan ampliamente delimitados lo que tiene sentido es que todas las obras –aunque estén ligadas al acondicionamiento de locales de menos de 750 metros cuadrados para desempeñar las actividades del Anexo de la Ley 12/2012– estén sujetas a las autorizaciones exigidas por la legislación de patrimonio histórico y por la urbanística.

¹⁹ Por ejemplo, art. 194.6 del TR de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo y art. 301.2 del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León aprobado por Decreto 22/2004.

²⁰ Muchas razones justifican esta afirmación. Por lo pronto, si la comunicación o declaración responsable sustitutiva de la licencia de obras puede presentarse según la Ley 12/2012 el mismo día de comienzo de las obras y permite por sí misma acometerlas, es irracional que se exija otra comunicación o declaración para iniciarlas. Por otro lado, si aquí se parte de que no se ha dado licencia de obras es absurda una declaración cuyo contenido sería afirmar la coincidencia con tal licencia.

²¹ Lo declara su disposición final decimoprimeras. Más aún: concede facultades al Gobierno para dictar normas que también tendrán carácter básico. No se trata de simples habilitaciones a su potestad reglamentaria (esto sólo está previsto para desarrollar el Título II de esta Ley que está por completo al margen de lo que nos ocupa). Se trata de deslegalizaciones por las que se autoriza al Gobierno a modificar algunos aspectos importantes de la Ley: el catálogo de actividades del Anexo (disposición final octava), el umbral

También, pues, al regular el urbanismo²². Ahora bien, además de desarrollarla y completarla, la Ley permite a las Comunidades Autónomas «ampliar el umbral de superficie y el catálogo de actividades comerciales y servicios» del Anexo. Porque todo el régimen básico de la Ley 12/2012 es, como explica su Preámbulo, «sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, puedan regular un régimen de mayor alcance en la eliminación de cualquier tipo de control previo». Por tanto, «mayor alcance» en la liberalización, no en el sometimiento a licencias ni controles preventivos. Y no sólo pueden aumentar la lista del catálogo o el umbral de superficie sino también establecer «regulaciones sobre estas mismas actividades con menor intervención administrativa» (disposición final décima), por ejemplo, permitiendo la libre realización de esas actividades sin ninguna carga formal previa, ni siquiera la de la comunicación²³.

3. LA SUPRESIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

En el marco de la legislación estatal expuesta, las Comunidades Autónomas han adaptado su legislación urbanística y suprimido licencias²⁴. Es difícil ofrecer un panorama que refleje fielmente la situación pues las legislaciones autonómicas son relativamente diversas. Pero, aun a riesgo de una simplificación excesiva y de alguna inexactitud, la situación puede sintetizarse así:

1.º Todas las leyes autonómicas enumeran los supuestos en que es necesaria licencia. Algunas no admiten más supuestos que los establecidos en la misma ley²⁵. Pero otras siguen aceptando que cualquier reglamento o los planes sometan a esa carga cualquier otra actuación²⁶.

de superficie (disposición final novena) y el importe de las sanciones (disposición final decimotercera). Nunca ha hecho uso el Gobierno de estas deslegalizaciones que le permiten aumentar las actividades sin licencia (las modificaciones se han hecho por Decreto-Ley y por Ley). Pero si lo hiciera, la nueva regulación gubernamental tendría el mismo carácter básico.

²² Si una ley autonómica no respeta lo establecido en esta Ley 12/2012 incurrirá en inconstitucionalidad mediata. Y lo mismo cabe decir si se trata de reglamentos o actos administrativos. A este respecto el Preámbulo de la Ley 12/2012 afirma: «... por aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, cualquier norma, disposición o acto, adoptado por cualquier órgano de las administraciones autonómicas o locales que contravenga o dificulte la aplicación de este régimen, podrá ser declarado nulo de pleno derecho, sin perjuicio de la exigencia, en su caso, de la correspondiente responsabilidad patrimonial a la Administración pública incumplidora». E igual que aquella Ley 30/1992 permitía que cualquier ley consagrara nuevos supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos [art. 62.1.g)], idéntica regla se contiene ahora en el art. 47.1.g) de su sucesora, la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común. Lo extraño es que tal proclamación del Preámbulo no encuentra ningún reflejo en el articulado de la Ley 12/2012 (como tampoco lo encontraba en el Real Decreto-ley 19/2012, que está en su origen). No existiendo ningún precepto legal que prevea tal causa de nulidad, más bien cabe sostener que los actos administrativos contrarios a esta Ley 12/2012 son sólo anulables. Sí que son nulos de pleno derecho todos los reglamentos (y planes) contrarios a esa Ley 12/2012 porque para ellos siempre se admite que su vulneración de las leyes es determinante del grado máximo de invalidez, esto es, de nulidad de pleno derecho (art. 47.2 LPAC, igual al anterior art. 62.2 de la Ley 30/1992). Sea como fuere, con anulabilidad o con nulidad, que no es eso lo importante, cualquier actuación administrativa (mediante reglamento, plan o acto) contraria a la Ley 12/2012 será inválida y así lo deberá declarar la jurisdicción contencioso-administrativa.

²³ Cosa distinta es que, al margen de la Ley 12/2012, justamente en materia de urbanismo ese máximo de liberalización sí existe y se deriva, como ya nos consta, del LS/15; en concreto de su art. 11.4, que impone en ciertos casos la licencia urbanística, y de su art. 28.1.b) que impone para las escrituras de obra nueva que al menos se haya hecho comunicación. Por tanto, ni se pueden suprimir las licencias en aquellos casos ni se puede optar por excluir cualquier control previo en estos.

²⁴ En realidad, ya antes de las leyes estatales expuestas, algunas leyes autonómicas urbanísticas preveían comunicaciones en lugar de algunas licencias. *Vid.* J. A. CHINCHILLA PEINADO, "El control municipal de los actos de uso del suelo y edificación a través de la figura de la comunicación previa como alternativa a la licencia urbanística. Análisis de la regulación legal y municipal y de la aplicación judicial", *RDUyMA*, núm. 242 (2008), págs. 18 a 42. Pero ahora esa posibilidad es admitida mucho más ampliamente. Son excepción las Comunidades de Asturias, Cantabria y La Rioja que, salvo error, no han modificado sus respectivas leyes urbanísticas para prever expresamente ningún supuesto de declaración responsable o comunicación. Pese a ello, su legislación hay que entenderla desplazada para adecuarla, al menos, a la sustitución de licencias por comunicaciones o declaraciones impuesta por la Ley estatal 12/2012. Madrid, aunque no ha modificado su ley urbanística, aprobó la Ley 2/2012 de Dinamización de la Actividad Comercial que incorporó la Ley estatal 12/2012 y fue algo más lejos. Además, en su Ley del Suelo (Ley 9/2001), de manera oscura y desconcertante, hay elementos que apuntan a una cierta admisión de comunicaciones urbanísticas con la aberrante figura de la «licencia de actuación comunicada». *Vid.* J. A. CHINCHILLA PEINADO, "El control municipal...", cit., págs. 51-52; y A. M. NIETO-GUERRERO LOZANO, *Licencia urbanística y comunicación previa de obras*, Aranzadi, 2007, págs. 113 a 116.

²⁵ Así, la Ley 2/2016 del Suelo de Galicia enumera de forma taxativa las actuaciones sujetas a licencia (art. 142.2). Igual es la Ley 13/2015 de Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia (art. 263.2). Y similar es la Ley 4/2017 del Suelo y los Espacios Protegidos de Canarias que termina su enumeración de actuaciones sometidas a licencia con esta cláusula: «la realización de cualquier otra actuación que en la presente ley se someta al régimen de licencia urbanística» (art. 330.1.t)).

²⁶ La Ley valenciana 5/2014 de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, art. 213.t), termina su lista de actuaciones sometidas con este añadido: «Todas las demás actuaciones en que lo exija el planeamiento o las ordenanzas municipales». A la misma idea responde la Ley 12/2017 de Urbanismo de las Islas Baleares, art. 146.1.p). En Andalucía el art. 169.1.g) de su Ley de

2.º En general, son las mismas leyes las que deciden qué licencias se sustituyen por comunicación o declaración. Pero algunas atribuyen en parte a los Ayuntamientos esta decisión²⁷.

3.º La supresión de licencias ha supuesto en general su sustitución por otra carga formal previa (comunicación o declaración responsable). Pero en algún caso se ha establecido expresamente que ciertas actuaciones no requieren nada de ello²⁸.

4.º Al suprimir licencias urbanísticas, optan por sustituirlas bien por declaraciones responsables bien por comunicaciones²⁹. Pero algunas se sirven de las dos figuras³⁰.

5.º Suelen establecer que las declaraciones o comunicaciones pueden ser simultáneas al inicio de la actuación³¹. Pero algunas leyes autonómicas exigen su presentación con cierta antelación³².

6.º Respecto a las obras, su sujeción a comunicación o declaración responsable en vez de a licencia tiene diversa amplitud. Alguna Comunidad Autónoma se quedan en el mínimo: lo que impone la Ley estatal

Ordenación urbanística [reiterado por el art. 8.q) de su Reglamento de Disciplina Urbanística] permiten que sus ya largas listas de actuaciones sometidas a licencia sean ampliadas por planes generales u otros reglamentos. Por su parte el art. 226.2.g) del Texto Refundido de la Ley de Urbanístico de Aragón (Decreto Legislativo 1/2014) se refiere a «otros supuestos establecidos en el plan general por concurrir razones especiales de interés público que habrán de especificarse en la memoria». El art. 207.1 de la Ley vasca 2/2006 de Suelo y Urbanismo termina su enumeración de los actos sujetos a licencias con «cualquier otro que señalen los instrumentos de planeamiento de ordenación territorial y urbanística». Igual son los arts. 165.1.t) y 169.1.c) del TR de Castilla-La Mancha. El art. 151.1.t) de la Ley del Suelo de Madrid (Ley 9/2001) se refiere a «los demás actos que señalen los instrumentos de planeamiento urbanístico».

²⁷ El ejemplo extremo lo ofrece el País Vasco. Su Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo sigue sometiendo todas las actuaciones a licencia y en ningún caso la sustituye por declaración o comunicación. Pero su art. 207.5 (tras la reforma operada por Ley 7/2012) dispone: «Las ordenanzas municipales podrán sustituir la necesidad de obtención de licencias por una comunicación previa (...) cuando se trate de la ejecución de obras de escasa entidad técnica, para las cuales no sea necesaria la presentación de proyecto técnico, o para el ejercicio de actividades que no tengan la condición de molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, y para aquellas otras actuaciones que prevean las propias ordenanzas». Más frecuentemente, las Comunidades Autónomas han optado por sustituir ellas mismas las licencias por declaraciones y comunicaciones, pero permitiendo a los Ayuntamientos aumentar esa sustitución. Por ejemplo, el Decreto Foral Legislativo 1/2017 sujeta a declaración o comunicación ciertas actuaciones y «aquellas obras de escasa entidad o dimensión que se determinen en las ordenanzas municipales correspondientes» [art. 192.1.b)]. En Baleares esto se presenta con una singularidad: se permite eso, no a los Ayuntamientos, sino a los Consejos Insulares y, además, en supuestos relativamente reducidos [por ejemplo, no pueden hacerlo para «la primera ocupación de las edificaciones de nueva planta», art. 148.1.h)]. En Aragón, esa facultad municipal estaba reconocida con carácter general en su Ley de Administración Local. Concretamente, su art. 194 bis, según la redacción que le dio el Decreto-Ley 1/2010, dice que «las entidades locales, salvo que una ley sectorial establezca lo contrario, podrán prever en sus ordenanzas la sustitución de la necesidad de obtención de licencia por una comunicación o declaración responsable (...) cuando se trate del acceso a una actividad de servicios y su ejercicio u otras actuaciones previstas en dichas ordenanzas». Es dudoso que se pueda aplicar a las licencias urbanísticas. En Cataluña esa posibilidad municipal estaba prevista en el art. 71.2 del Reglamento de Protección de la Legalidad Urbanística (Decreto 64/2014 que concordaba con el art. 187.4 de su Ley), pero acaso esa previsión reglamentaria haya quedado desfasada tras la Ley catalana 16/2015. Vid. M. VAQUER CABALLERÍA, «La licencia de obras», en L. PAREJO ALFONSO (dir.), *Autorizaciones y licencias, hoy*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 54-55.

²⁸ Así, la Ley 4/2017, de 13 de julio, de Espacios Protegidos y Espacios Públicos de Canarias establece las denominadas «actuaciones exentas» que se permiten realizar sin licencia ni declaración ni comunicación. Entre otras, se incluyen aquí el arreglo de las instalaciones vinculadas a la agricultura, la reparación de muros en suelo agrícola y, sobre todo, «las obras de conservación o reforma consistentes en la sustitución de acabados interiores de una vivienda o local, como solados, alicatados, yesos y pinturas, cuando no estén protegidos arquitectónicamente, todo ello sin perjuicio de contar con las autorizaciones necesarias para la retirada de residuos inertes» (art. 333).

²⁹ Se habla de declaración responsable en la legislación urbanística de Aragón, de Castilla y León, de la Comunidad Valenciana. Por el contrario, en la legislación urbanística de Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura y Galicia se exigen comunicaciones. Habla de «declaración responsable o comunicación previa», sin decidirse por una figura o la otra o como si fuesen expresiones sinónimas, el Decreto Foral Legislativo 1/2017 (arts. 192 y 195).

El Texto Refundido aragonés, por una parte establece las actuaciones sujetas a declaración responsable (art. 227.2) y, por otra, se refiere a la «comunicación previa en materia de urbanismo» (art. 228), pero no señala ningún supuesto.

³⁰ Así, la Ley murciana 13/2015, de 30 de marzo, de Ordenación Territorial y Urbanística: declaraciones responsables para ciertos actos (art. 264.2) y comunicaciones para otros (art. 265). Igualmente, el Texto Refundido de Urbanismo de Aragón (Decreto Legislativo 1/2014) distingue entre «declaración responsable en materia de urbanismo» (art. 227) y «comunicación previa en materia de urbanismo» (art. 228). Enumera taxativamente las actuaciones sujetas a la primera y dice que cualquier otra actuación no sometida ni a licencia ni a declaración responsable requerirá comunicación previa.

³¹ V. gr., art. 238.4 TR de Aragón; art. 222.3 Ley valenciana; art. 158.1 TR de Castilla-La Mancha tras la reforma por Ley 1/2013; art. 266.2 de la Ley murciana.

³² Por ejemplo, en las de Canarias, Extremadura y Galicia quince días antes del inicio de las obras o actuación. Aunque para hacerlo más complicado en algunas Comunidades son días naturales y en otras días hábiles. En Baleares se exige según los casos uno o quince días. En Cataluña, según su Reglamento de Protección de la Legalidad Urbanística (Decreto 64/2010), la regla general es que la comunicación permite la realización inmediata del acto; pero hay excepciones como la relativa a la comunicación de primera utilización y ocupación que debe realizarse con antelación de un mes (arts. 72.3 y 75.2).

12/2012 y nada o poco más. Ejemplo diáfano de ello es el de Andalucía³³ pero con menos claridad responden al mismo modelo otras Comunidades³⁴. En el extremo opuesto, quizá la que haya llegado más lejos sea Murcia cuya Ley 13/2015 de Ordenación Territorial y Urbanística sólo impone licencia en los casos establecidos en la legislación básica estatal y muy poco más (art. 263.2)³⁵. Entre uno y otro modelo, las leyes autonómicas ofrecen soluciones intermedias. Frecuente es que sometan a comunicación o declaración responsable las obras de conservación, restauración, mantenimiento o reparación que no afecten a elementos estructurales³⁶. En Aragón, a eso se añaden las «obras de edificación de nueva planta de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta» [art. 227.2.a) de su Texto Refundido]. Finalmente, algunas Comunidades hacen depender la exigencia de licencia de que las obras requieran proyecto técnico³⁷.

³³ Andalucía, sin modificar ni un solo artículo de su Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística, le añadió por Ley 3/2014, una disposición adicional 14.^a en la que para «el ámbito de aplicación de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre», dice: «...no será exigible licencia o autorización previa para la realización de las obras ligadas al acondicionamiento de los locales para desempeñar la actividad económica cuando no requieran de la redacción de un proyecto de obra de conformidad con el art. 2.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. En esos casos, será sustituida por la presentación de una declaración responsable o bien por una comunicación previa».

³⁴ En Castilla-La Mancha los únicos casos que expresa y claramente quedan sometidos a comunicación son los de «obras necesarias para el acondicionamiento de los establecimientos en los que se pretenden implantar las actividades señaladas en la letra anterior (son en suma las de la Ley estatal 12/2012) cuando no requieran la presentación de un proyecto de obras» (art. 157 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, tras la reforma por Ley 1/2013). En otras Comunidades hay también alusiones a lo previsto en esa Ley 12/2012 pero ello unido a otros supuestos. Por ejemplo, en la Ley extremeña del Suelo y Ordenación del Territorio (Ley 15/2001, tras reforma por Leyes 12/2010 y 10/2015) se somete a comunicación «la apertura de establecimientos permanentes en los que se desarrollen actividades comerciales cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 750 metros cuadrados y siempre que no supongan un impacto sobre el patrimonio histórico-artístico o sobre el uso privativo y ocupación de bienes de dominio público» [art. 172.1.f)]. Además de eso, en esta Ley extremeña sólo se prevé comunicación para «las obras de mera reforma y las que modifiquen la disposición interior de las edificaciones o construcciones, cualquiera que sea su uso que no requieran la redacción de un proyecto por no alterar su configuración arquitectónica ni supongan impacto sobre el patrimonio histórico-artístico o sobre el uso privativo y ocupación de bienes de dominio público» [art. 172.1.a)]. En la legislación navarra quedan sujetas a declaración responsable «la realización de obras ligadas al acondicionamiento de los locales para desempeñar la actividad comercial de conformidad con la normativa sectorial...» [art. 192.1.a) del Decreto Foral Legislativo 1/2017].

³⁵ En esa Ley murciana 13/2015 basta declaración responsable para las «obras de ampliación, modificación, reforma, rehabilitación o demolición sobre edificios existentes cuando no produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, la envolvente total o el conjunto del sistema estructural, o cuando no tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio», así como la «renovación de instalaciones en las construcciones» (art. 264.2). Asimismo somete a declaración responsable «de conformidad con la legislación básica estatal (...) la realización de obras de acondicionamiento de locales para desempeñar actividades de comercio minorista y de prestación de servicios cuando no requieran la presentación de un proyecto de obras» (art. 264.3). Y es suficiente comunicación para las «obras menores», esto es, «aquéllas que por su escasa entidad constructiva y económica y sencillez en su técnica no precisan ni de proyecto técnico ni de memoria constructiva consistiendo normalmente en pequeñas obras de simple reparación, decoración, ornato o cerramiento» (art. 265.2).

³⁶ Por ejemplo, en Castilla y León requieren únicamente declaración responsable (arts. 105 bis de la Ley 5/1999, modificada por Leyes 4/2008 y 7/2014, y 314 bis de su Reglamento): las obras de modificación, reforma o rehabilitación de construcciones e instalaciones, cuando tenga carácter no integral o parcial; las obras de mantenimiento y reparaciones puntuales del edificio; las obras e instalaciones en el subsuelo, cuando no tengan entidad equiparable a las obras de nueva planta o ampliación ni afecten a elementos estructurales; y las obras menores tales como sustitución, renovación o reparación de revestimientos, alicatados, pavimentos, falsos techos, carpintería interior, fontanería, instalaciones eléctricas, enlucidos y pinturas, así como los trabajos previos a la construcción, tales como sondeos, prospecciones, catas... *Vid.* M. A. GONZÁLEZ BUSTOS, «Simplificación administrativa, licencias urbanísticas y declaración responsable», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 39 (2016), págs. 19 a 21. En la misma dirección está la Ley valenciana 5/2014, aunque también sujeta sólo a declaración responsable las obras «de modificación o reforma que afecten a la estructura o al aspecto exterior e interior de las construcciones, los edificios y las instalaciones de todas clases, cualquiera que sea su uso, que no supongan ampliación ni obra de nueva planta». Asimismo, art. 332.1 de la Ley canaria 4/2017, requieren comunicación: a) las obras de conservación, restauración, reforma, rehabilitación o reestructuración de edificaciones e instalaciones, siempre que no afecten a edificios catalogados ni incrementen volumen ni edificabilidad; y b) las obras exteriores en edificios no catalogados, salvo que se refieran a la modificación general de fachada o al acristalamiento de terrazas existentes mediante un proyecto conjunto de fachada.

³⁷ Por ejemplo, en la legislación gallega (Ley 2/2016 y Reglamento aprobado por Decreto 143/2016) se someten a comunicación «los actos de edificación (...) que, conforme a la normativa general de ordenación de la edificación, no precisen de proyectos de obras de edificación». Igualmente en Cataluña necesitan sólo comunicación «las construcciones e instalaciones de nueva planta y las obras de ampliación, reforma, modificación, rehabilitación o demolición total o parcial de construcciones e instalaciones existentes que, de acuerdo con la legislación sobre ordenación de la edificación, no requieren la elaboración de un proyecto técnico» [art. 187 bis.a) del Texto Refundido de Ley de Urbanismo tras su reforma por Ley 16/2015]. Aunque la Ley balear 12/2017 de Urbanismo también alude a la necesidad de proyecto técnico, en realidad es más restrictiva: somete a licencia casi todo lo que tradicionalmente la ha requerido. Lo que sujeta directamente a comunicación son «las obras de técnica sencilla y entidad constructiva escasa u obras de edificación que no necesiten proyecto, de acuerdo con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación», así como «la instalación de placas solares (...) sobre la cubierta de los edificios y las instalaciones de puntos de recarga para vehículos eléctricos...» (art. 148.1 y 4).

7.º Además de algunas licencias de obras, varias Comunidades Autónomas han sustituido las licencias de ocupación, utilización o cambio de uso por comunicaciones o declaraciones responsables³⁸. Pero otras mantienen tales licencias³⁹.

8.º Algunas Comunidades Autónomas han instaurado la comunicación o declaración responsable para otras actuaciones que ellas mismas habían sujetado antes a licencia; ejemplo concreto es el del inicio de obras, antes sometido a licencia y ahora a declaración responsable⁴⁰.

9.º Sea amplia o reducida la sustitución de licencias urbanísticas por comunicaciones o declaraciones, hay notable diversidad e imprecisión sobre el contenido de esos escritos y sobre la documentación que debe adjuntarse, aunque se detecta cierta tendencia a recargarlos.

10.º En general, esa sustitución de licencias urbanísticas por comunicaciones o declaraciones no se ha completado con una regulación esmerada que adecue las potestades de disciplina urbanística a la nueva implantación de esas figuras.

Ante este panorama dedicaremos las siguientes páginas a sugerir líneas de reforma tanto en lo que se refiere a la extensión de cada género de control previo como a su concreto contenido. Dejaremos para otra ocasión las propuestas sobre el régimen de disciplina urbanística que debería acompañar a la instauración de comunicaciones o declaraciones responsables y que, como hemos dicho, ha sido descuidado por la legislación urbanística autonómica⁴¹.

4. PROPUESTA SOBRE EL ALCANCE DE LA SUPRESIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS

4.1. Debe ser la ley la que decida las actuaciones sujetas a licencia, a comunicación o a declaración responsable

Ya dijimos que en nuestro ordenamiento son las normas con rango de ley las que pueden someter actuaciones privadas a la necesidad de autorización. Aunque esté establecido menos claramente, también deben ser las normas con rango de ley las que sujeten a comunicación o a declaración responsable las actuaciones privadas⁴². En cualquier caso, sea o no necesaria una ley, ésta es la mejor solución para que sea

³⁸ Así sucede en Aragón [art. 227.2.d)]; Castilla y León [art. 105 bis.1.b) de la ley 5/1999, tras las reformas introducidas por Leyes 4/2008 y 7/2014]; Canarias [art. 332.1.c)], que también se refiere expresamente al cambio de uso de edificios e instalaciones [art. 332.1.d)]; Cataluña: concretamente se sujeta a comunicación «la primera utilización y ocupación de los edificios» y «el cambio de uso de los edificios y las instalaciones, salvo a uso residencial» [art. 187 bis b) y c) del Texto Refundido de la Ley de urbanismo tras reforma por Ley 16/2015]; Murcia: somete a declaración responsable la «primera ocupación de edificaciones de nueva planta y sucesivas ocupaciones en edificios existentes» [art. 264.2.c) de la Ley 13/2015]. Ejemplo de esta regulación es el art. 214.d) de la Ley valenciana 5/2014 que somete a declaración responsable «la primera ocupación de las edificaciones y las instalaciones, concluida su construcción (...) así como el segundo y siguientes actos de ocupación de viviendas». Sin embargo, esta Ley valenciana exige licencia para «la modificación del uso de las construcciones, edificaciones e instalaciones, así como del vuelo sobre los mismos» [art. 213.g)]. En Galicia quedan expresamente sujetas a comunicación el uso del suelo y subsuelo cuando previamente haya habido obras de las que no requieren proyecto; «la utilización del suelo para el desarrollo de actividades mercantiles, industriales, profesionales, de servicios u otras análogas»; «el uso del vuelo sobre las edificaciones e instalaciones de cualquier clase»; y «la modificación del uso de parte de los edificios e instalaciones, en general, cuando no tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio ni implantar un uso residencial» (art. 360 del Reglamento).

³⁹ Ejemplo claro es el de Baleares. Su Ley 12/2017 somete a licencia «la primera ocupación o utilización de los edificios y las instalaciones en general» [art. 146.1.m)]. Andalucía las mantiene igualmente [arts. 169.1.e) de su Ley de Ordenación Urbanística y 8.e) de su Reglamento de Disciplina Urbanística]. Por su parte, Extremadura sólo ha asumido esa sustitución muy limitadamente. Lo que su Ley del Suelo y Ordenación Territorial sujeta sólo a comunicación es la «modificación de usos de los edificios, construcciones e instalaciones cuando no se sujete a licencia urbanística». Pero su art. 184 exige licencia para: a) La primera ocupación, total o parcial, de los edificios residenciales de nueva planta y de las casas prefabricadas y similares, provisionales o permanentes; b) La primera utilización, total o parcial, de los edificios, construcciones e instalaciones de nueva planta....; d) La modificación del uso de los edificios, construcciones o instalaciones cuando comporten obras sujetas a licencia urbanística conforme al art. 180 o, en todo caso, la modificación del uso característico o mayoritario».

⁴⁰ Es lo que ha sucedido en Andalucía. La autorización de inicio de obras se impuso en el art. 21 de su Reglamento de Disciplina Urbanística de 2010 para otorgarse ya a la vista del proyecto de ejecución y si se comprobaba que no había alterado el proyecto básico tenido en cuenta para dar la licencia de obras. Por Decreto andaluz 337/2012 se modificó aquél art. 21 para, según su preámbulo, proceder a una simplificación «mediante la sustitución de la autorización de inicio de las obras por una declaración responsable». En realidad, es una verdad a medias porque la autorización de inicio de obras sigue siendo necesaria cuando hay cualquier variación, incluso insustancial, respecto al proyecto básico.

⁴¹ Vid. "Disciplina urbanística y declaraciones responsables", REDA, 2019 (en prensa).

⁴² De este aspecto crucial se han ocupado M. C. NUÑEZ LOZANO, "Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y las comunicaciones", cit., pág. 117; y J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, "Declaraciones responsables, comunicaciones previas

el legislador el que haga el juicio de proporcionalidad que late en esas opciones. Lo ideal es que lo haga sin remisiones a reglamentos, ordenanzas o planes; sobre todo sin remisiones abiertas e incondicionadas a esa regulación administrativa. Por eso como primer paso deben desaparecer los preceptos que remiten a los planes el sometimiento a licencia de actuaciones. No debe haber tal remisión a los planes generales⁴³ ni a ningún otro (tampoco a los de ordenación del territorio) ni a los reglamentos autonómicos ni locales. Y tampoco debe haber regla similar ahora para decir que sean los planes o los reglamentos los que determinen las actuaciones sujetas a declaración responsable o comunicación. Por tanto, también es desaconsejable la opción de algunas leyes autonómicas (balear, navarra, vasca) que permiten a los entes locales determinar el ámbito de las licencias y de las comunicaciones o declaraciones. Todo eso debe estar decidido en norma con rango de ley y de manera uniforme. No tiene sentido que el juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de licencias, comunicaciones o declaraciones arroje resultados diferentes en cada municipio. Además ello es inconveniente para la seguridad jurídica y la actividad empresarial que requieren reglas de mayor ámbito territorial, como mínimo el autonómico.

4.2. Propuesta de supresión de concretas licencias urbanísticas

La solución mínima (o sea, la de reducir la sustitución de licencias por declaración o comunicación a los casos que impone la Ley estatal 12/2012) no es de recibo. Ni satisface el principio de proporcionalidad (en realidad significa que el legislador autonómico no se ha molestado en hacer ningún juicio de proporcionalidad) ni produce resultados razonables. Nadie comprenderá que para hacer una modesta obra con la finalidad de adaptar un local comercial no se exija licencia pero que para hacer idéntica obra en una vivienda o en un bar o en un hotel sí sea necesaria. Incluso cabe cuestionar la racionalidad de la supresión de licencias de obras sólo para los locales del anexo de la Ley 12/2012 cuando tengan menos de 750 metros cuadrados: ese umbral puede tener sentido para valorar su incidencia sobre el medio ambiente o sobre otros intereses públicos; pero es irracional que la exigencia o no de licencia de obras se haga depender del tamaño del local y no de la envergadura y relevancia urbanística de las obras. Y como quiera que la Ley 12/2012 no sólo afecta a las licencias de obras sino también a las de ocupación, utilización y cambio de uso, similares valoraciones cabe hacer respecto a éstas cuando se refieran a actividades distintas de las del anexo de tal Ley. Es explicable que el Estado, que sólo pretendía una cierta liberalización económica, se centrara en las obras de adaptación para ciertos establecimientos mercantiles. Pero no es justificable que la Comunidad Autónoma no extienda tal exención de la licencia como mínimo a obras similares, para actividades no comprendidas en la Ley 12/2012 (viviendas, actividades recreativas o turísticas, por ejemplo).

La solución máxima (es decir, la de exigir licencias urbanísticas sólo en los casos en los que la legislación estatal las impone, esto es, los del art. 11.4 LS/15) tampoco es aceptable, máxime tras la STC 143/2017 (esto es, la que ha anulado parte del art. 11.4 LS/15): parece excesiva o, como mínimo, imprudente.

y derechos de los ciudadanos”, en M. REBOLLO PUIG, M. LÓPEZ BENÍTEZ y E. CARBONELL PORRAS (coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, 2015, pág. 519. Según NÚÑEZ es necesaria una habilitación legal aunque «debe entenderse de un modo flexible». Para TRAYTER existe una reserva de ley y es contrario al sistema «establecer nuevas comunicaciones previa o declaraciones responsables en materias o sectores del ordenamiento que antes no previeran licencia o autorización y, además, que esta operación se haga sin una Ley previa de cobertura». Según creo, se deduce esa respuesta del principio de legalidad administrativa como vinculación positiva a la ley para todo aquello que suponga límites a la libertad genérica de los ciudadanos; principio en cuya virtud la Administración no puede imponer deberes o restricciones a los ciudadanos nada más que si cuenta con una habilitación legal para ello. No puede hacerlo ninguna Administración, tampoco las locales. No puede hacerlo por ningún medio, especialmente no puede hacerlo por reglamento o, en el ámbito, local, por ordenanza. Imponer que para abordar una actividad privada fruto del ejercicio de la libertad genérica de los ciudadanos o incluso de algún derecho fundamental (tales como la libertad de empresa y la propiedad) el sujeto debe comunicarlo a la Administración con más o menos concreción y manifestaciones complementarias también es una limitación; una limitación menos gravosa que la de la autorización, pero una limitación a fin de cuentas. Una limitación que consiste en esto: está prohibido ejercer una actividad (y ejercer un derecho) mientras no se haga una comunicación o declaración ante la Administración. Y, por ello, conforme a aquella vinculación positiva a la ley, tal sujeción sólo la puede hacer directamente la ley o, si acaso, hacerla la Administración (mediante reglamento, incluidas las ordenanzas) si cuenta con habilitación legal concreta que acote bien sus posibilidades.

⁴³ Lo que a los planes debe corresponder es la ordenación urbanística del término municipal, no inventar regímenes jurídicos: igual que no tiene sentido confiarles los sistemas de restablecimiento de la legalidad, tampoco lo tiene atribuirles la determinación de los supuestos sometidos a licencia o a otras cargas alternativas. Lo que sí puede aceptarse es una habilitación a los planes más modesta para que concreten los casos ya determinados por la ley. Por ejemplo, sí que pueden ser los planes, atendiendo a sus concretas previsiones de ordenación, los que especifiquen cuándo se deberá considerar que hay cambio de uso para que sólo sea tal y sólo quede sometido a cargas formales el que tenga alguna relevancia a la vista de las atribuciones de uso hechas en el mismo plan. Pero esto es completamente distinto de permitirles que decidan qué género de actuaciones necesitarán licencias, declaraciones o comunicaciones o nada.

También aquí *in medio virtus*. Y dentro de las soluciones intermedias, elegir la que se pueda formular de manera sencilla. Con ese propósito osaré hacer una concreta propuesta.

4.2.1. Obras

En cuanto a las obras, podrían liberarse de la licencia todas las que, conforme a la Ley de Ordenación de la Edificación, no necesitan proyecto técnico. O sea, dicho positivamente, que sea necesaria licencia siempre que sea necesario proyecto técnico conforme al art. 2.2 LOE; y sólo en tales casos⁴⁴. Dadas las enormes dificultades que en la práctica se presentan para demoler las construcciones ilegales, cabe afirmar que la exigencia de licencia en esos casos es proporcionada puesto que otras formas de control llegarían demasiado tarde para ser realmente efectivas. Por el contrario, para las modestas obras que no requieren proyecto técnico, su sometimiento a licencia es desproporcionado⁴⁵.

Con la regla propuesta, desde luego, se daría cumplimiento a la Ley 12/2012. Todas las obras a las que se refiere esa Ley estatal quedarían eximidas de licencia de obras sin necesidad de una mención especial pues todas ellas son de las que no requieren proyecto técnico. Pero habría otras muchas no amparadas por esa Ley 12/2012 con igual liberación.

No sería imprescindible aclarar que si el edificio afectado por la obra tiene algún grado de protección por la legislación de patrimonio cultural o por la planificación urbanística sí que sería necesaria licencia pues, en realidad, ello se desprende del art. 2.2.c) LOE que para tales casos exige proyecto técnico. Aun así, sería conveniente concretarlo: afirmar en la Ley que toda obra en edificios protegidos por la legislación de patrimonio cultural o la urbanística necesita licencia; y añadir que, aunque el edificio no cuente con tal protección individual, cuando se encuentre en conjuntos o entornos protegidos la necesitarán pero sólo si la obra tiene relevancia exterior.

Tampoco sería necesario añadir nada para los casos en que la obra afecte a cualquier bien demanial. Tales supuestos estarán necesitados de concesión o autorización demanial o, si ya se cuenta con ella y no suponen más utilización del dominio público, requerirán para cualquier alteración el consentimiento de la Administración titular del bien. Pero ello nada tiene que ver con el urbanismo ni con la finalidad de sus licencias ni dependerá en todo caso del Ayuntamiento sino de la Administración titular del concreto bien de que se trate. A este respecto ni siquiera tiene sentido distinguir entre bienes demaniales y patrimoniales de cualquier Administración. La titularidad de los bienes afectados por una obra plantea cuestiones que nada tienen que ver con el urbanismo. Si acaso lo que tendría que quedar claro es que la exoneración de la licencia urbanística no exime del deber de contar con los títulos que exija la legislación sobre bienes de que en cada caso se trate.

Todo esto debería completarse con la supresión completa de la autorización del inicio de obras. No ya sólo en los casos en que no se exija previamente la licencia ordinaria de obras sino en todos los casos. Y seguramente ni siquiera convenga sustituir esa autorización por una declaración responsable⁴⁶.

⁴⁴ Seguramente cabe hacer algunos reparos a esa propuesta; por ejemplo, cabe decir que el hecho de que se exija o no proyecto técnico, aunque revela la intensidad de los problemas constructivos de la obra, no siempre refleja su relevancia urbanística. Aun así, sí que hay normalmente una relación entre esos dos factores (complejidad constructiva y relevancia urbanística) y, además, es un criterio manejado por el legislador estatal (Ley 12/2012) y por algunos autonómicos (Galicia y Cataluña). Además, no puede dejar de reconocerse que el art. 2.2 LOE tiene varios conceptos jurídicos indeterminados que harían a veces dudoso si es o no necesaria licencia. Pero estas ocasionales incertidumbres serían las mismas que las que se dan para determinar cuándo es necesario proyecto técnico sin crear nuevos factores de inseguridad.

⁴⁵ Es ilustrativo A. BOIX PALOP, "La discutible necesidad de la licencia de obras menores", en J. M. BAÑO LEÓN y J. CLIMENT BARBERÁ, *Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al Profesor José M.º Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 1.327 y ss., que refiriéndose a las obras menores califica su sujeción a licencia de «desproporcionado engorro» con «trámites verdaderamente superfluos». El mismo trabajo, por cierto, pone de manifiesto, la ambigüedad del concepto de obra menor (que han acogido, como hemos visto, varias leyes autonómicas para señalar lo que ahora requiere sólo comunicación o declaración responsable, ambigüedad que aconseja huir de ese término y optar, como aquí se ha hecho, por servirse del art. 2.2 LOE).

⁴⁶ Naturalmente que ello no supondría ninguna patente de corso para realizar obras distintas de las autorizadas. Claro está, por el contrario, que si antes de comenzar las obras o durante su realización se hacen alteraciones habrá que instar modificaciones en la licencia inicial o incluso solicitar una nueva licencia. Por supuesto, además, que si las obras realmente ejecutadas no se ajustan a las autorizadas por la licencia se estará ante uno de los supuestos que dan lugar al restablecimiento de la legalidad y, en su caso, a sanciones. Lo mismo *mutatis mutandis* habrá que decir respecto a las obras que superen las declaradas o comunicadas. Pero, además de que ello tiene un cierto control con el certificado que se exige para la declaración de obra nueva terminada, es un ámbito que hay que dejar a la inspección ordinaria posterior y no recargar a los administrados (ni a las mismas Administraciones) con esta carga adicional que lo complica todo extraordinaria y desproporcionadamente.

4.2.2. Utilización, ocupación y cambio de uso

Destacadamente podrían –y hasta deberían– suprimirse las licencias urbanísticas de utilización, ocupación y cambio de uso. Ello en el bien entendido de que tal supresión no afectará a la permanencia de ciertos controles ambientales o de los establecidos en la legislación sectorial como la de espectáculos y actividad recreativas. Con esa salvedad, bien puede transitarse el camino que abren los arts. 11.5 y 28.1.b) LS/15 y que ya han recorrido varias Comunidades Autónomas. En concreto, se trataría de exigir sólo declaración o comunicación para la primera y sucesivas ocupaciones o utilizaciones o cambios de uso de edificaciones de nueva planta o ya existentes, casas prefabricadas e instalaciones y sea cual sea su destino (residencial, mercantil, industrial, profesional, de servicios, etc.). Es la solución más ajustada al principio de proporcionalidad pues lo que con este género de licencias se viene controlando puede ser perfectamente vigilado con declaraciones o comunicaciones unidas, desde luego, a la inspección. Por otra parte, aquí no se plantean los problemas que se generan para demoler lo construido pues es menos dramático y más fácil hacer cesar un uso⁴⁷.

4.2.3. Otros supuestos

Junto con la reevaluación y posible supresión de licencias de obras, ocupación, utilización y cambio de uso en los términos vistos, acaso podrían también replantearse algunos otros supuestos sometidos actualmente a licencias, como por ejemplo cerramientos, trabajos previos a la construcción, pavimentación de los caminos ya existentes... Por el contrario, no parece posible suprimir la llamada declaración municipal de innecesariedad de la licencia de parcelación que, en el fondo, aunque sea chocante, ha acabado configurada como una autorización camuflada⁴⁸.

4.3. El complementario reverso de la propuesta: todas las licencias subsistentes deben tener silencio negativo

Con esta poda de las licencias urbanísticas y su reemplazo por comunicaciones o declaraciones responsables, podría establecerse para todas las que subsistieran el silencio negativo. Así, el conjunto resultaría fácil de plasmar, sencillo de comprender y armonioso.

Aunque inicialmente se consagró la obtención de licencias urbanísticas por silencio positivo sin matizaciones⁴⁹, desde la reforma de 1975 se moderó al afirmar que no se entenderán adquiridas por silencio licencias

⁴⁷ Lo afirmado respecto al inicio de obras, ocupación, utilización y cambio de uso se propone en general, no sólo para los casos cubiertos por la Ley 12/2012, para los que, como mantuvimos antes, la supresión de tales licencias es obligada por esa Ley estatal básica. Ahora, con la propuesta formulada, no sería necesario referirse específicamente a ello pues las obras comprendidas en la Ley 12/2012 quedarían incluidas, junto con otras, en la regla general.

⁴⁸ Por ejemplo, el art. 130.1 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña enumera los «títulos administrativos habilitantes» y, entre ellos, junto a las licencias, aparecen «las declaraciones de innecesariedad de licencia urbanística de parcelación». Y dice el art. 192 de ese Texto Refundido: «1. Toda parcelación urbanística debe ser objeto de licencia... 2. Para hacer efectivo lo que se establece en el apartado 1, debe someterse a fiscalización previa municipal toda división o segregación sucesiva de terrenos. Si la operación prevista es una parcelación urbanística, se debe autorizar o denegar... En caso contrario, el Ayuntamiento declara innecesaria la licencia de parcelación...». En Andalucía se desprende de los arts. 52.1.B *in fine*, 66.4, 5 y 6 y 169.1.a) de su Ley Urbanística y 8.a), 22.4.c), 28.1.1) y 28.3 del su Reglamento de Disciplina Urbanística. En teoría cabría, y sería más lógico, que cuando se tratara de divisiones de fincas que no constituyan parcelación urbanística bastara una comunicación o declaración responsable frente a la que la Administración pudiera reaccionar si observara que esconde una parcelación urbanística. Pero esa posibilidad está cerrada por la legislación estatal. Estaba cerrada por el art. 11.4.a) del LS/15 que imponía la licencia expresa (con silencio negativo) para cualesquiera «parcelaciones, segregaciones y otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación». Pues nótese que no se restringe a las parcelaciones urbanísticas. Pero como ese inciso del art. 11.4.a) fue declarado inconstitucional y nulo por STC 143/2017, de 14 de diciembre, ya no es obstáculo. Donde sí hay un obstáculo es en el art. 26.2 LS/15 y en el art. 78 del RD 1093/1997. El primero exige para autorizar cualquier escritura de división de fincas y para su inscripción registral que haya algún acto que exprese la conformidad de la Administración. Y el segundo exige «el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento». Así las cosas, no puede ser suficiente una mera comunicación o declaración responsable del particular. Ante ello lo que quizá sería oportuno es, dejándose de eufemismos, proclamar que toda parcelación (urbanística o no) está sometida a licencia, licencia que se otorgaría entre otros casos en aquellos en los que actualmente procede esa declaración de innecesariedad.

⁴⁹ Procedía conforme al art. 9.7.º a) y c) RSCL de 1955, al que se remitía la LS de 1956. Vid. B. BOSCH y SALOM, *La licencia municipal de obras y edificación*, Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1972, págs. 194-195.

en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico⁵⁰. Es el silencio positivo *secundum legem*. En la actualidad, sin embargo, la legislación estatal impone para una serie de licencias urbanísticas el silencio negativo (art. 11.4 LS/15, parcialmente anulado), pero acepta para los demás que las leyes autonómicas mantengan el positivo *secundum legem* (art. 11.3 *in fine*)⁵¹. Las legislaciones autonómicas se han acomodado a esta novedad de diversas maneras⁵². Según creo, lo mejor que pueden hacer las leyes autonómicas es establecer el silencio negativo sin excepciones para todas las licencias urbanísticas que pervivan una vez que se liberen ciertas actuaciones de la necesidad de obtenerlas y se sustituyan por declaración responsable. Además de que ello encaja en los cánones del art. 24.1 LPAC, muchas razones justifican esa elección, sobre todo dos. Primera, porque el silencio positivo *secundum legem* es, cabe decir, el compendio de todos los males sin mezcla de bien alguno: o se opta por el silencio positivo sin matizaciones (lo que quizá sería imprudente) o por el silencio negativo; pero el silencio positivo *secundum legem* ni es bueno para el administrado ni para la Administración ni para los intereses generales⁵³. Segunda, porque, una vez que según la legislación estatal una serie de licencias tienen necesariamente silencio negativo, lo más sencillo es que todas tengan ese mismo silencio: cualquier otra cosa es fuente de embrollos. Así pues, silencio negativo para todas las licencias urbanísticas; ello combinado con una supresión de tales licencias y su sustitución por comunicación o declaración para ciertas actuaciones, supuesto en el que, en realidad, no hay ningún género de silencio, ni negativo ni positivo.

4.4. Actuaciones exoneradas de toda carga formal previa

En general, las actuaciones eximidas de licencia urbanística deben quedar sujetas a comunicación o declaración. Pero quizá convengan ciertas matizaciones o excepciones, esto es, actuaciones eximidas también de comunicación o declaración. Lo ha aceptado alguna Comunidad Autónoma⁵⁴ y es adecuado al principio de proporcionalidad ante actuaciones cuya potencialidad de vulneración urbanística es nula o ínfima⁵⁵. Cabría así explicitar, por ejemplo, que ciertos usos del suelo rural conforme a su destino natural no necesitan licencia ni declaración ni comunicación; o que pintar los interiores o los exteriores en la misma forma en que

⁵⁰ Se incorporó al art. 178.3 del TR de LS de 1976. Después al art. 242.5 del TR de 1992, cuya constitucionalidad salvó la STC 61/1997 por entender que entraba dentro de las competencias estatales sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. También aparecía en el TR de 2008, art. 8.b). Esto suponía algo distinto de la nulidad de la licencia ilegal conseguida por silencio: comportaba que ni siquiera se producía ese silencio positivo. Y por eso, si se ordenaba la reposición de la realidad, no había derecho a indemnización, como disponía el art. 5.2 RDU de 1978. Además, claro está, permitía denegar tardíamente la licencia sin que fuese necesaria una revisión de oficio. La complejidad inherente a este silencio positivo *secundum legem* aumenta si se entiende que la licencia debe ser conforme, no ya con la ordenación urbanística, sino con toda la legalidad, como sostiene M. VAQUER CABALLERÍA, "La licencia de obras", cit., págs. 79-80.

⁵¹ La regla fue introducida por Real Decreto-ley 8/2011 que fue anulado por STC 29/2015 por no concurrir el presupuesto habilitante. Esta anulación, no obstante, resulta irrelevante porque lo mismo se estableció por Ley 8/2013. Ahora luce en el art. 11.3 y 4 LS/15. Aunque a su vez, como vimos, la STC 143/2017 anuló parcialmente ese art. 11.4 por superar la competencia estatal, mantiene su validez en parte y, entre otras cosas, sigue imponiendo el silencio negativo para las licencias de obras de edificación de nueva planta.

⁵² Radical y correcta es la solución del art. 239 del TR de la Ley de Urbanismo de Aragón y del art. 268.5 de la Ley de Ordenación Territorial y Urbanística de Murcia que optan con carácter general por el silencio negativo. Por el contrario, siguen manteniendo al menos para algunas licencias urbanísticas el silencio positivo *secundum legem* la Ley de Baleares (art. 151.4), la de Canarias (art. 345), la de Castilla-La Mancha (art. 161.3.2.º del TR de la Ley de Ordenación Territorial y de la Actividad Urbanística), etc. Andalucía no ha modificado su Ley Urbanística (cuyo art. 172.5.ª sigue proclamando el silencio positivo) pero sí el art. 20 del Reglamento de Disciplina Urbanística que, tras reforma por Decreto 327/2012, establece para unos supuestos el silencio negativo y para otros conserva el silencio positivo *secundum legem*.

⁵³ Estoy, pues, de acuerdo con J. M. BAÑO LEÓN, *Derecho urbanístico común*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 360 y 365: «El silencio positivo *secundum legem* supone una *contratio in terminis*. El particular no puede recurrir la desestimación porque el silencio es positivo, pero tampoco tiene seguridad jurídica alguna de que los actos ejecutados en virtud de la inactividad administrativa tengan alguna validez jurídica»; "... paradójicamente, es mucho más beneficioso para el particular el silencio negativo compatible con la tutela efectiva y el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos por la demora en el otorgamiento de la licencia (...) que el silencio (positivo) *secundum legem* donde el interesado queda sujeto a una situación pasiva de incertidumbre". También son muy atinadas las críticas a este silencio que formula J. C. LAGUNA DE PAZ, "La soportable levedad de las licencias urbanísticas", *RDUyMA*, núm. 251 (2009), págs. 24-25; más moderadamente T. QUINTANA LÓPEZ, "El silencio administrativo en el Derecho Urbanístico", en la obra colectiva coordinada por el mismo Profesor, *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 421.

⁵⁴ Recuérdese el antes citado art. 333 de la Ley del Suelo y Espacios Protegidos de Canarias con sus cuatro «actuaciones exentas» entre las que están «las obras de conservación y reforma consistentes en la sustitución de acabados interiores de una vivienda o local, como solados, alicatados, yesos y pinturas, cuando no estén protegidos arquitectónicamente».

⁵⁵ Debe notarse que la sujeción a declaración responsable, aun siendo más suave que la necesidad de autorización, sólo cabe por razones imperiosas de interés general y sólo si es proporcionada (art. 17.2 LGUM). Es decir, lo que la Directiva de Servicios y la Ley Paraguas exigían para las autorizaciones, la LGUM lo exige para las declaraciones responsables. Vid. M. REBOLLO PUIG, "El principio de necesidad y proporcionalidad...", cit., págs. 127 a 129.

ya lo están tampoco queda sujeto a ninguna carga formal porque lo cierto es que algunos Ayuntamientos parten de que hasta eso requiere licencia. Naturalmente que esta exoneración dejaría incólume la necesidad de los títulos necesarios para ocupar la vía pública con andamios o contenedores, títulos que nada tienen que ver con el urbanismo ni con las licencias urbanísticas⁵⁶.

4.5. ¿Licencias voluntarias?

Una de las críticas que se alzan frente a la sustitución de autorizaciones por comunicaciones o declaraciones es la inseguridad en que sumen al particular⁵⁷. Frente a ello es conveniente que la ley no sólo prevea posibilidades de consulta al Ayuntamiento sino que, además, le dé algún valor a lo que el Ayuntamiento le informe. Como mínimo debe preverse que si el particular ha actuado de conformidad con lo que el Ayuntamiento respondió a su consulta no podrá ser sancionado.

Pero lo que ahora interesa reseñar aquí es que algunas leyes urbanísticas han ido más lejos: han establecido que el particular, pese a no necesitarla, puede pedir y obtener la licencia correspondiente⁵⁸. Es una solución con sus pros pero también sus contras. De acogerse, como mínimo deben establecerse algunas prevenciones que orienten en la dirección de considerar que quien solicita estas licencias voluntarias queda sometido a todo el régimen de las licencias: prohibición de realizar la actuación hasta que se consiga la licencia, silencio negativo, etc. Sin ello la situación de este *sui generis* peticionario de licencia será fuente de triquiñuelas y problemas.

5. ¿SUSTITUCIÓN POR COMUNICACIÓN O POR DECLARACIÓN RESPONSABLE?

5.1. Opción por la declaración responsable

Vimos que algunas legislaciones autonómicas han optado por sustituir licencias urbanísticas por comunicaciones; otras por declaraciones responsables; y que incluso alguna Comunidad utiliza las dos figuras según las actuaciones de que se trate ¿Cuál es la opción preferible? La verdad es que las diferencias entre comunicaciones y declaraciones responsables son pequeñas, de escasa trascendencia y hasta discutibles⁵⁹. Todo lo esencial es común. Las diferencias son secundarias y sólo están, si acaso, en lo que hay que manifestar en una y otra.

⁵⁶ Aun aceptada la oportunidad de reconocer actuaciones exoneradas de toda carga formal previa no es conveniente que ello aparezca en una relación con pretensiones de exhaustividad. En principio hay que partir de que las actuaciones sometidas a licencia serán únicamente las que sujete la ley a tal autorización. Igualmente sólo necesitarán declaración responsable aquellas otras que enumere la ley con tal carga. Y todas las demás actuaciones hay que entenderlas eximidas de cualquier carga formal previa. No es, pues, necesario enunciar una serie de actuaciones no necesitadas ni de uno ni de otro requisito formal previo. Lo que sí sería oportuno es proclamar que cualquier otra actuación no comprendida entre las expresamente enunciadas como sujetas a licencia ni a declaración se puede realizar sin carga formal previa y completar esa afirmación con alguna enumeración ejemplificativa en la que se comprendan algunos de los casos exonerados de ambas cargas formales.

⁵⁷ Las autorizaciones dan a su titular una cierta seguridad sobre la legalidad de su actuación que una comunicación o declaración responsable no ofrece. Cuando tiene una autorización sabe que, aunque no está al abrigo de impugnaciones o de revisiones de oficio, la Administración en principio considera legal su actividad; y hasta es posible que la anulación de su autorización le confiera derecho a indemnización. Pero cuando presenta una comunicación o declaración no sabe si a la Administración le parece legal o ilegal. Y puede que la primera noticia que tenga sobre la ilegalidad de su actividad comunicada o declarada sea la incoación de un procedimiento para sancionarle o, como mínimo, para restablecer la legalidad, con los costes que ello le irrogará. *Vid.* J. M. BAÑO LEÓN, “Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada «better regulation»”, en M. REBOLLO PUIG, M. LÓPEZ BENÍTEZ y E. CARBONELL PORRAS (Coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, 2015, págs. 351 a 371; J. ESTEVE PARDO, “La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa”, en A. NOGUEIRA LÓPEZ (dir.ª), M. A. ARIAS MARTÍNEZ y M. ALMEIDA CERRADA (coords.), *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas, 2012, págs. 38-39; M. MORA RUIZ, “Comunicación previa...”, cit., pág. 271; y M. REBOLLO PUIG, “El repliegue de las autorizaciones y la articulación de alternativas...”, cit., págs. 1.997-1.998. El mismo problema se ha presentado en Alemania como explica H. MAURER, *Derecho Administrativo. Parte general*, traducción española coordinada por G. DOMÉNECH PASCUAL, Marcial Pons, Madrid, 2011. En pág. 42 dice: «La exigencia de una licencia para la realización de diversos proyectos y actividades (...) no es para el interesado sólo una carga sino que también le resulta beneficiosa en cuanto con la licencia se establece de forma vinculante la legalidad del proyecto o actividad en cuestión. La actual tendencia en el marco del “adelgazamiento” de la Administración a suprimir la obligación de licencia (también) tiene la consecuencia de que se carga al ciudadano con el riesgo de la legalidad de su actividad».

⁵⁸ Dice el art. 226.3 del TR de Urbanismo de Aragón (D legislativo 1/2014): «En todo caso, también puede solicitarse voluntariamente licencia para los actos de transformación, construcción, edificación o uso del suelo o el subsuelo no enumerados en el párrafo anterior cuando así lo estimen conveniente los solicitantes por razones de seguridad jurídica o de otro tipo». Asimismo, art. 263.3 de la Ley murciana 13/2015 de Ordenación Territorial y Urbanística y art. 332.2 de la Ley canaria del Suelo y Espacios Protegidos.

⁵⁹ *Vid.* por todos F. LÓPEZ MENUDO, “La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, publicado inicialmente en *Revista Española de la Función Consultiva*,

Se supone que la comunicación es la nuda manifestación del particular ante la Administración de su propósito de emprender y realizar una determinada actuación. Y, frente a ello, según se desprende de los arts. 3.9 de la Ley Paraguas y 69.1 LPAC, la declaración responsable comprende, además de lo anterior: a) la manifestación de que se cumplen los requisitos establecidos en la normativa aplicable; b) que se «dispone de la documentación que así lo acredita»; c) que el declarante se compromete a seguir cumpliendo la legalidad mientras ejerza la actividad; y d) que asimismo se compromete a entregar a la Administración aquella documentación si se la requiere. Pero son diferencias puramente formales y casi insustanciales pues ni esas manifestaciones expresas son la fuente de los deberes que reconocen ni estos son ajenos a quien sólo realice una comunicación⁶⁰. Para colmo, hasta esas diferencias mínimas entre declaraciones responsables y comunicaciones se han difuminado en muchas normas estatales y autonómicas⁶¹, de modo que la distinción entre declaraciones responsables y comunicaciones, además de no ser esencial, resulta borrosa y el mismo legislador bordea con titubeos la frontera entre una y otra.

Con estos datos se comprende que no es muy importante, al suprimir licencias urbanísticas, optar por comunicaciones o por declaraciones responsables. Pero como pese a todo el legislador ha distinguido entre unas y otras, la legislación urbanística debe elegir. Y puestos en ese trance más adecuada parece la declaración responsable por varias razones. Al menos por dos: porque se ajusta mejor al contenido que impone la Ley 12/2012; y porque la declaración responsable es una carga ligeramente más gravosa que la comunicación (como plasman los apartados 2 y 3 del art. 17 LGUM) que formaliza algo más solemnemente la autoevaluación y los compromisos del particular y eso resulta adecuado para este ámbito urbanístico. En cualquier caso, lo que sí debe descartarse, por ser una complicación superflua, es la solución de alguna Comunidad Autónoma (Aragón y Murcia) de prever una u otra figura según las actuaciones de las que se trate.

5.2. Contenido

Elegida la declaración responsable, hay que acomodar fielmente su contenido al que establece el art. 69 LPAC con solo ínfimas adaptaciones a las características de la actuación declarada. Por tanto, lo que en las declaraciones responsables urbanísticas deberá aparecer, junto con la identidad y firma de quien la hace así como fecha y órgano al que se dirige, es lo siguiente: a) identificación plena de la actividad (obras, ocupación, cambio de uso... con precisión de sus características concretas) y de su ubicación, así como del momento a partir del cual se realizará; b) manifestación de que, tras la evaluación pertinente, consta al

núm. 14 (2010), y recogido después en F. LÓPEZ MENUJO, *Obra escogida*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018, de donde se citará. En concreto, lo que ahora interesa está en tomo I, págs. 434 a 441.

⁶⁰ Si acaso, el compromiso de poner a disposición de la Administración la documentación exigida que debe aparecer en la declaración responsable pero no en la comunicación tiene una trascendencia mínima. Lo más importante que puede deducirse de esa precisión legal es que hay ahí una consagración implícita de la potestad administrativa de requerir del declarante la presentación de esa documentación obligatoria. Ahora bien, esa potestad y otras muchas de comprobación pueden estar previstas por las leyes para todo tipo de actividades privadas aunque no sean de las sometidas a declaración responsable, ya se trate de las que requieran mera comunicación o de las de libre acceso. Así que, frente a éstas también puede tener –y tiene frecuentemente– la Administración la potestad de requerir la documentación necesaria para ejercer la actividad. Es más, podrá ser considerada una potestad inherente a la Administración siempre que las leyes le confíen la vigilancia de cumplimiento de un sector del ordenamiento. *Vid.* M. REBOLLO PUIG, “La actividad inspectora”, en J. J. Díez Sánchez (Coord.), *Función inspectora*, AEPDA/INAP, 2013, pág. 62.

⁶¹ Entre las estatales citemos aquí los dos ejemplos más relevantes para lo que ahora nos incumbe. De un lado, la Ley 12/2012 dice: «La declaración responsable, o la comunicación previa, deberán contener una manifestación explícita del cumplimiento de aquellos requisitos que resulten exigibles de acuerdo con la normativa vigente incluido, en su caso, estar en posesión de la documentación que así lo acredite y del proyecto cuando corresponda» (art. 4.2). Como se ve, establece exactamente el mismo contenido para la declaración responsable y para la comunicación, contenido que se corresponde con el que la legislación general da a la primera. De otro lado, el Código Técnico de la Edificación, tras su modificación por Ley 8/2013, dice: «En caso de que la exigencia de licencia o autorización previa sea sustituida por la de declaración responsable o comunicación previa, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, se deberá manifestar explícitamente que se está en posesión del correspondiente proyecto o memoria justificativa, según proceda» (art. 2.3 *in fine*). También aquí se establece un contenido para las comunicaciones que según las disposiciones generales es propio de las declaraciones responsables. Entre los ejemplos de normas autonómicas que han borrado las diferencias entre declaraciones responsables y las comunicaciones citemos los de las leyes urbanísticas antes citadas. Así, en la Ley del Suelo de Galicia, aunque se opta por las comunicaciones, se exige que en éstas haya «manifestación expresa de que (se) cumple en todos sus extremos con la ordenación urbanística de aplicación», manifestación que en principio es más propia de una declaración responsable. En igual dirección, el Texto Refundido de Urbanismo de Aragón impone como contenido de la «comunicación previa en materia de urbanismo (...) la declaración de que concurren los requisitos administrativos aplicables, especificando cuando proceda los relativos a la seguridad de personas y bienes» [art. 228.2.b)]. En normas de más amplio ámbito es ejemplo revelador la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, de Emprendimiento y Competitividad de Galicia: sólo contempla la comunicación (art. 24), pero prevé para ella unas manifestaciones y una documentación adjunta que parecen más propias de lo que normalmente son declaraciones responsables.

declarante que se cumplen las determinaciones de la normativa correspondiente y compromiso de que se cumplirá a lo largo de la actuación declarada⁶²; y c) expresión de que se dispone de la documentación necesaria que lo acredita y de que se entregará a la Administración cuando se la requiera. Bueno será que la ley establezca que no cabrá exigir más datos que los señalados por ella misma o, si acaso, por reglamento autonómico de desarrollo. Así, además de garantizar un mejor cumplimiento del derecho a no dar «datos (...) no exigidos por las normas» [art. 53.1.d) LPAC], evitaría que cada municipio pueda recargar a su antojo las declaraciones responsables lo que agravaría la situación del administrado⁶³ y crearía una diversidad contraria a la seguridad y a la posibilidad de utilizar formularios generales⁶⁴.

Sobre todo debe quedar claro que no se puede aprovechar el sometimiento a declaración responsable para imponer que se manifieste el cumplimiento de requisitos que no están en las normas realmente obligatorias (por ejemplo, normas técnicas no declaradas obligatorias) o para exigir tener documentos que no son los requeridos por las normas. Menos todavía cuando ello comporte gastos adicionales. Por ejemplo, no cabe imponer por esta vía contar con certificados de organismos o entidades colaboradoras de control. Esto sólo existirá si una ley o reglamento habilitado para ello por una ley lo consagra. Esto es importante en sí y también para poner de manifiesto que la declaración responsable sólo se diferencia de la comunicación en aquello que debe contener, no en que la declaración se pueda convertir en fuente de deberes adicionales.

En lo dicho sobrevuela la cuestión de la legalidad cuyo cumplimiento hay que manifestar en estas declaraciones lo que no sólo afecta a su contenido sino a otros extremos, como los documentos adjuntos o el objeto del posterior control municipal. Esta cuestión exige un detenimiento que no puede realizarse aquí y que dejamos para otra ocasión. Ahora digamos sólo que la solución debe ser igual a la que corresponde respecto al control propio de las licencias urbanísticas y que éste debe circunscribirse al cumplimiento de la legalidad urbanística y si acaso a algún otro sector del ordenamiento si así lo ha establecido expresa e inequívocamente una norma con rango de ley.

5.3. Documentación adjunta

No es inusual que la legislación urbanística autonómica obligue a acompañar la comunicación o la declaración de variados documentos⁶⁵. Por el contrario, el TR de Urbanismo de Aragón no exige ninguna documentación complementaria⁶⁶. En principio, esta última solución es la correcta.

⁶² En realidad, no se trata de afirmar el cumplimiento de toda la normativa aplicable a la actuación sino sólo de una parte de ella. Abordaremos esto en "Disciplina urbanística y declaraciones...", cit., epígrafe 2.

⁶³ Igual que ahora rechazamos que se permita a los Ayuntamientos exigir más datos que los impuestos en la ley, rechazaremos después que puedan exigir a su albur documentación complementaria. Es oportuno proclamarlo diáfanoamente. Dice llanamente J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, "Declaraciones responsables...", cit., págs. 524-525, que «la cabra tira al monte y las Administraciones públicas, desconfiadas de las nuevas técnicas de intervención y reacias a abandonar el sistema de autorización y licencia, han aprovechado los recovecos que ha dejado la normativa (...) para imponer (...) todo tipo de trabas e impedimentos (...). Normalmente, estas trabas e impedimentos se encuentran agazapados en normas reglamentarias (...). Al respecto, merece una mención especial la regulación contenida en las ordenanzas locales...». En págs. 526 a 528 se ocupa de la «exigencia en la presentación de la declaración responsable y la comunicación previa de un gran número de documentos». M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, "La transformación del control local...", cit., pág. 114 habla de la «burocratización» de las comunicaciones por la exigencia de «muchas documentación». Buen ejemplo de esos excesos ofrece A. ROSELLÓ VILA, *Las licencias urbanísticas en el ámbito municipal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 46 a 48. En realidad, es una tendencia general en todos los controles previos, como explica G. DOMENECH PASCUAL, "¿Mejor antes o después? Controles públicos previos versus controles públicos posteriores", *Papeles de Economía Española*, núm. 151 (2017). Importa, pues, dejar claro lo que realmente se puede exigir a las comunicaciones y declaraciones y poner freno a esa tendencia malsana que puede arruinar las ventajas de la supresión de licencias.

⁶⁴ No es éste un aspecto que se considere baladí. Desde la Directiva de Servicios se aspira a que todas las formalidades para la realización de actividades, además de poder realizarse a distancia por medios electrónicos, no dependan de singularidades locales que supongan una dificultad adicional para los foráneos y para la libertad de establecimiento y circulación. En esa línea por Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 2013 se aprobó para la simplificación administrativa el denominado programa "Emprende en 3" para las entidades locales que se adhieran. Por Resolución de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas de 31 de mayo de 2013 se aprobaron las condiciones de uso, luego flexibilizadas por Resolución de la misma Secretaría de 20 de enero de 2014. Los Ayuntamientos que se adhieren se comprometen, entre otras cosas, a aceptar el modelo electrónico de declaración responsable ajustado a la Ley 12/2012 que se incluye en el Anexo y a no solicitar ninguna otra documentación «o bien la exigida por la normativa autonómica específica». Así que la adhesión cierra todo resciquo para que los Ayuntamientos (por ordenanza, plan o, menos aún, por la simple práctica) exijan datos o documentos adicionales.

⁶⁵ Muestra de ello es el art. 153.1 de la Ley de Urbanismo de Baleares; el art. 349.4 de la Ley del Suelo de Canarias; el art. 105 quáter de la Ley de Urbanismo de Castilla y León; el art. 195.2.c) del Decreto Foral Legislativo; el art. 146.1 de la Ley del Suelo de Galicia; etc. Incluso en algún caso se habilita a las Ordenanzas locales para aumentar la documentación obligatoria.

⁶⁶ Dice su art. 227.3.c) que en la declaración responsable se debe contener «relación de los documentos acreditativos del cumplimiento de los (...) requisitos, indicando en cada caso su contenido general y el nombre del técnico o profesional que lo suscriba, sin perjuicio de que voluntariamente puedan aportarse copias de tales documentos».

La idea que claramente subyace en el art. 3.9 de la Ley Paraguas y en el art. 69 LPAC es que la declaración responsable no necesita de ningún documento adjunto: si precisamente se impone manifestar bajo la propia responsabilidad que se cuenta con tales o cuales documentos y un compromiso de presentarlos si los requiere la Administración es porque se parte que no se presentan *motu proprio* con la declaración⁶⁷. Pero, siendo ése el punto de partida y la regla general, puede tener excepciones. Ahora bien, la posibilidad de exigir que a las declaraciones responsables se adjunten simultáneamente documentos es limitada y debe interpretarse restrictivamente. Primero porque, como acabamos de recordar, la legislación general que conceptúa esa figura parte con claridad de la idea contraria. Segundo por el principio de simplificación administrativa. Y tercero porque en la mayoría de los casos sería contrario al art. 53.1.d) LPAC que reconoce el derecho a «no presentar (...) documentos no exigidos por las normas aplicables (...), que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas». Lo que deberá hacer el Ayuntamiento es proceder conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 28 LPAC. Incluso aunque no se trate de documentos ya obrantes en las Administraciones, las normas, a su vez, no pueden imponer esa carga documental a su capricho pues, al contrario, están obligadas a «evitar cargas administrativas innecesarias» (art. 129.6 LPAC). Así pues, sólo debe cargarse al declarante con la presentación de documentos adjuntos cuando se considere indispensable. Y eso debe decidirlo la misma ley (si acaso, un reglamento autonómico al que se remita la ley); no los propios Ayuntamientos ni en ordenanzas ni en planes, lo que llevaría a una diversidad inoportuna y a un riesgo de complicar excesivamente esta carga formal⁶⁸. Además, si es que se exigen documentos, deben bastar como regla general las copias (art. 28.3, 4 y 5 LPAC). Partiendo de la propuesta que antes hemos realizado sobre el ámbito de las declaraciones responsables urbanísticas podría ser una buena solución no exigir ninguna documentación complementaria o, al menos, reducirla al mínimo; acaso, por ejemplo, exigir que a la declaración responsable de primera ocupación se adjunte certificado del técnico competente sobre la conformidad de lo realizado con el proyecto autorizado por la licencia de obras⁶⁹. Cuestión relevante es si hay que acompañar documentos que acrediten la obtención de autorizaciones exigidas por otra legislación. Muchas razones de fondo abonan una respuesta negativa, como explicaremos en otro lugar⁷⁰. Aquí baste apuntar que eso sería difícil de conciliar con el recién recordado art. 53.1.d) LPAC.

5.4. En especial, manifestaciones y documentos sobre cumplimiento de deberes tributarios

El declarante o comunicante está obligado a satisfacer las tasas por la realización de las actividades de control en los supuestos, cuantía y momento en que, de acuerdo con el art. 20.4.h) e i) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRHL), establezcan las correspondientes ordenanzas fiscales. E igualmente, si la actividad declarada o comunicada está sometida al impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO), deberá satisfacerlo en la cuantía y momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 100 a 103 del mismo Texto Refundido, establezca la respectiva ordenanza fiscal⁷¹. Pero lo que aquí nos interesa no son estos deberes tributarios sino en qué medida afectan al contenido y a la eficacia de las comunicaciones y declaraciones responsables. Ni la legislación estatal ni la autonómica conducen a una solución única y terminante⁷².

⁶⁷ Vid. J. I. CUBERO MARCOS, *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 40-41.

⁶⁸ Lo dicho antes sobre el programa “Emprende en 3” refuerza la imposibilidad de exigir documentos adicionales para los Ayuntamientos adheridos.

⁶⁹ Así lo establece, por ej., el art. 349.4.b) de la Ley canaria 4/2017 del Suelo y los Espacios Protegidos.

⁷⁰ “Disciplina urbanística y declaraciones responsables”, REDA (en prensa).

⁷¹ El TRHL (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) se modificó en dos ocasiones para tener en cuenta la sustitución de licencias municipales por declaraciones responsables o comunicaciones. Primero lo hizo la Ley de Economía Sostenible y entonces sólo se tuvo en cuenta la posibilidad de tasas por la actividad municipal de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos para actividades que, en sustitución de la licencia de apertura, pasaran a ser comunicadas o declaradas ante los Ayuntamientos. Después lo hizo la Ley 12/2012 que, como también eximia de ciertas licencias de obras, introdujo complementariamente la posibilidad de tasas por la verificación de las obras que desde entonces ya eran sólo objeto de comunicación o declaración responsable, así como la de ligar a éstas el ICIO. Pero para que la tasa sea exigible es necesario que se haya aprobado ordenanza fiscal acordando su imposición tras los correspondientes estudios económico-financieros. Véase la STS 1558/2016, de 28 de junio, y S. GAVIEIRO GONZÁLEZ, “Análisis de la jurisprudencia sobre las comunicaciones previas y declaraciones responsables de actividades comerciales o de servicios”, *RAP*, núm. 205 (2018), págs. 208-209.

⁷² La Ley 12/2012 se limitó a decir esto: «En todo caso, el declarante deberá estar en posesión del justificante de pago del tributo correspondiente cuando sea preceptivo» (art. 4.1 *in fine*). No ya es que no diga cuándo es preceptivo sino que no aclara si, siéndolo, ello debe ser objeto de las manifestaciones que haga el declarante o si incluso debe acompañar a su declaración o comunicación justificante

En realidad, hay que partir de lo que cada Ayuntamiento haya establecido en sus ordenanzas fiscales sobre las formas de gestión de estos tributos: si el pago (incluso el de alguna liquidación provisional) estuviera previsto como posterior a la presentación misma de la declaración o comunicación resultaría evidente que no podría ser objeto de ésta ninguna manifestación sobre su pago. Sólo si está prevista alguna autoliquidación y pago previo es concebible que se imponga que en las declaraciones haya referencias a ello⁷³. Pero incluso cuando los Ayuntamientos hayan instaurado alguna obligación tributaria previa a la presentación de estos documentos su incumplimiento no afecta a la eficacia de la comunicación o declaración⁷⁴. Como reiteradamente dicen las leyes, la presentación de declaración o comunicación permite ya acometer la actividad, aunque no se hayan pagado las tasas y, con más razón, aunque no se haya pagado el ICIO (cuyo hecho imponible es independiente de la presentación de estos documentos) o no se hayan cumplido ciertas obligaciones formales relativas a tales tributos. Quien presente una declaración o comunicación habrá superado esa carga formal al margen de las consecuencias tributarias que ello entrañe y de que ya las haya cumplido o las cumpla después tempestivamente o las cumpla con retraso o no lo haga nunca. No afectando ni pudiendo afectar a la eficacia de las declaraciones responsables el cumplimiento de las obligaciones tributarias, parece buena solución que tampoco esto haya de ser objeto de las manifestaciones obligatorias del declarante. Lo contrario, introduciendo de soslayo estos aspectos tributarios en actos que tiene otro fin, desvirtúa su función primigenia, convierte indebidamente a estos documentos en un instrumentos para facilitar la recaudación municipal y lo complica todo. A la postre hasta es más conveniente para los intereses fiscales que los sujetos realicen cuantas declaraciones sean pertinentes sin coste económico y sin el freno que comporta y que, después, se reclamen los tributos por las vías correspondientes.

6. MOMENTO EN QUE DEBEN PRESENTARSE LAS DECLARACIONES RESPONSABLES

Las comunicaciones y las declaraciones admiten tres posibilidades en cuanto a su momento⁷⁵.

Cabe que baste su presentación para realizar o comenzar a realizar desde ese mismo momento la actividad. Es lo que establece el art. 69.3.1.º LPAC: «Las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad desde el día de su presentación...».

En segundo lugar cabe que la comunicación sea posterior al comienzo de la actividad. Lo admite el art. 69.3.2.º LPAC: «... la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente». Por eso, ya no se habla en la LPAC, como se hacía antes, de «comunicación previa»⁷⁶. Hay algunos casos en los que se ha establecido esta comunica-

de pago. En la Ordenanza tipo aprobada por la Federación Española de Municipios y Provincias el 25 de junio de 2013 se incluye como una de las declaraciones que hay que hacer; esto es, al hacer la declaración responsable correspondiente a la Ley 12/2012 hay que manifestar que se cuenta con justificante de pago de los tributos correspondientes. Pero no se exige que haya que acompañar el justificante de pago. Al contrario, esa posibilidad se excluye razonadamente en sus notas. En varias de las Leyes urbanísticas autonómicas se exige expresamente que la comunicación o declaración urbanística se acompañe de justificante de pago de los tributos municipales [así, art. 146.1.e) de la Ley gallega 2/2016; y en parecidos términos, art. 158.5.c) del TR de Castilla-La Mancha]. Pero la mayoría son sibilinaamente evasivas y ambiguas. Ejemplo es el Decreto andaluz 1/2016. Dice que «mediante la declaración responsable (...) la persona interesada manifestará, bajo su responsabilidad, que reúne los requisitos (...) y dispone de los documentos que se exijan, además de estar en posesión del justificante de pago del tributo correspondiente cuando sea preceptivo» (apartado 3.1). Con lo que a la postre no se sabe a ciencia cierta si, cuando es preceptivo, forma parte necesaria de las manifestaciones del declarante el decir que tiene el justificante de pago o si, aunque haya de tenerlo, eso queda al margen tales manifestaciones. Si parece claro que no debe acompañarlo. Pese a ello, los Ayuntamientos normalmente lo exigen.

⁷³ Incluso así, más difícil sería aceptar que se pueda obligar a adjuntar documento acreditativo de tal pago lo que parece contrario al derecho a no presentar documentos que ya obren en las Administraciones [art. 53.1d) LPAC], como será el caso de esos documentos de gestión tributaria.

⁷⁴ Desde este punto de vista, declaraciones y comunicaciones son distintas de las autorizaciones porque aquéllas tienen efectos con su sola presentación sin necesitar una tramitación administrativa y aunque ni siquiera haya la más mínima actividad de verificación. Por el contrario, cuando se exige autorización la Administración puede negarse a la tramitación si no se han pagado las tasas y sin ello no habrá ninguna autorización. Por tanto, las soluciones asumidas respecto al pago de las tasas correspondientes a autorizaciones no se pueden trasladar simplistamente a las comunicaciones y declaraciones responsables.

⁷⁵ Vid. J. I. CUBERO MARCOS, *La comunicación previa...*, cit., págs. 184 a 189.

⁷⁶ Y por eso no hay que dar importancia al hecho de que algunas leyes sigan hablando de declaración responsable o comunicación «previa». Así lo hace, por sólo citar un ejemplo de los que aquí nos afectan directamente, la Ley 12/2012. Estaba en concordancia con el entonces vigente art. 71 bis de la Ley 30/1992 que sí que calificaba a las comunicaciones de previas. Pero era un adjetivo ya

ción posterior⁷⁷. Pero es difícil que la comunicación o declaración posterior cumpla adecuadamente una finalidad de control y, en cualquier caso, esa modalidad resulta inapropiada para las actuaciones urbanísticas⁷⁸.

Y es posible en tercer lugar que la comunicación o declaración responsable haya de ser presentada con una cierta antelación al inicio de la actividad. A esta última modalidad no se refiere el art. 69 LPAC. Pero sigue siendo posible y lógica⁷⁹. En esa dirección apunta el art. 28.1.b) LS/15 cuando, para las escrituras de obra nueva, exige como alternativa a las licencias que se acredite que se ha realizado la comunicación o declaración y que «ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad». Así, durante el plazo de preaviso la Administración tendrá tiempo de tomar medidas, incluso prohibitivas, antes de que se comience la actividad evitando expeditivamente y de raíz, por tanto, toda actuación ilegal⁸⁰.

En el modesto ámbito en el que las declaraciones responsables urbanísticas son procedentes conforme a la Ley estatal 12/2012 no se ha establecido ese preaviso: las actividades declaradas se pueden realizar en el mismo día de su presentación. Por el contrario, como vimos antes, en la legislación urbanística de algunas Comunidades Autónomas (Baleares, Canarias, Cataluña, Extremadura y Galicia) sí se ha establecido su antelación con plazos de entre un día y un mes.

Aunque lo permite el inciso recién transcrito del art. 28.1.b) LS/15, no es oportuno seguir este modelo del preaviso que lo complica todo. Por una parte, porque como la Ley 12/2012 permite realizar la actividad el mismo día de la presentación, para respetarla habría que distinguir entre las actuaciones que están en el ámbito de esa Ley (para las que no habría antelación) y las restantes. Por otra parte, supondría que acreditar la simple presentación de la comunicación o declaración responsable no sería suficiente para realizar escrituras públicas de obra nueva ni para su acceso al Registro de la Propiedad sino que sería necesario algún otro documento complementario con la complicación a ello inherente⁸¹. E iguales engorros surgirían para contratar los suministros de electricidad, agua, gas o telecomunicaciones⁸².

Pero si pese a todo eso se opta por imponer cierta antelación, al menos debe quedar meridianamente claro que la potestad municipal de reaccionar frente a las ilegalidades de la declaración o comunicación no queda constreñida a esos plazos de preaviso tan fugaces⁸³. En cualquier caso, lo que sí es seguro es que

entonces insustancial. Incluso la Ley 12/2012, habla, incurriendo en incongruencia con esa calificación de previa, del oxímoron de «la comunicación *previa* dentro de un plazo *posterior al inicio o desarrollo* de las actividades comerciales y de prestación de servicios».

⁷⁷ Por ejemplo, para realizar la actividad de franquiciador o de venta a distancia se ha impuesto una comunicación en un plazo de tres meses desde el inicio de tal actividad; arts. 38.2 y 62.2 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en la redacción dada por Ley 1/2010.

⁷⁸ Cosa por completo distinta es que la declaración responsable o la comunicación tardía tenga eficacia desde el mismo momento de su presentación. Eso puede y debe aceptarse. Pero no impide afirmar que esa presentación posterior al inicio de la actividad suponga la ilicitud de lo realizado antes: fue ilegal la realización de la actividad desde que comenzó hasta que se presentó la comunicación o declaración y se habrá incurrido durante ese periodo en una infracción merecedora de sanción.

⁷⁹ Y, de hecho, prevista en muchas normas. Vid. F. LÓPEZ MENUDO, «La transposición...», cit., págs. 447-448.

⁸⁰ Ante ello se habla a veces de comunicaciones con posibilidad de veto. Vid. M. C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas...*, cit., págs. 26, 77, 113-114, 120, 128 y ss., y 163 a 171. F. LÓPEZ MENUDO, «La transposición...», cit., págs. 447-448 las llama comunicaciones «con eficacia demorada».

⁸¹ Fácil es para el notario comprobar que se ha presentado la declaración responsable y que ha transcurrido el plazo de preaviso. Lo difícil será comprobar que durante ese plazo el Ayuntamiento no ha puesto objeción. El medio más lógico sería un certificado municipal que acreditara que se ha superado el plazo de preaviso sin que se haya tomado ninguna medida en contra. Pero ello comportaría retrasos y complicaciones. En cierto modo, produciría también una desnaturalización de la declaración responsable y su conversión, o casi, en una autorización. Téngase en cuenta que tanto la Directiva de Servicios (art. 4.6) como la Ley Paraguas (art. 3.6) y la LGUM [Anexo, apartado f)] consideran que hay autorización siempre que se exija un acto expreso o tácito (u «obtener un documentos oficial», dice la Directiva) para realizar una actividad. Aquí, si se exigiese un certificado administrativo, no se trataría exactamente de eso pero sí de algo parecido que arruinaría la simplificación propia de la sustitución de la licencia por una declaración.

⁸² La legislación autonómica ha convertido las licencias en requisito para la contratación de los suministros de agua, electricidad, gas o telecomunicaciones. Al sustituirse tales licencias por comunicaciones o declaraciones responsables basta acreditar ante las compañías suministradoras la presentación de éstas. Así lo han previsto varias Comunidades Autónomas: art. 336 de la Ley canaria 4/2017 del Suelo y de los Espacios Protegidos; art. 164.2.d) del TR castellano-manchego de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística; apartado 6 del artículo único del Decreto andaluz 1/2016, con la singularidad problemática de que lo circunscribe al suelo urbano consolidado y de que no se ha modificado el art. 175 LOUA; etc. Pero si se establece un plazo de preaviso parece que sería necesario acreditar antes las compañías no sólo que se presentó con esa antelación sino que durante ese tiempo el Ayuntamiento no ha reaccionado con lo que surgirían los mismos problemas expuestos para realizar escrituras públicas.

⁸³ Así F. LÓPEZ MENUDO, «La transposición...», cit., pág. 449: «... no vemos base jurídica alguna que permita sostener que el transcurso del plazo (de preaviso) conlleve la caducidad de la potestad de control» que «podrá ejercerse en cualquier momento, exista o no un periodo específico para vetar la actividad...». También lo acepta J. M. BAÑO LEÓN, «Declaración responsable...», cit., pág. 355: «... el transcurso del plazo (de preaviso) habilita a desarrollar la actividad, pero no implica reconocimiento de derecho subjetivo, pudiendo prohibirse o modificarse los términos en que la actividad se ejerce en cualquier tiempo si la Administración si la Administración demuestra que la actividad no se ajusta a Derecho». Cosa distinta es que *lege ferenda* postule la solución opuesta por la asimilación de

la decisión de establecer plazos de preaviso debe tomarla el mismo legislador y no permitir que sean los Ayuntamientos, a través de planes u ordenanzas, los que impongan la presentación de las declaraciones con antelación.

Ya se opte por admitir las declaraciones el mismo día de comienzo de la actividad o por imponer una cierta antelación, la declaración podrá voluntariamente presentarse antes de ese momento. Pero ello puede tener límites. Y seguramente es oportuno que los tenga y que la ley los establezca. Igual que las licencias urbanísticas caducan si no se emprende la actividad autorizada en cierto tiempo, es razonable que las declaraciones responsables, al menos las relativas a obras, tengan también un plazo de eficacia y que caduquen si la actividad no se acomete y termina en cierto tiempo, como permite el último párrafo del art. 7.1 de la Ley Paraguas⁸⁴.

La determinación del momento de presentación de las declaraciones responsables urbanísticas se relaciona también con la cuestión de si tienen que ser posteriores a la obtención de autorizaciones o a la realización de comunicaciones o declaraciones impuestas por otra legislación sectorial. Aunque esto requiere un tratamiento específico que abordaremos en otra ocasión⁸⁵, digamos aquí al menos que la solución preferible y la que conviene establecer como regla general es la de no imponer un concreto orden entre los diversos controles administrativos y, en consecuencia, permitir que la comunicación o declaración responsable urbanística se presente antes, después o simultáneamente a la presentación de otras comunicaciones o declaraciones o a la obtención –y hasta la solicitud– de eventuales autorizaciones concurrentes.

BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, J. M. (2009): *Derecho urbanístico común*. Madrid: lustel.
- BAÑO LEÓN, J. M. (2015): “Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada «better regulation»”, 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.
- BOIX PALOP, A. (2002): “La discutible necesidad de la licencia de obras menores”, en BAÑO LEÓN, J. M. y CLIMENT BARBERÁ, J. (coords.): *Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al Profesor José M.º Boquera Oliver*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BOSCH Y SALOM, B. (1972): *La licencia municipal de obras y edificación*. Madrid: Ministerio de la Vivienda.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. (2017): “La transformación del control local: de la licencia urbanística a la actuación comunicada”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 311.
- CHINCHILLA PEINADO, J. A. (2008): “El control municipal de los actos de uso del suelo y edificación a través de la figura de la comunicación previa como alternativa a la licencia urbanística: análisis de la regulación legal y municipal y de la aplicación judicial”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 42.
- CUBERO MARCOS, J. I. (2013): *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*. Cizur Menor: Aranzadi.
- DOMENECH PASCUAL, G. (2017): “¿Mejor antes o después? Controles públicos previos versus controles públicos posteriores”, en *Papeles de Economía Española*, núm. 151.
- ESTEVE PARDO, J. (2012): “La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A. (dir.^ª), ARIAS MARTÍNEZ, M. A. y ALMEIDA CERRADA, M. (coords.): *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*. Cizur Menor: Civitas.
- GAVIEIRO GONZÁLEZ, S. (2018), “Análisis de la jurisprudencia sobre las comunicaciones previas y declaraciones responsables de actividades comerciales o de servicios”, *Revista de Administración Pública*, núm. 205.

la superación de ese plazo con la obtención de un acto presunto favorable por silencio, propuesta que desborda lo que ahora nos ocupa (vid. “Disciplina urbanística y declaraciones responsables”, cit., epígrafe 4) y de la que suficiente será aquí decir que discrepo respetuosa pero rotundamente. Además de falta de base legal y dogmática y muy perjudicial para los intereses generales, la identificación de los plazos de preaviso con un término fatal a partir del cual ya no podría reaccionar la Administración contra la actividad comunicada sería letal para los intereses de terceros (por ejemplo, vecinos) que verían que, tras una comunicación de la que ni siquiera han tenido conocimiento, se consolida una situación ilegal y lesiva para sus intereses.

⁸⁴ Es expresión de ello el art. 105 quáter de la Ley de Urbanismo de castellanoleonesa: «Los actos legitimados por declaración responsable deberán ejecutarse dentro de los plazos de inicio, interrupción máxima y finalización que se determinen reglamentariamente (...) El régimen de caducidad será el señalado en el art. 103», o sea, el establecido para las licencias. Y el art. 314 quáter.5 de su Reglamento establece: «Los actos de uso del suelo amparados por declaración responsable deben realizarse dentro de los siguientes plazos de inicio y finalización, sin posibilidad de interrupción ni de prórroga, cumplidos los cuales la declaración se entiende caducada: a) Plazo de inicio: antes de un mes desde la presentación de la declaración. b) Plazo de finalización: antes de seis meses desde la presentación de la declaración».

⁸⁵ “Disciplina urbanística y declaraciones responsables”, epígrafe 3.

- GONZÁLEZ BUSTOS, M. A. (2016): “Simplificación administrativa, licencias urbanísticas y declaración responsable”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 39.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2000): *Licencias urbanísticas*. Madrid: Francis y Taylor.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2009): “La soportable levedad de las licencias urbanísticas”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 251.
- LÓPEZ MENUDO, F. (2010): “La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, publicado inicialmente en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, y recogido después en LÓPEZ MENUDO, F., *Obra escogida*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018.
- LOZANO CUTANDA, B. (2013): “Ley 12/2012, de medidas urgentes de liberalización del comercio minorista y determinados servicios”, en *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, núm. 5.
- MAURER, H. (2011): *Derecho Administrativo. Parte general*, traducción española coordinada por DOMÉNECH PASCUAL, G. Madrid: Marcial Pons.
- MORA RUIZ, M. (2012): “Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local: aproximación a su régimen jurídico ¿Nuevas técnicas administrativas?”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 155.
- NIETO-GUERRERO LOZANO, A. M. (2007): *Licencia urbanística y comunicación previa de obras*. Cizur Menor: Aranzadi.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2001): *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*. Madrid: Marcial Pons.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2011): “Aproximación del régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2013): “La transposición de la Directiva de Servicios en la ordenación del comercio. En especial, la previsión de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.): *Derecho de la regulación económica, IX, Comercio interior*. Madrid: Iustel.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2015): “Las declaraciones responsables y las comunicaciones en el Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, en *Documentación Administrativa, nueva época*, núm. 2. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i2.10272>.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (2006): “El silencio administrativo en el Derecho Urbanístico”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (coord.): *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- REBOLLO PUIG, M. (2013): “La actividad inspectora”, en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.): *Función inspectora*. Madrid: AEPDA/INAP.
- REBOLLO PUIG, M. (2014): “El repliegue de las autorizaciones y la articulación de alternativas. En especial, la tutela de los terceros perjudicados por actividades privadas ilegales”, en SORIANO GARCÍA, J. E. (dir.) y ESTEPA MONTERO, M. (coord.): *Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*. Madrid: Iustel.
- REBOLLO PUIG, M. (2017): “El principio de necesidad y proporcionalidad de los límites a las actividades económicas”, en GUILLÉN CARAMÉS, J. y CUERDO MIR, M. (dirs.) y RAMS RAMOS, L. (coord.): *Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*. Cizur Menor: Civitas.
- REBOLLO PUIG, M. (2015): “El Estado autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 91, y en LÓPEZ BENÍTEZ, M., FUENTETAJA PASTOR, J. A., y RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., *Las reformas administrativas de la crisis*. Civitas, 2017.
- RIVERO ORTEGA, R. (2009): “La trasposición de la Directiva de Servicios en España”, en RIVERO ORTEGA, R. (dir.): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*. Cizur Menor: Civitas.
- ROSELLÓ VILA, A. (2017): *Las licencias urbanísticas en el ámbito municipal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (2015): “Declaraciones responsables, comunicaciones previas y derechos de los ciudadanos”, 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: Iustel.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2013): “La licencia de obras”, en PAREJO ALFONSO, L. (dir.): *Autorizaciones y licencias, hoy*. Valencia: Tirant lo Blanch.



Ordenación de las actividades económicas tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Unidad de Mercado

Regulation of economic activities following the Constitutional Court's judgments on the Law of Market Unity

Javier Sola Teysiere
Universidad de Sevilla (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3184-5535>
jsola@us.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático E. U. de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla. Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Principales líneas de investigación: Derecho del turismo, ordenación territorial de los espacios turísticos, unidad de mercado, Derecho Administrativo económico.

RESUMEN

El Tribunal Constitucional, a través de varias Sentencias dictadas en 2017, ha declarado la inconstitucionalidad de los artículos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado reguladores del principio de eficacia en todo el territorio nacional de los medios de intervención administrativa sobre el acceso a las actividades económicas, así como otros preceptos por su conexión con el mismo. En la primera parte del trabajo se examinan los motivos de inconstitucionalidad alegados por el Tribunal y se hace una valoración del impacto y alcance fáctico que conlleva dicha anulación. En segundo lugar, se estudia el sistema de ordenación de las actividades económicas dispuesto en la mencionada Ley, –que en su mayor parte, por el contrario, ha sido avalado por el TC–, abordando la explicación del esquema de instrumentos de intervención de las actividades y sus límites, el ámbito de disposición de requisitos o condiciones materiales ligados al ejercicio de las mismas, finalizando con el examen de ciertas actuaciones específicas que la propia Ley califica como limitaciones no admitidas.

PALABRAS CLAVE

Unidad de mercado; principio de eficacia nacional; principio de necesidad y proporcionalidad; desregulación.

ABSTRACT

The Constitutional Court, through several judgments issued in 2017, has declared the unconstitutionality of the articles of the Law on Market Unity Guarantee regulating the principle of effectiveness throughout the national territory of the means of administrative intervention on access to economic activities, as well as other precepts for their connection to it. In the first part of the paper, the grounds for unconstitutionality alleged by the Court are examined and an assessment is made of the impact and factual significance of such annulment. Secondly, we study the system for the ordination of economic activities set forth in the aforementioned Law, –which for the most part, on the contrary, has been endorsed by the TC–, addressing the explanation of the scheme of intervention instruments of the activities and their limits, the scope of disposition of requirements or material conditions linked to the exercise of same, ending with the examination of certain specific actions that the Law itself qualifies as limitations not admitted.

KEYWORDS

Market unity; national effectiveness principle; necessity and proportionality principle; deregulation.

SUMARIO

I. LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO EN EL CONTEXTO DE UN PROCESO DESREGULADOR. II. SITUACIÓN TRAS LAS SSTC DE 2017 SOBRE LA LGUM: 1. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ACTUAL FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFICACIA NACIONAL. A) Los motivos de inconstitucionalidad. B) Acotación del alcance de la anulación del principio de eficacia. 2. EL AVAL DEL TC AL SISTEMA DE LIMITACIÓN DE LOS MEDIOS DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS. 3. LA MALOGRADA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO NO GARANTIZA LA UNIDAD DE MERCADO, PERO SÍ MANTIENE SU CARÁCTER DESREGULADOR. III. EL ESQUEMA DE MEDIOS Y LÍMITES DE ORDENACIÓN: 1. EN RELACIÓN CON EL INSTRUMENTO DE INTERVENCIÓN. A) Autorizaciones. B) Declaraciones responsables. C) Comunicaciones. 2. LA DISPOSICIÓN DE CONDICIONES MATERIALES RELATIVAS AL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD. 3. ACTUACIONES CALIFICADAS COMO LIMITACIONES NO ADMITIDAS. IV. EXTRACTO Y CONCLUSIONES.

I. LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO EN EL CONTEXTO DE UN PROCESO DESREGULADOR

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) constituye el último episodio de un proceso desregulador del ejercicio de las actividades económicas cuyo germen cercano puede conectarse con la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior. Efectivamente, resulta perceptible que la Directiva de Servicios, junto al objetivo declarado de impulso a la integración del mercado único, incorpora igualmente un propósito genérico de liberalización de la actividad económica y más específico de simplificación de cargas administrativas para las empresas del sector servicios. No empece a la conexión aludida el hecho de que la LGUM no presente un vínculo formal con la normativa europea. Significativamente, el preámbulo de la LGUM declara haber tenido en cuenta los principios pertinentes derivados de la jurisprudencia del TJUE (que son los que han «nutrido» el contenido de la Directiva de Servicios), así como la experiencia adquirida con la transposición de la Directiva de Servicios. Por otra parte la LGUM se encuadra en la estrategia económica europea de crecimiento y no es ajena a las reiteradas recomendaciones del Consejo Europeo a nuestro país de eliminar obstáculos al ejercicio de actividades económicas¹.

A nivel interno, es realmente en la normativa de transposición de la mencionada Directiva donde hay que situar los antecedentes directos de la LGUM. Como es sabido, el núcleo de la ingente normativa, a todos los niveles, que hubo que dictar para la transposición de la Directiva de Servicios en nuestro país tuvo como foco principal la remoción de restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de los servicios incluidos en su ámbito de aplicación. En este proceso, resultan especialmente significativas las modificaciones llevadas a cabo en dos leyes generales, como la antigua Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, por parte de la llamada Ley Omnibus², introduciendo tanto los nuevos principios de intervención administrativa sobre actividades como la regulación genérica de los entonces novedosos instrumentos de declaración responsable y comunicaciones previas.

Especialmente visible es la trabazón de la LGUM con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas), con la que mantiene evidentes puntos de conexión. De hecho en la Ley Paraguas ya está presente el esquema básico de simplificación de procedimientos y de limitación de las posibilidades de intervención administrativa sobre el acceso a las actividades de servicios que, más tarde, la LGUM endurece y amplía al resto de actividades económicas.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, insistió en la dirección liberalizadora apuntada reafirmando los principios de necesidad, proporcionalidad y simplicidad de las iniciativas normativas, pro-

¹ Vid. en este sentido J. SOLA TEYSSIERE, “Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, págs. 134-135, así como la documentación allí citada. La influencia de la Unión Europea alentando la aprobación y aplicación de la LGUM es explicada de manera más detallada y actualizada por J. SOLANES MULLOR, “La desconstitucionalización y europeización del principio de unidad de mercado: el Estado de las Autonomías bajo presión”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109-II, 2017, págs. 99-102.

² Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio que, a través de su artículo primero, introdujo nuevos artículos 39 bis y 71 bis en la antigua Ley 30/1992 y modificó el artículo 84 de la LBRL.

curando el mantenimiento de un marco normativo «sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general» (art. 4).

A finales de 2013, la aprobación de la LGUM supone la implantación de una mayor limitación de las posibilidades de intervención administrativa sobre el acceso a las actividades, además de ampliar dicho esquema regulador a las actividades económicas en general, como se verá más detenidamente. Es por ello, que la LGUM se ve obligada a modificar aspectos sustanciales de la Ley Paraguas, para ajustarla a las nuevas restricciones introducidas por la primera y así homogeneizar el sistema³. Por las mismas fechas, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, modifica la redacción del artículo 84 bis de la Ley de Bases de Régimen Local con el mismo propósito normalizador.

Con esta sucinta relación de hitos legislativos se ha querido poner de manifiesto que la LGUM no debe ser considerada como una ley inaugural de un esquema nuevo de intervención administrativa económica, sino que forma parte de un proceso, de una estrategia liberalizadora continuada en el tiempo, de la que dicha Ley supone el último episodio significativo.

No obstante, sí es cierto que la LGUM ha supuesto un salto cuantitativo y cualitativo en el aludido proceso desregulador.

Cuantitativamente porque, sobrepasando el perímetro de actividades afectadas por la normativa de transposición de la Directiva de Servicios, amplía su ámbito de aplicación «al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional» (art. 2); lo que puede leerse como actividades económicas en general, salvo contadas excepciones⁴.

Cualitativamente, porque introduce una severa limitación a la hora de regular los medios de intervención pública sobre las actividades económicas, que afecta especialmente a los poderes autonómicos⁵ y locales. En concreto, restringe los posibles motivos justificativos del establecimiento de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones a unas concretas razones imperiosas de interés general, especialmente constreñidas en el caso de que la medida de intervención a utilizar sea una autorización.

Además establece limitaciones en relación con los criterios y requisitos que las Administraciones pueden introducir en las prescripciones y pliegos de sus contratos y en las bases reguladoras de sus actuaciones de fomento; con lo cual está ampliando también en este aspecto su ámbito de aplicación material, que no se limita a la ordenación del acceso y ejercicio de las actividades económicas como esta ha sido tradicionalmente entendida.

La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado aunque, aparentemente, atendiendo a su título y a las declaraciones de su preámbulo, tiene como objetivo el restablecimiento de una unidad de mercado que el legislador considera fragmentada, en realidad lo desborda, incluyendo también medidas directamente dirigidas hacia la reducción regulatoria y de cargas administrativas. El propio preámbulo lo reconoce abiertamente cuando declara que la Ley «*aprovecha* para seguir impulsando un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas que simplifique la legislación existente, elimine regulaciones innecesarias, establezca procedimientos más ágiles y minimice las cargas administrativas».

Es por ello que el sistema dispuesto por la LGUM, sucintamente descrito, gravita sobre dos aspectos sustantivos, que constituyen sus ejes centrales, más otros elementos de carácter instrumental dirigidos a apuntalarlos.

El primero de dichos aspectos es sin duda el principio de intervención mínima⁶, encarnado en la Ley por el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes⁷ que suponen

³ Modificación llevada a cabo a través de su Disposición final segunda.

⁴ A sensu contrario, aquellas actividades económicas que no se desarrollen en condiciones de mercado, como «la puesta en el mercado de los productos estancos, explosivos, gasóleo profesional y mercancías peligrosas» prevista en la Disposición adicional segunda de la propia LGUM, que deberán respetar los requisitos establecidos en la normativa estatal aplicable a los mismos.

⁵ Para M. REBOLLO PUIG, dado que el legislador estatal podrá seguir imponiendo límites a la libertad de empresa a través de leyes posteriores, «la novedad y la cuestión crucial están, pues, en el límite que el artículo 5 LGUM impone a los Parlamentos autonómicos», por lo que considera que la LGUM «es sólo una garantía de la libertad de empresa frente a las leyes autonómicas»; «La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, 2014, pág. 32.

⁶ Así, LEÓN SANZ, J., «La garantía de la unidad de mercado», *Rev. Información Comercial Española*, núm. 871, 2013, págs. 40-41.

⁷ Conforme a lo previsto en el Anexo de definiciones, para la LGUM, autoridad competente es «cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades económicas, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad económica o a su ejercicio y, en particular, las autoridades administrativas estatales, autonómicas o locales y los colegios profesionales y, en su caso, consejos generales y autonómicos de colegios profesionales».

gan límites a la libertad de empresa, enunciado en su artículo 5, que tiene su instrumentación en positivo (requisitos de las actuaciones) y en negativo (actuaciones prohibidas) en los artículos 17 y 18, respectivamente.

El segundo elemento nuclear de la LGUM era –en pasado, pues ha sido desactivado por el TC, como comentaremos más adelante– la regulación del principio de eficacia, conforme al cual se reconocía efecto en todo el territorio nacional a las actuaciones administrativas de control de acceso a las actividades económicas. Según el anulado artículo 19 de la Ley, cualquier operador que hubiera accedido legalmente a su actividad cumpliendo los requisitos dispuestos en su lugar de origen podría ejercer su actividad en todo el territorio nacional, debiendo las autoridades de destino asumir la plena validez de dichos requisitos aunque difirieran de los propios.

La Ley así, en primer lugar, cercena por abajo las posibilidades regulatorias autonómicas y locales para disponer requisitos de acceso a las actividades económicas, reduciéndolas a un estrecho margen. Las CCAA y las entidades locales sólo podrán establecer requisitos al acceso del operador dentro de ese margen. En segundo lugar, la entrada en juego del principio de eficacia reforzaba la operación desreguladora, en tanto se pronosticaba que propiciaría la opción más liberal para atraer empresas y también probablemente atendiendo a presiones del empresariado local no dispuesto a sufrir la competencia de otros empresarios que soportaran menores cargas.

Junto a los dos elementos destacados, la LGUM despliega un conjunto de instrumentos que parecen responder más propiamente a sus objetivos declarados.

En primer lugar, contiene medidas encaminadas a evitar la dispersión del sistema normativo en el ámbito económico basadas en la cooperación. Bien *ex ante*, con carácter preventivo, mediante un sistema de información y valoración previa de la normativa con potencial incidencia en la unidad de mercado (art. 14). Bien *a posteriori*, a través de la evaluación periódica del impacto de la normativa sobre la unidad de mercado en el seno de las Conferencias Sectoriales (art. 15).

En segundo lugar, se ocupa del aparato organizativo, nuevo (Consejo para la Unidad de Mercado) o preexistente (Conferencias Sectoriales), de apoyo a la implantación de la Ley⁸.

Por otra parte, como correlato a la regulación del principio de eficacia nacional, establece reglas relativas a la ejecución de la supervisión administrativa en el momento de acceso y sobre el posterior ejercicio de las actividades económicas; aspecto que también ha resultado «tocado» por el TC, como se verá en el siguiente apartado.

Por último, instaura mecanismos que podríamos calificar de garantía o reparación, como el recurso administrativo contra actos incompatibles con las libertades de establecimiento o circulación (artículo 26), el procedimiento de información de obstáculos a la unidad de mercado (artículo 28) y el recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado introducido por la disposición final primera⁹, igualmente afectado en un aspecto relevante por sentencia del TC.

II. SITUACIÓN TRAS LAS SSTC DE 2017 SOBRE LA LGUM

Con fecha 8 de abril de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional admite a trámite tres recursos de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la LGUM promovidos, respectivamente, por el Parlamento de Cataluña¹⁰,

⁸ Sobre el tema puede verse OCHOA MONZÓ, J., “El entramado institucional de la LGUM”, en ob. col. *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, dir. M. J. Alonso Mas, Madrid, 2014, págs. 391-400.

⁹ Sobre los tres mecanismos anteriores pueden verse, respectivamente, los trabajos de CASARES MARCOS, A., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación: procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”, BUISÁN GARCÍA, N., “Otros mecanismos de protección de la unidad de mercado”, y SANTAMARÍA PASTOR, A., “El contencioso de la unidad de mercado”, todos ellos en la ob. col. *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado*, dir. M. J. Alonso Mas, cit.; y el trabajo de SANTAMARÍA, bajo el mismo título, también en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87, 2013, págs. 51-93. Sobre los aludidos mecanismos también pueden verse PADRÓS REIG, C. y MACÍAS CASTAÑO, J. M., “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, 2014, págs. 113-151; y CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la unidad de mercado en el seno de la Ley 20/2013”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 165, 2014, págs. 147-182.

¹⁰ Providencia de 8 de abril de 2014, admitiendo a trámite el recurso de inconstitucionalidad numerado 1397-2014 (BOE de 15 de abril), contra distintos preceptos de la LGUM, entre otros, el apartado segundo del artículo 14, y por conexión el apartado segundo del artículo 23; los artículos 16, 17 y 18, y por conexión el artículo 5 y la disposición final segunda; los artículos 19 y 20 y por conexión la disposición adicional décima, y asimismo, el apartado quinto del artículo 26; el artículo 27, en relación con la disposición final primera

por el Gobierno de Cataluña¹¹ y por el Consejo de Gobierno de Andalucía¹². Posteriormente, en septiembre del mismo año, admite a trámite un nuevo recurso presentado por el Gobierno de Canarias dirigido, igualmente, contra algunos preceptos de la LGUM¹³.

Estos cuatro recursos han sido resueltos por sendas Sentencias, dictadas todas a lo largo de 2017, cuyo interés no solo radica en las declaraciones de inconstitucionalidad de varios artículos clave en la arquitectura de la LGUM sino, igualmente, en la confirmación de constitucionalidad de otros –cuya funcionalidad se mantiene a pesar de la anulación de los anteriores– que ha resultado trascendental para que no se haya frustrado enteramente la operación desreguladora descrita en el apartado anterior. Examinaremos sucesivamente estos dos aspectos, a través del comentario de las Sentencias que se irán citando a continuación.

1. Inconstitucionalidad de la actual formulación del principio de eficacia nacional

A) Los motivos de inconstitucionalidad

La Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017, de 22 de junio de 2017, resuelve el recurso interpuesto por el Parlamento de Cataluña, declarando la inconstitucionalidad de los artículos 19 y 20 y, por conexión, de las letras b), c) y e) del apartado 2 del artículo 18 y de la disposición adicional décima de la LGUM¹⁴, que son los que establecen detalladamente la regulación del principio de eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas de control de acceso a las actividades económicas. Posteriormente, la STC 110/2017, de 5 de octubre, que resuelve el recurso planteado por el Gobierno de Cataluña, declaró la inconstitucionalidad del artículo 6, que enuncia el aludido principio. Por su parte, la STC 111/2017, de 5 de octubre, al resolver el recurso del Consejo de Gobierno de Andalucía, declara la inconstitucionalidad del apartado c) del artículo 21.2, que también está vinculado al aludido principio de eficacia en cuanto, como instrumento aplicativo derivado del mismo, establecía la regla de que la autoridad del lugar de fabricación era la competente «para el control del cumplimiento de la normativa relacionada con la producción y los requisitos del producto para su uso y consumo», cuya validez debía, por tanto, ser asumida por la autoridad de destino¹⁵.

Con todo ello, queda seriamente afectado el sistema de reconocimiento de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional, que fue valorado en su momento como uno de los aspectos más novedosos de la LGUM¹⁶.

Muy resumidamente recordaremos que, conforme a dicho sistema, cualquier operador económico que hubiera accedido legalmente a su actividad cumpliendo los requisitos dispuestos en su lugar de origen quedaba habilitado para ejercer dicha actividad en todo el territorio nacional, debiendo las autoridades de

que añade los apartados primero y segundo del artículo 127 *quater* de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa; y la disposición final cuarta.

¹¹ Recurso 1411-2014, contra los artículos 5, 6, 14.2, 16 a 20, 23, 26.5, 27, disposición adicional décima y disposiciones finales primera, segunda, tercera y cuarta.

¹² Recurso 1454-2014, contra los artículos 6; 14.2; 17, último inciso del párrafo primero y letras a) a d); 18.2, letras b) a f); 19; 20; 21.2 y 3; 23.2; 26; 27; disposición adicional décima y disposiciones finales primera, segunda y cuarta.

¹³ Providencia de 29 de septiembre de 2014, admitiendo a trámite el recurso de inconstitucionalidad numerado 5437-2014, contra los artículos 6, 19 y 20.

¹⁴ La Sentencia también declara la inconstitucionalidad del apartado segundo del artículo 127 *quater* de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por el punto tres de la disposición final primera de la LGUM, únicamente en su aplicación a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas. Por otra parte declara que el inciso «que deberá ser tenido en cuenta por la autoridad competente a la hora de decidir» del último párrafo del artículo 26.5 b) de la LGUM, es conforme con la Constitución interpretado en los términos señalados en el fundamento jurídico 15. Finalmente, desestima el recurso respecto al resto de preceptos recurridos: apartado segundo del artículo 14, y por conexión el apartado segundo del artículo 23; los artículos 16, 17 y 18, y por conexión el artículo 5 y la disposición final segunda (cuyo comentario se aborda en el siguiente apartado en el texto); el apartado quinto del artículo 26; el apartado primero y, por conexión, el apartado segundo de la disposición final tercera que dan una nueva redacción al artículo 2 y a la disposición final décima de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios; y la disposición final cuarta. *Vid.* un comentario in extenso de esta Sentencia en J. SOLA TEYSIÉRE, “La existencia de un estándar normativo equivalente como condición de constitucionalidad del anulado principio de eficacia nacional de la Ley de Unidad de Mercado (STC 79/2017)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189, 2018, págs. 173-199.

¹⁵ La cuarta y última Sentencia 119/2017, de 31 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de Canarias contra los artículos 6, 19 y 20, declara extinguida la impugnación por pérdida sobrevenida de su objeto.

¹⁶ Resaltaron la novedad del principio, entre otros, G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, 2014, pág. 138; J. TORRONS MAS, cit., pág. 165; y M. CARLÓN RUIZ, cit., pág. 151. También destacó su carácter novedoso el *Consell de Garanties Estatutàries* de Cataluña, en su Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, sobre la LGUM, para el que dicho principio constituye la principal novedad que la Ley aporta al ordenamiento jurídico «y sin duda se convierte en su elemento basilar» (FJ Segundo, 4, C).

destino¹⁷ asumir la plena validez de dichos requisitos aunque difirieran de los propios. Se reconocía así efecto en todo el territorio nacional a las actuaciones administrativas de control de acceso de las actividades económicas en general, en consonancia con el ámbito de aplicación de la LGUM. La regla incluía a los bienes y productos, de forma que cualquiera producido cumpliendo los requisitos del lugar de origen podría circular y ofertarse libremente en todo el territorio español, debiendo las autoridades de los territorios donde fueran comercializados asumir como válidos dichos requisitos aunque fueran diferentes que los establecidos en sus propios territorios.

Partiendo de estos postulados, el artículo 20 recogió una relación detallada de posibles medios de intervención admitiendo expresamente su plena eficacia en todo el territorio nacional (autorizaciones, licencias, habilitaciones, cualificaciones profesionales, declaraciones responsables, comunicaciones, inscripciones en registros, acreditaciones o certificaciones emitidas por organismos de evaluación, etcétera). El sistema se completaba con la prohibición general a las autoridades de destino de exigir a los operadores ya habilitados el cumplimiento de nuevos requisitos o trámites adicionales para operar en sus territorios (art. 20.1, primer párrafo *in fine*), reforzada por la calificación como contraria a la Ley del eventual establecimiento por parte de las autoridades de destino de requisitos (acreditaciones, calificaciones, certificaciones, seguros, fianzas, especificaciones técnicas, etc.), distintos o adicionales a los requeridos en origen al operador, para poder ejercer la actividad en sus territorios (art. 18.2).

En definitiva, con ello la LGUM determinaba el régimen de las actuaciones administrativas de control inicial de acceso a las actividades económicas en general, conforme al cual, si el operador cumplía los requisitos establecidos en un determinado territorio para acceder al ejercicio de su actividad, adquiriría un título habilitante eficaz en todo el territorio nacional, sin que las autoridades del resto de territorios pudieran exigirle nuevos requisitos para operar en los mismos. De esta manera, la aplicación de los medios de intervención dispuestos en estos últimos territorios para controlar el acceso al ejercicio de esa misma actividad quedaba, por así decirlo, desactivada.

La regulación del principio de eficacia ya se había revelado como uno de los aspectos más polémicos de la LGUM, contra el que se dirigieron los cuatro recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la misma, y ante la que se habían posicionado muy críticamente diversos órganos consultivos, ya durante la tramitación de la Ley¹⁸ y después de su aprobación¹⁹, así como una cualificada doctrina²⁰. Tanto las críticas como la fundamentación de los recursos se sustentaban básicamente en dos motivos. Por un lado, el cercenamiento de las competencias autonómicas en relación con las actividades económicas y, por otro, la contravención del principio de territorialidad de dichas competencias. Ambas alegaciones son acogidas en la STC 79/2017, en los términos que muy sucintamente se examinan a continuación.

Respecto a la primera el Tribunal, partiendo de la consideración de que los preceptos impugnados han sido dictados al amparo del artículo 149.1.13 CE, entiende que lo que se plantea en el proceso es si la regulación del principio de eficacia nacional establecida por la LGUM constituye un ejercicio legítimo de dicho instrumento conectado con la ordenación general de la economía. Para el análisis de dicha cuestión, parte del contraste de lo establecido por la LGUM respecto a una técnica previamente experimentada en el derecho comunitario europeo con la misma finalidad de atenuar los efectos disfuncionales derivados de la diversidad regulatoria de los distintos Estados miembros de la UE: el principio de reconocimiento mutuo de actuaciones entre dichos Estados²¹. La aplicación de la técnica de reconocimiento mutuo exige, no obstante,

¹⁷ El artículo 21.2 LGUM determina a qué autoridad corresponden las funciones ejecutivas de supervisión sobre las actividades económicas, conforme al siguiente esquema: a) a la autoridad de origen la supervisión de los requisitos de acceso; b) a la de destino la supervisión del ejercicio de la actividad; c) a la del lugar de fabricación el control de los requisitos de producción y del producto para su uso y consumo (esta última regla ahora anulada por el TC, como se ha dicho).

¹⁸ Cfr. el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de la LGUM, de 11 de abril de 2013, págs. 21-24 y el Dictamen del Consejo Económico y Social, de 18 de abril de 2013, págs. 8-9 y 14.

¹⁹ Aprobada ya la LGUM, sus artículos 19 y 20 son considerados inconstitucionales tanto en el Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, del *Consell de Garanties Estatutàries* de Cataluña como en el Dictamen 193/2014, de 19 de marzo, del Consejo Consultivo de Andalucía.

²⁰ *Vid.*, especialmente, G. FERNÁNDEZ FARRERES, cit., págs. 133-142 y J. TORNOS MAS, cit., págs. 163-168; autores ambos que denunciaron la inconstitucionalidad de la regulación de dicho principio (pág. 139 y pág. 167, respectivamente). En la misma línea, I. URRUTIA LIBARONA consideró que la configuración legal del principio resultaba de dudosa constitucionalidad; "La configuración legal de la unidad de mercado y Estado autonómico", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, 2016, pág. 235. También se mostró crítico S. MUÑOZ MACHADO, "Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, 2014, pág. 19.

²¹ La doctrina sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el mercado interior se ha venido elaborando por el TJUE a partir de la conocida Sentencia *Cassis de Dijon*, de 20 de febrero de 1979 y posteriormente aparece expresa y repetidamente

como presupuesto, la equivalencia en el nivel de protección en el país de origen y el de destino, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Extrapolando esta doctrina al derecho interno el TC considera que «en la medida en que exista una normativa de la Unión Europea armonizada o una legislación estatal común, o exista una pluralidad de legislaciones autonómicas que, no obstante sus posibles diferencias técnicas o metodológicas, fijen un estándar que pueda ser considerado equivalente, el Estado podrá reconocer a las decisiones autonómicas efectos extraterritoriales a través de la imposición del reconocimiento de la decisión adoptada en una determinada Comunidad Autónoma en el resto». Ahora bien, caso de no darse esta circunstancia, quedaría «subsistente la capacidad de los poderes territoriales de poder establecer [...] un nivel de protección propio y distinto» (FJ 12).

Por otra parte, apunta el TC, el poder central puede intervenir, a fin de mitigar las consecuencias derivadas de la pluralidad regulatoria, a través de una estrategia de armonización del marco normativo de aplicación, de tal manera que se produjera una equivalencia de régimen jurídico ante las mismas situaciones. Ello supondría el establecimiento de «un común denominador normativo dirigido a asegurar aquellos rasgos que caracterizan la unidad de mercado y entre los que se encuentra ser un espacio donde las condiciones esenciales de ejercicio de la actividad económica sean iguales», a través del ejercicio por parte del Estado de sus competencias horizontales, vía artículo 149.1.13 CE.

Sin embargo, el sistema empleado por la LGUM ni sigue la técnica del reconocimiento mutuo ni establece un marco normativo armonizado.

No sigue el principio de reconocimiento mutuo por no haber dispuesto simultáneamente, como condición de su aplicación, la existencia de una equivalencia en el nivel de protección de las distintas normativas territoriales. Según el TC²², este extremo está «ausente en la regulación del principio de eficacia nacional recogido en la Ley 20/2013 en el que la autoridad de destino ha de asumir la plena validez de lo establecido por la autoridad de origen tanto en materia de requisitos de acceso a la actividad como en relación con la circulación de bienes, sin que ese reconocimiento venga condicionado por la existencia de equivalencia alguna»²³. Con ello el TC está rechazando la utilización del denominado «principio de país de origen»²⁴ como instrumento válido dirigido a la armonización regulatoria entre CC.AA.

Por otra parte, tampoco produce el anteriormente aludido efecto armonizador sino que, por el contrario, al imponer la aceptación incondicionada por parte de la autoridad de destino de lo establecido en materia de requisitos de acceso a la actividad económica por parte de la autoridad de origen en aplicación del principio

en el Tratado de Funcionamiento UE (arts. 53, 67, 70, 81, 82). En buena medida, sus postulados resultan extrapolables a la problemática aquí tratada. Entre la amplia literatura sobre dicho principio resultan aquí de utilidad el trabajo de T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Libertad de establecimiento y de servicios: ¿Reconocimiento mutuo o país de origen?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 146, 2010, págs. 221-263; el más reciente de J. AGUDO GONZÁLEZ, “La administración del reconocimiento mutuo. Un análisis a partir de la libre circulación de profesionales... hasta la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, págs. 345-398; y F. JIMÉNEZ GARCÍA, “Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007, págs. 777-817.

²² Por cierto que en el FJ 12,c) se incurre en una inexactitud al afirmar que el «principio de eficacia nacional pretende, según el preámbulo de la Ley 20/2013, recoger el de reconocimiento mutuo desarrollado en el Derecho de la Unión Europea». En realidad el preámbulo de la LGUM declara que el principio de eficacia nacional se basa «en un criterio de confianza mutua» (apartado I, octavo párrafo, posteriormente reiterado en el apartado II noveno párrafo de dicho preámbulo). En este sentido, S. MUÑOZ MACHADO ya había criticado que el legislador hubiera fundamentado en la confianza mutua y el reconocimiento implícito, «que el legislador presume, sin ningún fundamento», la eficacia extraterritorial de decisiones adoptadas por otras administraciones públicas, considerando que una ley del Estado no puede imponer el reconocimiento mutuo de resoluciones o normas basado en una «confianza mutua» o «reconocimiento implícito» no manifestados por las entidades afectadas, ya que la eficacia extraterritorial de una decisión solo puede organizarse sobre la base de su reconocimiento por la autoridad de destino; “Sobre el restablecimiento legal..”, cit., 2014, pág. 19.

²³ La existencia del mencionado atributo de equivalencia como premisa para una correcta aplicación del reconocimiento mutuo en relación con la LGUM había sido ya señalada, entre otros, por C. PADRÓS REIG y J. M. MACÍAS CASTAÑO, cit., págs. 126-127; J. AGUDO GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 390; I. URRUTIA LIBARONA, cit., págs. 234-235; y J. SOLA TEYSIÉRE, “El principio de eficacia nacional de los medios de intervención de acceso a las actividades económicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, 2016, pág. 239.

²⁴ Como han notado B. LOZANO CUTANDA e I. FERNÁNDEZ PUYOL, “Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017 sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado: la anulación de la «licencia única»”, *Diario La Ley*, núm. 9.058, Sección Tribuna, 10 de Octubre de 2017, que también recuerdan cómo dicho principio se quiso incorporar a la Directiva de Servicios y fue, finalmente, rechazado. La traslación de dicho principio al derecho interno por la LGUM (región de origen) ya había sido señalada por la doctrina previa a la Sentencia. Así, M. J. ALONSO MAS consideraba que la LGUM establecía la aplicación de la regla del lugar de origen «sin paliativos»; “La eficacia de los títulos habilitantes...”, pág. 331. También J. AGUDO GONZÁLEZ estimaba que la LGUM había «optado por la maximización del principio del “país (Comunidad Autónoma) de origen”»; cit., pág. 392.

de eficacia, en realidad «permite la subsistencia de una pluralidad de regímenes jurídicos cuya aplicación depende del criterio de la procedencia del operador económico» (FJ 12 *in fine*)²⁵.

Respecto a la alegación de contravención del principio de territorialidad de las competencias, el TC trae a colación, conforme a su doctrina anterior, la distinción entre el ejercicio de las competencias autonómicas que, como regla, debe limitarse al ámbito territorial correspondiente, y los efectos del ejercicio de dichas competencias, que sí podrían manifestarse fuera de dicho ámbito.

Atendiendo a ello, no niega el Tribunal la habilitación del Estado para dictar una normativa reconociendo efectos extraterritoriales a determinadas actuaciones de las administraciones autonómicas, con base en el artículo 149.1.13 CE. Pero, subraya que «la competencia del Estado para regular el reconocimiento mutuo y para otorgar eficacia supraterritorial a ciertas normas y actos administrativos autonómicos, solo es constitucionalmente admisible si se respeta un presupuesto: la equivalencia en la protección del legítimo objetivo pretendido por parte de las normas y actos del lugar de origen y los del lugar de destino» (FJ 13,a).

En ausencia de dicha condición no es legítimo excepcionar el principio de territorialidad obligando, por el contrario, a una Administración autonómica a aceptar un estándar distinto al fijado en su propia normativa. Básicamente porque ello supondría una constricción de su autonomía y «tener que aceptar dentro de su territorio una pluralidad de políticas ajenas» (FJ 13,a).

La Sentencia, haciéndose eco de argumentos materiales aducidos previamente por la doctrina y determinados órganos consultivos, estima que el aludido efecto extraterritorial derivado de la aplicación del principio de eficacia, aunque «no supone una modificación formal del sistema de distribución de competencias», produce un «desplazamiento»²⁶ de la normativa aplicable en el territorio de destino y, así, un «vaciamiento»²⁷ de contenido o «menoscabo»²⁸ de las competencias formalmente atribuidas a la Comunidad Autónoma de destino (FJ 13.b).

Llamativamente, señala el Tribunal, la LGUM se aparta así de su objetivo armonizador declarado permitiendo, por el contrario, que las condiciones de acceso de las empresas a la actividad económica y de los productos al mercado puedan ser diferentes en los diecisiete territorios autonómicos.

²⁵ Algunos informes de órganos consultivos así como una numerosa doctrina habían venido denunciando no sólo la carencia de efecto armonizador de la LGUM y subsiguiente mantenimiento de una diversidad regulatoria potencialmente «fragmentadora» que el legislador declaraba tratar de evitar sino, incluso, el eventual peligro de que la LGUM alentara la aparición de una competencia regulatoria a la baja o «dumping regulatorio» entre CC.AA., tendente a atraer a las empresas de nueva creación a sus territorios. Así en el Dictamen del Consejo Económico y Social, de 18 de abril de 2013, págs. 9 y 14; en el Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, del *Consell de Garanties Estatutàries* de Cataluña, pág. 23. En la doctrina, entre otros, J. TORNOS MAS, cit., 2014, pág. 160; G. FERNÁNDEZ FARRERES, cit., 2014, pág. 139; C. PADRÓS REIG y J. M. MACÍAS CASTAÑO, cit., 2014, pág. 129; J. GIFREU FONT, «La impronta de la Directiva de servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 98, 2014, págs. 205 y 210; M. CARLÓN RUIZ, cit., págs. 152 y 156; M. REBOLLO PUIG, «El Estado Autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 91, 2015, págs. 134-136; e I. URRUTIA LIBARONA, cit., pág. 231.

²⁶ Cfr. J. TORNOS MAS, para quien el problema es que la normativa en materia económica del territorio de destino «perderá su eficacia en el propio territorio de la autoridad competente que la aprobó al verse *desplazada* por la normativa que trae bajo el brazo el operador económico»; ob. cit., pág. 161. El *Consell de Garanties Estatutàries* de Cataluña considera que las disposiciones y actos de la Comunidad Autónoma de destino «se verán *desplazados* por la regulación del “lugar de origen” que acompañe al operador económico, si le resulta más favorable para acceder a la actividad»; Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, sobre la LGUM, FJ II.4.C. El Consejo Consultivo de Andalucía también estima la inconstitucionalidad de los artículos 6, 19 y 20 de la LGUM por vulneración de diversas competencias autonómicas previstas en el Estatuto de Autonomía «sobre las que se proyectan las normas y actuaciones administrativas de la Comunidad Autónoma que se ven *desplazadas* por el principio de eficacia territorial en todo el territorio nacional»; Dictamen 193/2014, de 19 de marzo, sobre la LGUM, FJ III.1.B. Las cursivas son nuestras.

²⁷ Cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES, en cuya opinión, la competencia autonómica «queda en parte *vaciada* de contenido, pues, aunque en términos formales se respeta, materialmente, atendiendo a sus consecuencias y efectos, queda limitada por razón del efecto extraterritorial que se reconoce al ejercicio de idéntica competencia por cualesquiera otras Comunidades Autónomas»; ob. cit., pág. 138. Para el *Consell de Garanties Estatutàries* de Cataluña, los artículos 19 y 20 de la LGUM «comportan un *vaciamiento* del contenido de las materias estatutarias relacionadas con los diversos ámbitos económicos [...] y vulneran las competencias relacionadas con actividades económicas reconocidas en el capítulo II del título IV EAC»; Dictamen 5/2014, de 14 de febrero, sobre la LGUM, FJ II.4.D. Las cursivas son nuestras.

²⁸ El Consejo Consultivo de Andalucía entiende que «el artículo 19 de la LGUM puede ser considerado inconstitucional por *menoscabo* de las competencias autonómicas de contenido económico previstas en el capítulo II del título II del Estatuto de Autonomía»; Dictamen 193/2014, de 19 de marzo, sobre la LGUM, FJ III.5. La cursiva es nuestra. Por su parte, M. CARLÓN RUIZ afirma que la LGUM «asume sin matices la “ultraeficacia” de los regímenes de acceso a la actividad definidos territorialmente» y que esa novedad «rompe por sí misma con el elemental principio de territorialidad en el ejercicio de las competencias autonómicas»; ob. cit., pág. 152. También M. J. ALONSO MAS opina que la regulación de los artículos 19 y 20 LGUM «directamente alteran la eficacia territorial de las normas y de los actos de las CC.AA. y de las entidades locales»; «La eficacia de los títulos habilitantes...», cit., pág. 330.

A partir de ahí, el TC vincula el principio de territorialidad con las reglas de distribución de competencias y las que rigen las relaciones entre ordenamientos autonómicos, aseverando que la LGUM «va más allá del reconocimiento mutuo para actos ejecutivos adoptados bajo una normativa común, pues, al alterar la territorialidad que rige las competencias autonómicas, establece un nuevo criterio de relación entre los ordenamientos de las distintas Comunidades Autónomas, incidiendo directamente en el régimen constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, alterándolo sustancialmente»²⁹. La aplicación del principio de eficacia implica la ruptura del principio de territorialidad y «supone también la alteración de las reglas que rigen las relaciones entre los distintos ordenamientos autonómicos» (FJ 13,b)³⁰.

En conclusión, el Tribunal considera que el principio de eficacia nacional, tal como ha sido configurado por la LGUM, es contrario al orden constitucional de distribución de competencias y, por consiguiente, inconstitucional, tanto por exceder del alcance de la competencia estatal reconocida en el artículo 149.1.13 CE como por vulnerar el principio general de territorialidad de las competencias autonómicas³¹. En consecuencia, la STC 79/2017, de 22 de junio de 2017, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los artículos 19 y 20 de la LGUM al completo y, por conexión, las letras b), c) y e) del apartado 2 del artículo 18 así como la disposición adicional décima de dicha Ley, al tener su fundamento en el principio de eficacia nacional. Posteriormente, la STC 110/2017, de 5 de octubre, en aplicación de la doctrina de la Sentencia anterior, considera que «la definición que se realiza en el artículo 6 del principio de eficacia es, por las mismas razones, igualmente inconstitucional y nula» (FJ 3).

Finalmente, conviene dejar constancia por su vinculación con lo anterior, que la STC 111/2017, de 5 de octubre, ha declarado también la inconstitucionalidad del artículo 21.2.c) de la LGUM que establecía que «las autoridades del lugar de fabricación serán las competentes para el control del cumplimiento de la normativa relacionada con la producción y los requisitos del producto para su uso y consumo». El TC sencillamente razona que el anterior precepto tiene como fundamento el principio de eficacia nacional ya declarado inconstitucional en los términos que se acaban de exponer. Y más concretamente discurre que, al haber declarado previamente por Sentencia 79/2017 la nulidad de la previsión contenida en el artículo 19 de que «cualquier producto legalmente producido al amparo de la normativa de un lugar del territorio español podrá circular y ofertarse libremente en el resto del territorio desde el momento de su puesta en el mercado», debe declarar igualmente la nulidad del artículo 21.2,c) «por estar directamente fundado en ella» (FJ 3,a), *in fine*).

B) Acotación del alcance de la anulación del principio de eficacia

La declaración de inconstitucionalidad de la regulación del principio de eficacia nacional dispuesta por la LGUM, dada la amplitud de su anulación (artículos 6, 19, 20, disposición adicional 10.^a) y partes de otros artículos vinculados [art. 18.2, letras b), c) y e) y art. 21.2, letra c)], puede provocar distorsiones en la ya de por sí reticente implantación del régimen de supervisión de las actividades económicas dispuesto por aquella Ley.

No obstante, conviene poner de manifiesto varios factores que pueden contribuir a limitar el alcance de dichos potenciales efectos en la dinámica administrativa.

De entrada debe recordarse que la LGUM ha puesto el foco en establecer las reglas de determinación de la Comunidad Autónoma a la que corresponde el ejercicio de la función de supervisión de las actividades económicas en los supuestos de empresas que operen en el territorio de más de una de ellas³². Así que no por obvio debe dejar de acotarse que los supuestos en que el desarrollo de dichas actividades económicas no exceda el ámbito autonómico no deben resultar afectados por las potenciales disfunciones, así como tampoco los cada vez más limitados supuestos en los que la competencia de supervisión es retenida por el Estado.

²⁹ Cfr. con las manifestaciones de J. TORNOS MAS quien considera que el principio de eficacia es una novedad de gran calado en cuanto supone la introducción de «un nuevo criterio de relación entre ordenamientos jurídicos» por lo que el susodicho principio «no tiene encaje en nuestro modelo constitucional de distribución de competencias», ob. cit., págs. 165 y 167, respectivamente.

³⁰ Cfr. con lo expresado por G. FERNÁNDEZ FARRERES, para quien el principio de eficacia constituye una novedad de bulto que altera sustancialmente el régimen constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA: «aun cuando el objetivo formal no sea, naturalmente, la modificación del actual régimen de distribución de competencias», la regulación adoptada provoca de hecho la alteración de dicha distribución; ob. cit., pág. 142.

³¹ Vid. el interesante análisis crítico que lleva a cabo J. AGUDO GONZÁLEZ sobre la doctrina de la STC 79/2017, especialmente centrado en el tratamiento que esta hace de la territorialidad de las competencias autonómicas y proponiendo otras posibilidades alternativas en relación con la extraterritorialidad en el ejercicio de las mismas; «La extraterritorialidad de las actuaciones jurídico-administrativas de las Comunidades Autónomas», *Revista de Administración Pública*, núm. 206, 2018, págs. 131-145.

³² Sin predeterminedar la Administración (autonómica, local) competente en cada caso, que vendrá determinada por el régimen de competencias y organización propio de cada Comunidad.

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta la vigencia de una regla de efecto similar a la del principio de eficacia dispuesta en el artículo 7.3 de la Ley Paraguas, que dispone: «La realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales». A partir de que el prestador quede así habilitado, el artículo permite a las autoridades disponer medios de intervención (autorizaciones, declaraciones responsables) relacionados con los establecimientos físicos en los que aquel ejerza sus actividades, con la limitación expresa de no «contemplar requisitos que no estén ligados específicamente» a dichos establecimientos físicos³³.

Esta regla –insistimos, de efecto similar, en lo básico, a la del principio de eficacia– se sigue por tanto aplicando a los servicios. Lo que implica abarcar mucho, dada la importancia económica del sector servicios y del peso porcentual del número de sus operadores. Por otra parte, ha de notarse que es respecto a dichos operadores donde la regla de la eficacia nacional encuentra una mayor aplicación debido a su ubicuidad o, dicho de otro modo, su potencial movilidad y frecuente falta de atadura a un específico establecimiento físico (a diferencia, por ejemplo, de la industria).

Conviene reparar, por otra parte, que las autoridades de destino competentes sí pueden y deben ejercer su función de control sobre los aspectos de infraestructura e instalaciones del eventual establecimiento físico utilizado por un operador de cualquier actividad económica para ejercerla en su territorio, lo que entendemos afecta especialmente a los Ayuntamientos.

En tercer lugar, no se pueden obviar los supuestos en los que las normativas autonómicas reguladoras de los requisitos de acceso a determinadas actividades económicas se basan en una normativa europea armonizada o una legislación estatal común que las vinculan, respecto a los que la existencia de distorsiones no parece previsible.

Por último, resulta conveniente señalar que, en ocasiones, se establecen en reglamentos autonómicos reguladores de actividades económicas las que podríamos denominar como cláusulas de reconocimiento inverso. Es decir, el reconocimiento normativo de la validez de títulos habilitantes obtenidos en otro territorio para operar en el propio; eso sí, normalmente sometidos a condición de equivalencia³⁴.

A pesar de las apreciaciones anteriores, es de reconocer que quedan amplios ámbitos materiales de actividad respecto a los que la declaración de nulidad del principio de eficacia va a provocar, a buen seguro, una situación de inseguridad jurídica indeseable. Además, la anulación de la regulación de dicho principio «desactiva» en buena medida el sistema de distribución de las competencias de supervisión de los operadores económicos, establecido igualmente en la LGUM (Capítulo VI), basado en el tándem autoridad de origen/ autoridad de destino y, por ende, estrechamente vinculado a la vigencia del principio de eficacia nacional, en cuanto constituye en cierto modo la instrumentación del mismo.

En este sentido, podría resultar perturbadora la anulación llevada a cabo de la letra c) del artículo 21.2 de la Ley en combinación con el artículo 19.2, si llegara a generar duplicidad de controles no justificados en relación con la fabricación y requisitos de los productos³⁵.

En nuestra opinión, la situación tras las SSTC en este aspecto es que la autoridad del lugar donde se ubique la instalación necesaria para la producción es la competente para el control y la supervisión de a) las condiciones de las instalaciones y b) de los procesos de fabricación (incluyendo, en su caso, la exigencia de

³³ La actual redacción del precepto fue introducida por la Disposición Final segunda de la LGUM, que también fue recurrida –pero no en conexión con el principio de eficacia– y que no ha sido declarada inconstitucional por la Sentencia 79/2017.

³⁴ V. gr. Decretos reguladores de la actividad de agencias de viajes, guías de turismo, etc. Como curiosidad, el Anteproyecto de LGUM de 24 de enero de 2013, incluía un apartado 4 en su art. 20 en el que se establecía que «la normativa autonómica o local que regule condiciones, obligaciones y procedimientos administrativos dirigidos a los operadores económicos, contemplará la validez del régimen aplicable a los operadores económicos establecidos en otros lugares del territorio nacional», que fue suprimido antes de su envío al Congreso siguiendo la sugerencia del Dictamen del Consejo de Estado que lo estimaba superfluo, «en cuanto regula el deber de adecuación de la normativa autonómica de desarrollo a la legislación básica estatal» derivando «ya dicho mandato de la propia construcción del sistema de reparto de competencias previsto en la Constitución» (Dictamen citado, observación 18). Por cierto que en el preámbulo subsiste una referencia expresa a dicho apartado cuando se dice que en el Capítulo V se regula «la previsión expresa en la normativa autonómica o local de la validez del régimen aplicable a los operadores establecidos en otros lugares del territorio» que, tras la supresión de aquel, no fue actualizada.

³⁵ Riesgo que entendemos cabe relativizar pues, como hemos podido detectar, las quejas relativas a la existencia de distorsiones regulatorias en relación con los productos no han sido demasiado frecuentes, probablemente debido a que los requisitos más relevantes de los productos para su uso o consumo, esto es, los referidos a su seguridad y salubridad, con frecuencia están regulados a nivel nacional, o incluso armonizados a través de Directivas técnicas a nivel europeo. Vid. al respecto J. SOLA TEYSIÉRE, «Unidad de mercado y supervisión administrativa...», cit., 2015, pág. 167.

personal cualificado), requisitos de seguridad (que puede incluir un régimen de autorización u otro control previo sobre productos específicos), estándares de calidad, etcétera; para lo que podrá recurrir a la toma de muestras, análisis y controles de calidad y demás técnicas administrativas pertinentes de control de los fabricantes. De otro lado, la supervisión de los requisitos relativos al «uso y consumo» de los productos, que afectan más bien a los distribuidores que a los fabricantes, en tanto frecuentemente referidos a aspectos vinculados a la comercialización de los productos (etiquetado, conservación, caducidad, presentación, etc.), corresponderá a las autoridades competentes en materia de consumo y comercio donde se produzca el ejercicio de la actividad de comercialización del producto.

Por otra parte, al no haber entrado el TC en el examen de las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 21 por una cuestión procesal³⁶, obviamente estas permanecen en vigor. No obstante, al hallarse el entero artículo estrechamente vinculado a la ejecución y efectividad del principio de eficacia de las actuaciones administrativas en todo el territorio nacional, el hecho de que se haya declarado la inconstitucionalidad de este último principio hace perder a aquel artículo la médula de su sentido y funcionalidad.

Como es sabido el artículo 21 de la LGUM establece las reglas de determinación de la autoridad competente para la supervisión de los operadores económicos³⁷. De esta forma, en su apartado 2 se establece que «cuando la competencia de supervisión y control no sea estatal:

- a) Las autoridades de origen serán las competentes para la supervisión y control de los operadores respecto al cumplimiento de los requisitos de acceso a la actividad económica.
- b) Las autoridades de destino serán las competentes para la supervisión y control del ejercicio de la actividad económica.»

El precepto establece así unas reglas de aplicación general dirigidas a garantizar una supervisión administrativa adaptada a los nuevos postulados que la propia Ley incorporaba y, muy específicamente, al principio de eficacia en todo el territorio nacional mencionado³⁸, con el que conjuntamente formaba un sistema. El problema ahora es que al ser dicho artículo tributario de la regulación del principio de eficacia, con la anulación de este último, dicho sistema queda mermado y huérfano de los principios en que se fundamentaba su cumplimiento. Dicho de otra forma: las reglas siguen en vigor pero ha desaparecido el elemento que las completaba.

No obstante, en nuestra opinión, así como algunas situaciones de entre las encuadrables en la letra a) anterior podrían ser potencialmente problemáticas, no tiene por qué ocurrir lo mismo con las previstas en la letra b).

Efectivamente, la regla competencial de la letra a), consistente en que la autoridad de origen es la competente para el control de los requisitos de acceso a una actividad económica, adquiriría su pleno sentido en el contexto de lo dispuesto en el artículo 19, del cual era su complemento. En realidad, el enunciado anterior, de que la autoridad de origen es la competente para la actuación de control del acceso conforme a los requisitos dispuestos en su normativa, se completaba con el deber de la autoridad de destino de asumir la plena validez de dicha actuación aunque su propia normativa estableciera requisitos distintos para acceder a dicha actividad en su territorio (art. 19.3). A falta de este último mandato legal, anulado por el TC, se vuelve a la situación anterior, traducible en que de nuevo nada impide que una Comunidad Autónoma en la que un operador, ya establecido en otro lugar, decida ahora establecerse, estime necesario someter a dicho operador al control del cumplimiento de sus propios requisitos de acceso dispuestos en su territorio conforme a su normativa propia. La eliminación del carácter extraterritorial de la habilitación de origen –ínsito en el principio de eficacia nacional anulado–, podría así llevar a la consideración de que el establecimiento de un operador ya habilitado en un lugar, en un nuevo territorio, supone el primer acceso a la actividad en este último territorio, en el cual la Administración competente puede someterlo a control de los requisitos de acceso a la actividad vigentes en el mismo, actuando, por así decirlo, como nueva «autoridad de origen»³⁹. La situación

³⁶ En la Sentencia 111/2017, el TC precisa que, aunque el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía había recurrido los apartados 2 y 3 del artículo 21, posteriormente la impugnación «solo aparece acompañada de la inexcusable fundamentación respecto de la letra c)» del apartado 2, por lo que limita su examen solo a dicha letra.

³⁷ Sobre el sistema de supervisión puede verse nuestro trabajo J. SOLA TEYSSIERE, "Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas", cit., págs. 133-174 (en especial págs. 146 ss.)

³⁸ También al principio de simplificación de cargas recogido en su artículo 7 tendente, junto al de eficacia, a evitar duplicidades en los casos de potencial concurrencia de varias administraciones en el ejercicio de las potestades de control.

³⁹ Lo cual, así entendido, no está en contra de la dicción literal de la letra a) del artículo 21.2 ni de la definición de «autoridad de origen» contenida en el Anexo de la LGUM.

descrita podría en teoría reproducirse en cada territorio, con lo que cabría el riesgo de mantener o generar nueva fragmentación contra la que la LGUM declaraba enfáticamente combatir.

En todo caso, conviene de nuevo reiterar que de la potencial problemática descrita hay que excluir:

- a) Las actividades de servicios, amparadas por la regla de eficacia nacional de la Ley Paraguas,
- b) Las actividades cuyos requisitos de acceso se basan en una normativa europea armonizada o una legislación estatal común.
- c) El ámbito de las funciones de control sobre los aspectos de infraestructura e instalaciones del eventual establecimiento físico a utilizar por el operador para ejercer su actividad que, antes y después de la LGUM, siempre ha estado lógicamente bajo la competencia de la Administración del lugar de ubicación, especialmente de los Ayuntamientos.

Por lo que cabe acotar que el ámbito de los «requisitos de acceso» potencialmente afectado por la problemática que acabamos de describir se circunscribe, en realidad, a aquellos elementos no vinculados a los establecimientos físicos, como pueden ser requisitos relativos a elementos subjetivos concernientes al operador (constitución formal de la empresa), condiciones relativas a sus gestores o personal (cualificación profesional) o garantías (seguros, fianzas); coincidentes, básicamente, con los «requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías» a que se referían el artículo 19.3 LGUM y, más detalladamente, las también anuladas letras b), c) y e) del artículo 18.2 (homologaciones, acreditaciones, calificaciones, certificaciones cualificaciones, reconocimientos, especificaciones técnicas, etcétera), exigibles en el momento de acceso a su actividad a los operadores económicos que se encuentren fuera del ámbito de aplicación de la Ley Paraguas.

Contribuiría a evitar situaciones problemáticas la activación de actuaciones de cooperación tendentes a promover una estandarización de los requisitos aludidos, a través de las vías previstas en la propia LGUM –*ex-ante* al elaborar los proyectos normativos (art. 14) o *ex-post* en el seno de las Conferencias Sectoriales (art. 12)–. Más si en la normativa de plasmación de dicha cooperación se introdujeran expresamente cláusulas de reconocimiento mutuo de la validez de títulos habilitantes obtenidos en otro territorio para operar en el propio; aunque fueran sometidas a condición de equivalencia.

Como decíamos anteriormente, la potencial problemática aludida no tiene por qué extenderse a los supuestos comprendidos bajo la letra b) del apartado 2 del artículo 21, en relación con las funciones de las denominadas autoridades de destino.

En nuestra opinión, la autoridad competente para supervisar los requisitos de ejercicio de una actividad económica es, sencillamente, la del territorio donde se desarrolla dicha actividad, a cuya normativa sobre este aspecto queda sometido el operador económico, sin que esta regla haya resultado alterada por las SSTC de 2017.

La normativa autonómica, especialmente la reglamentaria, reguladora de las distintas actividades económicas suele contener un conjunto de requisitos, deberes, limitaciones o prohibiciones atinentes al funcionamiento y la gestión ordinaria de la actividad una vez iniciada, que conforman jurídicamente la disciplina de ejercicio de dicha actividad. Se establecen así requisitos vinculados estrictamente al ejercicio de la actividad, tales como la gestión de hojas de reclamaciones en los establecimientos, las exigencias informativas hacia los consumidores y usuarios, las condiciones de comercialización de productos o servicios o los requisitos de conservación de los productos para su venta, entre otros muchos. La supervisión y control sobre su cumplimiento ha de ser *in situ*, correspondiendo a la Administración, competente en la materia, del territorio donde dichas actividades se desarrollan.

2. El aval del TC al sistema de limitación de los medios de intervención administrativa sobre las actividades económicas

El otro eje central de la LGUM es el que ha sido calificado como principio de intervención mínima⁴⁰, que supone la implantación de un sistema de limitación de los medios de intervención administrativa sobre las actividades económicas.

Dicho sistema aparece desplegado en la Ley principalmente través de tres artículos. En primer lugar el artículo 5, que enuncia el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades

⁴⁰ Así, J. LEÓN SANZ, cit., págs. 40-41.

que supongan límites a la libertad de empresa. En segundo lugar el artículo 17, que delimita (en positivo) los requisitos de los principales medios de intervención sobre las actividades económicas utilizados por las Administraciones pública. Por último el artículo 18, que establece (en negativo) una larga lista de actuaciones que se califican como no conformes con la Ley y que, por tanto, han de entenderse prohibidas.

En concreto, la Ley restringe los posibles motivos justificativos del establecimiento de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones a unas concretas razones imperiosas de interés general, especialmente constreñidas en el caso de que la medida de intervención a utilizar sea una autorización. El efecto más notorio de este despliegue es que introduce una estricta limitación a las posibilidades regulatorias de las autoridades autonómicas y locales para disponer requisitos de acceso y de ejercicio a las actividades económicas. Esta situación ya fue objetada por el Consejo de Estado⁴¹ durante la tramitación de la Ley, siendo posteriormente criticada por la doctrina⁴² y, finalmente, fue objeto de recurso de inconstitucionalidad⁴³.

La STC 79/2017 encuadra su examen de los preceptos aludidos como una controversia competencial. Considera que la parte recurrente no cuestiona la competencia estatal para dictar normas básicas de ordenación global de la economía al amparo del artículo 149.1.13 CE, sino que plantea que la LGUM, al constreñir en exceso las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas al amparo de dicho título, está impidiendo la regulación autonómica reconocida estatutariamente. En concreto se entiende que la LGUM impone una limitación injustificada de los medios de intervención administrativa de que dispone la Comunidad Autónoma concernida, impidiéndole decidir la técnica que considere más apropiada para compatibilizar el acceso y ejercicio de actividades económicas con la garantía de los eventuales intereses públicos afectados. El TC aborda su respuesta diferenciando dos cuestiones.

La primera se refiere a la constitucionalidad del apartado primero del artículo 5 de la LGUM, en cuanto exige justificar los límites y requisitos al acceso o al ejercicio de una actividad económica en la salvaguarda de alguna de las razones imperiosas de interés general que específicamente se recogen en el artículo 3.11 de la Ley Paraguas. Tras constatar que la LGUM ha optado por establecer una lista cerrada de razones frente al carácter abierto de las mismas en el Derecho de la Unión Europea y otras reflexiones y cautelas, concluye el TC estimando la constitucionalidad del precepto aludido, en tanto que «en el presente supuesto no se produce tal efecto restrictivo sobre la autonomía, pues la enumeración que se realiza en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, es lo suficientemente abierta en sus términos como para que quepan dentro de aquella los diferentes objetivos que se pueden querer promover a través del amplio elenco de competencias autonómicas» y, por tanto, para que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar sus competencias (FJ 7,a).

La segunda se refiere a la constitucionalidad del artículo 17.1 de la Ley, que reduce aquellas concretas razones imperiosas de interés general que pueden justificar la exigencia de una autorización. También estima en este caso la constitucionalidad del precepto controvertido argumentado que es conforme con la Constitución «que el Estado promueva el objetivo económico de que se reduzcan las cargas administrativas para el acceso y ejercicio de una actividad económica, sin que ello suponga el menoscabo de aquellos intereses a proteger, pues la norma permite bien el establecimiento de mecanismos de control distintos que tendrán lugar con carácter previo (declaración responsable, comunicación previa), bien el establecimiento

⁴¹ El Dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de LGUM, de 26 de junio de 2013, ya puso objeciones a la restricción de razones para la exigencia de una autorización operada por el artículo 17, considerándolas insuficientes y estimando que dicho precepto debería remitirse a las más amplias razones imperiosas de interés general acogidas en el artículo 5. Para el Consejo de Estado, el artículo 17 «no puede reconstituir o reorganizar todo el sistema autorizador de las autoridades competentes en materia de actividades competentes» (observación 13). Más explícitamente, el interesante voto particular del Consejero permanente E. Alonso García, calificaba el precepto de «flagrantemente inconstitucional».

⁴² Así M. REBOLLO PUIG, estima que la restricción de los posibles motivos justificativos del establecimiento de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones a unas concretas razones imperiosas de interés general no tiene fundamento en el Derecho comunitario ni tampoco en el principio de unidad de mercado que garantiza la Constitución. Entiende que, si ya la normativa de transposición española fue más allá de lo que exigía la Directiva de Servicios en materia de regulación de los medios de intervención pública sobre las actividades económicas, ahora la LGUM la desborda sobradamente (pág. 29). Para este autor, «no es posible aceptar que una Ley estatal realice esa operación en bloque y para cualquier sector, incluidos los de competencia autonómica exclusiva» por lo que concluye valorando la disconformidad del artículo 5 de la LGUM con la Constitución (pág. 32); *vid.* “La libertad de empresa...”, cit., 2014, págs. 23-33 *in totum*. Igualmente se pronuncian críticamente sobre el alcance dado al principio de necesidad y proporcionalidad en relación con las autorizaciones G. FERNÁNDEZ FARRERES, cit., en especial págs.125-131, e I. URRUTIA LIBARONA, cit., págs. 214-217.

⁴³ Los Recursos de inconstitucionalidad presentados por el Parlamento y el Gobierno catalán se dirigen, entre otros, contra los artículos 5, 17 y 18, que son los que básicamente contienen la regulación puesta en cuestión; mientras que el interpuesto por el Gobierno andaluz también, aunque parcialmente, contra los artículos 17 y 18.

de condiciones de ejercicio de la actividad económica cuyo cumplimiento siempre podrá ser controlado con posterioridad» (FJ 7,b)⁴⁴.

Sobre las limitaciones dispuestas en el artículo 17.1, la STC 111/2017 añade alguna apreciación de interés al considerar que dichas previsiones «en modo alguno imponen restricciones a la libre circulación de bienes o personas en todo el territorio español, ni desarrollan medidas que, por considerarse proteccionistas o discriminatorias, puedan llegar a vulnerar el artículo 139.2 CE. Tampoco restringen la libertad de empresa (art. 38 CE); antes bien, reiteran o concretan las garantías que resultan de su reconocimiento constitucional e, incluso, suponen una elevación legal del estándar de protección que el artículo 38 CE garantiza» (FJ 4,b).

Con estos pronunciamientos, en definitiva, se puede decir que el TC ha avalado el sistema de limitación de los medios de intervención de las actividades económicas dispuesto por la LGUM.

3. La malograda Ley de Garantía de la Unidad de Mercado no garantiza la unidad de mercado, pero sí mantiene su carácter desregulador

La LGUM era, y es tras las Sentencias del Tribunal Constitucional examinadas, más que nada una norma de corte desregulador, fundamentalmente orientada a la mejora de la competitividad, que instrumentalmente considera la unidad de mercado como un «principio económico esencial *para el funcionamiento competitivo* de la economía española» (párrafo primero del preámbulo). Competitividad que según el legislador se ve amenazada por la fragmentación del mercado «provocada por el exceso y dispersión de producción normativa en los sectores económicos»⁴⁵. Es más, no parece desatinado afinar la opinión expresada manifestando que la LGUM supone una operación desreguladora especialmente diseñada frente a la legislación autonómica⁴⁶.

Ya con anterioridad a las SSTC de 2017, cabía manifestar que ninguno de los dos puntales sobre los que se asienta la LGUM (el principio de eficacia nacional y el sistema de limitación de los medios de intervención administrativa sobre las actividades económicas) suponían una armonización directa de las normativas autonómicas, cuyos efectos distorsionantes la ley que se autoproclama de garantía de la unidad de mercado declaradamente se proponía corregir⁴⁷. Por el contrario, el legislador evitó imponer abiertamente una armonización positiva, optando por promover una integración negativa⁴⁸: lo realmente relevante era liberalizar el acceso a las actividades económicas a través de la remoción de los obstáculos existentes o potenciales que pudieran afectar a la competitividad. Mientras, solapadamente, daba la sensación de que se incitaba a la diversidad (*des*)reguladora a la baja que pudiera favorecer la competencia⁴⁹.

Debe insistirse, por tanto, en que la LGUM no armoniza la regulación de los requisitos de acceso a las actividades económicas ni, mucho menos, los requisitos de ejercicio de dichas actividades sobre los que, como explicaremos más adelante, las CCAA siguen gozando de amplio margen de disposición. La aplicación de los dos elementos centrales de la Ley no asegura como resultado la eliminación de las denunciadas distorsiones del mercado, consintiendo la subsistencia de requisitos diferentes para el acceso a la misma actividad económica dependiendo del territorio, así como de condiciones distintas respecto al ejercicio de dicha actividad una vez en funcionamiento⁵⁰.

⁴⁴ Sobre la posibilidad apuntada de establecimiento de condiciones de ejercicio de las actividades, la posterior STC 111/2017, reitera que el sistema limitador dispuesto por el artículo 17.1 de la LGUM «no impide que las autoridades competentes “establezcan, respecto de la actividad de que se trate, condiciones materiales destinadas a objetivos legítimos distintos” de los enumerados taxativamente» (FJ 4,b).

⁴⁵ Así en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de LGUM, de 24 de enero de 2013, pág. 9. En el preámbulo de la LGUM se achaca a la indicada fragmentación, entre otras consecuencias negativas, la de generar un elevado coste para la actividad empresarial y la de reducir la productividad, la competitividad, el crecimiento económico y el empleo. En opinión de J. NARBÓN FERNÁNDEZ, sin embargo, la LGUM «se ha aprobado sin un fundamento sólido y sin una evaluación objetiva de la supuesta fragmentación del mercado, que se presenta como un hecho evidente, sin medir las consecuencias y el impacto de su regulación»; «Los discutibles presupuestos económicos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, 2016, pág. 190.

⁴⁶ Para M. REBOLLO PUIG, dado que el legislador estatal podrá seguir imponiendo límites a la libertad de empresa a través de leyes posteriores, «la novedad y la cuestión crucial están, pues, en el límite que el artículo 5 LGUM impone a los Parlamentos autonómicos», por lo que considera que la LGUM «es sólo una garantía de la libertad de empresa frente a las leyes autonómicas»; «La libertad de empresa tras...», cit., (2014), pág. 32.

⁴⁷ *Vid.* en este sentido J. SOLA TEYSSIERE, «Unidad de mercado y supervisión...», cit., 2015, pág. 143.

⁴⁸ *Vid.* al respecto LEÓN SANZ, J., cit., pág. 37.

⁴⁹ De ahí las advertencias del riesgo de que la LGUM propiciara una competencia regulatoria a la baja o «dumping regulatorio» entre CC.AA., formuladas por algunos órganos consultivos y relevante doctrina; citados en nota 25 supra.

⁵⁰ La LGUM se ha apartado así del objetivo encomiable de propiciar una regulación armonizadora de los requisitos de acceso y ejercicio de las actividades económicas en los casos en que se considerara necesario, para cuya consecución quizás hubiera sido más

En concreto, la regulación del principio de eficacia llevada a cabo por la LGUM no aseguraba la implantación de un basamento normativo común, que atendiera a la necesidad de exigir unos requisitos de acceso, para las distintas actividades económicas, análogos o comparables, que aseguraran un estándar de protección equivalente de los intereses generales afectados en todo el territorio nacional. En consecuencia, su anulación no ha supuesto un giro radical en los objetivos reales perseguidos por la LGUM que ni anteriormente garantizaba, ni actualmente garantiza, la unidad de mercado entendida en un sentido positivo⁵¹.

Ciertamente, la declaración de inconstitucionalidad de los artículos relativos al principio de eficacia y algunos adyacentes sí puede reactivar la exigencia de requisitos de acceso a operadores ajenos al sector servicios ya establecidos en un territorio y que pretendan establecerse en otro, por parte de las autoridades de este último, al desaparecer la obligación de reconocimiento del título habilitante de origen.

Se debilita así la veste desreguladora de la LGUM, al desactivar parcialmente una de las medidas que hubiera contribuido a la reducción de cargas administrativas para los operadores, evitando duplicidades, a la par que propiciaba una simplificación de las actividades de las Administraciones públicas, pero que ha sido víctima de una deficiente formulación.

No obstante, a pesar de esta afectación parcial, se mantiene el carácter fundamentalmente desregulador de la LGUM, al haber avalado el TC el sistema de limitación de los medios de intervención administrativa sobre las actividades económicas, que constituye el instrumento principal y de más fuerza en el cometido de realización de dicho objetivo⁵².

III. EL ESQUEMA DE MEDIOS Y LÍMITES DE ORDENACIÓN

El TC, como se ha visto anteriormente, ha dejado casi intacto el sistema dispuesto por los artículos 5, 17 y 18 de la LGUM⁵³. Además, con excepción del anulado principio de eficacia, ha de considerarse que la ordenación de las actividades económicas, en todas sus manifestaciones, está sometida a la observancia del resto de principios enunciados en el Capítulo II de la LGUM: principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, simplificación de cargas y transparencia.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, abordamos seguidamente la explicación del esquema de instrumentos de intervención y sus límites, el ámbito de disposición de requisitos o condiciones materiales ligados al ejercicio de la actividad, finalizando con el examen de las actuaciones específicas que la propia Ley califica como no conformes.

adecuado adoptar actuaciones de integración positiva, como en la línea sugerida por J. TORNOS MAS de acudir, en primer lugar, a los instrumentos previstos en la propia LGUM de cooperación en la elaboración de proyectos normativos (art. 14) y a lo que se podría calificar como «armonización paccionada» o de elaboración conjunta de normativas homogéneas en el seno de las Conferencias Sectoriales (art. 12.2). Para el caso de que estas vías no fueran suficientes, continúa dicho autor, «podría pensarse de forma excepcional en recuperar la técnica de la ley de armonización» o recurrir a la competencia transversal estatal del artículo 149.1.13.^a de la Constitución «para aquellas intervenciones que sean necesarias por afectar al funcionamiento general de la economía»; «La ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 19, 2014, pág. 168; *vid. especialmente su desarrollo de la propuesta de recurso a la ley de armonización en págs. 172-175. Incluye asimismo referencias a la posibilidad de recurrir a la competencia estatal del art. 149.1.13.^a CE y a las leyes de armonización M. J. ALONSO MAS, «La eficacia de los títulos habilitantes en todo el territorio nacional y la aplicación de la regla del lugar de origen», en ob. col. *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Dir. M. J. Alonso Mas, Madrid, 2014, págs. 330-333; esta última ya sugerida en su momento por V. TENA PIAZUELO, «Defensa del principio de unidad de mercado. Riesgo de fragmentación de los mercados a través de la regulación», en ob. col. *Marco regulatorio y unidad de mercado*, Ed. Círculo de Empresarios, Madrid, 2006, pág. 354, y por F. MARCOS, *A vueltas con la «unidad de mercado nacional»*, Working Paper IE Law School, AJ-177, 2011, págs. 6 y 15.*

⁵¹ Para C. LENCE REIJA, la denominación de la LGUM resulta engañosa en tanto no da una idea de su verdadero alcance y matiza que «desde la STC 79/2017 que anuló los preceptos dedicados a la libertad de circulación, es evidente que la LGUM ya es solo una ley que regula la libertad de empresa»; «La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 46, 2017, pág. 20, nota 37.

⁵² J. SOLANES MULLOR considera que se ha producido una mutación constitucional del principio de unidad de mercado avalada por el TC al considerar el nuevo sistema como una medida desreguladora legítimamente dictada por el Estado al amparo del artículo 149.1.13 de la Constitución. En palabras de este autor: «No se trata tanto, para el TC, de una reconfiguración del propio principio de unidad de mercado, sino más bien una medida de política económica que reconfigura el mercado nacional. Bajo esta perspectiva, deja de ser relevante para el TC el impacto territorial que exigía el principio de unidad de mercado, estamos ante otro tipo de cuestión, una medida desreguladora económica desligada del principio de unidad de mercado»; ob. cit., 2017, pág. 107.

⁵³ Con la excepción de la declaración de inconstitucionalidad de las letras b), c) y e) del apartado 2 del artículo 18, derivada de su conexión con la anulación del principio de eficacia y su articulación.

1. En relación con los instrumentos de intervención

A) Autorizaciones

El apartado 1 del artículo 17 de la LGUM se ocupa del régimen de las autorizaciones estableciendo de entrada dos requisitos.

En primer lugar, deben ser establecidas por Ley, con la excepción de que se exijan por una norma comunitaria o tratado internacional, en cuyo caso podrán establecerse por norma reglamentaria⁵⁴. Desde luego ha de rechazarse, como explícitamente ha hecho el TC, que de la LGUM se derive la exigencia de una Ley estatal para el establecimiento de autorizaciones⁵⁵, pudiendo, obviamente, ser establecidas por medio de ley autonómica. Por otra parte, ha de admitirse como válida la habilitación formal por ley de la potestad autorizatoria a la Administración, normalmente complementada por un desarrollo reglamentario del régimen concreto (documentación exigida, procedimiento, plazos) de cada autorización.

En segundo lugar, la norma que establezca y regule la autorización debe motivar suficientemente su necesidad y proporcionalidad. La necesidad supone la justificación del instrumento autorizador en la protección de una razón imperiosa de interés general. El segundo elemento remite al sometimiento de aquella norma al denominado triple test de proporcionalidad desarrollado por la doctrina del TJUE que supone chequear: a) la idoneidad del instrumento dispuesto para conseguir el objetivo de protección prefijado; b) que dicho objetivo no pueda alcanzarse mediante la instauración de medidas menos restrictivas de la libertad de empresa (declaración responsable, comunicación) considerándose, por tanto, la autorización indispensable; c) la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, ponderando el interés general de su implantación frente a la lesión al principio de libertad de empresa⁵⁶.

Justificación, por tanto, de la necesidad y proporcionalidad a la que, por otra parte, vienen con carácter general obligadas las Administraciones en aplicación de los «Principios de buena regulación» dispuestos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, así como en los «Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad» recogidos en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En cualquier caso, la LGUM justifica directamente la concurrencia de los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización «*cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado*»⁵⁷ (art. 17.1.c). Por otra parte, la Ley precisa que las inscripciones en registros que presenten un carácter habilitante «tendrán a todos los efectos el carácter de autorización» (art. 17.1 *in fine*)⁵⁸.

⁵⁴ Sobre la aplicación del requisito de reserva de ley por las corporaciones locales *vid.* las consideraciones expuestas por D. CANALS I AMETLLER, «Reforma de la Administración Pública y unidad de mercado: incidencias en el régimen de intervención municipal en la actividad económica privada», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 36, 2014, págs. 44-45.

⁵⁵ En el recurso contra la LGUM interpuesto por el Parlamento de Cataluña, ante la, a nuestro juicio desacertada, lectura del artículo 16 de la Ley por parte del recurrente, que entiende que del mismo se deriva que sólo mediante ley estatal puede limitarse el acceso a las actividades económicas y su ejercicio, el TC afirma categóricamente que «de la lectura del artículo 16 de la Ley 20/2013 no se desprende que sólo mediante una Ley estatal pueda regularse y, en su caso, limitarse el acceso a las actividades económicas y su ejercicio» (STC 79/2017, FJ 6).

⁵⁶ Sobre el principio de necesidad y proporcionalidad en la LGUM y la doctrina del TJUE sobre el test de proporcionalidad, nos remitimos a las explicaciones y citas jurisprudenciales contenidas en el útil y sistemático trabajo de J. J. PERNAS GARCÍA, «El “principio de necesidad y de proporcionalidad” en la Ley de Garantía de Unidad de Mercado» *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, vol. 6, núm. 2, 2015, págs. 54 a 72. También se refiere a los tres elementos del test de proporcionalidad M. REBOLLO PUIG, «El Estado Autonomo tras la Ley de Garantía...», *cit.*, 2015, págs. 112-113. Un examen de aplicación del principio de proporcionalidad en relación concreta con unas ordenanzas locales reguladoras de infraestructuras de comunicaciones electrónicas es desarrollado en el trabajo de DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., «Los principios de proporcionalidad y de necesidad bajo el prisma de la garantía de la unidad de mercado: ¿nuevos condicionantes de las ordenanzas locales de telecomunicaciones?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016, págs. 191-225.

⁵⁷ En el preámbulo de la LGUM se consideran aquí incluidas, a título de ejemplo, las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, las concesiones demaniales o las oficinas de farmacia.

⁵⁸ La STC 97/2018, de 19 de septiembre, ha realizado una interpretación de conformidad de la inscripción de los agentes inmobiliarios en un Registro administrativo, prevista en la Ley vasca 3/2015, condicionada a que se entienda que dicha inscripción tiene carácter voluntario (lo que no queda claro en el texto legal). Entre las consideraciones se indica, a contrario sensu, que de entenderse que la inscripción tuviera carácter habilitante para el ejercicio de dicha profesión no sería conforme por contrariar el artículo 17.1 de la LGUM, que tiene carácter de ley básica.

Pero lo que realmente supone una novedad tremendamente restrictiva⁵⁹ para las posibilidades regulatorias autonómicas⁶⁰ sobre control administrativo preventivo de las actividades económicas, es el régimen dispuesto en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 17 de la Ley, a través de las que se establece un *numerus clausus* de razones imperiosas de interés general (RIIG) invocables para establecer autorizaciones.

En concreto, y en función del objeto, se distinguen dos supuestos:

A) Si la autorización es concerniente al operador económico (normalmente relativa al acceso a su actividad)⁶¹, solo puede justificarse en la protección de cuatro RIIG:

- Seguridad pública.
- Salud pública.
- Medio ambiente.
- *Orden público*.

B) Si la autorización es relativa a las infraestructuras o instalaciones en las que se vaya a desarrollar la actividad, solo puede justificarse en la protección de cinco RIIG:

- Seguridad pública.
- Salud pública.
- Medio ambiente.
- *Entorno urbano*.
- *Patrimonio histórico-artístico*.

Como puede observarse coinciden tres RIIG en ambos supuestos, mientras que, razonablemente, se admite el orden público como causa justificativa de imposición de autorización para el acceso a una actividad y, de otro lado, la protección del entorno urbano y del patrimonio histórico-artístico como valores más vinculados a la implantación de licencias para las edificaciones e instalaciones.

A partir de ahí, se plantea a los reguladores la tarea de delimitar el significado y alcance de cada una de las RIIG. Y dado que, a nivel legislativo interno, el artículo 3.11 de la Ley Paraguas, teniendo sin duda en cuenta el origen del concepto, define «Razón imperiosa de interés general» como «razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», hay que convenir con REBOLLO PUIG que «parece obligado acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo para delimitar, incluso a efectos internos, qué haya de entenderse por cada una de esas razones»⁶². Lo que, en opinión de este autor que compartimos, podrá facilitar la tarea aludida pero que, en todo caso, ni será sencilla ni logrará resolver todas las dudas⁶³.

Excede del alcance de estas páginas el examen pormenorizado de los contenidos, alcance y límites de cada una de las RIIG a las que se refiere la LGUM. Pero sí cabe insistir en que, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, la aplicación de los principios de buena regulación contenidos en su artículo 129 debería llevar a los diferentes Gobiernos impulsores de algún anteproyecto de ley que prevea cualquier tipo de autorización a justificar razonadamente en su exposición de motivos la

⁵⁹ Criticada, como se indicó, tanto por el Consejo de Estado como por una relevante doctrina (*vid. ap. II.2 supra*).

⁶⁰ Como ha señalado REBOLLO PUIG, «el Estado podrá aprobar leyes que sometan actividades privadas a la obtención de una autorización sin que concurra alguna de las razones del artículo 17.1 LGUM»; «El Estado Autonomico tras la Ley de Garantía..», cit., 2015, pág. 111. En la misma línea I. URRUTIA LIBARONA, señala la «limitación respecto a la capacidad de intervención de las CCAA» (y no del Estado en cuanto que podrá modificar el régimen por él previsto); cit., pág. 214. También J. SOLANES MULLOR considera que el viraje del legislador español, en relación con el principio de unidad de mercado, «no tiene efectos neutrales, tiene un perdedor: la capacidad reguladora de los entes territoriales subestatales»; cit., pág. 116.

⁶¹ Como ya se dijo, la Disposición final segunda de la LGUM modifica el artículo 5 de la Ley Paraguas para ajustarla a estas restricciones, así como la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, modifica la redacción del artículo 84 bis de la Ley de Bases de Régimen Local en el mismo sentido, al que se añade la restricción de RIIG relativas a la autorización de infraestructuras o instalaciones que se mencionan a continuación, en el mismo empeño normalizador.

⁶² REBOLLO PUIG, M., «El Estado Autonomico tras la Ley de Garantía..», cit., 2015, pág. 115. No desaprovecha este autor la ocasión para calificar de «fenómeno casi paranormal» a «este singular fenómeno de remisión del legislador a la jurisprudencia –más aún, de remisión del legislador estatal y para cuestiones de Derecho interno a la jurisprudencia del Tribunal europeo construida con otra base y a otros efectos–».

⁶³ El propio REBOLLO, a continuación de lo expuesto, plantea unas interesantes reflexiones sobre lo problemático que resulta la delimitación acertada de la RIIG «orden público», ejemplificándolo con las dudas que suscita su masiva invocación en la Ley andaluza 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas normativas para las empresas, en cuyo anexo aparece como justificación de 65 autorizaciones; además de poner de manifiesto las dudas que suscitan las RIIG justificativas de otras autorizaciones previstas en la misma Ley; «El Estado Autonomico tras la Ley de Garantía..», cit., 2015, págs. 115-117.

necesidad y proporcionalidad de la medida en atención a la satisfacción de la concreta razón de interés general en que se fundamente. Lo cual debe contribuir a superar el mero cumplimiento formal de la exigencia de ley para legitimar autorizaciones por medio de meros listados o tablas, a menudo dispuestas en anexos de leyes sin acompañamiento de una mínima justificación.

En definitiva, el legislador español ha optado por fijar un régimen más desregulado del que deriva de las exigencias del mercado interior europeo en la materia⁶⁴. Dicha situación ya se produjo con la normativa de transposición de la Directiva de Servicios, al disponer un *numerus clausus* de RIIG, no exigido por aquella. Pero, posteriormente, la LGUM la ha sobrepasado, al establecer un nuevo *numerus clausus* de RIIG para la justificación de autorizaciones extremadamente reducido. La LGUM consolida así un régimen excesivamente restrictivo en relación con la utilización del instrumento autorizador por parte de las CCAA que, en ocasiones, podría dejar desasistidos otros intereses públicos no cubiertos por los RIIG acotados, pero igualmente dignos de protección. De esta manera, cuando el legislador autonómico aprecie la necesidad de ejercer algún tipo de control sobre determinadas actividades económicas y no pueda justificar concretamente alguna de las RIIG mencionadas, tendrá que recurrir a su instrumentación a través de declaraciones responsables o comunicaciones, como se comenta a continuación.

B) Declaraciones responsables

En este sentido, la LGUM (art. 17.2 en combinación con la remisión contenida en el 5.1) admite la exigencia de declaración responsable, tanto para el acceso y ejercicio de la actividad como para las infraestructuras e instalaciones físicas en las que se vaya a desarrollar, cuando se justifique en alguna de las RIIG enumeradas en el artículo 3.1 de la Ley Paraguas: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

Ello supone que, aunque con un margen más amplio, los posibles límites al ejercicio de la libertad de empresa instrumentados a través de declaración responsable, sólo podrán sustentarse en un *numerus clausus* de razones imperiosas de interés general lo que, de nuevo y como acertadamente ha notado REBOLLO PUIG, deja fuera otras posibles razones que pudieran justificar restricciones a dicha libertad⁶⁵, además de utilizar de forma limitativa una técnica que en el Derecho comunitario, de donde proviene, es abierta y no restringida a una lista cerrada.

C) Comunicaciones

En cuanto a las comunicaciones, se admiten por las mismas RIIG que las declaraciones responsables, que se acaban de enumerar. No obstante, el artículo 17.3 añade que las autoridades podrán exigirlos cuando «precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado». Coincidimos con PERNAS GARCÍA en que la normativa administrativa sectorial muestra que la comunicación trasciende normalmente el mero conocimiento estadístico, constituyendo «un instrumento que permite conocer las características de la actividad o instalación, verificar el nivel de cumplimiento de la legislación sectorial, así como ejercer de forma efectiva el control *a posteriori* de la actividad»⁶⁶.

Por último, el apartado 4 del artículo 17 requiere de las autoridades competentes que, una vez aplicado el principio de necesidad y proporcionalidad, dispongan un único medio de intervención, bien sea una autorización, una declaración responsable o una comunicación. De esta forma se establece la regla de un solo instrumento de intervención: elegido uno, deben excluirse los demás.

⁶⁴ En este sentido se ha manifestado I. URRUTIA LIBARONA, cit., pág. 217 y también M. REBOLLO PUIG, “La libertad de empresa tras la Ley...”, cit., pág. 29.

⁶⁵ M. REBOLLO PUIG menciona, entre otras, aquellas contenidas en el artículo 38 de la Constitución, como son las derivadas de la «defensa de la productividad», de las «exigencias de la economía general» o de la «planificación» y añade que la Unión Europea nunca ha considerado que sólo las razones imperiosas de interés general pueden justificar restricciones a la libertad de empresa; “La libertad de empresa”, cit., 2014, págs. 26 y 27.

⁶⁶ J. J. PERNAS GARCÍA, cit., pág. 91.

Dicha regla es una expresión más del principio finalista de simplificación de cargas recogido en el artículo 7 de la LGUM, tendente a evitar duplicidades innecesarias. La reducción de cargas administrativas, en los supuestos en que se pruebe justificado, en cuanto suponga una simplificación de las actividades de las Administraciones públicas incrementando su eficacia, puede suponer una reducción de costes para estas y también para los agentes económicos.

2. La disposición de condiciones materiales relativas al ejercicio de la actividad

Las disposiciones reguladoras de muchas actividades económicas⁶⁷ –en buena medida autonómicas–, tienden a establecer una ordenación bastante completa de las mismas incluyendo: a) condiciones y requisitos vinculados al establecimiento físico donde se va a desarrollar la actividad⁶⁸, si ese es el caso; b) requisitos relativos a elementos subjetivos concernientes al operador (constitución formal de la empresa), condiciones relativas a sus gestores o personal (cualificación profesional) o garantías (seguros, fianzas), o similares; c) otros requisitos, deberes, limitaciones o prohibiciones vinculados al funcionamiento y la gestión ordinaria de la actividad una vez iniciada, tales como la existencia de hojas de reclamaciones en los establecimientos, exigencias informativas hacia los consumidores y usuarios, condiciones de comercialización de productos o servicios, condiciones de conservación de los productos para su venta, y otras semejantes.

Esta regulación *material* de la actividad suele ir acompañada de la regulación *instrumental* del medio de intervención dispuesto para la supervisión de inicio –en la expresión tradicional– o acceso –en la terminología post-Directiva de Servicios– de la actividad.

Este esquema regulatorio, en el que se entremezcla la reglamentación de requisitos relativos a elementos reales, personales o funcionales, tiene sentido por razones sistemáticas y de eficacia normativa. Se pretende con ello plasmar y conformar en un único texto el entero régimen jurídico de una determinada actividad económica, desde los requisitos de acceso a la disciplina de su ejercicio.

Obsérvese que los requisitos incluidos en la letra a) anterior se refieren a elementos por así decirlo estáticos (infraestructuras o instalaciones), mientras que los recogidos en la letra b) presentan una exigencia de permanencia temporal. Es por ello que las normas suelen disponer el deber de mantenimiento en el tiempo de dichos requisitos. Y también es por ello por lo que la garantía del cumplimiento de este tipo de condiciones materiales se suele anudar a la exigencia de alguno de los medios de intervención examinados anteriormente, singularmente una autorización o una declaración responsable al inicio de la actividad, sin perjuicio del eventual control posterior de que se mantiene su cumplimiento por parte de la autoridad de supervisión.

Por contraste, los requisitos recogidos en la letra c), en tanto trabados a la dinámica de la gestión empresarial una vez en marcha, tienen un punto de fugacidad a la que no se acomoda su supervisión por los medios anteriores, sino a través de la inspección.

Las autoridades autonómicas⁶⁹, en el ejercicio de sus potestades de ordenación, pueden naturalmente establecer requisitos relativos al ejercicio de la actividad económica⁷⁰, cuya supervisión debe ser simultánea

⁶⁷ Frecuentemente reglamentarias, en desarrollo de una habilitación legal.

⁶⁸ Con frecuencia recurriendo en esto a remisiones al cumplimiento de normativa bajo supervisión de las entidades locales, típicamente a las disposiciones vigentes en materia de medio ambiente, edificación, ordenación territorial y urbanística, sanidad e higiene, seguridad, sistemas de prevención, protección, extinción y evacuación en caso de incendios, así como las referidas a la accesibilidad.

⁶⁹ Ya actúen como autoridades de destino o de origen. Estas últimas, como autoridades competentes para disponer la ordenación y supervisar el ejercicio de la actividad desarrollada por el operador en el mismo territorio donde accedió a la misma, con independencia de que desarrolle también o no dicha actividad en otros territorios. Así, si el operador accede a la actividad en Galicia y, como será frecuente, posteriormente, la ejerce en dicho territorio –con independencia de que la ejerza también en el de Asturias y Cantabria–, será la autoridad gallega la competente para la supervisión y control del ejercicio de dicha actividad en su ámbito territorial, por más que la definición de autoridad de destino del Anexo LGUM no se limita a decir que esta es la competente en el lugar donde el operador desarrolla el ejercicio de dicha actividad, sino que agrega la circunstancia de que dicho operador esté «legalmente establecido en otro lugar del territorio nacional», lo que supone una laguna técnica (al no determinarse cuál es la autoridad competente para supervisar el ejercicio de la actividad desarrollada por el operador en el mismo territorio donde accedió a la misma), que debe integrarse en el sentido expuesto.

⁷⁰ La diferenciación entre requisitos de ejercicio de la actividad económica en relación con los de acceso a la misma, ha tenido reflejo desde los primeros informes emitidos por la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) ante reclamaciones presentadas vía artículo 26 LGUM (v. gr. Informe “Juego. Máquinas de apuestas”, de 2 de abril de 2014; o Informe “Comercio-Horarios”, de 25 de noviembre de 2014), o a través de los denominados «informes de valoración» emitidos en el marco de los procedimientos de información previstos en el artículo 28 de la LGUM (v. gr. Informes “Sanidad-Carteles prohibido fumar”, de 29 de octubre de 2014 y “Seguros-Hojas de reclamaciones”, de 4 de noviembre de 2014); informes disponibles en la web de la SECUM. A veces, no obstante, como ha notado ALONSO MAS, M. J., “La eficacia de los títulos habilitantes..”, cit., pág. 347, puede que «no resulte sencillo determinar

a dicho ejercicio además de *in situ*. El operador queda sometido en este aspecto a la normativa vigente en el territorio donde ejerza su actividad económica, sea a través de un establecimiento o sin él, cuya supervisión corresponde a la autoridad competente en dicho territorio.

En todo caso, en el establecimiento de requisitos atinentes al ejercicio de las actividades económicas las autoridades competentes se ven también sometidas a limitaciones⁷¹.

Por un lado, conforme al dictado expreso del artículo 5.1 de la LGUM⁷², deben motivar su necesidad en el mismo *numerus clausus* de razones imperiosas de interés general previsto para las declaraciones responsables y comunicaciones que, como se ha visto, están enumeradas en el artículo 3.11 de la Ley Paraguas.

Por otro lado, dichas normas no deben establecer requisitos considerados contrarios a la LGUM en los apartados no anulados del artículo 18.2, como aquellos que pudieran tener efectos discriminatorios, por razón de establecimiento o residencia del operador, o requisitos de seguros de responsabilidad civil o garantías equivalentes o comparables a las exigidas en origen, entre otros, que examinaremos en el epígrafe siguiente.

El TC destaca el papel que pueden jugar las regulaciones de condiciones materiales de las actividades económicas frente al carácter restrictivo de las autorizaciones. Así en la STC 111/2017, apoyándose en su propia jurisprudencia reiterada a lo largo del mismo año 2017, argumenta que aunque la LGUM «limita los bienes o valores que pueden ser objeto de protección mediante la técnica autorizatoria, al establecer el catálogo taxativo de razones que pueden justificar el control preventivo», ello no pone en riesgo la dimensión social que desarrolla el capítulo III del título I de la Constitución «en la medida en que la Ley 20/2013 no impide que las autoridades competentes “establezcan, respecto de la actividad de que se trate, condiciones materiales destinadas a objetivos legítimos distintos” de los enumerados taxativamente». Al respecto recuerda el Tribunal que «así lo ha razonado la STC 101/2017, de 20 de julio, FJ 10, haciendo referencia específicamente a las Comunidades Autónomas: aunque no puedan tutelar esos otros bienes mediante la exigencia de autorizaciones, sí pueden hacerlo “fijando requisitos y límites y, en general, mediante las regulaciones materiales cuya aprobación le corresponde por virtud de sus Estatutos de Autonomía” (en el mismo sentido: SSTC 79/2017, FJ 7, y 91/2017, de 6 de julio, FJ 7)»⁷³.

Es más, el alto Tribunal parece apuntar a la regulación de condiciones materiales como una vía que admitiría mayor flexibilidad en cuanto a la justificación de restricciones. Así, en la misma STC 111/2017 (FJ 4, a), tras recordar que la libertad reconocida en el artículo 38 de la Constitución es compatible con la regulación de condiciones a la misma, señala que dichas condiciones «deben ajustarse a un canon de razonabilidad en el sentido de que respondan a un objetivo constitucionalmente legítimo y sean idóneas o adecuadas para conseguirlo sin que su intensidad llegue al punto de suponer un impedimento práctico del libre ejercicio de la actividad económica». Matizando a continuación que «el canon ha de ser más incisivo si los requisitos o condiciones a la libertad de empresa afectan, no ya a su desarrollo o ejercicio, sino al acceso mismo al mercado (SSTC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7; 30/2016, de 18 de febrero, FJ 6, 35/2016, de 3 de marzo, FJ 4 y 89/2017, de 4 de julio, FJ 14)»⁷⁴. De lo que, a sensu contrario, cabe inferir la disposición del Tribunal

cuándo estamos ante una cuestión atinente al ejercicio de la actividad, y competencia de la autoridad de destino; y cuándo estamos ante un requisito relativo al acceso a la misma o a la fabricación o requisitos del producto».

⁷¹ M. REBOLLO PUIG ha resaltado la limitación de las posibilidades de imposición de condiciones materiales al ejercicio de las actividades económicas como uno de los aspectos más sustancialmente restrictivos de entre los dispuestos por la LGUM. Para este autor, constituye «el aspecto más importante, el capital, el de más calado, el que restringe más sustancial y severamente las competencias de los distintos poderes públicos y el que, quizás, debilita más sus posibilidades de tutelar aquéllos que consideren intereses generales»; «El Estado Autonomático tras la Ley de Garantía...», cit., 2015, pág. 101. También M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, ha destacado el salto cualitativo que suponen las exigencias de la LGUM relativas a los requisitos materiales o sustantivos, frente a las exigencias previas derivadas de la Directiva de Servicios y de la Ley Paraguas, centradas fundamentalmente en requisitos formales o de procedimiento; «El impacto de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre la ordenación del comercio interior», en ob. col. *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Dir. M. J. Alonso Mas, Madrid, 2014, págs. 542-544.

⁷² Que establece: «Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.»

⁷³ FJ 4, b de la STC 111/2017, de 5 de octubre.

⁷⁴ En la citada STC 35/2016 el Tribunal señala que el «test de proporcionalidad se ha aplicado solamente a regulaciones que pueden afectar al acceso al mercado, al comienzo en el ejercicio de la actividad [...]. Pero cuando se trata de regulaciones que “afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma”, como ocurre en este caso, el canon de constitu-

a consentir un test de necesidad y proporcionalidad más laxo en relación con la justificación de requisitos materiales atinentes al ejercicio de la actividad.

Cabe especular que, dadas las limitaciones para disponer algunos instrumentos de control *ex ante*, las autoridades autonómicas, y las locales en la medida de sus posibilidades, opten por centrarse en la introducción de condiciones materiales al ejercicio en la regulación de las actividades económicas bajo su competencia, reforzando los mecanismos de control *ex post*⁷⁵.

Finalmente, interesa señalar que la LGUM tampoco ha garantizado la eliminación de distorsiones en lo referente a los requisitos de ejercicio de las actividades económicas. Esto es, no contiene medidas que fuercen a las CCAA a equiparar los requisitos que condicionan el funcionamiento de las empresas una vez que han accedido a la actividad. Para la eliminación de distorsiones en este punto habría que apelar a las actuaciones de cooperación tendentes a promover la armonización de las normativas autonómicas previstas en la LGUM, así como a su instrumentación a través de títulos estatales (art. 149.1.13.^a y leyes de armonización), ya aludidas anteriormente⁷⁶.

3. Actuaciones calificadas como limitaciones no admitidas

Para el aseguramiento del sistema de restricción de las posibilidades interventoras que se viene examinando, el artículo 18.2 de la LGUM define, finalmente, una serie de actuaciones de las autoridades competentes consideradas expresamente como limitaciones a la libertad de empresa no conformes con la Ley, referidas tanto a actuaciones de ordenación normativa como a actuaciones administrativas singulares.

Tras la anulación de las letras b), c) y e) del apartado 2 del artículo 18 por la STC 79/2017, por su vinculación directa con el principio de eficacia como ya se ha visto, la lista de limitaciones prohibidas se ha reducido a las que se comentan a continuación.

En primer lugar, se consideran contrarias a la Ley una serie de actuaciones que presentan un sesgo discriminatorio, y que suponen una pormenorización del principio de no discriminación establecido en el artículo 3 de la propia Ley⁷⁷.

De esta forma, en virtud de la letra a) del apartado 2, se prohíbe la introducción de requisitos discriminatorios «basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador», para el acceso o ejercicio de una actividad económica, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos.

En concreto, se considera *ex lege* discriminatorio, que la autoridad que disponga alguna de las anteriores medidas establezca requisitos vinculados a su territorio, como que:

1. El operador esté establecido, o tenga su domicilio social, o disponga de un establecimiento físico dentro de aquel.

cionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal es algo diferente, pues solamente permite verificar si esas medidas son “constitucionalmente adecuadas», esto es, si la medida cuestionada «constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política» (STC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7).

⁷⁵ Ello puede parecer plausible especialmente en aquellas situaciones en las que la Administración ejerce su labor de supervisión de la legislación protectora de los consumidores, aunque fuera por el rédito político que pudiera teóricamente reportar. Se han indicado variadas motivaciones que pudieran haber incitado a los poderes regionales a generar la tan denostada inflación normativa, no pareciendo siempre justificadas en la protección de intereses realmente diferenciados. Incluso abundan las críticas señalando a motivaciones más o menos espurias o demagógicas, como la *justificación de su gestión* frente a los gastos que generan a los ciudadanos (BECKER ZUAZUA, F., “¿Qué hacemos con la regulación?”), el *efecto imitación* entre CCAA, o la *tendencia a la diferenciación*, introduciendo notas distintivas que la diferencien del resto (GUTIÉRREZ CARRIZO, I., “Marco regulatorio y unidad de mercado: una perspectiva desde el análisis económico”; trabajos ambos incluidos en la ob. col. *Marco regulatorio y unidad de mercado*, Ed. Círculo de Empresarios, Madrid, 2006, pág. 58 y págs. 137-138, respectivamente).

⁷⁶ *Vid. supra* ap. II.3 (nota 50) y también, en este sentido, ALONSO MAS, M. J., “La eficacia de los títulos habilitantes..”, cit., 2014, págs. 343-344.

⁷⁷ Que establece: «1. Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento. 2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico». Ante el interés generado por la polémica regulación de otros aspectos de la LGUM, ha pasado más desapercibido entre los comentaristas la atención prestada por la Ley a este principio que conecta con la larga lucha que el TJUE ha venido desplegando contra medidas discriminatorias encubiertas entre Estados miembros, y cuya correcta aplicación, en nuestra opinión, constituiría el remedio a una buena parte de los problemas justificadores de la Ley.

2. El operador haya residido u operado durante un determinado período de tiempo en el mismo.
3. El operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio.
4. El personal, los propietarios o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno de la empresa operadora residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio.
5. El operador deba realizar un curso de formación dentro de dicho territorio⁷⁸.

No parece que haya nada que objetar a que las normativas que puedan disponer las autoridades competentes –lo que incumbe principalmente a las CCAA y también a los Ayuntamientos–, que afecten al acceso o al ejercicio de las actividades económicas eviten la inclusión de requisitos como los que se acaban de enumerar.

Tampoco en relación con los requisitos de solvencia o criterios de adjudicación en relación con la licitación de contratos públicos, lo que está en línea con el principio de no discriminación también presente en la normativa y jurisprudencia en materia de contratación pública europea e interna⁷⁹.

Más peliaguda, sin embargo, parece la aceptación tal cual de las mismas limitaciones en relación con los requisitos que puedan disponer las Administraciones públicas «para la obtención de ventajas económicas», expresión que el artículo 18 no delimita, pero que el anulado artículo 20.3,a) de la misma Ley, al utilizar la misma expresión añadía «bien sean subvenciones o beneficios fiscales»; lo que permite inducir que se apunta a actuaciones públicas en el ámbito del fomento. Desde luego, una lectura literal del precepto induce a interpretar que la LGUM estaría prohibiendo, por ejemplo, que una determinada Administración estableciera requisitos vinculados con la exigencia de establecimiento físico, domicilio social, residencia o ejercicio de la actividad del operador en su territorio, a la hora de establecer las bases reguladoras de una línea de subvenciones dirigidas al fomento de la calidad en la prestación de servicios por parte de los operadores.

No obstante, en el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación con las discrepancias manifestadas –entre otros– sobre el artículo 18.2.a) de la LGUM, las partes coinciden en interpretar «que su contenido no obsta a que se pueda exigir el ejercicio de una actividad económica en el territorio para la obtención de ventajas económicas vinculadas a políticas de fomento, sin ello implique discriminación por razón de la nacionalidad o domicilio social de la empresa»⁸⁰. Del contenido de este Acuerdo se colige, por tanto, la admisibilidad de exigencia del ejercicio de la actividad económica subvencionada en el territorio de la Administración que conceda una ayuda lo que, por otra parte, es acorde con el ámbito territorial de su competencia.

El criterio del Acuerdo ha sido coherentemente seguido por la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) en varios de sus informes emitidos ante reclamaciones presentadas vía artículo 26 LGUM. Valga como ejemplo representativo (en cuanto acumula doctrina previa anterior) el Informe de 24 de agosto de 2016⁸¹ sobre una convocatoria de subvenciones en Cataluña que afecta a centros de formación de empleo en el que, tras invocar expresamente el indicado Acuerdo, se argumenta que la propia naturaleza de la política de fomento exige una cierta territorialidad de sus efectos, por lo que es exigible que las actividades a desarrollar por los operadores solicitantes tengan conexión con el ámbito territorial de la entidad concedente de las subvenciones materializándose, por ejemplo, en la generación de actividad económica

⁷⁸ Requisito limitado, por tanto, a operadores que sean personas físicas. Llama la atención que no se haya extendido al personal de la empresa, como en el supuesto anterior.

⁷⁹ Sin perjuicio de que el TJUE haya admitido el requisito de establecimiento en el territorio de la licitadora como condición de ejecución (pero no en fase de *adjudicación*, que es la expresión que usa la LGUM) como apunta P. A. BOIX MAÑO, con cita de la Sentencia *Contse* de 27 de octubre de 2005; en “Contratación del sector público”, en ob. col. *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, dir. M. J. Alonso Mas, Madrid, 2014, pág. 482. *Vid.* el análisis del principio de no discriminación por razón del establecimiento o la residencia del operador en la contratación pública, puesto en relación con la LGUM, que realiza esta autora en las págs. 472-492 del trabajo citado. El Informe de la SECUM «Contratación pública – equipos protección de bomberos Sevilla, de 2 de octubre de 2017, en relación con el requisito de solvencia de disponibilidad de un centro de trabajo en la provincia de Sevilla, para garantizar la rapidez de las reparaciones de los equipos en los servicios de emergencia, considera que «podrían valorarse otras opciones menos distorsionadoras de la actividad económica como la determinación de un compromiso de tiempo máximo de respuesta». Además, continúa, «en la medida en que el requisito de disponer de establecimiento físico en la provincia de Sevilla pudiera suponer una discriminación por razón del lugar de residencia o establecimiento del operador, ese requisito podría ser contrario al artículo 18.2.a).1.º».

⁸⁰ Acuerdo publicado por la Resolución de 14 de octubre de 2014, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local (BOE de 29 octubre de 2014).

⁸¹ Informe “Centros de Formación de Empleo-Cataluña”, de 24 de agosto de 2016. Todos los informes de la SECUM están disponibles en su web: <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/gum>.

en el mismo. En el caso concreto, considera la Secretaría que puede deducirse la vinculación de la medida cuestionada «con una política de fomento de la actividad económica y de la generación de empleo en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Cataluña, *políticas sobre las cuales las conexiones territoriales se consideran compatibles con la LGUM*».

En base a lo expuesto, cabría inferir una cierta voluntad de la Administración General del Estado de suavizar la aplicación literal de la Ley, admitiendo que las Administraciones autonómicas y locales exijan que las empresas desarrollen su actividad en su territorio al arbitrar ayudas económicas, porque la finalidad es el fomento de la actividad económica en el mismo.

Sin embargo, de nuevo hay señalar los estrechos límites dentro de los que se mueve dicha pretendida relajación pues, en otro Informe de la SECUM también relacionado con una Orden de convocatoria de subvenciones públicas destinadas a la financiación de planes de formación de empleo en Aragón, se considera discriminatorio y contrario al artículo 18.2.a) LGUM el requisito contenido en la convocatoria de disponer de centros o entidades de formación domiciliadas en el territorio de Aragón⁸².

Sobre este asunto, posteriormente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden de convocatoria aludida vía artículo 27 de la LGUM. Lo que llevó a la Audiencia Nacional, por su parte, a plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 18.2.a).1.º de la LGUM y, en concreto, respecto al inciso «o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio», por entender que pudiera invadir la competencia autonómica de ejecución de la legislación estatal en materia laboral. En su reciente Sentencia 121/2018, de 31 de octubre, el Tribunal Constitucional, partiendo de la base de que el precepto cuestionado se ampara en el título competencial estatal del artículo 149.1.13 CE, confirma la validez de este título transversal para condicionar el ejercicio de competencias sectoriales autonómicas, más si cabe, como en el caso, cuando dichas competencias sean ejecutivas, por lo que confirma la constitucionalidad del precepto objetado, desestimando la cuestión planteada. Por cierto, que en contra del criterio del Ministerio Fiscal, que considera que el precepto es inconstitucional⁸³.

Ante todo lo expuesto, no puede dejar de señalarse y criticarse la complejidad y las dificultades de interpretación a la que se ven abocados los aplicadores de la LGUM, que parece que están obligados a distinguir entre vinculación del ejercicio de la actividad al territorio y la domiciliación o el establecimiento físico donde frecuentemente aquella habrá de desarrollarse. Lo cual resulta forzado ante la literalidad de la Ley y, en todo caso, no siempre será fácil de dilucidar. Efectivamente, si se admite la primera de dichas vinculaciones, con más razón si cabe, parece admisible la exigencia de implantación territorial en ciertos casos. Especialmente cuando las ayudas estén vinculadas a las infraestructuras o instalaciones físicas fomentando, por ejemplo, la mejora de la calidad de las mismas (piénsese, por ejemplo, en las no infrecuentes ayudas autonómicas dirigidas a la elevación de la calidad o categoría de los establecimientos de alojamiento turístico emplazados en las mismas), pues no tendría sentido que la autoridad convocante fomentara la mejora de las instalaciones radicadas en otro territorio, excediendo la territorialidad de su competencia.

Todo ello evidencia un exceso más de entre los que, como se ha visto, se han achacado a la LGUM, fruto de un cierto extremismo desregulador en el que puntualmente incurre, que, en el caso, se podía haber evitado excepcionando o simplemente matizando sus postulados en relación con las actuaciones de fomento.

Pasando a otros preceptos del artículo 18, el TC ha justificado su rechazo a la declaración de inconstitucionalidad de las letras d) y f) del apartado 2 de dicho artículo, argumentando que los mismos están en la

⁸² Informe “Educación. Centros de formación de Empleo-Aragón”, de 22 de septiembre de 2015, en reclamación vía artículo 26 contra la Orden de 7 de agosto de 2015, de la Consejería de Economía, Industria y Empleo del Gobierno de Aragón. En el Informe se puede leer: «Si bien, en virtud de la LGUM debe entenderse que esta conexión con el ámbito territorial no puede establecerse exclusivamente en relación a la existencia de un domicilio social o un establecimiento físico concreto (en este supuesto “centros o entidades de formación domiciliadas ...”) en un determinado territorio sino, por ejemplo, por la generación de actividad económica en el mismo con base en posibles diferentes indicadores-ventas, empleo generado, prestación de servicios a un determinado tipo de cliente, etc.». Por lo que concluye que «la LGUM considera requisito discriminatorio para la obtención de ventajas económicas la solicitud de establecimiento, establecimiento físico o el domicilio social de operador en el territorio de la autoridad competente. No obstante, la obtención de ventajas económicas vinculadas a las políticas de fomento puede venir vinculada a la solicitud del ejercicio de la actividad económica en un determinado territorio».

⁸³ La Fiscalía General del Estado en sus alegaciones considera que «el precepto resulta desproporcionado y no justificado por su finalidad, al no admitir corrección alguna la prohibición de que la comunidad autónoma pueda exigir o ponderar la existencia de establecimientos físicos en su territorio». Por ello concluye que «la norma cuestionada es inconstitucional por vulnerar la competencia de las Comunidades Autónomas que, en aplicación del principio de territorialidad, pudieran exigir el requisito de contar con establecimiento físico en el territorio. Se infringe el orden de distribución de competencias derivado del artículo 149.1.7 CE y en particular, también del artículo 77.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón» (Antecedente 7 *in fine* de la STC 121/2018).

línea de evitar conductas públicas discriminatorias y que sus previsiones «no vulneran la libertad de circulación de bienes y personas en todo el territorio nacional (art. 139.2 CE). Antes bien, en opinión del Tribunal la desarrollan, al proscribir condiciones o requisitos concretos por discriminatorios o proteccionistas. Del mismo modo, lejos de dificultar el libre intercambio comercial, lo favorecen, por lo que en modo alguno trasgreden la garantía constitucional de la libertad empresarial (art. 38 CE)» (STC 111/2017, FJ 4,c).

El precepto de la letra d) prohíbe a las autoridades de destino la exigencia a los operadores de requisitos adicionales en relación con los seguros de responsabilidad civil o garantías que ya se les hubieran exigido en origen y que sean equivalentes o comparables a las dispuestas en su propia normativa. Obsérvese que el precepto, en cuanto considera disconforme con la Ley la exigencia de «requisitos de seguros de responsabilidad civil o garantías *equivalentes o comparables* en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrezca en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía, adicionales a los establecidos en la normativa del lugar de origen», está admitiendo a sensu contrario que la autoridad de destino pueda exigir una garantía complementaria en dichos supuestos⁸⁴.

El precepto constituye un ejemplo aislado, dentro de la fallida LGUM, de lo que podría haber sido una línea menos radical y más acertada de implantación de un sistema de reconocimiento mutuo que exige, como cautela de seguridad, la habilitación a la autoridad de destino para practicar un test de comprobación de la equivalencia⁸⁵ sustantiva del requisito de acceso del operador en origen con el exigido en su territorio y, caso de resultar negativo, poder exigir el complemento necesario de aptitud para garantizar un nivel de protección similar del interés general que sus propios requisitos normativos tratan de preservar, como hemos propuesto en otro lugar⁸⁶. En todo caso, adquiere renovado valor, una vez eliminado el inconveniente que allí señalábamos de que el precepto parecía estar en contradicción interna con el artículo 19.3 de la misma ley⁸⁷, al haber sido anulado este último.

La segunda parte de la letra d) rechaza además una conducta con visos proteccionistas al proscribir que la autoridad competente pueda exigir que las aludidas garantías o seguros deban suscribirse con un prestador radicado en su territorio. Dicha circunstancia se encuentra recogida expresamente en la lista de requisitos prohibidos de la Directiva de Servicios (art. 14.7) y de la Ley Paraguas (art. 10.g).

Resulta discordante con lo que se acaba de comentar, en relación con la comprobación de la equivalencia, la redacción de la letra f) que prohíbe a las autoridades competentes la «exigencia de requisitos de obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro *para acreditar la equivalencia* de las condiciones que reúne el operador establecido en otro lugar del territorio» con los requisitos exigidos por las autoridades convocantes para la concesión de ventajas económicas. No parece coherente que en el supuesto de la letra d) se acepte la comprobación de la equivalencia y en estos supuestos no.

Reiterados Informes de la SECUM⁸⁸ –anteriores a las SSTC de 2017– han considerado contrario al principio de no discriminación, junto al de eficacia, la inclusión en las convocatorias de medidas de fomento

⁸⁴ En el mismo sentido ALONSO MAS, M. J., “La eficacia de los títulos habilitantes..”, cit., 2014, pág. 345 (nota 63), que asimismo señala el antecedente que tiene este precepto en el artículo 23 de la Directiva de Servicios.

⁸⁵ Se hacen eco del mencionado atributo de equivalencia como premisa para una correcta aplicación del reconocimiento mutuo, entre otros C. PADRÓS REIG y J. M. MACÍAS CASTAÑO, cit., págs. 126-127; T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, cit., págs. 228-229; y J. AGUDO GONZÁLEZ, cit., pág. 390. Asimismo, I. URRUTIA LIBARONA, cit., págs. 234-235, crítica que el principio de eficacia se haya construido de forma ajena a estos principios, por lo que propone «articular un verdadero sistema de equivalencia y reconocimiento mutuo entre las autoridades autonómicas competentes».

⁸⁶ Vid. J. SOLA TEYSSIERE, “El principio de eficacia nacional..”, cit., págs. 243-244. Situación sí prevista en el artículo 21. 2 de la Ley Paraguas: «Cuando un prestador que se establezca en España ya esté cubierto por un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente o comparable en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrezca en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía en otro Estado miembro en el que ya esté establecido, se considerará cumplida la exigencia a la que se refiere el apartado anterior. *Si la equivalencia con los requisitos es sólo parcial, podrá exigirse la ampliación del seguro u otra garantía hasta completar las condiciones que se hayan establecido en la norma que lo regula*».

⁸⁷ Que obligaba a las autoridades de destino a admitir la plena validez de los requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías obtenidos por el operador al amparo de la normativa del lugar en origen aunque sean distintos y «difieran en su alcance o cuantía» de los propios.

⁸⁸ Véase por todos el anteriormente mencionado Informe “Centros de Formación de Empleo-Cataluña”, de 24 de agosto de 2016 (y las citas que el mismo contiene a Informes anteriores), en el que se concluye que «el requisito de inscripción o acreditación en el Registro de centros y entidades de formación del Servicio de Empleo de Cataluña, exigido a las entidades formadoras externas que sean contratadas por los beneficiarios de la convocatoria [...] resulta contrario a los principios de no discriminación y eficacia nacional de los artículos 18 y 20 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado».

del requisito de inscripción de la empresa solicitante en un registro competencia de la administración convocante. Compartimos la opinión de que dicha exigencia es excesiva, pero no lo sería la habilitación de la facultad de la Administración convocante de comprobar la equivalencia de los requisitos aportados por la empresa externa con los exigidos a sus propios operadores; que podría llevarse a cabo, en su caso, a través de actuaciones de cooperación.

En todo caso, no se entiende bien que el TC haya anulado las letras b), c) y e) del artículo 18.2, por su conexión con el principio de eficacia, y no haya anulado esta letra f), cuando su vinculación con dicho anulado principio es también evidente⁸⁹. De hecho los Informes de la SECUM que se acaban de aludir, recurren al argumento –basado en el ahora anulado art.20– de que «las acreditaciones o inscripciones en registros tienen validez nacional, por lo que no cabe solicitar un registro específico en un determinado ámbito territorial concreto para la obtención de ventajas económicas»⁹⁰.

Por otra parte, la letra g) del artículo 18.2 prohíbe que las autoridades competentes introduzcan «requisitos de naturaleza económica o intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones, en los términos establecidos en las letras e) y f) del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio». Se trata de conductas desde hace mucho tiempo rechazadas por la jurisprudencia del TJUE, que encuentran su expresión concreta en forma de prohibiciones en la Directiva de Servicios (art. 14). La LGUM se limita aquí a remitir a la redacción mucho más pormenorizada⁹¹ de estos requisitos prohibidos en relación con las autorizaciones contenida en la Ley Paraguas; con el efecto, eso sí, de extender la prohibición a todas las actividades económicas, conforme al ámbito de aplicación de la LGUM.

En el grupo de limitaciones tendentes a evitar actuaciones discriminatorias hay que incluir también la previsión de la letra h) del mismo apartado y artículo, prohibiendo que en cualquiera de las actuaciones públicas descritas se incorporen requisitos que supongan la exigencia para el operador de haber realizado inversiones en el territorio de la Administración actuante.

Finalmente, la lista se cierra con una cláusula amplia en la que genéricamente se veta «cualquier otro requisito que no guarde relación directa con el objeto de la actividad económica o con su ejercicio»⁹², que, en cuanto demanda un elemento de coherencia de las medidas, presenta una vinculación con el cumplimiento del principio de necesidad.

IV. EXTRACTO Y CONCLUSIONES

1. La LGUM constituye el último episodio significativo de una estrategia legislativa desreguladora que, en dicha Ley, se asienta sobre dos puntales básicos. Por un lado, el principio de eficacia en todo el territorio nacional de los medios de intervención administrativa sobre el acceso a las actividades económicas. Por otro, el sistema de limitación de los medios de intervención administrativa sobre las actividades económicas.
2. La anulación de la regulación del primero de dichos principios por el TC debilita aquella estrategia en

⁸⁹ Vinculación que también señala ALONSO MAS, M. J., “Garantías sustantivas de los operadores económicos: requisitos y límites de la actuación de las «autoridades competentes»”, en ob. col. *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, dir. M. J. Alonso Mas, Madrid, 2014, pág. 207.

⁹⁰ Vid. Informe “Educación – Centros Formación Empleo Asturias”, de 19 de febrero de 2016, y la remisión que en el mismo se hace a otros Informes anteriores en los que se recoge la misma conclusión.

⁹¹ Artículo 10 Ley Paraguas: «e) Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica. f) Intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios, sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales, como autoridades competentes, en el ámbito de las competencias que les otorga la Ley. Esta prohibición se extiende a organismos como las cámaras de comercio y a los interlocutores sociales en lo que concierne al otorgamiento de autorizaciones individuales, pero esa prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o de los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general».

⁹² Para M. J. ALONSO MAS se trata de una «cláusula residual, que corrobora que lo indicado en el art. 18-2 constituye un listado abierto»; “Garantías sustantivas de los operadores..”, cit., pág. 211.

la medida en que pueda reactivar la exigencia de requisitos de acceso a operadores –ajenos al sector servicios– por parte de las autoridades de destino, al haberse desactivado parcialmente la obligación de reconocimiento del título habilitante de origen y, con ello, una de las medidas que contribuían a la reducción de cargas administrativas para los operadores.

3. A pesar de ello, la LGUM mantiene su fuerza desreguladora, al haber avalado el TC el sistema de limitación de los medios de intervención administrativa sobre las actividades económicas, que constituye el instrumento de más garra en el sostenido empeño desregulador, en cuanto que directamente constriñe la capacidad interventora pública sobre aquellas actividades.
4. Especialmente contribuye a la realización del aludido empeño el régimen fuertemente restrictivo para las posibilidades regulatorias autonómicas y locales sobre control administrativo preventivo de las actividades económicas dispuesto en el artículo 17 de la Ley, a través del que se establece un *numerus clausus* excesivamente reducido de razones imperiosas de interés general que pueden ser invocadas para establecer autorizaciones.
5. Menos restricciones se presentan en cuanto a las posibilidades de establecer la regulación de condiciones materiales y requisitos relativos al ejercicio de las actividades económicas, no sólo porque el ámbito de posibles justificaciones es más amplio (cualquier RIIG del artículo 3 de la Ley Paraguas), sino también teniendo en cuenta las apreciaciones del TC al respecto, que apuntan en la dirección de flexibilización del control de razonabilidad en este aspecto.
6. Finalmente, se pone de manifiesto la necesidad de hacer una lectura matizada de las actuaciones de las autoridades competentes calificadas expresamente como limitaciones no admitidas por el artículo 18 de la Ley. Especialmente en relación con las medidas de fomento, admitiendo que las Administraciones autonómicas y locales exijan que las empresas desarrollen su actividad en su territorio al arbitrar ayudas económicas cuya finalidad sea el fomento de la actividad económica en el mismo, lo que es acorde con el ámbito territorial de su competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2018): “La extraterritorialidad de las actuaciones jurídico-administrativas de las Comunidades Autónomas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 206. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.04>.
- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2015): “La administración del reconocimiento mutuo. Un análisis a partir de la libre circulación de profesionales... hasta la unidad de mercado”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 197. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.197.12>.
- ALONSO MAS, M. J. (2014): “La eficacia de los títulos habilitantes en todo el territorio nacional y la aplicación de la regla del lugar de origen”, en ALONSO MAS, M. J. (dir.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*. Madrid: La Ley.
- ALONSO MAS, M. J. (2014): “Garantías sustantivas de los operadores económicos: requisitos y límites de la actuación de las «autoridades competentes»”, en ALONSO MAS, M. J. (dir.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*. Madrid: La Ley.
- BECKER ZUAZUA, F. (2006): “¿Qué hacemos con la regulación?”, en *Marco regulatorio y unidad de mercado*. Madrid: Círculo de Empresarios.
- BOIX MAÑO, P. A. (2014): “Contratación del sector público”, en ALONSO MAS, M. J. (dir.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*. Madrid: La Ley.
- CANALS I AMETLLER, D. (2014): “Reforma de la Administración Pública y unidad de mercado: incidencias en el régimen de intervención municipal en la actividad económica privada”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 36.
- CARLÓN RUIZ, M. (2014): “Los mecanismos de protección de la unidad de mercado en el seno de la Ley 20/2013”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 165.
- CIDONCHA MARTÍN, A. (2010): “La unidad de mercado como límite constitucional a la descentralización: un balance”, en *La unidad de mercado en la España actual*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2010): “Libertad de establecimiento y de servicios: ¿Reconocimiento mutuo o país de origen?”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 146.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2016): “Los principios de proporcionalidad y de necesidad bajo el prisma de la garantía de la unidad de mercado: ¿nuevos condicionantes de las ordenanzas locales de telecomunicaciones?”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, págs. 191-225.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2014): “Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163.
- FERNANDO PABLO, M. (2011): “Unidad de mercado, discriminaciones inversas y el papel del Tribunal Constitucional”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317.

- FERNANDO PABLO, M. (1992): “Las funciones del principio de unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 73.
- GIFREU FONT, J. (2014): “La impronta de la Directiva de servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 98.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. (2005): *Libre competencia y Estado autonómico*. Madrid: Marcial Pons.
- GUTIÉRREZ CARRIZO, I. (2006): “Marco regulatorio y unidad de mercado: una perspectiva desde el análisis económico”, en *Marco regulatorio y unidad de mercado*. Madrid: Círculo de Empresarios.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F. (2007): “Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28.
- LENCE REIJA, C. (2017): “La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 46.
- LEÓN SANZ, J. (2013): “La garantía de la unidad de mercado”, en *Revista Información Comercial Española*, núm. 871.
- LOZANO CUTANDA, B. (2014): “Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado: las diez reformas clave”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9.
- MARCOS, F. (2011): “A vueltas con la «unidad de mercado nacional»”, en *Working Paper IE Law School*, AJ-177.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2014): “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163.
- NARBÓN FERNÁNDEZ, J. (2014): “El principio de cooperación y confianza mutua en la LGUM”, en ALONSO MAS, M. J. (dir.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*. Madrid: La Ley.
- NARBÓN FERNÁNDEZ, J. (2016): “Los discutibles presupuestos económicos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175.
- PAREJO ALFONSO, L. (2015): “La ordenación de la economía”, en PAREJO ALFONSO, L. (dir.): *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, 6.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PADRÓS REIG, C. y MACÍAS CASTAÑO, J. M. (2014): “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 194.
- REBOLLO PUIG, M. (2015): “El Estado Autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 91.
- REBOLLO PUIG, M. (2014): “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. (2014): “El impacto de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre la ordenación del comercio interior”, en ALONSO MAS, M. J. (dir.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*. Madrid: La Ley.
- SANTAMARÍA PASTOR, A. (2014): “El contencioso de la unidad de mercado”, en ALONSO MAS, M. J. (dir.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*. Madrid: La Ley.
- SOLA TEYSSIERE, J. (2018): “La existencia de un estándar normativo equivalente como condición de constitucionalidad del anulado principio de eficacia nacional de la Ley de unidad de mercado (STC 79/2017)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189.
- SOLA TEYSSIERE, J. (2016): “El principio de eficacia nacional de los medios de intervención de acceso a las actividades económicas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179.
- SOLA TEYSSIERE, J. (2015): “Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 197. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.197.04>.
- SOLANES MULLOR, J. (2017): “La desconstitucionalización y europeización del principio de unidad de mercado: el Estado de las Autonomías bajo presión”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109, vol. II.
- TENA PIAZUELO, V. (2006): “Defensa del principio de unidad mercado. Riesgo de fragmentación de los mercados a través de la regulación”, en *Marco regulatorio y unidad de mercado*. Madrid: Círculo de Empresarios.
- TORNOS MAS, J. (2014): “La ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia”, en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 19.
- URRUTIA LIBARONA, I. (2016): “La configuración legal de la unidad de mercado y Estado autonómico”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2010): *La eficacia territorial y temporal de las normas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VICENTE RUIZ, M. D. (2013): “La necesaria cooperación administrativa para hacer efectiva la unidad de mercado”, en *Revista Información Comercial Española*, núm. 871.



Inadmisión y necesidad de reelaboración ante el derecho de acceso a la información pública

The decision taken by public bodies of not processing a request of access to public information based in the compulsory requirement of a re-elaborating action

Manuel Fernández Salmerón
Universidad de Murcia (España)
salmer@um.es

NOTA BIOGRÁFICA

Manuel Fernández Salmerón es Licenciado en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense y Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Es Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia y está acreditado a CU. Sus principales líneas de investigación son: sistema de fuentes y control judicial de la actividad administrativa; procedimiento administrativo; Derecho Audiovisual; Derecho Ambiental; modernización y tecnificación del sector público; transparencia y privacidad en la actividad administrativa.

Javier Sierra Rodríguez
Universidad de Murcia (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9002-5153>
javier.sierra@um.es

NOTA BIOGRÁFICA

Javier Sierra Rodríguez es Licenciado en Ciencias Políticas y Doctor en Derecho por la Universidad de Murcia. Está acreditado como PCD y es profesor asociado del área de Ciencia Política en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia. Sus líneas de investigación están relacionadas con la transparencia, el gobierno abierto y los sistemas electorales.

RESUMEN

El objetivo fundamental de este trabajo consiste en analizar las cuestiones más controvertidas que se han suscitado ante los tribunales, respecto de las causas de inadmisión de solicitudes acogidas al derecho de acceso y, específicamente, de la relativa a la necesidad de una acción de reelaboración. Los presupuestos legitimadores para la eficaz invocación de esta causa fueron examinados en la primera sentencia del Tribunal Supremo, dictada a raíz de una resolución del Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno.

De su análisis se deriva que la interpretación judicial asume el cambio de modelo operado por la LTBG y la consideración del derecho de acceso a la información como una garantía expansiva, lo que conduce a una necesaria interpretación restrictiva de las causas de inadmisión. En lo referente al motivo basado en la necesidad de una acción de reelaboración, los criterios aceptados desembocan en la inadmisión cuando

las solicitudes fuerzan la elaboración ad hoc de un informe, sin perjuicio de asumir que todo otorgamiento del acceso requiere un mínimo de tratamiento, considerado tolerable. En cualquier caso, todavía es seguramente pronto para posicionamientos firmes y tajantes, requiriéndose una mayor producción jurisprudencial para delimitar con claridad los contornos de las causas de inadmisión, las cuales no dejan de estar formuladas como conceptos jurídicos indeterminados.

PALABRAS CLAVE

Derecho de acceso; inadmisión; procedimiento administrativo; reelaboración.

ABSTRACT

The main aim of this work is to analyse the most controversial questions which have been raised in courts, regarding the causes of non-admission of applications based on the right of access to public information and, specially, the one linked to the necessity of a later re-elaborating action. The legitimacy for the effective invocation of this cause was revised in a groundbreaking decision of the Spanish Supreme Court, given after a resolution of the Council for Transparency and Good Governance.

From its analysis follows that judicial interpretation assumes the change of model operated by the transparency act, and the ensuing consideration of the right of access to public information as an example of «expansive right», which leads to an unavoidable restrictive interpretation of the causes of non-admission. Regarding to the specific cause based on the need of a re-elaboration action, the accepted criteria settle a due non-admission decision when the applications would force the elaboration of an «ad hoc» report to be granted, notwithstanding the assumption that any grant of the exercise of the right of access requires a minimum processing work, considered as tolerable. It is maybe still soon for positive and categorical assessments about this issue; being necessary more case-law production in order to delimit more clearly the outlines of all the non-admission causes, which are indeed formulated as legal indeterminate concepts.

KEYWORDS

Access to public information; non-admission; administrative procedure; re-elaborating action.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. SOBRE LAS CAUSAS DE INADMISIÓN DEL DERECHO DE ACCESO. 2.1. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CRITERIOS DE INADMISIÓN ANTE EL CARÁCTER EXPANSIVO DEL DERECHO DE ACCESO. 2.2. MOTIVACIÓN, SILENCIO ADMINISTRATIVO E INADMISIÓN DE SOLICITUDES DE ACCESO. SU ARTICULACIÓN EN SEDE JUDICIAL Y ANTE LOS ÓRGANOS ESPECIALES DE RECLAMACIÓN. 3. LA INADMISIÓN POR SER NECESARIA UNA ACCIÓN DE REELABORACIÓN. 3.1. LA ACCIÓN DE REELABORACIÓN SEGÚN EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. 3.2. LA OMISIÓN DE LA ACCIÓN DE REELABORACIÓN ANTE INFORMACIÓN EXISTENTE QUE SOLO REQUIERE SER RECOPIADA. a. Caso canales de televisión: producción de información inexistente. b. Caso Eurovisión 2015: simplicidad del tratamiento necesario. c. Caso: Gala Fin de Año 2015: producción de información inexistente. d. Caso: Especial Nochebuena y Campanadas 2016: recopilación de información existente. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

El ejercicio del derecho de acceso a la información pública previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen gobierno (LTBG) está limitado en función de la posibilidad de producir un perjuicio en torno a una serie de materias y derechos de terceros y, además, las solicitudes de acceso pueden ser inadmitidas por estar incursas en una serie de supuestos, al margen de las que hayan podido derivar de otras razones de tipo procedimental.

Las denegaciones son susceptibles de reclamación ante el Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), mediante un recurso previsto en el artículo 24 de la LTBG, cuya resolución puede confirmarlas u otorgar el acceso, aunque se observa la tendencia del CTBG a resolver las reclamaciones manteniendo cierto criterio proclive a la transparencia y, consecuentemente, dado en mayor medida a permitir el acceso a la información pública.

Durante estos años de funcionamiento y según la información que ofrece el CTBG, se han recibido 3.812 reclamaciones a fecha de 31 de diciembre de 2018, de las que 2.386 corresponden a la Administración General del Estado (AGE)¹. En paralelo, el CTBG ha ido evacuando una serie de informes, que especifican los criterios para interpretar aquellos extremos de la LTBG que responden a conceptos jurídicos indeterminados o que precisan del análisis concreto de cada caso, de modo que se aclare el detalle para la correcta aplicación de los contenidos de la ley.

Era esperable que las resoluciones del CTBG fuesen recurridas en algunos casos ante los tribunales, bien por impulso de los solicitantes que no viesen satisfechas sus pretensiones o –como es habitual–, por parte de los sujetos obligados al suministro de la información por desacuerdo con ellas. Los primeros recursos en sede judicial se interpusieron contra resoluciones del CTBG de 2015, y en años posteriores se han visto incrementados, dando tiempo suficiente como para contar con un primer grupo de sentencias sobre la materia que tratan sobre los límites y los criterios de inadmisión. Adicionalmente DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASADO (2017: 6) recuerda que estos recursos realmente pueden estar motivados por el ánimo de «dificultar o dilatar el acceso a una información que se considera sensible desde un punto de vista político», aunque estos elementos –límites y causas de inadmisión– puedan ser formalmente alegados en los recursos como argumentos para apoyar la no concesión del acceso.

El CTBG contabiliza actualmente más de ciento diez resoluciones en el ámbito de la AGE que han sido recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de las cuales cerca de setenta ya han tenido algún pronunciamiento de los tribunales². Además, ha sido en 2017 cuando se ha dictado la primera Sentencia que ha llegado al Tribunal Supremo a través de un recurso de casación, a partir de una resolución recurrida del CTBG. Dicha sentencia trae causa en una solicitud de acceso a información sobre los gastos en que la Corporación de Radio Televisión Española (CRTVE) incurrió por participar en el festival de Eurovisión de 2015, que, tras ser denegada por silencio administrativo, fue estimada por el CTBG, cuyo parecer fue confirmado posteriormente hasta en tres ocasiones.

Resulta destacable que varias de las resoluciones del CTBG que han terminado en los tribunales están relacionadas con el acceso a información de la CRTVE. En varios de esos casos, los fundamentos jurídicos de los recursos abordan la necesidad de reelaboración de la información como causa de inadmisión que motiva la no concesión de acceso. Hay que resaltar en relación con este aspecto, que las sentencias de diversas instancias han ido en direcciones opuestas según los casos, por lo que aumenta el interés de su análisis para delimitar claramente los criterios que permiten valorar cuándo es o no válida la inadmisión por esta causa.

El objeto principal de este trabajo consiste en el examen de las cuestiones más controvertidas que se han suscitado ante los tribunales respecto de las causas de inadmisión de solicitudes de acceso a la información pública, y específicamente, en relación a la causa consistente en la necesidad de una acción de reelaboración, complementando así otros trabajos que se han centrado especialmente en las resoluciones de los organismos de garantía (BARRERO, 2017).

Así, en primer lugar se estudia, por un lado, el tipo de interpretación aplicada en sede judicial (restrictiva o extensiva), dada la formulación de las causas como conceptos jurídicos indeterminados, mientras que, por otro lado, se analiza la actuación judicial respecto a la invocación de estas causas en el seno de procedimientos derivados de un previo silencio administrativo. En segundo lugar, se examina la causa relativa a la necesidad de una acción de reelaboración, por ser uno de los motivos habituales esgrimidos para no otorgar el acceso, y porque ha sido tratado extensamente por los tribunales.

Para ello, se recurre al análisis de la regulación estatal y autonómica³, a la doctrina jurídica y del CTBG, así como a la jurisprudencia reciente sobre la materia. El análisis de las sentencias dictadas ante reclamaciones constituye un ámbito de especial interés, por cuanto su conocimiento contribuye a configurar adecuadamente el alcance del derecho de acceso, su ejercicio, y para determinar claramente cuáles son las reglas y criterios a aplicar que permiten apreciar un supuesto de inadmisión de solicitudes de acceso más allá de lo que establece la ley.

¹ La cantidad restante corresponde a las reclamaciones recibidas en relación a las Administraciones territoriales, entre las que se encuentran las de aquellas Comunidades Autónomas cuyas resoluciones son asumidas por el CTBG, en función de la suscripción del convenio regulado en el artículo 24.6 LTBG.

² Informe de estadísticas del CTBG a fecha de 31 de diciembre de 2018 y documento del censo de recursos contra resoluciones del CTBG.

³ En la actualidad existen quince leyes autonómicas de transparencia y algunas tratan, además, temas afines como el gobierno abierto o la participación. De ellas, dos mantienen contenidos vigentes que son anteriores a la LTBG (Extremadura e Islas Baleares). Las dos Comunidades Autónomas restantes están en diversas fases de tramitación (Comunidad de Madrid y País Vasco).

Debido a lo reciente de las últimas Sentencias –que no siempre han seguido criterios convergentes–, resulta de especial relevancia el estudio de las argumentaciones que los tribunales adoptan y su contraste con el contenido de la normativa, la postura que ha adoptado la doctrina y el CTBG en sus resoluciones y en los criterios interpretativos de la ley evacuados a tenor de sus competencias.

2. SOBRE LAS CAUSAS DE INADMISIÓN DEL DERECHO DE ACCESO

Las principales causas para la no concesión del acceso que han terminado en litigio están relacionadas con los límites establecidos expresamente en los artículos 14 y 15 de la LTBG, así como por los supuestos de inadmisión del artículo 18. Todas ellas están así diferenciadas, pero podrían considerarse conjuntamente como excepciones a la obligación de suministrar información, tal y como proponía FERNÁNDEZ RAMOS (2013: 253), a imitación de lo establecido por la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (LAPJMA). A continuación, se realizan unas consideraciones generales sobre las causas de inadmisión.

Es importante diferenciar adecuadamente entre la admisión y los límites del derecho de acceso⁴. Como bien puntualiza MORETÓN TOQUERO (2014: 16), el «efecto de la inadmisión resulta en la práctica limitador del derecho de acceso por cuanto lo excluye», es decir, limita el derecho, pero no porque las causas de inadmisión tengan esa naturaleza, sino porque sus efectos la producen, de ahí que haya que tener presente que cada una de las causas de inadmisión es «un criterio delimitador del objeto del derecho de acceso», pero no un límite en sí mismo.

Conviene, asimismo, señalar que la inadmisión ha consistido, tradicionalmente, en un pronunciamiento del órgano administrativo (o jurisdiccional), que tiene el efecto de rechazar formalmente las pretensiones del solicitante, pero debido a la concurrencia de razones que, precisamente, le impiden un pronunciamiento sobre el fondo de lo solicitado. A pesar de ello, modernamente hemos asistido a una neta dilatación de las funciones de la inadmisión, bien como herramienta de economía procesal o de descongestión o preservación de ciertos cauces procesales (CIERCO SEIRA, 2009: 38-50). Asimismo, algunas causas de inadmisión han visto adulterada su teleología, al vincularse irremediabilmente con la cuestión de fondo, lo que también ha sucedido, en alguna medida con el ejercicio del derecho de acceso.

Hecha esta aclaración, el artículo 18 LTBG establece los criterios de inadmisión de solicitudes, delimitando como causas que la información solicitada esté en curso de elaboración o publicación general, tenga carácter auxiliar o de apoyo (notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicación o informes internos), sea necesaria su reelaboración, se dirijan a un órgano que no posea la información y se desconozca el competente, o que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo⁵.

Estos contenidos de la Ley difieren de la tendencia europea, que es aparentemente más restrictiva respecto de los supuestos que se pueden asimilar a la inadmisión. Así, el artículo 5 del Convenio núm. 205 del Consejo de Europa sobre Acceso a Documentos Públicos de 2009 (Convenio de Tromsø), únicamente contempla dos hipótesis como causas de rechazo en la tramitación de solicitudes. Por un lado, cuando la solicitud no sea razonable y, por otro, cuando se formule de manera tan vaga que la información no pueda ser identificada. Estos dos supuestos contrastan con los cinco casos que la Ley contempla como posibles causas de inadmisión.

Por otro lado, el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo, del Parlamento y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, establece límites

⁴ Por límites hacemos referencia a los que derivan del respeto a la protección de datos personales (art. 15 LTBG), así como los que se establecen ante la existencia de un perjuicio ante una serie de materia del artículo 14.1 LTBG: «a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales. i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección del medio ambiente».

⁵ Así, el artículo 18 LTBG se expresa del siguiente modo: «Causas de inadmisión. 1. Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes: a) Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general. b) Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas. c) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración. d) Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente. e) Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley. 2. En el caso en que se inadmita la solicitud por concurrir la causa prevista en la letra d) del apartado anterior, el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud».

propriadamente dichos como los contemplados en los artículos 14 y 15 LTBG. Además, en el marco de los documentos relacionados con cualquier perjuicio a los procesos de toma de decisiones (artículo 14.1 k), añade una limitación que podría ser equivalente al supuesto de inadmisión que se establece en el apartado b) del artículo 18.1, al denegar el acceso a todo aquel documento que «contenga opiniones para uso interno, en el marco de deliberaciones o consultas previas en el seno de la institución, incluso después de adoptada la decisión», aunque a continuación, vuelve a restringir dicha limitación a que «la divulgación del documento perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones».

2.1. La interpretación de los criterios de inadmisión ante el carácter expansivo del derecho de acceso

Diversos autores, como RAMS RAMOS (2016: 21), alertan sobre la inadmisión como fenómeno que puede tener como efecto «verdaderas limitaciones sustantivas» que se ven desprovistas de ponderación, test de daño o de necesidad de audiencia, como sucede con el resto de los límites impuestos al ejercicio de este derecho. Hay que tener en cuenta que los criterios de inadmisión manejan una serie de conceptos jurídicos indeterminados, que dejan abiertas distintas vías para su interpretación y «que de ser utilizados abusivamente por los sujetos obligados podrían vaciar de contenido el derecho de acceso».

Tal y como están formulados los supuestos de inadmisión, con un amplio margen para la apreciación subjetiva, los sujetos obligados pueden pretender que tengan un alcance amplio, lo que choca frontalmente con las aspiraciones de la norma expresada en su Preámbulo, cuya literalidad ha sido recordada en numerosas ocasiones por las sentencias dictadas en procesos promovidos contra resoluciones del CTBG.

De ahí que, a la hora de interpretar los límites y las causas de inadmisión, el Tribunal Supremo en su sentencia sobre el «caso Eurovisión» (STS 1547/2017, de 16 de octubre), haya recordado que cualquier pronunciamiento sobre las circunstancias habilitantes de la inadmisión «debe tomar como premisa la formulación amplia y expansiva con la que aparece configurado el derecho de acceso a la información en la Ley 19/2013» (FJ 4.º). Recuerda el Alto Tribunal que el derecho de acceso a la información se reconoce:

«como un auténtico derecho a acceder a la información pública en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española» y que «la Ley configura de forma amplia ese derecho a la información pública, del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud; que este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información –derivado de lo dispuesto en la Constitución Española– o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos; y, en fin, que, en todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad» (FJ 4.º).

Por lo que concluye que «la formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1. de la Ley 19/2013, como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información». De modo que bajo esta postura «restrictiva» de los límites al derecho y de las causas de inadmisión de solicitudes, ante la configuración expansiva del derecho de acceso, sólo serían aceptables las causas de inadmisión que estén justificadas «de manera clara y suficiente» (FJ 6.º).

En relación al carácter expansivo del derecho de acceso y su correlativo efecto constrictor de cualquier limitación que se quiera establecer, también se suele hacer alusión en las sentencias a la interpretación que ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁶ acerca del alcance del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷.

En este preciso sentido y tomando como sustento, en muy buena medida, la jurisprudencia de Estrasburgo, conviene reparar en la creciente tendencia doctrinal a otorgar al acceso a la información pública el

⁶ Véase principalmente la STEHD, de 8-11-2016 (caso Magyar) y el análisis que realiza Lorenzo COTINO (2017: 287 y ss.) sobre el test que confecciona el TEDH para determinar los casos en los que en el derecho de acceso debe tener una mayor protección en atención a su carácter como derecho fundamental.

⁷ SAN, de 25 de julio de 2017, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 7.ª, Rec. 46/2017, FJ 2.º.

rango de auténtico derecho fundamental, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico-constitucional interno. Aunque el Tribunal Constitucional no ha admitido aún con plenitud esta caracterización, ciertos autores han encontrado en el derecho a recibir información, previsto en el art. 20 CE, la matriz a partir de la cual emergería, como una de sus manifestaciones, la naturaleza fundamental del derecho de acceso, siguiendo, precisamente, la estela del TEDH (FERNÁNDEZ RAMOS, 2017b; COTINO HUESO, 2014; SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, 2016; RAMS RAMOS, 2013)⁸.

Se dirá que ello no tendría por qué influir de modo radical en la configuración del régimen de admisión de las solicitudes de acceso, sobre todo a la vista de la trayectoria, no siempre aleccionadora, seguida en el diseño del régimen de inadmisión de los recursos de amparo (CIERCO SEIRA, 2009: 51 y ss.). Es cierto, pero conviene adoptar la perspectiva adecuada en este tema. Primero, que el recurso de amparo esté o haya estado sometido en su admisión a trámite a un régimen restrictivo, nada tiene que ver con que dicha restricción sea extrapolable al ejercicio mismo del derecho fundamental cuya tutela constitucional se impetra. Segundo y consiguiente, resultaría incoherente, pues, tratar de establecer un paralelismo entre ambos regímenes de admisión. Esto es, entre, de un lado, el propio de la más alta magistratura que nuestro sistema contempla para la defensa de la CE, sometido a una presión resolutoria enorme, pero que se inserta en un sistema en el que existen abundantes posibilidades de obtener la tutela del derecho, protegido también en los escalones intermedios del sistema judicial. Y, de otro lado, el régimen de admisión que se aplicaría por parte de organizaciones administrativas puramente vicarias, permanentemente necesitadas de justificación en sus acciones y sometidas, estrictamente, al ordenamiento jurídico general, sobre todo en un campo de actividad afectante a la órbita de derechos de los ciudadanos, como es este.

En realidad y al margen del debate sobre la reconducción del derecho de acceso general al ámbito de los derechos fundamentales, conviene reparar en el incuestionable cambio de modelo operado en la configuración de este derecho, a partir de la LTBG. En efecto, hemos transitado en España desde una articulación clásica –netamente individual y defensiva del derecho de acceso–, hacia una arquitectura desvinculada de una legitimación personalizada en el requirente de acceso, más abierta, centrada en una apertura y transparencia general del aparato público y en su exposición «por defecto» al escrutinio cívico y democrático, en el que su objeto mismo es la información pública, al margen de su incorporación o no a un procedimiento.

Estos y otros rasgos sirven para caracterizar dos modelos de acceso a la información pública en buena medida ideales (CARLONI, 2014: 136-140). El que está basado esencialmente en la experiencia norteamericana de la FOIA (*Freedom of Information Act*), frente a ese otro modelo clásico –que ha regido en España a partir de la redacción originaria del art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC)–, fundamentado en una opacidad general o «por defecto», con aperturas selectivas, activadas siempre a instancia de ciudadanos individuales, a los que se exigiría la titularidad de una posición jurídica subjetiva cualificada, que, en consecuencia, han de fundamentar su solicitud de acceso en la defensa de un derecho o interés legítimo, y que opera exclusivamente sobre información pública vinculada a la actividad administrativa formalizada (procedimientos o expedientes).

Por si fuera poco, no debe olvidarse que –como en parte se vuelve a insistir seguidamente– la consideración de la inadmisión como una operación frustrante de una respuesta de fondo, con tintes de «anomalía», postula una constante interpretación restrictiva de sus causas determinantes, así como un examen ponderado y sereno sobre su concurrencia, al margen de cualquier consideración sobre la posición subjetiva de fondo afectada por el procedimiento. Esta postura ha sido mantenida por autores como CIERCO SEIRA (2009:151 y ss.) en relación con la inadmisión en los procedimientos de revisión de oficio, aunque sus conclusiones son extrapolables a cualesquiera otras potestades o funciones.

A la vista de todo lo expuesto, parece poco cuestionable que cualquier interpretación de los supuestos de inadmisión deba realizarse bajo una perspectiva restrictiva⁹, algo que a priori no parece haberse reflejado

⁸ Conviene, no obstante, referir que existen vehementes posiciones opuestas, como las de los profesores Tomás Ramón FERNÁNDEZ o Benigno PENDÁS, como puede comprobarse por sus comparecencias parlamentarias durante la tramitación del proyecto de la que luego sería la LTBG (GUICHOT REINA, 2014: 37).

⁹ La reconducción del acceso a la categoría de los derechos fundamentales, que hoy parece dominante en nuestro panorama doctrinal, es un tema sobre el que no podemos detenernos, con la profundidad necesaria en este trabajo. Ahora bien, su afirmación debe conllevar obligatoriamente un considerable impacto sobre la interpretación de las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso y su escrutinio judicial. No se trata, por lo demás, de un fenómeno novedoso, pues parecidas consideraciones se han venido haciendo en nuestro ordenamiento jurídico en relación con el derecho de acceso de los concejales a la información municipal, unánimemente considerado como una facultad inherente al derecho de los ciudadanos «a participar en los asuntos públicos, [...] por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal», reconocido en el art. 23.1 CE. Como se ha

—con la intensidad necesaria—, en los criterios interpretativos del CTBG que ha dictado respecto a tres de los supuestos de inadmisión. En concreto, se han formulado tales criterios respecto de aquella información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, que requiera reelaboración, o que se trate de solicitudes de información repetitivas o abusivas. En el resto de casos y en ausencia de unos criterios específicos, como es el caso de la información en curso de elaboración y publicación general, o que se dirija a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente, hay que recurrir a la doctrina y a las resoluciones del CTBG para dilucidar adecuadamente el alcance de la inadmisión¹⁰.

La existencia de estos criterios interpretativos es transcendente. En primer lugar, porque la propia ley otorga la facultad de «adoptar criterios de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en la ley» (art. 38.2.a) a la Presidencia del CTBG, es decir, de erigirse en el órgano de referencia de interpretación de la Ley, al margen de la inextinguible capacidad de jueces y tribunales para hacerlo. En segundo lugar, la jurisprudencia analizada está tomando como referencia dichos criterios interpretativos para apoyar la argumentación jurídica de algunas de sus sentencias¹¹, aludiendo expresamente al valor reforzado que poseen los criterios interpretativos por el hecho de que la Comisión de Transparencia del CTBG debe emitir informe previo a su adopción¹², y porque la misma está formada por integrantes de procedencias cualificadas, entre las que se encuentra la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, el Tribunal de Cuentas, el Congreso, el Senado, la Agencia Española de Protección de Datos, el Defensor del Pueblo y el Ministerio de Hacienda.

Cabe mencionar en este apartado, que en el Derecho autonómico se encuentran algunas precisiones adicionales, que complementan los supuestos de inadmisión comunes que se expresan en la LTBG¹³. Así, sucede en las Leyes de transparencia de Andalucía¹⁴, Aragón¹⁵, Canarias¹⁶, Cataluña¹⁷, Cantabria¹⁸, Castilla La Mancha¹⁹, Comunidad Valenciana²⁰, Navarra²¹ y Región de Murcia²², que han establecido de forma expresa una serie de reglas para fijar criterios específicos respecto a las causas de inadmisión de la LTBG. Entre estas reglas, se localizan, por ejemplo, la obligación de indicar el tiempo estimado para la conclusión de la información, cuando se inadmita una solicitud ante información en curso de elaboración; la exclusión de los informes de naturaleza preceptiva como causa de inadmisión por su carácter auxiliar o de apoyo; o la

explicado por gran número de autores (e.g. ORTEGA ÁLVAREZ, 2003; FERNÁNDEZ RAMOS, 2003), esta especial naturaleza del derecho de acceso en la esfera local le ha otorgado, tradicionalmente, rasgos distintivos frente a aquel de que son titulares el común de los ciudadanos (con igual fundamento constitucional, pero esta vez radicado en el art. 105 b CE), destacando una interpretación restrictiva de sus límites, ya sean adjetivos, ya sustanciales.

¹⁰ BARRERO RODRÍGUEZ (2017:45) destaca el esfuerzo que han realizado, tanto el CTBG como sus homólogos de las Comunidades Autónomas, para perfilar los criterios de aplicación de las causas de inadmisión, aunque detecta que se sigue manteniendo «un importante margen de apreciación sobre la concurrencia o no, ante las circunstancias particulares de cada caso» y que, además, sería conveniente matizar o perfilar los criterios interpretativos del CTBG una vez transcurrido un periodo prudencial, porque en algún caso este órgano no «absorbe todos los supuestos posibles» en algunas causas de inadmisión.

¹¹ Véase el *Caso entrevistas personales*, SJCCA núm. 10 de 28 de noviembre de 2016, núm. 159/2016, FJ 3.º (confirmada por SAN, de 24 de abril de 2017, núm. Res. 162/2017, Sec. 7.ª).

¹² Vid. el artículo 8.2 b del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el *Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*.

¹³ Las leyes autonómicas de transparencia son bastante redundantes, sin que en términos generales se hayan apartado de lo establecido por la normativa estatal. Se echa de menos que, por cuestiones de aplicación de una técnica legislativa más acertada, no hubiese una reproducción de la norma estatal tan idéntica para plasmar los mismos contenidos en muchas de ellas, y que se hubiese optado por una remisión general, dejando solamente los contenidos propios que aportan las normas autonómicas.

¹⁴ Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

¹⁵ Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón.

¹⁶ La norma canaria, Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública, incluye además una causa adicional de inadmisión en su artículo 43.1.f) relativa a las solicitudes «Que afecten a una pluralidad de personas cuyos datos personales pudieran revelarse con el acceso a la petición, en número tal que no sea posible darles traslado de la solicitud en el tiempo establecido para su resolución». Durante el proceso de elaboración de la norma, se contempló la posibilidad de incluir este supuesto en la LTBG, pero finalmente no prosperó. Su mera propuesta como causa de inadmisión fue criticada porque en todo caso, sus previsiones deberían llevar a una ampliación de los plazos, pero no a una inadmisión (FERNÁNDEZ RAMOS, 2013:269).

¹⁷ La Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de la Generalitat varía respecto a las causas de inadmisión y no refleja el equivalente a las causas que se originan ante desconocimiento del órgano que posea la información o ante solicitudes repetitivas o abusivas.

¹⁸ Ley 1/2018, de 21 de marzo de Transparencia de la Actividad Pública de Cantabria.

¹⁹ Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha.

²⁰ Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.

²¹ Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

²² Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

imposibilidad de inadmitir bajo la causa de reelaboración aquella información que pueda obtenerse mediante un tratamiento informatizado de uso corriente, entre otras.

Aparte quedan normas como la extremeña²³ que no realiza aclaraciones adicionales y las Leyes de Asturias²⁴, Castilla y León²⁵, Galicia²⁶, Islas Baleares²⁷ y La Rioja²⁸, que directamente no regulan las causas de inadmisión y deben guiarse por la normativa estatal, bien porque son anteriores a la LTBG o porque hagan una remisión expresa a ella.

En este sentido, conviene recordar que, como ha venido a señalar doctrina autorizada, no resulta constitucionalmente tolerable el establecimiento, por parte de los legisladores autonómicos, de causas de inadmisión adicionales a las dispuestas por la legislación básica del Estado (FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, 2017:225; BARRERO RODRÍGUEZ, 2017:3). Es este un problema que se extiende, además, a otras determinaciones procedimentales esenciales en el ejercicio de este derecho y cuya fijación unívoca y cerrada corresponde al legislador estatal. Entre ellas, están las relativas al sentido del silencio administrativo –sobre la que ya ha recaído pronunciamiento por parte del TC, que ha declarado inconstitucional algunos preceptos la norma aragonesa²⁹– o el establecimiento de cualesquiera otras especialidades procedimentales. De ahí que pueda ser objeto de crítica que la normativa autonómica fije, ya no solo reglas, sino prácticamente supuestos de nueva redacción, como sucede en la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, con una serie de añadidos como causa de inadmisión que se alejan de la redacción de la LTBG, aunque finalmente pueda existir mucha equivalencia y pudieran considerarse que quedan subsumidas en éstas³⁰.

2.2. Motivación, silencio administrativo e inadmisión de solicitudes de acceso. Su articulación en sede judicial y ante los órganos especiales de reclamación

La inadmisión da como resultado la finalización del procedimiento, aunque se destaca la obligación, que establece el mismo artículo 18.1 LTBG, de motivar los casos en los que se aplica. Según los criterios interpretativos del CTBG, dicha motivación debe hacer expresas las causas de inadmisión y su justificación legal o material; asimismo, la justificación de la decisión debe hacerse de forma concreta y aplicada al caso de que se trate, por lo que se deduce que no sería válida como motivación la invocación de causas de carácter general.

Sin embargo, se puede producir cierta rotura del esquema que plantea la Ley cuando, ante solicitudes de acceso a la información, opere la institución del silencio administrativo. En tal caso, la inactividad administrativa tiene, como hemos dicho, efectos negativos, según lo prevenido en el artículo 20.4 LTBG, lo que abre a los solicitantes la posibilidad de interponer ante el CTBG el recurso previsto en el artículo 24. Del análisis de la jurisprudencia se observa cómo, en algunos casos, el silencio administrativo ha pretendido ser utilizado por los sujetos públicos obligados para esquivar la necesidad de motivación, lo que posteriormente y en sede judicial, han defendido como situaciones susceptibles de haber incurrido en causa de inadmisión o de infringir los límites que la ley establece.

Así sucedió en el caso «Gastos de Eurovisión 2015», en el que la CRTVE pretendía hacer valer que la solicitud incurría en una de las causas de inadmisión, por lo que –recuerda el tribunal– la decisión habría requerido una resolución motivada, algo que no se dio en este supuesto. Por lo tanto, no procedería a pos-

²³ Dicha norma, Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura, regula además una causa de inadmisión que solo tiene equivalente en la norma canaria y que se refiere a aquellas solicitudes que afecten a una pluralidad de personas «cuyos datos personales pudieran revelarse con el acceso a la petición, en número tal que no sea posible darles traslado de la solicitud en el tiempo establecido para su resolución» (art. 21.d).

²⁴ Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés.

²⁵ Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León.

²⁶ Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno.

²⁷ Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la Buena Administración y del Buen Gobierno de las Illes Balears.

²⁸ La Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja, hace una remisión en su artículo 13 a la legislación básica del Estado para el ejercicio del derecho de acceso. No obstante, surgen dudas sobre la diferenciación que esta norma hace entre el derecho de acceso y las solicitudes de documentos y datos del sector público autonómico con finalidades de reutilización, sobre los que en su artículo 26.4 establece como causa de inadmisión de solicitudes «que impliquen un trabajo desproporcionado para los servicios de la Administración autonómica o que carezcan manifiestamente de utilidad».

²⁹ La STC 104/2018, de 4 de octubre, ha declarado inconstitucional, por invasión de la competencia exclusiva estatal respecto al procedimiento administrativo común, el sentido estimatorio del silencio dispuesto en el artículo 31.1 de la Ley de Transparencia de Aragón, por ser contradictorio con el efecto desestimatorio contemplado en la LTBG.

³⁰ Entre ellas se pueden citar los apartados a y c de su artículo 37: «a. Que se refieran a información que la ley excluya del derecho de acceso» y «c. Las peticiones de respuestas a consultas jurídicas o las peticiones de elaboración de informes o dictámenes».

teriori asumir que concurrió una causa de inadmisión: «no habiéndose dictado una resolución expresa de inadmisión a trámite, no cabría tampoco entender infringido por la resolución impugnada», ya que el efecto del silencio no es la inadmisión de la solicitud, sino su desestimación³¹.

De hecho, hay que recordar que la resolución que emita el sujeto público obligado, por entender que se incurre en inadmisión, debe estar debidamente motivada especialmente ante causas de inadmisión construidas en torno a conceptos jurídicos indeterminados, cuya indefinición constitutiva exige, desde un punto de vista de pura justicia, un mayor énfasis sobre la interpretación seguida en el caso concreto por el sujeto público de que se trate (CIERCO SEIRA 2009: 243-244). Por ello, pretender la inadmisión en vía judicial tras no responder tempestivamente a la solicitud de acceso, y con ello, evitar la obligación de motivar una resolución, es una práctica *escapista* que debería conllevar un mayor reproche en vía judicial³², ya que, finalmente y pese a la advertencia que se hace constar en la sentencia, el tribunal entra a examinar la existencia o no de causas que lleven a la inadmisión. No obstante, bien es cierto que este aspecto parece ser esencial para desestimar las pretensiones de la CRTVE en apelación³³ y casación, y que, como se recuerda en la sentencia de este último recurso, se tiene en cuenta que la CRTVE alegó la causa de inadmisión en el trámite de alegaciones previo a la resolución del CTBG, pese a que no había resuelto como procedía tras la solicitud de información³⁴.

FERNÁNDEZ RAMOS (2017a: 61) recuerda que esta práctica no debe ser admitida «acríticamente» y reprocha la naturalidad con la que algunos organismos de garantía proceden a resolver las reclamaciones ante el silencio administrativo, sin advertir las previsiones del artículo 20.6 LTBG, en el que se establece que «el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora».

Asimismo, hay que tener en cuenta la existencia de sentencias que reconocen al CTBG la capacidad para detectar la presencia de causas de inadmisión, aun cuando no se haya resuelto en ese sentido por los sujetos públicos requeridos. Así, ante un caso de silencio administrativo en el que se alega tardíamente la causa de inadmisión en vía de reclamación, en el trámite de audiencia a las partes previo a la resolución del CTBG, el tribunal estima que este órgano administrativo de garantía «sí puede declarar la concurrencia de alguna de las causas de inadmisión de la petición de información recogidas en el artículo 18 de la Ley 19/2013», porque aun cuando «se desestima la petición de información por silencio administrativo, tiene plena competencia para analizar y valorar la totalidad de las causas de inadmisión o desestimación o estimación que puedan alegarse»³⁵. Es decir, que se permite veladamente que se produzca el silencio administrativo y que el CTBG pueda reconocer que existe causa de inadmisión, aunque no haya resolución expresa de la organización a la que se haya solicitado la información.

No obstante, las prácticas problemáticas que se han expuesto tienen matices distintivos. Conviene no perder de vista que el planteamiento judicial consistente en no consentir el examen de una posible causa de inadmisión de la solicitud de acceso, que no fue advertida en el procedimiento inicial, es plenamente coherente con el posicionamiento, asimismo jurisdiccional, de retorno al carácter puramente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta materia. En efecto, como ha destacado CIERCO SEIRA (2009: 278 y ss.), la tendencia judicial preponderante consiste, con carácter general, en no entrar en el enjuiciamiento de fondo cuando la Administración Pública ha pronunciado una resolución de inadmisión, limitando, pues, su fallo a la procedencia o no de ésta.

Si el juez no puede satisfacer la pretensión sustantiva que subyacía a la solicitud de acceso, porque el acto de la Administración Pública no le brindaba esa posibilidad, resulta hasta cierto punto coherente que aquél persista en negarse a hacer cualquier cosa –en el caso, evaluar la procedencia de la inadmisión– para lo que el acto nuevamente no le habilita. Pero, entiéndase bien. Este posicionamiento judicial mayoritario, nos parece hasta cierto punto razonable, en la medida en que no existe pronunciamiento administrativo

³¹ SJCCA núm. 6, de 18 de mayo de 2016, núm. 60/2016, FJ 3.º.

³² Una de esas vías para la intensificación del reproche judicial a tales conductas fraudulentas, habría podido consistir en la imposición de las costas procesales a la Administración Pública que incurriera en ellas. Sobre esto, remitimos de nuevo a CIERCO SEIRA (2009: 297-298). No obstante, tal posibilidad quedó en buena medida cercenada tras la reforma del sistema de imposición de costas en el contencioso-administrativo, operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que proyectó también sobre este orden jurisdiccional la regla general *victus victori*.

³³ SAN, de 7 de noviembre de 2016, núm. Res. 432/2016, Sec. 7.ª.

³⁴ STS, de 16 de octubre de 2017, núm. 1547/2017, Sec. 3.ª, FJ 3.º.

³⁵ SAN, de 27 de febrero de 2017, Sec. 7.ª, núm. Res. 86/2017, FJ 6.º.

previo sobre la inadmisión, lo que vetaría el posterior escrutinio judicial sobre ese particular. Ahora bien, si partimos de la necesidad de desembarazarse definitivamente de la servidumbre del *acto administrativo* y de su estricta revisión, dicha doctrina no puede, en cambio, ser tolerada. Y no puede serlo, toda vez que el enjuiciamiento de la actividad unilateral de las Administraciones Públicas –no puede olvidarse– tiene como objetivo prioritario la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos, tal y como proclama taxativamente el art. 24 CE.

Sucede, pues, que el juez debe actuar de modo equivalente a la Administración, al resolver los recursos administrativos³⁶. En efecto, en estos el órgano que debe resolver ha de decidir, ciertamente, dentro del ámbito de las pretensiones de los interesados, pero también –si bien, con previa audiencia– «cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados» (art. 119.3 Ley 30/2015, de 1 de octubre). Pues bien, a una tarea similar ha de proceder el juez, con el énfasis añadido de que su deber de intentar un enjuiciamiento sobre el fondo del asunto es todavía mayor. En consecuencia, el juzgador ha de proceder a toda costa a un examen sobre el fondo de la solicitud de acceso, salvo que necesariamente concurra algún obstáculo insuperable.

No se trata de entrar ahora en el proceloso y controvertido debate sobre la posibilidad de introducción en el contencioso de motivos no alegados en vía administrativa, –frente a la prohibición de suscitar cuestiones nuevas–, pero sí conviene hacer algunas aclaraciones sobre el alcance de esta invocación *extemporánea* de las causas de inadmisión.

Primera. La Ley 9/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), admite que tanto el demandante, como el sujeto público demandado, puedan introducir nuevos motivos en la demanda o la contestación, «hayan sido o no planteados ante la Administración» (art. 56.1). A pesar de la equívoca redacción de este último inciso, parece que también la Administración Pública podría invocar la concurrencia de un motivo nuevo que amparase su pretensión (la declaración de ser conforme a Derecho el acto recurrido y, con ella, la denegación del derecho de acceso a los documentos por parte del solicitante), siempre que esta permanezca invariable³⁷. En tal sentido, alegar en vía judicial la inadmisibilidad de la solicitud de acceso parece que debería ser admitido, con carácter general, si –insistimos– lo que se pretende es desvincular la labor jurisdiccional respecto de lo estrictamente valorado en sede administrativa.

Segunda. En los casos de desestimación ficticia por silencio³⁸, es cierto que se produciría una relevante ausencia de motivación por parte de la Administración Pública respecto de la concurrencia de la causa de inadmisión³⁹, pero una vez admitido que la Administración Pública demandada podría introducir en el proceso un nuevo motivo (en el caso, de inadmisión de la solicitud de acceso), tendría el correlativo deber de motivar su concurrencia ante el juez.

Tercera. Hay que tener en cuenta que la inadmisión tuvo en su origen la finalidad de economizar el despacho de los asuntos administrativos, permitiendo excluir la tramitación de aquellas solicitudes que, claramente, no podían comprenderse dentro de los parámetros (objetivos, subjetivos o funcionales) del correspondiente procedimiento.

Tres eran, pues, las notas distintivas esenciales de la inadmisión. De algún modo, operaba al margen de cualquier juicio sobre el fondo de lo suscitado y, en coherencia con ello, se basaba predominantemente en motivos de índole formal o en obstáculos procesales, dejando las apreciaciones sobre los límites sustantivos de

³⁶ Los recursos resultan, a nuestro juicio, asimilables a las reclamaciones –reciban o no esta precisa denominación– habilitadas ante órganos especializados en materia de transparencia e implementados por las distintas Administraciones Públicas. Entre tales reclamaciones, destacan las previstas en el ámbito la estatal, residenciables ante el CTBG, argumento ex art. 112.2, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

³⁷ Cuestión, por supuesto, distinta es la de si, descartada la concurrencia de la causa de inadmisión, debe pasar el juez al enjuiciamiento de fondo de la solicitud de acceso, algo en lo que –nos reiteramos– creemos firmemente. Lo contrario ha constituido, en buena medida, la tónica jurisprudencial, severamente criticada por CIERCO SEIRA (2009: 287 y ss.). Salvo que se alce un obstáculo a dicho pronunciamiento de fondo, como el carácter discrecional de la apreciación de alguno de los límites sustantivos al acceso. Y lo cierto es que la mayor parte implican, con diverso alcance, el despliegue de un juicio discrecional (*vid.* el art. 14 LTBG). En tales casos, quedaría al juez el inexpropiable poder de enjuiciar el correcto ejercicio de la discrecionalidad, aunque no el de sustituir el núcleo de la valoración. El límite de la discrecionalidad parece, pues, *a priori*, claro. *Vid.* con carácter general, para supuestos parecidos al aquí analizado, un posicionamiento nítido desde antiguo en la mejor doctrina (CLAVERO ARÉVALO, 1963: 223-224).

³⁸ Que serán la mayoría de los potencialmente posibles, pues solo en ellos la Administración Pública no habrá tenido, auténticamente, posibilidad de pronunciarse sobre la concurrencia de una causa de inadmisión.

³⁹ Lo que no deja de ser relevante, pues algunas de las causas de inadmisión implican un amplio margen de apreciación, aunque no siempre pueda identificarse dicho margen con el ejercicio de discrecionalidad. El exponente sería, seguramente, el supuesto previsto en el art. 18.1 e LTBG: que las solicitudes «sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley».

los derechos o intereses invocados a la resolución final de los expedientes admitidos. Finalmente, tales causas de inadmisión se caracterizaban —en realidad, tenían sentido— por estar ubicadas en un momento inicial (liminar) del procedimiento. Cuando a las mismas se fueron incorporando otras con características distintas y más próximas a razones sustanciales y, por eso, a motivos de desestimación final de las pretensiones, esa necesaria evaluación liminar se fue relajando en un proceso de carácter evolutivo (CIERCO SEIRA, 2009: 82 y ss.).

Esto sucede también en materia de derecho de acceso, de modo que nos encontramos con motivos de inadmisión que, con independencia de los defectos que puedan presentar en su configuración, responden al modelo clásico expuesto. Tal sería el caso de los previstos en los apartados *d* (solicitudes «dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente») y *e* («que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley») del art. 18.1 LTBG. Contrariamente, otros de los motivos legales de inadmisión responden a esa categoría más identificable con razones de fondo, como es el caso de los contemplados en los apartados *a* y *b* de dicho precepto⁴⁰.

Pues bien, nos parece claro que únicamente podría admitirse la invocación procesal *ex novo* y, en definitiva, la aplicación extemporánea —en sede judicial o ante un órgano de reclamaciones— de una causa de inadmisión del derecho de acceso en estos últimos supuestos contemplados en el art. 18.1 *a* y *b* LTBG —lo que implicaría, esencialmente, un pronunciamiento de desestimación—, pero de ningún modo en los primeros (apartados *d* y *e* de dicho precepto), que necesariamente habrían de ser apreciados, expresamente y *a limine*, en el procedimiento administrativo previo.

Caso más dudoso sería, en cambio, el previsto en el apartado *c* (sobre solicitudes «relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración»), aunque seguramente fuera reconducible a los motivos que hemos señalado como equivalentes a exclusiones del acceso por razones de fondo (apartados *a* y *b*) y, por lo tanto, podría tal vez invocarse extemporáneamente por la Administración Pública demandada.

Permitir que, tras meses o años de haber presentado la solicitud de acceso —sin haber recibido respuesta expresa de la Administración Pública o incluso habiéndola recibido—, ya en sede judicial, la Administración Pública demandada pueda alegar eficazmente la denegación del acceso por tratarse de una solicitud «manifiestamente repetitiva»⁴¹, que es un motivo de inadmisión claramente *defensivo*, generaría una situación de injusticia material clamorosa que, a nuestro juicio, no se debería permitir.

3. LA INADMISIÓN POR SER NECESARIA UNA ACCIÓN DE REELABORACIÓN

A continuación, se aborda la causa prevista en el art. 18 *c* LTBG, que establece el supuesto de aquellas solicitudes «relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración». Esta causa de inadmisión es una de las que más ha sido esgrimida por los sujetos públicos obligados para rechazar la concesión de información, constituyendo una especie de *comodín* para aquellos que pretenden esquivar el otorgamiento del acceso. El problema de fondo sobre la «necesidad de reelaboración de información» reside en la adecuada interpretación de las circunstancias que permitan afirmar su concurrencia.

Frente a una redacción más limitada de la LTBG en este supuesto, cabe mencionar que la Ley andaluza ha adicionado un criterio para la aplicación de esta causa de inadmisión. En concreto, dicha Ley autonómica señala en su artículo 30 *c* que «no se estimará como reelaboración que justifique la inadmisión la información que pueda obtenerse mediante un tratamiento informatizado de uso corriente». Así, se vienen a admitir como válidas las solicitudes que requieran tratamiento, siempre que la complejidad del mismo esté circunscrita a un tratamiento informatizado que no requiera especial complejidad. Esta previsión guarda identidad con lo que se establece en las leyes de Comunidades Autónomas como Aragón (art. 30.1 *a*), Canarias (art. 43.2 *c*), Cantabria (12.1 *c*), Castilla La Mancha (art. 31.1 *c*), Comunidad Valenciana (art. 16.2 *b*), Navarra (art. 37 *g*) y Región de Murcia (art. 26.4 *c*)⁴². Además, la Ley navarra concreta la exclusión de esta causa de inadmisión en la «acción que requiera aglutinar la información dispersa en varios documentos existentes» (art. 37 *g*).

⁴⁰ «a) Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general. b) Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas». En realidad, se trataría en última instancia de información y documentos no accesibles.

⁴¹ Sería también de por sí muy cuestionable que, en tales circunstancias, la Administración Pública ante la que se presentó la solicitud pudiera invocar, sin mayores consecuencias jurídicas, el desconocimiento a que se refiere el apartado *d* del art. 18.1 LTBG.

⁴² La Ley de Extremadura solo establece el supuesto en los mismos términos que la LTBG.

En el caso catalán (art. 29.1 *b*), la norma aborda este criterio de forma parcialmente equivalente, al condicionar que para esa elaboración o reelaboración sea «necesaria una tarea compleja». Además, en tal caso, la Ley añade como novedad la posibilidad de «dar la información de forma desglosada, previa audiencia del solicitante».

3.1. La acción de reelaboración según el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

El CTBG dictó, el 12 de noviembre, el Criterio 7/2015, sobre causas de inadmisión de solicitudes de información relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración⁴³. Para el desarrollo del criterio, el CTBG parte de la conceptualización de la información pública llevada a cabo en el artículo 13 LTBG⁴⁴, para diferenciarla a continuación de sus componentes, como son los datos y los documentos. Así, argumenta dicha instancia de garantía, que la información debe comprender necesariamente un mínimo de elaboración a partir de los datos y documentos existentes, por lo que no se incurre en el supuesto de inadmisión cuando se requiere la «mera agregación, o suma de datos, o el mínimo tratamiento de los mismos».

El CTBG utiliza algunos de los supuestos previstos por la LTBG en otros artículos para diferenciarlos de la operación de «reelaboración» y, por tanto, excluirlos de la esfera en la que opera esta causa de inadmisión. Entre ellos, menciona la *información voluminosa*, que, al contrario de la que exige operaciones de reelaboración, no origina inadmisión y puede dar lugar a una ampliación del plazo para facilitar la información (art. 20.1 LTBG). También la distingue de las operaciones necesarias para que la información deba ser *anonimizada o disociada* respecto de los datos de carácter personal que contenga, en el sentido expresado por los artículos 15.4 y 16 de la Ley. No obstante, la parquedad explicativa del criterio interpretativo no permite tener clara la distinción, cuando dicho proceso de disociación conlleve una amplia carga de trabajo o requiera una amplia elaboración.

Por el contrario, el criterio interpretativo sí admite la existencia de reelaboración en los casos en que, para ofrecer la que se ha solicitado, sea necesario hacer uso de diversas fuentes de información, o cuando se haya solicitado información en un formato distinto de aquel en el que se conserva y la misma no sea reutilizable, exceptuando los casos específicos de extracción de información en formato Excel o Word, que no puede considerarse como una operación de reelaboración.

También, admite el CTBG que se proceda a la inadmisión de la solicitud cuando no se disponga «de los medios técnicos que sean necesarios para extraer y explotar la información concreta que se solicita, resultando imposible proporcionar la información solicitada». Este supuesto también se tolera como causa de inadmisión ante el requerimiento de información voluminosa en un contexto de falta de los medios necesarios.

Sobre el criterio interpretativo, BLANES CLIMENT (2015) critica, muy fundadamente, que se pueda inadmitir una solicitud de acceso si ello conlleva el volcado de datos de diversas fuentes⁴⁵, ya que de este modo se estaría restringiendo el derecho a la información pública y degradándolo a un mero derecho al «documento ya existente», tal y como previamente argumenta el CTBG en su criterio para admitir cierto mínimo de reelaboración de la información, sin que sea objeto de inadmisión.

No parece faltar razón al autor. Al amparo de la LTBG, que recordamos, supone el tránsito hacia un modelo más abierto y transversal en cuanto al derecho de acceso a la información pública se refiere, no parece fundada la inadmisión de solicitudes de información que, no conllevando una tarea estricta de reelaboración, exijan del sujeto público obligado simplemente la agregación de lo requerido a partir de distintas fuentes. No se trata, a nuestro juicio, de la reducción del ahora examinado a un supuesto «derecho al documento existente», sino más bien de su degradación a un atípico «derecho a la información pública obrante en una sola fuente o sistema de información»⁴⁶.

⁴³ CI/7/2015, de 12 de noviembre.

⁴⁴ Artículo 13. Información pública. «Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

⁴⁵ En la Ley navarra se excluye expresamente como supuesto de esta causa de inadmisión que la información esté dispersa en varios documentos existentes (art. 37 g).

⁴⁶ En efecto, el concepto de documento no parece aquí del todo pertinente, pues, como ha señalado con justeza SENDÍN GARCÍA (2014), la necesaria interpretación amplia del mismo resulta suficiente para reconducirlo a un conjunto de unidades de información incorporado a un soporte, lo que remitiría derechamente nada menos que a la «universalidad», pues, al margen de la necesidad de reelaboración, no resulta sencillo concebir información no incorporada en algún soporte. Sobre esta acepción amplia, la Ley 16/1985, de

Entiende el autor que el ciudadano no tiene por qué sufrir la falta de medios de las Administraciones y que las limitaciones de formato no están justificadas, tanto por no estar establecidas en la LTBG, como porque el acceso precisamente se concibe «preferentemente por vía electrónica». Además, permitir la causa de inadmisión por la inexistencia de los formatos solicitados, viene a ser un incentivo para la no imposición de formatos reutilizables y sin que tal imposición implicara, claro está, nada parecido a un «derecho al formato».

En cuanto a la posible fundamentación de una imposibilidad del acceso, debido a la carencia de medidas técnicas u organizativas o de las adquisiciones materiales pertinentes por parte de la Administración Pública, hay que tener en cuenta que el reconocimiento de un derecho debe llevar «de suyo el correlativo deber para la Administración Pública de implementar los medios que garanticen su ejercicio, sin menoscabo naturalmente del funcionamiento del resto del aparato público», ya que «si, por el contrario, lo que pretendía conjurar este inciso era el abuso en el ejercicio de este derecho, seguramente nuestro ordenamiento ha dispuesto siempre de resortes suficientes para ello sin necesidad de menciones adicionales» (FERNÁNDEZ SALMERÓN, 2017:305, nota 49)⁴⁷.

Finalmente, el Consejo en su criterio interpretativo aporta algunas pautas para determinar cuándo se entiende que la solicitud exige una labor de «reelaboración», para lo cual el sujeto público requerido deberá basarse en «elementos objetivables de carácter organizativo, funcional o presupuestario». Para BLANES CLIMENT (2015) estos elementos suponen una «tentación» para las Administraciones Públicas, debido a que se trata de conceptos jurídicos indeterminados, y puede recurrirse a ellos para inadmitir solicitudes «no cuando exista alguna imposibilidad, sino con una simple dificultad organizativa, funcional o presupuestaria»⁴⁸.

3.2. La omisión de la acción de reelaboración ante información existente que solo requiere ser recopilada

Con posterioridad a la elaboración de este criterio interpretativo, se han dictado algunas sentencias en procesos entablados contra resoluciones del CTBG, cuya argumentación jurídica principal giraba en torno a la inadmisión de solicitudes de acceso por este motivo. Resultan de especial interés los litigios con la CRTVE en relación a sus costes, y por ello, se analizan las sentencias relativas a los casos que denominaremos «Coste de los canales de televisión»⁴⁹, que fallan en contra del criterio del CTBG y a favor de la CRTVE; «Coste del Festival de Eurovisión 2015»⁵⁰, que lo hacen a favor del Consejo; y las sentencias que, –en di-

25 de junio, del Patrimonio Histórico Español señala que: «se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos». Por si no fuera suficiente, la LTBG añade, junto a la información documentada, la accesibilidad de los «contenidos» en general (art. 13).

⁴⁷ Esta reflexión se realizaba en relación a una perturbadora disposición en parecido sentido contenida, hasta 2013, en el art. 37.3 de la LRJ-PAC: «el derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos».

⁴⁸ En su estudio conjunto sobre la doctrina del CTBG y de los organismos de garantía del derecho de acceso de las Comunidades Autónomas, BARRERO RODRÍGUEZ (2017: 30 y 31) considera el contenido de la Resolución 36/2015, de 11 de febrero de 2016, de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña como un ejemplo de delimitación de los criterios aplicables ante esta causa de inadmisión, bajo la redacción de la Ley de transparencia catalana, que se refiere a ella como «una tarea compleja de elaboración de reelaboración». Así, en dicha resolución se califican como «indicios» para la existencia de la mencionada consideración los siguientes supuestos, traducidos por la propia autora a partir de la resolución original: «a) Que se deba extraer la información solicitada de documentos que tienen un contenido más amplio, especialmente si esta tarea se debe hacer manualmente y en relación con varios documentos archivados en diferentes expedientes, y más aún si la información que se debe extraer no es simple y directa y requiere una cierta actividad de análisis o de interpretación; b) Que sea necesario obtener la información solicitada de bases de datos o de archivos digitales, y que sea necesario a estos efectos utilizar programas informáticos más o menos especializados o sofisticados; c) Que sea necesario obtener la información solicitada combinando bases de datos o archivos electrónicos y archivos en papel, requiriendo además una tarea de análisis o de interpretación, d) Que la información solicitada corresponda a un lapso temporal muy amplio, de modo que haya que buscarla entre varios expedientes cronológicamente alejados e incluso entre varios contenedores o ámbitos físicos de archivo de documentos; e) Que sea necesario obtener la información solicitada de un número muy elevado de documentos y de expedientes diferentes, especialmente si se encuentran dispersos, bien sea por razones cronológicas o de cualquier otra índole; y f) Otros indicadores en base a los cuales se pueda argumentar razonadamente que la tarea de búsqueda y obtención de la información solicitada no es sencilla». Como también destaca la autora, cabe mencionar que en la resolución se apunta a dos posibilidades para entender que concurre la causa de inadmisión: ante uno solo de los indicios, si este muestra una elevada intensidad; o ante varios de ellos conjuntamente, aun mostrando una intensidad más reducida.

⁴⁹ SJCCA núm. 9, de 25 de abril de 2016, núm. 60/2016 y SAN, de 24 de enero de 2017, Sec. 7, núm. Res. 29/2017.

⁵⁰ SJCCA núm. 6, de 18 de mayo de 2016, núm. 60/2016; SAN, de 7 de noviembre de 2016, núm. Res. 432/2016, Sec. 7; y STS, de 16 de octubre de 2017, núm. 1547/2017, Sec. 3.ª.

recciones opuestas–, se pronunciaron sobre el «Coste de Gala Fin de Año 2015»⁵¹ y el «Coste del Especial Nochebuena y Campanadas 2016»⁵².

Como decimos, las sentencias se han dictado en sentidos dispares respecto a la posición del CTBG, pero llama especialmente la atención que, ante supuestos que guardan cierta identidad, como la obtención del coste de participación en Eurovisión y los de producción de programas, los pronunciamientos judiciales hayan ido en direcciones distintas. De ahí la importancia de contar con una sentencia dictada en casación por el Tribunal Supremo en torno al caso «Coste del Festival de Eurovisión 2015».

a) Caso canales de televisión: producción de información inexistente

Entrando en el análisis y en los criterios de interpretación de los órganos jurisdiccionales, en el caso «Coste de los canales de televisión» las diferencias entre el CTBG y la CRTVE se centraban, entre otros argumentos, en la posible aplicación del supuesto de inadmisión por reelaboración. El CTBG defendía que la información se encontraba en poder de la Corporación y que ésta contaba con los medios personales y materiales necesarios para obtenerla, por lo que la solicitud no debería haberse considerado dentro del supuesto de inadmisión por necesidad de reelaboración.

Sin embargo, y sin negar los argumentos del CTBG, el Juez consideró especialmente el hecho de que la contabilidad de la CRTVE se lleva a cabo de forma conjunta para todos los canales, por lo que su individualización conllevaría elaborar una nueva contabilidad separada por canales de cara a satisfacer el derecho de acceso; es decir, conduciría a una verdadera acción de reelaboración. Además, el juzgador expuso, como añadido, la existencia de una serie de gastos generales comunes, así como la producción de programas que se difunden en varias de sus emisiones, cuya individualización por canales supondría un considerable ejercicio de imputación de los gastos no exento de dificultades⁵³.

Por ese motivo, concluyen los órganos judiciales que el derecho de acceso no comprende el deber de la Administración de producir o generar información que no tenía. Pero la Audiencia Nacional⁵⁴ va incluso más allá, al considerar que el derecho de acceso «no puede ser confundido con el derecho a la confección de un informe por un órgano público a instancia de un particular»⁵⁵.

De este modo, el Juez aclara, más que cualquier contenido del criterio interpretativo CI 7/2015, cuál debe ser el extremo a considerar en el concepto de reelaboración, muy en línea con lo afirmado por BLANES CLIMENT (2015), quien apostaba porque dicho concepto «acción de reelaboración» quede «circunscrito a elaborar estudios, investigaciones, comparativas o análisis *ex professo*»⁵⁶.

Al margen de lo examinado, la sentencia resta valor a uno de los elementos fijados en los criterios interpretativos del CTBG para apreciar que existe reelaboración, y que consiste en que sea necesario hacer uso de diversas fuentes de información⁵⁷. Al respecto la Audiencia Nacional menciona que, para su apre-

⁵¹ SJCCA núm. 9, de 21 de abril de 2017, núm. 60/2017 y SAN, de 11 de septiembre de 2017, Rec. 51/2017, Sec. 7.ª.

⁵² SJJCA núm. 5, de 28 de febrero de 2018, núm. 28/2018, corregida por SAN, de 2 de julio de 2018, Rec. 47/2018, Sec. 7.ª.

⁵³ Así expresa el Juez «La demandante sostiene que para determinar el coste de cada canal no bastaría con buscar entre las cifras contenidas en la contabilidad de la CRTVE, ... sino que habría que realizar una tarea no fácil para obtener unas cifras que a día de hoy no se tienen...», concluyendo que «la información requerida precisaría realizar nuevas operaciones de análisis, agregación e interpretación, por lo que la interpretación que hace el Consejo, resulta excesivamente restrictiva y contraria al espíritu de la norma» (SJCCA núm. 9, de 25 de abril de 2016, núm. 60/2016, FJ 4.º).

⁵⁴ SAN, de 24 de enero de 2017, Sec. 7.ª, núm. Res. 29/2017, FJ 4.º.

⁵⁵ Recordamos, nuevamente, que desde hace años el ordenamiento jurídico italiano ha venido siguiendo una orientación similar. La legislación y la jurisprudencia del Consejo de Estado italianos han concluido que no es posible pretender el acceso a informaciones que no cuenten ya con forma documental en el momento en que se ejercita el derecho, o que impliquen una recopilación, mediante una específica tarea de investigación y elaboración (ROMANO, 2016: 946-947). En su configuración global, es incluso más restrictiva que la nuestra, pues ha reducido durante años el derecho de acceso a la información, no solo documentada –algo que, aunque con un alcance bastante más amplio, ha compartido con el sistema español–, sino vinculada, además, a procedimientos decisorios de las Administraciones Públicas. Por el contrario, el Derecho italiano conoce, al margen del derecho de acceso, manifestaciones del «derecho a conocer» (*right to know*) o simple «derecho a la transparencia del aparato público», desvinculadas de estas y otras rígidas exigencias, como la legitimación, incorporación de la información a procedimientos, etc., a través de deberes específicos de *publicidad activa* y del llamado *accesso civico*. (CANAPARO, 2014).

⁵⁶ Llama la atención el cruce de posiciones e interpretaciones que se produce en este caso. Es el CTBG quien ha mostrado una interpretación más laxa sobre esta causa de inadmisión, es decir, que su criterio interpretativo admitía más supuestos por los que se podría considerar que existe reelaboración, y bajo dichos criterios defendía una posición favorable al acceso a la información. Sin embargo, las sentencias sobre este caso fallan en contra de la posición del CTBG, y asumen que se produce la causa de inadmisión, incluso partiendo de un criterio más restrictivo de esta causa de inadmisión.

⁵⁷ El CTBG expresa que puede apreciarse la existencia de acción de reelaboración cuando la información deba: «a) Elaborarse expresamente para dar una respuesta, haciendo uso de diversas fuentes de información, o b) Cuando dicho organismo o entidad ca-

ciación, «es indiferente que dicha información obre en poder de la Administración o ente público encargada de dispensarla», es decir, no se observa que esta situación pueda por sí sola hacer que una información se considere que requiera reelaboración⁵⁸.

b) Caso Eurovisión 2015: simplicidad del tratamiento necesario

El siguiente caso que se analiza, tiene su origen en una solicitud de acceso a la información relativa a los gastos en que había incurrido la CRTVE para participar en el Festival de Eurovisión de 2015. El punto de partida era algo distinto al anterior, porque la CRTVE no dictó una resolución de inadmisión de la solicitud, sino que simplemente no respondió. El órgano judicial argumentó que, al no resolverse en plazo la solicitud y entenderse la misma desestimada, no debería poder alegarse –incluso en el procedimiento de reclamación ante el CTBG– causa alguna de inadmisión, dado que la Corporación no la hizo expresa en su momento mediante resolución expresa⁵⁹.

Pese a ello, el juzgador entra a examinar si concurrían o no razones para la inadmisión, destacando la falta de motivación por parte de la recurrente, CRTVE, de que lo solicitado implicara un ejercicio complejo que condujese a una reelaboración. Junto a ello, el Juez descarta que la información solicitada comportase una acción de reelaboración, porque no va «más allá de constatar las distintas partidas en que se contengan los datos de los gastos efectuados»⁶⁰, para poder extraer una cuantía global. De este modo, da la razón al CTBG y entiende procedente el acceso, considerando como elemento clave la falta de justificación de la causa de inadmisión una vez en la vía judicial. Además, a criterio del órgano jurisdiccional, una de las razones favorables al acceso, consistía en que el tratamiento necesario para obtener la información era simple, por lo que no se podía considerar una operación de reelaboración. La sentencia fue confirmada en grado de apelación y, de nuevo, en Casación ante el Tribunal Supremo, que volvió a destacar como elemento principal la falta de justificación de la inadmisión, por parte de la CRTVE:

«Por ello, la causa de inadmisión de las solicitudes de información que se contempla en el artículo 18.1c) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, no opera cuando quien invoca tal causa de inadmisión no justifique de manera clara y suficiente que resulte necesario ese tratamiento previo o reelaboración de la información»⁶¹.

c) Caso: Gala Fin de Año 2015: producción de información inexistente

También se analiza el caso correspondiente a los «Gastos de la Gala Fin de Año 2015»⁶². En concreto, la Corporación RTVE recurrió contra una resolución del CTBG en la que se estimaba la procedencia del acceso a información económica sobre los gastos de la Gala Especial Fin de Año 2015. Una vez examinada, la razón que fundamenta el sentido de la sentencia en favor de la CRTVE –denegando el acceso–, consiste en que la información contable no está individualizada por programas y que proceder a dicha individualización supondría una clara operación de reelaboración de la información, lo que constituye precisamente una de las causas de inadmisión legalmente previstas (art. 18.1 c) LTBG). Entiende el Juez que la interpretación del CTBG, –el cual no observa la concurrencia de motivo alguno de inadmisión–, «resulta excesivamente restrictiva y contraria al espíritu de la norma», en el sentido de minusvalorar el trabajo de reelaboración que conlleva otorgar el acceso. Asimismo, en interpretación del artículo 13 LTBG –que ofrece el concepto legal de información pública–, la sentencia añade que el derecho de acceso invocado se proyecta respecto «a la información que existe y que está ya disponible, lo que es distinto de reconocer el derecho a que la Administración produzca, aunque sea con medios propios, información que antes no tenía» (FJ 6.º).

El argumento de la sentencia sobre la *Gala de Fin de Año 2015* parece ir en la línea de evitar que las solicitudes de acceso permitan que se obligue a la Administración a elaborar informes o estudios «a la car-

rezca de los medios técnicos que sean necesarios para extraer y explotar la información concreta que se solicita, resultando imposible proporcionar la información solicitada».

⁵⁸ SAN, de 24 de enero de 2017, Sec. 7.ª, núm. Res. 29/2017, FJ 4.º.

⁵⁹ Sobre este concreto problema del silencio administrativo y la inadmisión de solicitudes de acceso, remitimos al análisis que hemos desarrollado *supra*, 2.2.

⁶⁰ SJCCA núm. 6, de 18 de mayo de 2016, núm. 60/2016, FJ 3.º.

⁶¹ STS, de 16 de octubre de 2017, núm. 1547/2017, Sec. 3.ª, FJ 6.º.

⁶² SJCCA núm. 9, de 21 de abril de 2017, núm. 60/2017.

ta», pero su aplicación al caso concreto de los gastos de dicha Gala parece estar forzada, ya que, *a priori*, no se observa que el reconocimiento del acceso conllevara una complejidad mayor de cara a la entrega de la información que en el caso «*Gastos de Eurovisión*»⁶³.

La aplicación de este razonamiento en relación al caso *Gastos de la Gala Fin de Año 2015* parece contraria a la postura que se ha venido manteniendo por el CTBG, que admite la necesidad de un mínimo de elaboración de la información –para diferenciarlo del «derecho al dato» o «al documento»–, además de suponer una interpretación restrictiva del concepto mismo de información pública. En este caso, existen elementos que el CTBG ha considerado fundamentales en sus criterios interpretativos para dilucidar si se está o no ante el supuesto de inadmisión por reelaboración, como es el hecho de que toda la información necesaria está en poder de la CRTVE y que se disponga de los medios necesarios para suministrarla⁶⁴.

Sorprende que en esta última sentencia, confirmada en apelación, pero en fecha anterior a la STS sobre el coste de Festival de Eurovisión 2015⁶⁵, el juzgador interprete de manera extensa las causas de inadmisión –o, de otro modo, sea restrictivo en su interpretación jurídica, pero laxo en la apreciación del esfuerzo necesario para entregar la información–, al entender que sí suponía una amplia carga y estimar que concurre la causa de inadmisión. Esta postura tiene como contrapartida, según venimos señalando a lo largo de este trabajo, una correlativa reducción del alcance del derecho, justamente todo lo contrario de lo que postula al espíritu de la norma y de lo expresado en su Preámbulo, que se ha erigido en una de las pautas interpretativas principales para otros pronunciamientos judiciales, como sucede en el caso de la sentencia de casación a la que se ha hecho referencia.

Adicionalmente, se observa que los casos «*Costes de Eurovisión*» y «*Costes de la Gala Fin de Año 2015*» guardan cierta identidad en lo que respecta al trabajo de elaboración que puedan conllevar, por lo que llama la atención lo contradictorio de las sentencias⁶⁶, algo muy distinto a la amplitud del trabajo de reelaboración que podría originar la pretensión del solicitante en el caso de los «*Coste de los canales de televisión*».

d) Caso: Especial Nochebuena y Campanadas 2016: recopilación de información existente

Tras la STS sobre el coste de Festival de Eurovisión 2015 parece que todo este vaivén interpretativo que se ha analizado va encauzándose, aunque no sin dificultades, porque en otro de los casos, «*Coste especial Nochebuena y Campanadas 2016*», la sentencia de primera instancia aplicaba un criterio restrictivo, que posteriormente fue corregido en apelación, compartiendo ya plenamente el planteamiento del Tribunal Supremo, al enfatizar que «no se aprecia que para facilitar tales datos haya que hacer un trabajo específico, es simplemente recopilarlos». De este modo, se reiteran los argumentos que alejan a una solicitud de la causa de inadmisión y, adicionalmente, se destaca el hecho de que la solicitud está alineada con la finalidad de la Ley, porque «lo que se pretende es saber de qué manera y cómo la CRTVE ha gastado el dinero que recibe»⁶⁷.

Es necesario reiterar, que un requisito que se considera clave para la apreciación de la causa de inadmisión, consiste en que la información ya exista –aspecto distinto es el relativo a dónde situar la línea divisoria entre el mínimo tratamiento que se precisa para disponer de ella y la consideración de reelaboración–. Por ello, se entiende que la postura que debe ir prevaleciendo en estos casos –ante información existente–, es que solo sea necesaria su agregación para poder obtener los costes sin necesidad de que exista labor de reelaboración.

En otros pronunciamientos, que vienen a utilizar criterios jurisprudenciales en la misma línea que los ofrecidos por la STS del caso sobre los costes de Eurovisión, se rechaza la aplicación de esta causa de

⁶³ No obstante, es cierto que la sentencia de apelación considera y razona de manera más extensa la concurrencia de circunstancias adicionales en este caso, como el hecho de que la solicitud no se limitaba a los gastos de la gala en directo y la parte emitida en diferido, sino que también incorporaba aspectos como las empresas intervinientes, lo que podía afectar a intereses de terceros, y los tipos de contratos celebrados con los presentadores, que no se consideraban elementos que entrasen dentro de las finalidades que busca la LTBG, entre otros. Véanse los FFJJ 4.º y 8.º de la SAN, de 11 de septiembre de 2017, Rec. 51/2017, Sec. 7.ª.

⁶⁴ No debe olvidarse que, en la mecánica de la LTBG, la información accesible ha de estar, en efecto, documentada, pero el derecho no se ejerce sobre el documento o soporte en sí (como ha venido sucediendo en Italia), sino sobre la información misma, lo que, de ordinario, puede conllevar el despliegue, por parte del sujeto público requerido, de, al menos, ciertas operaciones de adaptación.

⁶⁵ SAN, de 11 de septiembre de 2017, Rec. 51/2017, Sec. 7.ª.

⁶⁶ No obstante, es asimismo cierto que en el caso «*Costes de Eurovisión*», en el que se rechazó la causa de inadmisión, pesaba el argumento de que la CRTVE no resolvió tempestivamente la solicitud de acceso a la información y de que, por tanto, se entiende que no podía pronunciarse una inadmisión, dado que esta hubiese requerido una resolución expresa, según ya vimos.

⁶⁷ SAN, de 2 de julio de 2018, Rec. 47/2018, Sec. 7.ª, FJ 4.º.

inadmisión cuando, por ejemplo, se trata de recopilar información existente en los órganos de contratación –pese a su amplio número–, porque dicha operación de acopio, como tal, no supone reelaboración y «se trata de información que ya existe, es decir que no precisa ser reelaborada para proporcionar el acceso sin perjuicio de que pueda no existir un repositorio común a todos...», a lo sumo, lo requerido supondría una labor de recopilación de datos con el alcance de agregar, tratar o adicionar los mismos pero sin que requiera una labor de elaboración o creación ad hoc a modo de informe»⁶⁸. Además, en la misma sentencia se insiste en que el hecho de que la información esté dispersa en diversos órganos identificados es relevante de cara al procedimiento para conseguir la información (art. 19 LTBG), pero en ningún caso para hacer valer la pretensión de que proceda la inadmisión.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las causas de inadmisión que se contemplan en la LTBG son susceptibles de diferentes interpretaciones, al haber recurrido el legislador en su configuración a conceptos indeterminados o que, en todo caso, requieren de la formulación de un juicio de valor, en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Tales supuestos se encuentran, en consecuencia, escasamente perfilados en la LTBG y, por ello, se considera imprescindible recurrir a herramientas, como los criterios interpretativos, que han guiado en muchos casos la interpretación de jueces y tribunales. No obstante, resulta poco comprensible que, transcurridos más de cinco años desde la publicación de la Ley, no se hayan evacuado dichos criterios sobre la totalidad de las causas de inadmisión.

Las sentencias dictadas sobre la materia muestran una sensible tendencia a la adopción de una interpretación expansiva del derecho de acceso, lo que implica correlativamente, una óptica restrictiva respecto a la aplicación de las causas de inadmisión, en la línea del cambio de modelo que se produce con el tránsito desde la redacción inicial de la Ley 30/1992, a la resultante tras la LTBG y la nueva regulación sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común de 2015, que han conducido a un nuevo paradigma de apertura a la información que podríamos denominar de «*accesibilidad por defecto*».

Debido a esta visión expansiva del derecho en examen, podría resultar controvertido que algunas Comunidades Autónomas hayan establecido reglas de aplicación de las causas de inadmisión que, en algún caso, arrojan dudas sobre un posible alejamiento respecto de lo establecido en la disciplina básica, en tanto que puedan ampliar indebidamente su espectro regulador. No obstante y por lo general, las normas autonómicas secundan de modo conveniente la regulación estatal básica, incurriendo incluso en la habitual corruptela de reiterar los supuestos de inadmisión de la LTBG y, por ello, de consagrar preceptos muy similares entre sí, con la consiguiente sobrecarga e ineficacia en el funcionamiento del sistema normativo.

Del análisis jurisprudencial realizado se deriva que, en muchos casos, los sujetos públicos obligados por la *actio ad exhibendum* administrativa, muy al contrario que los tribunales, han aplicado un criterio expansivo en la interpretación de las causas de inadmisión. Así, han sido esgrimidas de manera recurrente argumentaciones de este alcance para no dar curso a las solicitudes, siendo habitual que en procedimientos judiciales se combine la alegación simultánea de causas de inadmisión y de límites sustantivos al ejercicio del derecho, práctica que supone un mero recurso defensivo ante una firme voluntad de zafarse de la solicitud de información. También se observa la importancia que se otorga a la motivación de la causa de inadmisión, ya que en algunos casos, la misma ha sido rechazada por no haber sido justificada suficientemente su concurrencia.

La alegación de causas de inadmisión ha llegado a producirse incluso de modo extemporáneo, en el marco de procesos judiciales suscitados a partir de procedimientos concluidos mediante silencio administrativo. Al respecto, los tribunales han entrado a valorar tal alegación extemporánea, lo que parece acertado ante causas de inadmisión que, por su naturaleza, no sean apreciables con claridad al inicio del procedimiento administrativo (reelaboración, información en curso de elaboración y de carácter auxiliar o de apoyo), mientras que sobre otros motivos (solicitudes repetitivas y abusivas y dirigidas a un órgano que no posea la

⁶⁸ SJCCA núm. 1, de 14 de febrero de 2018, núm. 15/2018, FJ 3.º. Otras sentencias que manejan similares argumentaciones y que se proyectan sobre una serie de casos asimilables respecto a solicitudes de información de costes de campañas de comunicación, enfatizan la importancia de la preexistencia de la información solicitada y el hecho de que su recopilación no puede ser considerada como una acción de reelaboración. Véase SJCCA núm. 4, de 26 de febrero de 2018, núm. 26/2018; SJCCA núm. 2, de 22 de noviembre de 2018, núm. 139/2017; SJCCA núm. 3, de 16 de mayo de 2018, núm. 63/2018, entre otras.

información y se desconozca el competente) no nos parece correcta la admisión de su invocación procesal *ex novo*, con fundamento en la razón rigurosamente inversa. Al margen de ello, la jurisprudencia también ha reconocido la capacidad del CTBG para apreciar la concurrencia de una causa de inadmisión en el seno de un procedimiento de recurso verificado ante esta última instancia administrativa, aun cuando la solicitud inicial no se hubiera denegado por este motivo.

En cualquier caso, resulta llamativo que no exista un mayor reproche judicial a esta práctica, que elude la obligación de motivar la existencia de la causa de inadmisión y que, además, puede ser constitutiva de infracción grave en aplicación del régimen disciplinario previsto en la LTBG.

La necesidad de una acción de reelaboración, ha sido una de las causas más habitualmente invocadas en sede judicial por parte de los sujetos pasivos del derecho de acceso. Tal y como se ha analizado, los jueces y tribunales han adoptado posturas distintas, e incluso contradictorias, respecto de los criterios sentados por el CTBG, matizando aspectos contemplados en sus líneas interpretativas, como la necesidad de acudir a diversas fuentes para el acceso a la información, circunstancia que por sí sola no puede fundamentar un pronunciamiento de inadmisión, o asumiendo que no concurre tal acción de reelaboración, cuando la debida atención de la solicitud de acceso comporte únicamente un tratamiento informatizado de uso corriente.

La doctrina judicial ha ido en la línea de valorar la complejidad de la tarea que supone el acceso a la información, admitiendo que existe un mínimo de carga de trabajo derivado de las labores necesarias para facilitar el acceso, como es la agregación de información procedente de diversas fuentes o de información que ya existe, alejándose de este modo de cualquier reconocimiento de un derecho a obtener información o informes *a la carta*. La pre-existencia de la información es un factor clave, pero también lo es la apreciación del tratamiento mínimo que se precisa para facilitarla, cuyos contornos no han sido delimitados con claridad, ni por la jurisprudencia analizada, a veces contradictoria, ni por los criterios elaborados por el CTBG, por lo que es previsible que sigan produciéndose litigios frecuentes en torno a esta causa de inadmisión.

No obstante, parece que la interpretación de jueces y tribunales va encauzándose tras la intervención del Tribunal Supremo, aunque la casuística es muy diversa y será necesario contar con más aclaraciones judiciales, pues en la actualidad cualquier solución interpretativa se torna compleja. En esta línea, ha de subrayarse que el aprendizaje adquirido en la interpretación de las causas de inadmisión, debiera plasmarse adecuadamente en el desarrollo reglamentario de la Ley, actualmente en curso, y derivar asimismo en la modificación y el perfeccionamiento de los criterios interpretativos confeccionados por el CTBG.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2017): “Las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información; en particular, la doctrina de las autoridades independientes”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 46, págs. 1-46.
- BLANES CLIMENT, M. A. (2015): “¿Qué es «información auxiliar o de apoyo» y «reelaborar»?” [Entrada de blog]. *Transparencia y Gobierno Abierto*. Recuperado de <https://miguelangelblanes.com/2015/11/27/que-es-informacion-auxiliar-o-de-apoyo-y-reelaborar/> (27 de noviembre de 2015) (acceso 01-08-2018).
- CANAPARO, P. (2014): “La via italiana alla trasparenza pubblica: il diritto di informazione indifferenziato e il ruolo proattivo delle pubbliche amministrazioni”, en *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, núm. 4, págs. 37-49.
- CARLONI, E. (2014): *L'amministrazione aperta*. Rimini: Maggioli.
- CIERCO SEIRA, C. (2009): *La inadmisión en el procedimiento administrativo. Estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*. Madrid: Lustel.
- CLAVERO ARÉVALO, M. F. (1963): “El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 42, págs. 217-228.
- COTINO HUESO, L. (2017): “El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, págs. 279-316. DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.40.2017.20910>.
- COTINO HUESO, L. (2014): “El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el gobierno abierto. Retos y oportunidades”, en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (coords.): *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, págs. 37-71. Cizur Menor: Aranzadi.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASADO, E. (2017): “La transparencia pendiente: consideraciones sobre la consulta pública del borrador de Reglamento de la Ley de Transparencia”, en *Revista Española de la Transparencia*, núm. 4, págs. 6-8.

- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2003): *Los concejales y el acceso a la información (el derecho de los concejales de acceso a la documentación local)*, 2.ª ed. Granada: Comares.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013): “El acceso a la información en el proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. XIV, págs. 233-298.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2017a): “El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador”, en *Revista Española de Transparencia*, núm. 4, págs. 46-65.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2017b): “El derecho fundamental de acceso a la información pública”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 13, págs. 188-206.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2017): *El derecho de acceso a la información pública en España*. Pamplona: Aranzadi.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2014): “Procedimiento administrativo e información del sector público”, en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (coords.): *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, págs. 281-321. Cizur Menor: Aranzadi.
- GUICHOT REINA, E. (2014): “Capítulo II. Transparencia. Aspectos generales”, en GUICHOT REINA, E. (coord.): *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, págs. 35-62. Madrid: Tecnos.
- MORETÓN TOQUERO, A. (2014): “Los límites del derecho de acceso a la información pública”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, págs. 1-24.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. I. (2003): “El derecho de acceso de los miembros de las corporaciones locales a la documentación existente en la corporación”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 2, págs. 67-77.
- SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. (2016). “El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública”, en CASCAJO CASTRO, J. L. y MARTÍN DE LA VEGA, A.: *Participación, Representación y Democracia. XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, págs. 297-318. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- RAMS RAMOS, L. (2013): “La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, págs. 155-188.
- RAMS RAMOS, L. (2016): “El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41, págs. 1-46.
- ROMANO, A. (2016): “L’accesso ai documenti amministrativi”, en ROMANO, A. (a cura di): *L’azione amministrativa*, págs. 910-969. Torino: Giappichelli Editore.
- SENDÍN GARCÍA, M. A. (2014): “Transparencia y acceso a la información pública”, en RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. y SENDÍN GARCÍA, M. A.: *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, págs. 150-160. Granada: Comares.
- VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (coords.) (2014): *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*. Cizur Menor: Aranzadi.



La disparidad de criterios interpretativos en torno a la casación autonómica y su enjuiciamiento constitucional en el ATC de 16 de abril de 2018 y en la STC de 29 de noviembre de 2018

The interpretative disparity on the regional cassation appeal and its constitutional prosecution in the Order of the Constitutional Court of 16 april 2018 and in the Sentence of 29 november 2018

Estefanía Álvarez Menéndez
Universidad de Oviedo (España)
alvarezestefania@uniovi.es

NOTA BIOGRÁFICA

Estefanía Álvarez Menéndez es Doctora con mención internacional por la Universidad de Oviedo y Profesora Asociada del área de Derecho Financiero y Tributario en la citada Universidad. Es miembro del Grupo de Investigación "Derecho Financiero y Tributario" dirigido por la Profesora Isabel García-Ovies Sarandeses. Su principal línea de investigación es la revisión jurisdiccional de actos en materia tributaria, y de modo particular, el recurso de casación contencioso-administrativo sobre el que ha publicado recientemente una monografía.

RESUMEN

La deficiente regulación de la casación autonómica efectuada por el artículo 86.3 LJCA, la falta de medios personales para hacer efectiva la misma y la dificultad de admitir un recurso que tiene por finalidad «formar jurisprudencia» frente a sentencias de los propios Tribunales Superiores de Justicia que establecen la misma en la instancia, ha llevado a muchos de ellos a inadmitir el recurso de casación autonómico en estos casos, mientras que otros reconocen la plena operatividad del mismo. Esta disparidad interpretativa será examinada a la vista de la jurisprudencia más actual del Tribunal Supremo acerca de la finalidad del recurso y desde una perspectiva constitucional, tras haber recaído recientes pronunciamientos que confirman la operatividad del recurso, aunque parecen relegarlo a Tribunales Superiores de Justicia de varias Salas o Secciones.

PALABRAS CLAVE

Casación autonómica; interés casacional; formación de jurisprudencia; tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

The deficient regulation of the regional cassation appeal made by article 86.3 LJCA, the lack of personal resources to make it effective, and the difficulty of admitting an appeal that has the purpose of «establishing jurisprudence» against the judgments of the Superior Courts of Justice that already establish it in the instance, has led many of them not to accept the regional cassation appeal in these cases, while others recognize its full operation. This interpretative disparity will be examined in view of the most current jurisprudence of the Supreme Court regarding the purpose of the cassation appeal and from a constitutional perspective, after recent pronouncements confirming the operation of this appeal, although they seem to relegate it to Superior Courts of Justice with several Chambers or Sections.

KEYWORDS

Regional cassation appeal; cassational interest; establishing jurisprudence; effective legal protection.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA REGULACIÓN CASACIONAL AUTONÓMICA. 2.1. ¿QUÉ SUCEDE SI LA NORMA AUTONÓMICA PRESENTA LA MISMA REDACCIÓN QUE UNA NORMA ESTATAL? 2.2. ¿CÓMO CONSTITUIR LA SECCIÓN CASACIONAL ANTE LA FALTA DE MEDIOS PERSONALES? 3. PRINCIPAL INTERROGANTE POR DESPEJAR ANTE LA FALTA DE CLARIDAD DEL ARTÍCULO 86.3 LJCA: ¿QUÉ RESOLUCIONES SON RECURRIBLES? 3.1. LAS DISTINTAS POSTURAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA SOBRE LA ADMISIÓN DEL RECURSO FRENTE A SUS PROPIAS SENTENCIAS. 3.1.1. Una postura negacionista. 3.1.2. Una postura «maximalista». 3.1.3. Un reconocimiento con condicionantes. 3.2. LA INCIERTA FINALIDAD DEL RECURSO COMO CAUSA DE LA DISPARIDAD INTERPRETATIVA: ¿FORMAR O UNIFORMAR? 4. EL ENJUICIAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA CASACIÓN AUTONÓMICA. 4.1. EL ATC DE 16 DE ABRIL DE 2018: LA CASACIÓN AUTONÓMICA EN TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE SALA Y SECCIÓN ÚNICA. 4.1.1 Razones para una inadmisión de plano. 4.1.2. Una inadmisión razonable según nuestro Tribunal Constitucional. 4.2. LA STC DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2018: LA CONSAGRACIÓN DE LA CASACIÓN AUTONÓMICA Y LA CONVALIDACIÓN DE SUS DEFECTOS. 4.2.1. Una regulación respetuosa con la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 122 CE. 4.2.2. La seguridad jurídica no se ve afectada y la disparidad interpretativa de nuestros Tribunales Superiores de Justicia no vulnera el artículo 14 CE. 4.2.3. El derecho al juez predeterminado por la ley y el artículo 24 CE permanecen incólumes. 5. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

El recurso de casación experimenta un trascendental cambio de rumbo desde la reforma de la LJCA operada por la LO 7/2015. Atrás queda la reiteración hasta el desaliento de criterios jurisprudenciales sobre asuntos manidos y la ausencia de pronunciamientos sobre cuestiones de importancia capital, aunque de cuantía insuficiente. Con la normativa vigente desde el 22 de julio de 2016, al descansar la admisión del recurso en el «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», el Tribunal Supremo vestirá sus mejores galas para pronunciarse sobre aquellos temas que realmente interesan a la comunidad jurídica, ofreciendo pautas interpretativas a los órganos jurisdiccionales inferiores en busca de la unidad en la aplicación del derecho.

Ahora bien, esta labor orientadora no se ha querido confiar únicamente al Tribunal Supremo, sino que el Tribunal Superior de Justicia dentro de su ámbito jurisdiccional verá consagrada su función de último garante del derecho autonómico. Tras múltiples reivindicaciones, tendrá entre sus atribuciones el conocimiento de un recurso de casación por infracción de derecho autonómico. Al menos, eso es lo que se desprende del artículo 86.3 LJCA, no así de la LOPJ, que continúa sin reconocer dicha competencia a los Tribunales Superiores de Justicia, como tampoco lo hace el artículo 10 LJCA, que sigue aludiendo a los recursos de casación autonómicos para la unificación de doctrina y en interés de ley.

Según el artículo 86.3 LJCA, «Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

Cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será competente una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia compuesta por el Presidente de dicha Sala, que la presidirá, por el Presidente o Presidentes de las demás Salas de lo Contencioso-administrativo y, en su caso, de las Secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los Magistrados de la referida Sala o Salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros.

Si la Sala o Salas de lo Contencioso-administrativo tuviesen más de una Sección, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los Presiden-

tes de Sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los Magistrados que presten servicio en la Sala o Salas».

El legislador no dedica más esfuerzos a regular la casación autonómica. Como vemos, se limita el artículo 86.3 a consagrar su existencia, a señalar cuál es el derecho a interpretar por el Tribunal Superior de Justicia y a determinar la composición de la Sección a la que se confía tal recurso. Por lo que respecta al objeto de la casación autonómica, es decir a las resoluciones recurribles, reina la incertidumbre y con ella los pareceres dispares de los distintos Tribunales Superiores de Justicia como tendremos ocasión de examinar.

Igualmente, se ha desatendido la regulación procedimental del recurso. Ante esta carencia, numerosos Tribunales Superiores de Justicia han optado por aplicar analógicamente las previsiones de la casación estatal pese a la falta de identidad absoluta entre los recursos a efectos de tramitación. Pues, no olvidemos que, dada la esquizofrenia competencial que experimentan nuestros Tribunales Superiores de Justicia, estos pueden erigirse en Tribunal *a quo* y Tribunal Casacional en un mismo asunto, una situación que no acontece en la casación estatal y que atenta contra la nota característica de esta clase de recursos: su enjuiciamiento por un órgano «supremo»¹.

Las dudas que suscita la aplicación de este recurso son numerosas. Así, trataremos aquí de enunciar los problemas que se derivan de la vigente regulación de la casación autonómica, al no haberse tenido en cuenta las posibles interferencias con el recurso de casación estatal ni la falta de medios personales que impedirá, en muchos casos, conformar la Sección Casacional, a la que se confía el citado recurso, en los términos ideados por el legislador.

Tras ello, dedicaremos nuestros esfuerzos a descifrar qué resoluciones son recurribles en casación autonómica, examinaremos los distintos pareceres de nuestros Tribunales Superiores de Justicia y su conciliación con la doctrina de nuestro Alto Tribunal sobre finalidad del recurso de casación. Asimismo, para completar nuestro estudio, analizaremos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han recaído hasta el momento y que, en síntesis, convalidan los defectos que presenta la regulación del instituto aquí examinado.

2. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA REGULACIÓN CASACIONAL AUTONÓMICA

2.1. ¿Qué sucede si la norma autonómica presenta la misma redacción que una norma estatal?

Centrándonos ahora en su parca regulación, debe reconocerse el carácter problemático de la misma. Acabamos de señalar que el artículo 86.3 LJCA determina que las infracciones de derecho autonómico han de hacerse valer en casación ante los Tribunales Superiores de Justicia. Sin embargo, pudieran suscitarse dudas acerca de cuál es la norma que ha de tener tal naturaleza. Es decir, si para acceder a casación autonómica basta con que la norma que se aplique en el proceso tenga tal naturaleza o si lo determinante es que sea autonómica la norma en la que el recurrente pretenda basar su recurso.

El Tribunal Supremo ha pretendido zanjar cualquier conflicto interpretativo al respecto. Así, ha señalado en su Auto de 26 de junio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 295/2017) (JUR 2017/186178) que, a efectos de determinar el órgano competente para conocer del recurso de casación, hemos de reparar en el carácter de las normas en las que pretenda basarse el recurso y no tanto en las normas aplicadas en el proceso.

Una vez determinado el carácter estatal o autonómico de la normativa infringida, cabe plantearse si, en todo caso, debiera competir la interpretación y el establecimiento de pautas interpretativas en relación con el derecho autonómico a los Tribunales Superiores de Justicia. Decimos esto porque no cabe olvidar que numerosos preceptos de derecho autonómico presentan idéntica redacción que otros de índole estatal. Así, cabe preguntarse si sería comprensible que un determinado Tribunal Superior de Justicia alcanzase una interpretación diametralmente opuesta a la del Tribunal Supremo respecto a preceptos idénticos.

No estamos ante meras elucubraciones, pues tal situación se ha dado en relación con el Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana y los recientes pronunciamientos del Tribunal

¹ Sobre las dificultades y disfunciones en la aplicación analógica de las normas reguladoras de la casación estatal a la casación autonómica, *vid.* ALONSO MURILLO, F. (2016): *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo en materia tributaria*, Madrid: AEDAF, núm. 9, pág. 143; RODRÍGUEZ PUÑAL, E. (2017): "La imprecisa regulación del recurso de casación autonómico", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 926, Aranzadi, pág. 1; así como RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2016): "Problemas del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, Aranzadi, pág. 4.

Constitucional acerca de la posibilidad de someter a gravamen situaciones inexpresivas de capacidad económica. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra interpreta que la STC 72/2017, de 5 de junio, recaída en interpretación del derecho foral navarro, declara la inconstitucionalidad radical de los artículos 175.2, 175.3 y 178.4 de la LF de Haciendas Locales². Según su entender, al haber sido expulsados del ordenamiento jurídico dichos preceptos, no existe amparo legal para determinar si se ha producido o no incremento de valor del terreno y, por tanto, las liquidaciones practicadas por tal concepto devienen nulas.

No es nuestra intención hacer una valoración del acierto o desatino de su fundamentación, sino poner de manifiesto que, en interpretación de la STC 59/2017, de 11 de mayo, que se pronuncia sobre la normativa reguladora de Haciendas Locales en territorio común, en términos prácticamente idénticos a la ya mencionada STC 72/2017, de 5 de junio, el Tribunal Supremo ha optado por una tesis minimalista.

En concreto, señala nuestro Alto Tribunal, entre otras, en la Sentencia de 20 de diciembre de 2018 (Sala lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) (núm. Rec. 4980/2017) (JUR 2019/6113), que no puede compartir el criterio defendido anteriormente, puesto que el Tribunal Constitucional tan solo ha declarado la inconstitucionalidad total del artículo 110.4 TRLRHL. Según su parecer, los artículos 107.1 y 107.2 TRLRHL estarían afectados por una inconstitucionalidad parcial. Este entendimiento le lleva a mantener una tesis minimalista y a defender que ha de ser el recurrente el que pruebe la inexistencia de incremento de valor del terreno, en cuyo caso no procederá liquidación alguna. En caso contrario, se girará la correspondiente liquidación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 107.1 y 107.2 anteriormente mencionados.

Es más, realiza nuestro Tribunal Supremo una crítica evidente a la posición defendida por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, al señalar lo siguiente: «tenemos que refutar a continuación la interpretación excesivamente literal –y, lo que es más reprochable, asistemática– que algunos Tribunales Superiores de Justicia vienen efectuando de la letra c) del FJ 5 de la STC 59/2017, que les lleva a transformar el que es el entendimiento correcto del fallo de la Sentencia –la declaración de inconstitucionalidad parcial de los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLRHL– en una comprensión errónea del mismo: en particular, a defender la declaración de inconstitucionalidad radical y absoluta de los mencionados preceptos y, por derivación, a descartar *a radice* que, hasta tanto se produzca la reforma legal del IIVTNU, puedan girarse liquidaciones correspondientes al mismo... La doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia a la que nos venimos refiriendo desconoce –o, al menos, lo pasa por alto– el corolario que se desprende de la declaración de inconstitucionalidad total del artículo 110.4 TRLRHL».

Resulta paradójico que, ante idéntica redacción de los preceptos a aplicar y existiendo pronunciamientos constitucionales en la misma línea, se alcance tal disparidad interpretativa, según se trate de derecho autonómico o derecho estatal. El Tribunal Supremo critica abiertamente la tesis maximalista adoptada por los Tribunales Superiores de Justicia, pero lo cierto es que no será sencillo alcanzar la paz interpretativa en estas cuestiones dada la falta de cauce para ello.

Así, debemos tener presente que las sentencias dictadas en instancia por los Tribunales Superiores de Justicia de territorio común que adoptan una tesis maximalista pueden ser recurridas en casación ante el Tribunal Supremo, pero las sentencias dictadas en casación autonómica, como es el caso de las STSJ de Navarra anteriormente citadas, no tienen oportunidad alguna de ser recurridas ante el Tribunal Supremo al considerarse que son los Tribunales Superiores de Justicia los últimos garantes del derecho autonómico.

La inseguridad está servida y más aún si tenemos en cuenta que no cabe descartar de manera rotunda que puedan alcanzarse distintas interpretaciones en relación a los mismos preceptos de derecho autonómico. Ello es debido a que el Tribunal Supremo mantiene, tras la reforma casacional, su doctrina acerca de la admisión del recurso de casación estatal por infracción de derecho autonómico en determinados supuestos. Nos estamos refiriendo a la admisión de la casación estatal cuando se infrinja derecho autonómico que reproduzca derecho estatal de carácter básico o en aquellos supuestos en que se infringe la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída sobre preceptos de derecho estatal que presentan la misma redacción que los autonómicos en liza, aunque no tengan carácter básico.

Esta doctrina clásica ha sido recientemente reproducida por el ATS de 6 de marzo de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 580/2017) (JUR 2018/80930), y explicada bajo la premisa de que «el valor de complementar el ordenamiento jurídico que el artículo 1.6 del Código Civil otorga a la jurisprudencia no desaparece por la existencia de derecho autonómico».

² Al respecto, *vid.*, entre otras resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, la STSJ de 29 de octubre de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) (núm. Rec. 309/2016) (JT 2017/1343); así como la STSJ de 6 de febrero de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 535/2016) (JT 2018/160) del citado Tribunal, que ha recaído en casación autonómica.

Así pues, podría darse el caso de que se recurriese ante el Tribunal Supremo, por infracción de doctrina jurisprudencial, una sentencia dictada en el ámbito jurisdiccional navarro, que cumpliera con la tesis mantenida por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en relación con el Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de naturaleza urbana, siendo dicha sentencia casada por el Tribunal Supremo. Y, paradójicamente, de haberse recurrido esta en casación autonómica, no se estimaría el recurso interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Aunque se trata de una medida que no estaría exenta de polémica, debiera reflexionarse sobre la posibilidad de encomendar al Tribunal Supremo el conocimiento de aquellos recursos en los que se hace valer la infracción de un precepto de derecho autonómico de contenido idéntico al derecho estatal, sustrayendo la competencia a los Tribunales Superiores de Justicia en dichos casos³.

2.2. ¿Cómo constituir la Sección Casacional ante la falta de medios personales?

La primera cuestión regulada en el artículo 86.3 LJCA constituye ya un problema. Sin embargo, no es el único que plantea la escueta regulación de la casación autonómica. La Sección competente para conocer del recurso de casación autonómico se ha configurado con abstracción de la realidad jurisdiccional. Es decir, obviando la falta de medios personales.

Según el artículo 86.3.2.º párrafo de la LJCA, dicha Sección Casacional ha de estar compuesta por cinco miembros pertenecientes al orden contencioso-administrativo. Pues bien, si se reconoce la operatividad del recurso frente a sentencias del propio Tribunal Superior de Justicia, esta previsión sería difícilmente realizable, máxime si estos se organizan en Sala y Sección Única.

El hecho de que el Tribunal Superior de Justicia pueda ser Tribunal *a quo* y Tribunal Casacional trae consigo importantes problemas de contaminación. Los Magistrados que adoptaron la decisión en la instancia no deben tomar parte en el enjuiciamiento casacional. Si a ello añadimos la aludida falta de medios, no quedará más remedio que acudir a continuas sustituciones o, incluso, constituir permanentemente la Sección Casacional con Magistrados de otros órdenes jurisdiccionales, cuando el problema de medios personales sea aún más acuciante. Curiosa esta última solución, puesto que podría darse el caso de que Magistrados no especialistas enmendasen la decisión adoptada en la instancia por Magistrados especialistas. Amén de que esta opción supone desoír el mandato legislativo, pues la LJCA dispone que los miembros que integren la citada Sección han de pertenecer al orden contencioso-administrativo⁴.

3. PRINCIPAL INTERROGANTE POR DESPEJAR ANTE LA FALTA DE CLARIDAD DEL ARTÍCULO 86.3 LJCA: ¿QUÉ RESOLUCIONES SON RECURRIBLES?

La regulación de la casación autonómica presenta deficiencias, pero también deja en el aire cuestiones de vital importancia, entre ellas, la determinación del objeto del recurso. El artículo 86.3, 1.º y 2.º párrafo, señala que «las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

³ En la práctica y tras entrar en vigor el nuevo recurso de casación, el Tribunal Supremo ha flexibilizado, en ocasiones, la doctrina expuesta y ha admitido recursos de casación por infracción de normativa autonómica idéntica a la estatal, aun cuando no se tratase de derecho estatal básico ni hubiese, en el momento de admisión, jurisprudencia consolidada que hubiese recaído en interpretación del derecho estatal de contenido idéntico. Al respecto, *vid.* ATS de 31 de octubre de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 2913/2017) (JUR 2018/3936), que precisamente admite un recurso de casación frente a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco a los efectos de determinar si «se produce o no el hecho imponible del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana cuando el interesado pueda acreditar la inexistencia de un aumento real del valor del terreno en la fecha del devengo del impuesto». Otros ejemplos de flexibilización de su doctrina pueden encontrarse en el ATS de 5 de abril de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 404/2017) (JUR 2017/81598) y en el ATS de 24 de mayo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 767/2017) (JUR 2017/152317).

⁴ Para un estudio en profundidad de los problemas que plantea el reconocimiento del recurso frente a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, *vid.* ÁLVAREZ MENÉNDEZ, E. (2018): «El recurso de casación autonómico», en *El recurso de casación en materia tributaria*, Cizur Menor: Aranzadi.

Cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será competente una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia».

Podemos plantearnos si ha de efectuarse una lectura complementaria de estos párrafos, de tal modo que solo puedan recurrirse las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia; o si ha de optarse por una lectura independiente, no pudiendo descartarse la casación autonómica frente a sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo⁵.

Aunque es una cuestión que se presta a interpretación, lo cierto es que, de manera unánime, los Tribunales Superiores de Justicia que reconocen la operatividad del recurso de casación autonómico coinciden en que las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo son susceptibles de casación autonómica. No en vano, son el objeto natural de este recurso, permitiendo a los Tribunales Superiores de Justicia establecer doctrina en aquellas cuestiones que, por falta de cuantía, no acceden a los mismos en apelación.

Menos uniformidad encontramos a la hora de reconocer el recurso de casación autonómico frente a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia. Y no es de extrañar, en cierto modo, pues, aunque el tenor legislativo nos lleva a considerarlas como objeto del citado medio impugnatorio, son múltiples los obstáculos que encontraríamos a la hora de admitir el recurso si siguiésemos estrictamente el mandato legislativo. No olvidemos que el nuevo recurso de casación se orienta a la «formación de jurisprudencia» y esta se establece ya por el Tribunal Superior de Justicia al conocer del litigio en la instancia⁶.

Asimismo, a la eventual falta de idoneidad del recurso frente a sentencias del propio Tribunal Superior de Justicia para el cumplimiento de la finalidad encomendada, habría que sumar las disfunciones que se ocasionan con su reconocimiento. Una de ellas se presentaría a la hora de aplicar analógicamente a la casación autonómica la regulación procedimental del recurso de casación estatal, dado que esta descansa sobre una nota característica de todo recurso de casación: la diferenciación entre Tribunal *a quo* y Tribunal Casacional.

Igualmente, reconocer el carácter recurrible de estas resoluciones supone que la composición de la Sección Casacional sea de difícil o imposible constitución en determinados Tribunales Superiores de Justicia. El problema de la contaminación no se presenta cuando el recurso se interpone frente a sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

3.1. Las distintas posturas de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la admisión del recurso frente a sus propias sentencias

Por las razones anteriormente expuestas y especialmente por la incertidumbre que genera la finalidad del recurso de casación, que ni siquiera el Tribunal Supremo ha despejado con la suficiente claridad, encontramos distintas posturas de nuestros Tribunales Superiores de Justicia respecto al carácter recurrible de sus sentencias en casación autonómica.

⁵ Sobre esta cuestión ha debatido la doctrina sin que pueda considerarse que existe una posición unánime al respecto. Así, ha habido autores que, dados los términos en los que se redacta el artículo 86.3 LJCA, únicamente reconocen el recurso de casación autonómico frente a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia. Al respecto, *vid.* QUINTANA CARRETERO, J. P., CASTILLO BADAL, R. y ESCRIBANO TESTAUT, P. (2016): *Guía Práctica del recurso de casación contencioso-administrativo* (coord. QUINTANA CARRETERO, J. P.), Madrid: Dykinson, pág. 400; así como ALONSO MURILLO, F., quien señala, no obstante, que la tesis favorable a reconocer el recurso frente a sentencias de los Juzgados de lo contencioso-administrativo no puede ser «descartada en una interpretación lógica y sistemática de los apartados 1 y 3 del artículo 86 de la LJCA, pero plantea el problema de salvar el escollo que supone la aplicación del viejo aforismo *in claris non fit interpretatio*». En su opinión, «urge la modificación legal, porque sólo al legislador compete rectificar sus errores u olvidos», «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo en materia tributaria», *op. cit.*, pág.143.

Por su parte, ha habido otros autores que se muestran partidarios de reconocer el recurso también frente a las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Al respecto, *vid.* CHAVES GARCÍA, J. R., «Si un extraterrestre observase el recurso de casación contencioso-administrativo», dirección URL: <https://delajusticia.com/2017/03/24/si-un-extraterrestre-observase-el-recurso-de-casacion-contencioso-administrativo/>, pág. 3; así como RIVERO GONZÁLEZ, M. (coord.) (2012): «El nuevo régimen de los recursos extraordinarios en la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, 5.ª ed., Pamplona: Aranzadi, pág. 10.

Esta última interpretación es la más razonable también para RODRÍGUEZ PUÑAL, E., «La imprecisa regulación del recurso de casación autonómico», *op. cit.*, pág. 1; así como para CUDERO BLAS, J., «El recurso de casación por infracción de normas autonómicas», en *El Derecho*, dirección URL: http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/recurso-casacion-infraccion-normas-autonomicas_11_982180001.html, pág. 4.

⁶ Señalaba REQUERO IBÁÑEZ, J. L., que sería innecesario arbitrar un recurso que tenga por finalidad la formación de jurisprudencia, pues el Tribunal Superior de Justicia ya establece esta al pronunciarse en la instancia sobre la cuestión, *vid.* «La reforma de 2015 del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 25, Consejo General del Poder Judicial, 2016, pág. 16.

La discrepancia ha llegado al punto de que ha habido Tribunales Superiores de Justicia que han negado la operatividad del recurso de casación autonómico en su ámbito jurisdiccional. Otros han defendido que el recurso de casación autonómico no puede interponerse frente a sus propias sentencias, sino que únicamente cabe frente a las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Los hay que reconocen el recurso en toda su extensión y también otros que limitan la finalidad con la que puede ser interpuesto el recurso frente a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia. Es tal el desconcierto y la falta de entendimiento que, incluso, algunos no imponen costas en caso de inadmisión del citado medio impugnatorio, pese a preverse dicha imposición en el artículo 90.8 LJCA que se aplica analógicamente⁷.

3.1.1. *Una postura negacionista*

Así, en el ámbito jurisdiccional de Cataluña solo se reconoce el recurso de casación autonómico frente a sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. El ATSJ de 10 de mayo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) (núm. Rec. 3/2017) (JUR 2017/140717) defiende que el citado recurso no puede interponerse frente a sentencias del propio Tribunal ya que en ese caso existiría una prevalencia de la Sección Casacional que carece de soporte en la legislación orgánica judicial. Incluso, podría ser esta contradictoria con el artículo 264 LOPJ que confía al Pleno la unificación de criterios. Asimismo, considera dicho Tribunal Superior de Justicia que admitir la casación frente a dichas sentencias sería contradictorio con el procedimiento establecido para la casación estatal, que prevé una Sección de admisión diferenciada de la Sección encargada del enjuiciamiento en casación.

Igualmente, siguiendo sus propias palabras, su reconocimiento comportaría que una Sección especializada viese revisada su interpretación por una Sección que pudiera ser no especializada y de composición rotatoria. A lo que ha de sumarse el hecho de que el nuevo recurso de casación no se contemple frente a las sentencias del Tribunal Supremo, lo que, a su juicio, no hace sino reforzar la postura de que el recurso no está configurado para interponerse frente a sentencias de la misma Sala o Tribunal. Es más, permitirlo traería consigo un importante problema de contaminación de Magistrados por falta de medios personales.

Además, como uno de los argumentos de cierre, señala el Tribunal Superior de Justicia que admitir el recurso de casación frente a sentencias del propio Tribunal supondría incumplir la finalidad encomendada al recurso de casación, que no es otra que la de «formar jurisprudencia».

Si seguimos fielmente el mandato legislativo, que exige admitir el recurso cuando este presente interés casacional objetivo «para la formación de jurisprudencia», puede que no le falte razón al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. No obstante, no consideramos que quepa una inadmisión de plano, pues el propio tenor literal no excluye la recurribilidad de dichas sentencias. A nuestro juicio, debiera abordarse el examen sobre su admisibilidad y la eventual concurrencia de «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia». Es cierto que será difícil que este concurra en estos casos, pero no puede descartarse plenamente a la vista de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

3.1.2. *Una postura «maximalista»*

En una postura antitética, encontramos Tribunales Superiores de Justicia que reconocen el recurso de casación autonómico en toda su extensión. Es el caso, entre otros, de Asturias, Aragón o Navarra, que admiten el recurso frente a sus propias sentencias sin limitar los supuestos o presunciones de interés casacional que el recurrente puede esgrimir.

⁷ Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en su Auto de 1 de diciembre de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 351/2017) (JUR 2017/301503) señala lo siguiente: «Siguiendo el mismo criterio que el citado auto de 20 de julio de 2.017, no procede pronunciamiento en costas, pues como en aquel se dice: “Habida cuenta de lo novedoso de la cuestión jurídica tratada y –sobre todo– las dificultades de interpretación que presenta la nueva casación autonómica (directamente derivadas de la ausencia de una regulación mínimamente completa de la misma), entendemos procedente hacer uso de la facultad conferida por el último inciso del apartado 1 del art. 139 LJCA (RCL 1998, 1741), de manera que no efectuaremos pronunciamiento sobre las costas procesales...». En análogo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia tampoco impone costas, pese al pronunciamiento de inadmisión del recurso, en su Auto de 5 de julio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) (núm. Rec. 4184/2017) (JUR 2018/38752) que señala lo siguiente: «Ha de traerse a este recurso, por razón de unidad de criterio, el pronunciamiento que se recoge en el Auto de esta Sección de 22 de junio pasado sobre costas, y es que aun cuando el artículo 90.8 LJCA (RCL 1998, 1741) establece que la inadmisión a trámite del recurso de casación comportará la imposición de las costas a la parte recurrente, este precepto complementado con lo dispuesto en el artículo 139.2 LJCA, lleva a este órgano jurisdiccional a considerar procedente no efectuar imposición de costas en atención a las dudas interpretativas sobre la nueva regulación del recurso de casación».

Incluso, cabe la invocación de la presunción contenida en el artículo 88.3 a) LJCA – «cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia»⁸. Esta posibilidad pudiera resultar un tanto paradójica si tenemos en cuenta que el Tribunal Superior de Justicia ya se ha pronunciado sobre la cuestión en la instancia. Es cierto, no obstante, que no podemos descartarla plenamente mientras sigan existiendo pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal que exigen la reiteración, la existencia de dos o más pronunciamientos sobre la cuestión, para que pueda hablarse propiamente de jurisprudencia⁹.

3.1.3. *Un reconocimiento con condicionantes*

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entre otros, en el Auto de 17 de mayo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 100.ª) (núm. Rec. 10/2017) (JUR 2017/122924), abre una vía de interpretación intermedia que es seguida mayoritariamente por nuestros Tribunales Superiores de Justicia¹⁰ y que podría resumirse del siguiente modo: habida cuenta de que una interpretación literal del artículo 86.3 LJCA no puede llevarnos a descartar de plano la admisión del recurso de casación frente a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, y reconociendo que la «jurisprudencia menor» se establece ya en la instancia por el Tribunal, el recurso de casación autonómico solo puede admitirse a los efectos de depurar contradicciones, ya sea porque concurra el supuesto de interés casacional objetivo previsto en el artículo 88.2 a) o la presunción enunciada en el artículo 88.3. b) LJCA.

Es loable este intento de conciliar el reconocimiento del recurso de casación autonómico frente a sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia con el hecho innegable de que ya ha habido pronunciamiento sobre la cuestión en la instancia; ahora bien, dudamos de que esta postura sea acorde a la intención legislativa. El recurso se orienta a la «formación de jurisprudencia», no propiamente a la depuración de contradicciones, como lo demuestra también el hecho de que no se articule un recurso de casación estatal frente a las sentencias del propio Tribunal Supremo.

Ha habido otros Tribunales Superiores de Justicia, como es el caso de Cantabria, que han sido más cautos en este sentido y han tratado de mantener el recurso de casación autonómico frente a sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia siguiendo una argumentación conforme a la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo, que examinaremos a continuación. Así, entre otros, en el Auto de 6 de febrero de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 263/2017) (JUR 2018/59895) ha señalado que la existencia de pronunciamiento previo sobre la cuestión en la instancia no empece la admisión del recurso de casación autonómico, pues pudiera ser necesario que el Tribunal Superior de Justicia matice, aclare, precise o corrija su doctrina¹¹.

⁸ En este sentido, *vid.* ATSJ de 18 de abril de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 3/2016) (JUR 2017/127831).

Como se ha expuesto líneas antes, los Tribunales Superiores de Justicia de Aragón y Navarra tampoco limitan los supuestos o presunciones de interés casacional objetivo que cabe invocar en el recurso de casación autonómico. Al respecto, *vid.* ATSJ de Navarra de 9 de marzo de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 515/2017) (JUR 2018/136309), así como los AATSJ de Aragón de 28 de marzo de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) (núm. Rec. 50/2018) (JUR 2018/99800) y (núm. Rec. 19/2018) (JUR 2018/99606).

⁹ Resulta sumamente ilustrativo el ATS de 30 de mayo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 875/2017) (JUR 2017/139555) que señala lo siguiente: «En cualquier caso, la existencia de una única sentencia de este Tribunal hace aconsejable –para formar jurisprudencia mediante la doctrina reiterada a la que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil– que la Sala se pronuncie para reafirmar, reforzar o completar aquel criterio o, en su caso, para cambiarlo o corregirlo en los términos –en ambos supuestos– que la Sección de Enjuiciamiento tenga por conveniente». En sentido análogo se pronuncia el ATS de 16 de mayo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 685/2017) (JUR 2017/117424), el ATS de 29 de mayo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 702/2017) (JUR 2017/148843) y, entre otros, el ATS de 6 de junio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 1137/2017) (JUR 2017/145886).

Si la jurisprudencia es producto de la reiteración, no alcanzamos a entender pronunciamientos como los contenidos en el ATS de 17 de julio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 1319/2017) (JUR 2017/238400). En dicho Auto se inadmite un recurso de casación, pese a que únicamente existía un pronunciamiento previo sobre la cuestión, al entender que la jurisprudencia se encontraba establecida sin que fuese necesario matizarla, precisarla o concretarla.

¹⁰ La interpretación manejada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el sentido de que el recurso de casación autonómico frente a sus propias sentencias solo puede admitirse a los efectos de depurar contradicciones, es seguida por sus homólogos de Castilla y León (ATSJ de 11 de octubre de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Burgos) (núm. Rec. 106/2017) (JUR 2017/ 295151), País Vasco (ATSJ de 24 de febrero de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) (núm. Rec. 1/2017) (JUR 2017/139721) y, entre otros, Valencia (ATSJ de 1 de diciembre de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 351/2017) (JUR 2017/301503).

¹¹ El Tribunal Superior de Justicia de Galicia apuesta igualmente por admitir el recurso frente a dichas sentencias a los efectos de matizar o precisar la doctrina existente para adaptarla a nuevas realidades. No obstante, según su criterio, también cabe admitir el

3.2. La incierta finalidad del recurso como causa de la disparidad interpretativa: ¿formar o uniformar?

Son numerosas las dudas que se plantean a la hora de articular un recurso de casación autonómico frente a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, y la causa, como hemos adelantado y aquí ha quedado constatado, no es otra que el desconocimiento de la finalidad encomendada al nuevo recurso de casación. Una cuestión esta sobre la que tampoco el Tribunal Supremo ha arrojado demasiada luz. Es cierto que puede vislumbrarse su posición mayoritaria, pero también lo es que cabe encontrar múltiples excepciones a la misma. Su estudio interesa a los efectos de comprobar si tienen cabida los distintos posicionamientos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia respecto a la admisión de la casación autonómica frente a sus propias sentencias.

Con carácter general, el Tribunal Supremo ha sostenido que el interés casacional objetivo, que exige el recurso de casación para ser admitido, ha de serlo para la formación de jurisprudencia¹². Desde esa perspectiva, que sería conforme al mandato legislativo por más desafortunado que resulte supeditar la depuración de contradicciones a la formación de jurisprudencia, si existe jurisprudencia consolidada sobre la cuestión no se apreciará, con carácter general, la existencia de interés casacional objetivo «para la formación de jurisprudencia»¹³.

Así, entre otros, el ATS de 6 de junio de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 2037/2018) (JUR 2018/169225) ha señalado que «si la jurisprudencia está formada y consolidada sólo la cuidadosamente justificada necesidad de matizarla, precisarla, concretarla o incluso de corregirla justificaría la conveniencia de un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo»¹⁴.

Si uno se detiene en el examen de la finalidad del recurso de casación enunciada por la LJCA e interpretada rectamente en estos pronunciamientos, parece que no debieran tener cabida planteamientos como los del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en lo que respecta a la admisión del recurso frente a sus propias sentencias.

Recordemos que dicho Tribunal, en una interpretación extendida por nuestro territorio nacional, defiende que en esos casos solo debe admitirse el recurso de casación autonómico para depurar contradicciones. Pues bien, habida cuenta de lo manifestado líneas antes, la finalidad del nuevo recurso de casación no es depurar contradicciones, sino establecer jurisprudencia y el propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid sostiene que dicho cometido no podrá cumplirse cuando el recurso de casación se dirija frente a sus propias sentencias por establecerse ya esta cuando se conoce del litigio en la instancia.

Tampoco parece que pudieran acogerse, a la luz del posicionamiento de nuestro Tribunal Supremo, aquellos planteamientos de Tribunales Superiores de Justicia que reconocen el recurso de casación autonómico frente a sus propias sentencias en toda su extensión. En último término, habrá de examinarse si el recurso puede cumplir con la finalidad de «formación de jurisprudencia», y, de entrada, ello presenta dificultades al establecerse la doctrina en la instancia.

Ahora bien, quizás tampoco debiera tener cabida la inadmisión de plano de los recursos de casación autonómicos frente a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, y ello, por dos motivos que se desprenden de los pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal. El primero de ellos es que, aun estando establecida la jurisprudencia, pudiera ser necesario precisarla, matizarla o corregirla. Ciertamente es que se nos hace difícil imaginar esta hipótesis cuando el Tribunal Superior de Justicia acaba de pronunciarse sobre la cuestión en la instancia.

El segundo guarda relación con la línea interpretativa que, como hemos visto, maneja el Tribunal Supremo sobre el concepto de jurisprudencia. Puede que únicamente haya recaído sobre la cuestión un pronunciamiento del Tribunal Superior, el de la instancia, siendo necesario un segundo pronunciamiento para que

mismo a los efectos de depurar contradicciones. En este sentido puede consultarse, entre otros, el ATSJ de 5 de julio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) (núm. Rec. 4184/2017) (JUR 2018/38752).

¹² Al respecto, *vid.* ATS de 5 de abril de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 628/2017) (JUR 2017/81588).

¹³ Señalaba el ATS de 20 de febrero de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 118/2016) (JUR 2017/47267) que «no cabe acoger ninguno de los supuestos invocados con base en este precepto legal, porque al existir una consolidada jurisprudencia sobre la cuestión controvertida establecida con carácter general... no se aprecia la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia».

¹⁴ Asimismo, *vid.* ATS de 23 de mayo de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 527/2018) (JUR 2018/154577).

acontezca la reiteración que nuestro Alto Tribunal exige a los efectos de entender establecida la jurisprudencia. Claro que la búsqueda de un segundo pronunciamiento a los solos efectos de reiteración no parece que sea lo más satisfactorio para lograr la eficacia del modelo ni tampoco parece conveniente admitir el recurso de casación autonómico a los efectos de reiterar el pronunciamiento emitido en la instancia, pues el establecimiento de la jurisprudencia «menor» sería, si se nos permite, un tanto artificioso.

No obstante, el panorama no está tan despejado como pudiera parecer ni pueden descartarse rotundamente los posicionamientos adoptados por nuestros Tribunales Superiores de Justicia porque el Tribunal Supremo se ha apartado en numerosas ocasiones de su postura mayoritaria y ha admitido el recurso, pese a la existencia de jurisprudencia, a los efectos de depurar contradicciones con la misma.

Recientemente, nuestro Alto Tribunal se ha mostrado partidario de admitir el recurso de casación si la sentencia de instancia se aparta de su jurisprudencia aun cuando esta ya se encuentre establecida. Así, en el ATS de 12 de diciembre de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 5848/2018) (JUR 2018/330101) se señala que la «cuestión jurídica enunciada ha sido resuelta por la Sección Segunda de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de mayo de 2018 (RCA/1880/2017; ES:TS:2018:2185 y 4202/2017; ES:TS:2018:2186), en el sentido que aquí defiende la parte recurrente, lo que también justifica la admisión del presente recurso de casación»¹⁵.

Y no solo admite, sino que parece defender que la contradicción con la jurisprudencia sería una razón de peso que justificaría la admisión del recurso. Ahora bien, estas afirmaciones han de realizarse con suma cautela puesto que pudiera haber quien defendiese que se trata de una resolución aislada y que la admisión tendría su razón de ser en el posible desconocimiento de la jurisprudencia por el órgano de instancia¹⁶. Si examinamos la sentencia recurrida esta habría sido dictada poco antes que las sentencias del Tribunal Supremo que establecen la jurisprudencia al respecto, en concreto la sentencia de instancia era de fecha 19 de junio de 2018.

Si estamos ante un giro definitivo en la doctrina o ante un episodio aislado es algo que solo podrá confirmar el paso del tiempo, pero lo que sí estamos en disposición de afirmar es que han sido numerosas las excepciones a su doctrina general que han llevado al Tribunal Supremo a admitir, en ocasiones, el recurso pese a la existencia de jurisprudencia previa. E, incluso, por concurrencia del supuesto de interés casacional previsto en el artículo 88.2. a) LJCA –fijar, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido–, al haberse apartado la sentencia de instancia de la doctrina de nuestro Alto Tribunal¹⁷.

Asimismo, no es inusual encontrarnos con pronunciamientos como el del ATS de 28 de noviembre de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 4634/2018) (JUR 2018/325557), que ponen de manifiesto la posibilidad de admitir el recurso a los efectos de reafirmar o reforzar la jurisprudencia. La necesidad de reafirmar o reforzar es un argumento muy laxo que podría utilizar el Tribunal Supremo, pero también los Tribunales Superiores de Justicia, a los efectos de justificar la admisión del recurso pese a la existencia de jurisprudencia previa sobre la cuestión.

¹⁵ En el mismo sentido, *vid.* el ATS de 28 de noviembre de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 5724/2018) (JUR 2018/325357); así como el ATS de 14 de noviembre de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 4489/2018) (JUR 2018/327160), cierto es que en este último caso solo había recaído un pronunciamiento previo sobre la cuestión.

¹⁶ Este argumento sobre el desconocimiento por el órgano de instancia de la jurisprudencia existente a efectos de admitir el recurso de casación se ha manejado, entre otros, en el ATS de 5 de junio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 1098/2017) (JUR 2017/148949). Del mismo modo, para sortear el obstáculo de admitir el recurso cuando hay jurisprudencia previa, se ha aludido también al hecho de que el órgano de instancia pudo conocer, pero quizás no valorar adecuadamente la misma, *vid.* ATS de 7 de junio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 1086/2017) (JUR 2017/143050).

¹⁷ Al respecto, *vid.*, entre otros, el ATS de 22 de febrero de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 170/2016) (JUR 2017/47294) y el ATS de 12 de junio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 1548/2017) (JUR 2017/157090). No obstante, la existencia de jurisprudencia previa y contradictoria con la dictada por el órgano de instancia no es garantía absoluta de admisión del recurso. Ha habido algún pronunciamiento del Tribunal Supremo que, interpretando fielmente el mandato legislativo, ha inadmitido el recurso pese a la contradicción con su jurisprudencia, precisamente porque se encontraba establecida y el interés casacional objetivo ha de serlo para la formación de jurisprudencia. En este sentido, *vid.* el ATS de 23 de mayo de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 527/2018) (JUR 2018/154577) que señala lo siguiente: «si la jurisprudencia está formada, tal y como mantiene la mercantil recurrente, el interés casacional objetivo del recurso preparado en esta concreta cuestión sólo existiría si fuera necesario matizarla, precisarla o concretarla para realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en esa jurisprudencia... sin que la parte recurrente haya argumentado suficientemente que nos encontramos ante un supuesto que pueda exigir un pronunciamiento distinto por parte de esta Sala».

En vista de las oscilaciones doctrinales experimentadas en el seno de nuestro Alto Tribunal, no parece que quepa enjuiciar con excesiva rigidez los respectivos posicionamientos de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a la admisión de la casación autonómica frente a sus propias sentencias. Puede que la finalidad del recurso de casación siga siendo la gran desconocida o puede que se conozca perfectamente que el recurso tal y como está ideado legislativamente se orienta a la «formación de jurisprudencia» pero al mismo tiempo se tenga presente que no solo interesa establecer jurisprudencia sino también defenderla, máxime si en nuestro sistema no es vinculante y los órganos jurisdiccionales pueden separarse de ella con la consiguiente fundamentación en derecho.

Es loable que el Tribunal Supremo trate de dar respuesta a la contradicción de la jurisprudencia sin supeditar la misma al establecimiento de doctrina, aunque quizás no fuese esa la intención del legislador al hacer depender la admisión del interés casacional objetivo «para la formación de jurisprudencia».

Ese malabarismo que el Tribunal Supremo se ve obligado a hacer para conciliar la redacción estricta de la ley y las necesidades que se suscitan en la práctica supone que los interrogantes en torno a la finalidad de este recurso no se despejen completamente y que los Tribunales Superiores de Justicia sigan sin tener claro si el recurso debe admitirse a los solos efectos de establecer jurisprudencia.

4. EL ENJUICIAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA CASACIÓN AUTONÓMICA

4.1. El ATC de 16 de abril de 2018: La casación autonómica en Tribunales Superiores de Justicia de Sala y Sección única

4.1.1. Razones para una inadmisión de plano

El panorama anteriormente expuesto, lejos de esclarecerse, se ensombrece más tras el Auto del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 2018 (Pleno) (núm. Rec. 4644/2017) (RTC 2018/41 AUTO) que avala la postura adoptada por determinados Tribunales Superiores de Justicia, de Sala y Sección Única, de no reconocer el recurso de casación autonómico en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales.

El ATC de 16 de abril de 2018 inadmite un recurso de amparo preparado frente a un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que inadmite un recurso de casación autonómico frente a una sentencia del propio Tribunal. Igualmente, se preparó dicho recurso de amparo frente a la providencia por la que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a dicho Auto.

Las razones que ofrece el Tribunal Superior de Justicia para inadmitir el recurso de casación son de diversa índole. Así, ofrece motivos de carácter organizativo, pero también de incumplimiento de la finalidad que el recurso tiene encomendada. Incluso, se niega la operatividad del recurso en su ámbito jurisdiccional dados los términos en que se encuentra regulado.

En concreto, reflexiona dicho Tribunal Superior sobre la posibilidad de que el artículo 86.3 LJCA tenga como único cometido delimitar el ámbito de conocimiento del Tribunal Supremo. Es decir, que su único propósito sea impedir que nuestro Alto Tribunal se pronuncie sobre cuestiones de derecho autonómico.

Según su parecer, esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que no exista precepto alguno que se ocupe de regular la tramitación de la casación autonómica. Claro que, en nuestra opinión, ello llevaría a negar el recurso de casación autonómico no solo frente a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia sino también frente a las sentencias de los propios Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, aunque en el caso de autos solo se enjuicia la inadmisión del recurso frente a sentencias del propio Tribunal.

No es el único razonamiento que ofrece para la inadmisión del recurso; también señala que su Sala de lo Contencioso-Administrativo culmina la organización jurisdiccional en su ámbito, sin que se haya previsto en la LOPJ la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos de casación autonómicos. En efecto, estos preceptos siguen aludiendo a la competencia de estos Tribunales para conocer del recurso de casación para la unificación de doctrina y en interés de ley autonómico. Tras un amplio periodo de *vacatio legis* y la entrada en vigor del nuevo recurso en julio de 2016, siguen sin depurarse estas cuestiones que no son en absoluto menores.

Continúa el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura argumentando que la función de su Sala de lo Contencioso-Administrativo es establecer doctrina, y esta se realiza con el pronunciamiento en la instancia sobre la cuestión. A su juicio, al igual que no se ha previsto un recurso de casación frente a las sentencias del Tribunal Supremo tampoco tiene sentido que se prevea un recurso de casación autonómico frente a las

sentencias del propio Tribunal Superior de Justicia. Aunque no ahonda más en este aspecto, veremos cómo el Tribunal Constitucional lo sitúa en el epicentro de su razonamiento a efectos de convalidar las tesis de citado Tribunal Superior de Justicia.

Mayor esfuerzo dedica el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura a la hora de explicar que la Sección Casacional que se prevé en el artículo 86.3 LJCA es de imposible constitución en su ámbito jurisdiccional, dada la escasez de medios personales. En la medida en que su Sala de lo Contencioso-Administrativo se compone de cinco miembros, los mismos que se exigen para conformar la Sección Casacional, no quedaría más remedio que acudir a otras Salas del Tribunal Superior de Justicia o a Magistrados destinados en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para componer la Sección Casacional, si se quiere evitar la contaminación de sus miembros. De llegar a producirse esa situación, sostiene el Tribunal Superior de Justicia que se vulneraría, entre otros, el derecho constitucional al juez predeterminado por la ley, pues esas otras Salas y Magistrados de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo no pueden desarrollar la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Culmina su argumentación con una idea que está empezando a vislumbrarse en otros Tribunales Superiores de Justicia, aunque solo sea a través de Votos Particulares. Según su parecer, el recurso de casación autonómico solo está pensado para Tribunales Superiores de Justicia que dispongan de varias Salas de lo Contencioso-Administrativo o de varias Secciones dentro de una misma Sala¹⁸.

En atención a lo anteriormente razonado, el Tribunal Superior de Justicia inadmitió de plano el recurso de casación autonómico sin examinar la posible concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y el recurrente consideró que se había infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos establecidos legalmente (artículo 24.1 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que, en ningún caso, se produzca indefensión (artículo 24.1 CE) y el principio de igualdad en aplicación de la ley (artículo 14 CE), habida cuenta de las posturas favorables de otros Tribunales Superiores de Justicia a la admisión del recurso de casación autonómico frente a sus propias sentencias.

4.1.2. Una inadmisión razonable según nuestro Tribunal Constitucional

Antes de adentrarse en la apreciación de las eventuales infracciones a las que acabamos de hacer mención, el Tribunal Constitucional se afana en corregir una de las premisas de la que parte el recurrente: no se ha negado el derecho a un recurso previsto legalmente, sino que el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura ha entendido que el mismo no es viable con arreglo a las leyes, dadas las particulares circunstancias de su ámbito jurisdiccional. La línea divisoria que pretende trazar el Tribunal Constitucional entre la negación del derecho al recurso previsto legalmente, que traería consigo una admisión del recurso de amparo por contravención del derecho a la tutela judicial efectiva, y la negación del derecho por su inviabilidad con arreglo a la ley, se presta, desde luego, a discusión.

Aclarada la premisa sobre la que ha de partir el enjuiciamiento constitucional, descarta nuestro Tribunal Constitucional la indefensión que se hace valer por el recurrente al haberse inadmitido de plano el recurso, sin que se haya valorado la concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Entiende nuestro órgano constitucional que, si el recurso era improcedente, por los motivos que más adelante se expondrán, no resultaba necesario valorar la concurrencia del concepto jurídico indeterminado del que se hace depender la admisión del recurso.

Igualmente, descarta la infracción del principio de igualdad en la aplicación de la ley por el hecho de que otros Tribunales Superiores de Justicia hayan podido llegar a conclusiones distintas. No se cumple el requisito de identidad de órgano que el Tribunal Constitucional ha exigido tradicionalmente a los efectos de apreciar dicha infracción¹⁹.

¹⁸ Este argumento se maneja también en el Voto Particular formulado por la Magistrada PENÍN ALEGRE, C., al ATSJ de Cantabria de 6 de febrero de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 263/2017) (JUR 2018/59895), así como en el formulado por la Magistrada CASTANEDO GARCÍA, M. E., al ATSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 257/2017) (JUR 2018/160257).

¹⁹ Acerca de la eventual infracción del principio de igualdad en la aplicación de la ley, puede consultarse la STC de 28 de marzo de 2011 (núm. Rec. 9167/2008) (RTC 2011/38) que reproduce la doctrina emanada hasta el momento. Señala esta que «según reiterada doctrina de este Tribunal (entre otras muchas, SSTC 111/2002, de 6 de mayo [RTC 2002, 111], F. 2; 31/2008, de 25 de febrero [RTC 2008, 31], F. 2; 160/2008, de 12 de diciembre [RTC 2008, 160], F. 3; y 105/2009, de 4 de mayo [RTC 2009, 105], F. 5), para que pueda entenderse vulnerado este derecho, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

No obstante, lo que realmente interesa a nuestro estudio, es la eventual infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de acceso a los recursos, al haberse inadmitido de plano el recurso de casación autonómico por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

En este Auto el Tribunal Constitucional reproduce su doctrina tradicional, conforme a la cual el derecho de acceso a los recursos es un derecho de configuración legal que se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva en la configuración que reciba de las leyes procesales. Y ello, porque no nace directamente de la Constitución, a diferencia del derecho de acceso a la jurisdicción.

Asimismo, recuerda que la interpretación de la legalidad ordinaria corresponde a la jurisdicción ordinaria, siendo labor del Tribunal Constitucional la de efectuar un control meramente externo que no puede extenderse al juicio de proporcionalidad inherente al principio *pro actione*. Únicamente le corresponderá examinar si la inadmisión responde a una causa legalmente existente o si esta descansa sobre un juicio arbitrario, irrazonable o que incurre en error patente²⁰.

Esta doctrina tradicional ha sido férreamente aplicada hasta el momento. Basta recordar que su aplicación estricta le ha llevado a convalidar requisitos procesales impuestos jurisprudencialmente sin sustento legal. Así sucedió cuando convalidó la interpretación adoptada por el Tribunal Supremo respecto al escrito de preparación del anterior recurso de casación. Nuestro Alto Tribunal exigía concretar los preceptos o jurisprudencia que se reputasen infringidos sin que dicho requisito fuese impuesto por el artículo 89.1 LJCA y aun así el Tribunal Constitucional consideró que dicha exigencia entraba «en el ámbito de la interpretación jurisprudencial de los requisitos para acceder al recurso de casación»²¹.

Pues bien, esta ocasión tampoco iba a ser una excepción. El Tribunal Constitucional se limita a examinar si la conclusión alcanzada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura es razonable. A pesar de la magnitud de la decisión, llama la atención que el Tribunal Constitucional despache la cuestión en un único párrafo que no hace más que añadir incertidumbre al futuro de la casación autonómica.

Por su importancia, interesa que lo reproduzcamos íntegramente: «Con independencia del mayor o menor acierto de cada uno de los argumentos empleados en la resolución impugnada, valoración que nos está vedada en esta sede constitucional, la Sala de lo Contencioso-Administrativo toma como puntos de partida

a) La acreditación de un *tertium comparationis*, puesto que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial, que en casos sustancialmente iguales hayan sido resueltos de forma contradictoria.

b) La identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la Ley. Esta exigencia permite valorar si la divergencia de criterio expresada por el juzgador es fruto de la libertad de apreciación del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (art. 117.3 CE [RCL 1978, 2836]) y consecuencia de una diferente apreciación jurídica de los supuestos sometidos a su decisión, o, por el contrario, un cambio de valoración del caso puramente arbitrario, carente de fundamentación suficiente y razonable.

c) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de “la referencia a otro” exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.

d) La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. La razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta *ad personam*, singularizada. Lo que negativamente significa que no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando el cambio de criterio responda a una vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que lo motivan o porque así se deduzca de otros elementos de juicio externos, como pueden ser significativamente posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso (STC 184/2007, de 10 de septiembre [RTC 2007, 184], F. 2)».

²⁰ Puede consultarse, entre otras, la STC de 17 de octubre de 2016 (Sala Primera) (núm. Rec. 3143/2013) (RTC 2016/173) que sintetiza dicha doctrina constitucional en los siguientes términos: «este Tribunal ha venido reiterando que la interpretación y aplicación de las normas procesales que contemplan los requisitos para la admisión de los recursos son materias de legalidad ordinaria, propias de los Tribunales de Justicia (art. 117.3 CE (RCL 1978, 2836)), de modo que el control de las resoluciones judiciales de inadmisión de los recursos por parte de la jurisdicción constitucional “es meramente externo” y debe limitarse a comprobar si, además de tener motivación, “han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las mismas” y “sin que el control que nos corresponde realizar... pueda extenderse al juicio de proporcionalidad inherente al principio *pro actione*, característico del derecho de acceso a la jurisdicción” (por todas, SSTC 258/2000, de 30 de octubre (RTC 2000, 258), FJ 2; 42/2009, de 9 de febrero (RTC 2009, 42), FJ 2; 65/2011, de 16 de mayo (RTC 2011, 65), FJ 3, y 142/2015, de 22 de junio (RTC 2015, 142), FJ 3)».

²¹ Al respecto, *vid.* STC de 22 de enero de 2015 (Pleno) (núm. Rec. 2399/2012) (RTC 2015/7).

unos presupuestos certeros y llega a la solución que ofrece mediante una argumentación lógica y coherente. Parte este discurso de la literalidad de los preceptos legales referidos al recurso de que se trata en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635); toma en consideración, a continuación, la composición y posición institucional de la Sala sentenciadora y del órgano que estaría llamado a resolver el recurso; y constata, derivado de ello, que la finalidad a que estaría llamado este eventual recurso de casación, cual es la de asegurar la uniformidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico autonómico, en las circunstancias expresadas, quedó ya satisfecha en la Sentencia dictada por el Pleno de esa Sala de lo Contencioso-Administrativo. En este razonamiento mantenido por el Auto impugnado no se apela a razones organizativas para justificar la inadmisión del recurso, sino que se considera que el recurso de casación autonómico, en el caso, al no resultar idóneo para cumplir la función inherente a su naturaleza, carece de razón de ser. A partir de aquí, la Sala obtiene la conclusión, que se apoya también en el tenor literal del artículo 86.3 LJCA, de que este recurso «está pensado para los casos de un Tribunal Superior de Justicia que dispone de varias Salas de lo Contencioso-Administrativo o de varias Secciones dentro de la misma Sala».

Según nuestro Tribunal Constitucional, la interpretación que efectúa el Tribunal Superior es razonable porque la inadmisión descansa en la inidoneidad del recurso para cumplir la finalidad que es propia de un recurso de casación. Cabe pensar que este razonamiento obedece a lo manifestado por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura acerca de que la finalidad del recurso se satisface con el propio pronunciamiento de instancia que ya establece doctrina sobre la cuestión.

Se afana el Tribunal Constitucional en aclarar que no han sido causas de tipo organizativo las que han llevado a tomar la decisión de inadmisión, cuando esta cuestión no se desprende con claridad meridiana de los razonamientos ofrecidos por el Tribunal Superior de Justicia. Y, además, cabe dudar de que realmente estas no hayan sido decisivas, pues el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura sí considera que el recurso de casación autonómico cabe en el supuesto de que los Tribunales Superiores de Justicia cuenten con varias Salas o Secciones dentro de una Sala.

Si la clave de la inadmisión reside en la inidoneidad del recurso para cumplir con la finalidad que tiene encomendada, igual de inidóneo sería el recurso en Tribunales Superiores de Justicia de varias Salas o Secciones que en los de única Sala y Sección, pues en todos ellos la jurisprudencia se encuentra establecida por el pronunciamiento de instancia.

El Tribunal Constitucional considera que es producto de una exégesis racional el hecho de que el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura sostenga que el recurso de casación autonómico solo cabe en los ámbitos jurisdiccionales de Tribunales Superiores de Justicia con varias Salas o varias Secciones dentro de una misma Sala.

En nuestra opinión, este razonamiento que esgrime el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura podría ir, incluso, en contra del propio texto legal que, a diferencia de lo que sucedía bajo la vigencia del recurso de casación autonómico en unificación de doctrina, no hace distinciones entre aquellos Tribunales Superiores de Justicia que disponen de varias Salas y Secciones y aquellos que únicamente cuenta con una Sala y Sección²². Es decir, no se excluye expresamente la conformación de dicha Sección Casacional en Tribunales Superiores de Justicia de única Sala y Sección²³.

El propio artículo 86.3 LJCA contiene reglas especiales a efectos de constituir dicha Sección «si la Sala o Salas de lo Contencioso-Administrativo tuviesen más de una Sección», lo que nos lleva a pensar que no necesariamente han de contar con más de una Sala y Sección para que se constituya aquella. Además, debe tenerse en cuenta que si se reconociese que el recurso solo se encuentra operativo en Tribunales Superiores de Justicia que dispongan de varias Salas de lo Contencioso-Administrativo y/o varias Secciones, quedarían también fuera del control casacional, en los Tribunales Superiores de Justicia de única Sala y

²² Al respecto, ALONSO MURILLO, F., señala que «el contenido de estos dos preceptos reproduce miméticamente en este particular el derogado artículo 99.3 LJCA, compartiendo lógicamente sus mismos defectos, a los que se añaden los que derivan de la nueva configuración del recurso de casación autonómico que, a diferencia del fenecido recurso de casación para la unificación de doctrina autonómico, no se imposibilita legalmente cuando en el Tribunal Superior de Justicia no cuente más que con una Sección en su única Sala de lo Contencioso-administrativo, lo que convierte este recurso extraordinario en tales casos en una suerte de recurso de reposición...», *vid.* «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo en materia tributaria», *op. cit.*, págs. 140-141.

²³ En sentido contrario, hay autores que consideran que en supuestos de Sala y Sección Única, no sería necesario constituir la Sección Casacional sino que el conocimiento del recurso se atribuiría a la propia Sala y Sección de enjuiciamiento, *vid.* SOSPEDRA NAVAS, F. J. (2017): «El controvertido ámbito de las resoluciones recurribles en el recurso de casación contencioso-administrativo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, Aranzadi, pág. 8.

Sección, las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, que no plantean problemas de contaminación ni de incumplimiento de la finalidad asignada al recurso de casación.

Al margen de este paréntesis que hemos abierto, prosigue el Tribunal Constitucional su razonamiento y señala que la solución del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que aquí se ha considerado razonable «no obsta a que, en el marco de las incertidumbres que ha ocasionado la regulación de la casación autonómica tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, otras interpretaciones judiciales dirigidas a darles respuesta puedan a su vez ser perfectamente razonables».

Este último párrafo nos genera numerosas inquietudes. Cabe preguntarse si sería razonable que Tribunales Superiores de Justicia de única Sala y Sección pudieran llegar a soluciones contrarias y defender el recurso de casación autonómico frente a sus propias sentencias. Es decir, si puede ser razonable una tesis y su contraria y, ciertamente, no nos parece defendible.

Asimismo, si la improcedencia del recurso se debe al incumplimiento de la finalidad que le corresponde al recurso de casación, entendiendo por tal la «formación de jurisprudencia», cabe preguntarse si sería razonable que se admitiese el recurso de casación autonómico en los Tribunales Superiores de Justicia con varias Salas o varias Secciones dentro de una misma Sala. Consideramos que en estos casos la finalidad es igualmente irrealizable pues ya se habrá establecido en la instancia, dejando a salvo las admisiones a los efectos de reiteración de la jurisprudencia y las admisiones para matizar o precisar, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que también podrían acontecer en Tribunales Superiores de Justicia de única Sala y Sección.

Llevada al extremo la tesis de nuestro Tribunal Constitucional y sobre la base de la improcedencia por incumplimiento de la finalidad asignada, cualquier Tribunal Superior de Justicia podría defender la inadmisión del recurso sin que su razonamiento pudiera tacharse de irrazonable a la vista de este pronunciamiento.

Nuevamente, nos encontramos con que la finalidad del recurso de casación debe constituirse en el criterio interpretativo decisivo para la admisión de estos recursos. Si nos atenemos al texto legal, las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia son potencialmente recurribles en casación autonómica, la inadmisión de plano no debiera tener cabida y debiera examinarse en cada caso la concurrencia de posible interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Ahora bien, como hemos dejado expuesto, no puede negarse que este difícilmente concurrirá si se interpreta que el interés casacional objetivo ha de serlo para la formación de jurisprudencia, al encontrarse esta establecida en la instancia.

4.2. La STC de 29 de noviembre de 2018: la consagración de la casación autonómica y la convalidación de sus defectos

El Tribunal Constitucional disponía de una nueva oportunidad para acabar con la disparidad interpretativa al hilo de la resolución de las cuestiones de inconstitucionalidad que, sobre el recurso de casación autonómico, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha había sometido a su consideración. Sin embargo, su Sentencia de 29 de noviembre de 2018 (Pleno) (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2860/2018) (RTC 2018/128) tampoco despeja el panorama interpretativo al convalidar, sin unanimidad en su seno, la formulación legal del citado medio impugnatorio sobre la base de que este recurso está pensando para ser articulado en Tribunales Superiores de Justicia que dispongan de varias Salas y/o Secciones.

4.2.1. Una regulación respetuosa con la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 122 CE

La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el citado Tribunal Superior de Justicia se articulaba en torno a cuatro motivos. El primero de ellos se sustentaba en la posible inconstitucionalidad del recurso de casación autonómico al haberse regulado por ley ordinaria²⁴ y entrañar ello una vulneración de la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 122 CE, que se encuentra redactado en los siguientes términos: «La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia».

²⁴ La nueva regulación casacional fue fruto de la modificación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa operada por la Disposición Final Tercera de la LO 7/2015, de 21 de julio y la Disposición Final Quinta de la citada Ley Orgánica señala que la citada Disposición Final Tercera tiene carácter de ley ordinaria.

Según el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, a la novedad del órgano encargado de resolver el recurso de casación autonómico habría que sumar el hecho de que el precepto regulador del recurso no llenase de contenido la idea del ámbito de conocimiento litigioso, manejada por el Tribunal Constitucional a la hora de interpretar el artículo 122 CE. A su juicio, existen dudas fundadas sobre las resoluciones recurribles y sobre los supuestos de interés casacional objetivo que cabe invocar, sin que quepa acudir a la aplicación analógica en el caso de normas procesales.

El Tribunal Constitucional descarta dicha tacha de constitucionalidad haciendo acopio de la doctrina constitucional sobre la reserva contenida en dicho precepto, que tantas dudas suscita en la práctica. Así, recuerda que el término «constitución de los Juzgados y Tribunales», empleado en el artículo 122 CE, debe comprender, como mínimo, «la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso». No obstante, «cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de tales órdenes», sin contradecir el diseño que haya realizado la ley orgánica de los distintos órganos jurisdiccionales. En otras palabras, «no toda materia debe estar radicada en la Ley Orgánica del Poder Judicial... La Ley Orgánica del Poder Judicial establece los criterios generales de atribución y las leyes ordinarias concretan esos criterios en cada ámbito específico»²⁵.

Aclara nuestro Órgano Constitucional que nunca han formado parte del contenido mínimo de la reserva cuestiones tales como las resoluciones recurribles o los órganos competentes para su resolución, así como tampoco el procedimiento que ha de seguirse en la tramitación.

Nos señala, así, el camino hacia el rechazo de la tacha planteada, pues el hecho de que las resoluciones recurribles y el órgano competente para conocer del recurso de casación autonómico se hayan regulado por ley ordinaria no supone vulneración alguna de la reserva contenida en el artículo 122 CE. De hecho, recuerda que dichos extremos tampoco se contenían antes en el artículo 74 LOPJ, apartados 5 y 6, que hacían y hacen referencia, pues no se ha depurado dicho extremo, a los anteriores recursos de casación autonómicos en unificación de doctrina y en interés de ley.

No obstante, hace una matización a sus afirmaciones y señala que, si el órgano encargado de resolver el recurso fuese un órgano judicial nuevo, distinto a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, la respuesta a la cuestión planteada variaría sustancialmente. De ser ese el caso, su institución por ley ordinaria supondría una vulneración de la reserva anteriormente comentada.

Así pues, dedica el Tribunal Constitucional buena parte de sus esfuerzos a desentrañar si estamos ante un órgano judicial distinto de las Salas mencionadas o si se trata meramente de una división funcional de dichas Salas. A su juicio, la Sección Casacional regulada en el artículo 86.3 LJCA es una Sección funcional y, por tanto, puede ser creada por ley ordinaria.

Según su criterio, dicha calificación se justifica fundamentalmente por la concurrencia de dos indicios: a) la composición del órgano no se ha establecido de forma reglada; b) los Magistrados que conforma la misma pertenecen al mismo orden jurisdiccional, cuando no a la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Esta conclusión acerca de que la Sección Casacional es una división funcional de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, así como los indicios tomados para alcanzar la misma, no son compartidos por los Magistrados XIOL RÍOS y ENRÍQUEZ SANCHO, que formulan Votos Particulares a la Sentencia que aquí nos ocupa.

El primero de ellos sostiene que estamos ante una Sección orgánica y, por tanto, al tratarse de un nuevo órgano judicial debería haberse constituido por ley orgánica. Para sustentar su razonamiento señala que el Tribunal Constitucional parte de una premisa errónea al considerar que son Secciones funcionales en la medida en que la composición del órgano no se establece de forma reglada en el artículo 86.3 LJCA. Ciertamente, señala XIOL RÍOS que dicho precepto sí establece la composición; cuestión distinta es que se confíe a la Sala de Gobierno de cada Tribunal Superior de Justicia, en el caso de que la Sala o Salas de lo Contencioso-Administrativo tengan más de una Sección, el turno con arreglo al cual los Magistrados ocuparán los puestos a los que hace mención la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Asimismo, considera que el hecho de que la Sección Casacional pueda conformarse con Magistrados de diversos órganos judiciales resulta determinante para considerar a dicha Sección como un órgano judicial nuevo. Según XIOL RÍOS, la clave para considerar a una Sección como división funcional no se encuentra

²⁵ Sobre el alcance de la reserva de ley orgánica contenida en el artículo 122 CE, el Tribunal Constitucional nos remite a su doctrina tradicional prevista en STC de 1 de julio de 1993 (Pleno) (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5/1991 y 649/1991) (RTC 1993/224), STC de 21 de septiembre de 1994 (Pleno) (Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 173/1993 y 1819/1992) (RTC 1994/254) y STC de 7 de julio de 2011 (Pleno) (Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 10663/2006) (RTC 2011/121).

en que los Magistrados pertenezcan al mismo orden jurisdiccional, sino en que pertenezcan al mismo órgano jurisdiccional.

De igual forma, siguiendo su razonamiento, el hecho de que dicha Sección Casacional tenga competencia propia y distinta de las Salas de lo Contencioso-Administrativo regulada en la ley, hace que nos encontremos ante un nuevo órgano jurisdiccional. Añade este Magistrado que, aun cuando pudieran considerarse como Secciones funcionales estas Secciones Casacionales –opinión que no comparte–, estas contravendrían la ordenación que de las mismas realiza la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 152 y 198.

En la misma línea discurre el Voto Particular formulado por ENRÍQUEZ SANCHO, quien discrepa del parecer de la mayoría y considera que la constitución de la Sección Casacional vulnera la reserva de ley establecida en el artículo 122 CE. Según este Magistrado, al atribuírsele a esta Sección una competencia específica, excluyente y exclusiva, y regular la LJCA reglas exclusivas para su composición, sin que la Sala de Gobierno del Tribunal Superior pueda suprimirlas, crearlas o decidir libremente la composición, más allá de fijar los turnos, nos distanciamos de las notas propias de las Secciones funcionales creadas al amparo del artículo 72.2 LOPJ, con ruptura del sistema establecido por la Constitución y la LOPJ. A ello debe sumarse el hecho de que exista cierta prevalencia de la Sección Casacional sobre las Salas de lo Contencioso-Administrativo, pues esta última puede ser enmendada por la primera.

Compartimos sus razonamientos y consideramos que el Tribunal Constitucional no solo parte de una premisa errónea al interpretar que la composición de la Sección Casacional no se ha establecido de forma reglada, sino que también lo hace cuando señala que la Sección Casacional estará constituida por Magistrados del mismo orden, en todo caso. Aunque, efectivamente, podría llegar a sostenerse si, como parece hacer el Tribunal Constitucional, se reconoce el recurso de casación autonómico únicamente en Tribunales Superiores de Justicia de varias Salas y/o Secciones, que no presenten problemas de medios personales.

La práctica demuestra que los Tribunales Superiores de Justicia de Sección única que han reconocido en su ámbito jurisdiccional el recurso de casación autonómico, han tenido que acudir a Magistrados de otros órdenes para evitar que tomen parte de la decisión los Magistrados que han decidido del asunto en la instancia. Es más, en algunos casos, la Sección Casacional ha quedado enteramente conformada por Magistrados pertenecientes a otros órdenes jurisdiccionales²⁶.

Si siguiésemos este criterio del Tribunal Constitucional, deberíamos plantearnos si hay que considerar que estamos ante un órgano judicial nuevo, con la consiguiente vulneración de la reserva prevista en el artículo 122 CE, en todos aquellos Tribunales que han tenido que acudir a Magistrados de otros órdenes para conformar la Sección Casacional. O si, directamente estos no debieran admitir el recurso de casación en su ámbito jurisdiccional respectivo, pues parece que esta es la opción que el Tribunal Constitucional ve como razonable, aunque ya hemos dejado apuntado que el texto legal parece apuntar en otra dirección.

4.2.2. La seguridad jurídica no se ve afectada y la disparidad interpretativa de nuestros Tribunales Superiores de Justicia no vulnera el artículo 14 CE

La segunda duda de constitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha guarda relación con el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE. Se plantea si acaso no se produce dicha inseguridad jurídica cuando operadores jurídicos cualificados no son capaces de alcanzar

²⁶ Por ofrecer un ejemplo, cabe citar la situación que acontece en el seno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Este Sala, que funciona como única Sección, está integrada por cuatro Magistrados, uno en excidencia y dos adscritos de la Sala Civil y Penal. Si se pretende evitar la contaminación de sus Magistrados y conformar la Sección Casacional con cinco miembros, tal y como exige el artículo 86.3 LJCA, no quedará otra alternativa que integrar la misma con Magistrados pertenecientes a otros órdenes jurisdiccionales, separándonos también en este caso del mandato legislativo que exige la pertenencia al orden contencioso-administrativo. Esta circunstancia es puesta de relieve por los Votos Particulares formulados por PENÍN ALEGRE, C., y CASTANEDO GARCÍA, M. E., a los AATSJ de Cantabria anteriormente mencionados. En opinión de dichas Magistradas, podría entenderse vulnerado el derecho al juez predeterminado por la ley, a la vez que carece de toda lógica que una Sección integrada por no especialistas enmiende a una Sección cuyos miembros son especialistas.

Más llamativo es el caso de La Rioja, cuya Sala de lo Contencioso-Administrativo –Sección Única– está compuesta por tres Magistrados. Ni siquiera se alcanza el número mínimo de integrantes que exige el artículo 86.3 LJCA. Su petición de refuerzos para poner en funcionamiento la casación autonómica fue archivada, *vid.* Acta núm. 2/2018 de la reunión de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja celebrada el día 22 de febrero de 2018, dirección URL: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-La-Rioja/Sala-de-Gobierno/Acuerdos-Sala-de-Gobierno/Acta-de-la-sesion-de-la-Sala-de-Gobierno-del-TSJ-de-La-Rioja-de-22-de-febrero-de-2018>. Si se pretende evitar la contaminación de sus Magistrados, no quedará más remedio que acudir a Magistrados integrantes de otros órdenes jurisdiccionales.

un acuerdo respecto a cuestiones trascendentales como son, entre otras, las resoluciones recurribles en casación autonómica.

El Tribunal Constitucional se pregunta si realmente esas deficiencias que pudiera plantear la regulación casacional impiden al Tribunal Superior de Justicia resolver sobre la admisión del recurso. Al considerar que no es así, entiende que ello constituye un claro indicio de que la inseguridad jurídica que se hace valer no es de gravedad.

Defiende nuestro Órgano constitucional que el hecho de que la redacción de una norma traiga consigo problemas interpretativos no obliga a considerar que se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica. Al concebirse el ordenamiento como un todo, será necesario examinar si esas dudas interpretativas pueden despejarse teniendo en cuenta el contexto en que se insertan dichos preceptos.

En sus propias palabras, «sólo si, en el contexto ordinamental en que se inserta y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo producen confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica»²⁷.

A su juicio, en esta ocasión no concurre un alto grado de indeterminación, pues las reglas que se prevén para la casación estatal se pueden aplicar *mutatis mutandis* a la casación autonómica. A lo que añade que «la indeterminación del precepto legal cuestionado no conlleva una quiebra de la seguridad jurídica, pues una interpretación sistemática del mismo permite acotar su sentido y determinar las resoluciones que pueden ser objeto de este recurso y el órgano que ha de resolverlo».

Realmente, se nos antoja difícil la aplicación de la normativa reguladora de la casación estatal en numerosos puntos. En la parte procedimental será difícil adecuarla si tenemos en cuenta que el conocimiento de la casación estatal se atribuye a un órgano jurisdiccional distinto del que dicta la sentencia de instancia, lo que no siempre sucede en la casación autonómica, y que se distingue entre una Sección de admisión y una Sección de enjuiciamiento, esquema que no se sigue como regla general en nuestros Tribunales Superiores de Justicia, dada la falta de medios personales.

Por ofrecer algún ejemplo, sería llamativo que se mantuviese la doble fase de preparación-interposición si se están recurriendo en casación autonómica las propias sentencias del Tribunal Superior de Justicia. Si el mantenimiento de esta bipartición es criticable en la casación estatal, carece aún más de sentido en el caso de que se recurran dichas resoluciones en casación autonómica.

Aun cuando pudiera forzarse su aplicación, ya hemos dejado apuntado antes que el recurso de casación estatal está orientado a la «formación de jurisprudencia». Si seguimos fielmente el mandato legislativo, difícilmente puede realizarse dicha finalidad si se recurren sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, pues la doctrina se ha establecido al conocer del litigio en la instancia.

La aplicación a la casación autonómica de la normativa relativa a la casación estatal no soluciona los problemas interpretativos. O al menos no todos los que se presentan, pues, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal Constitucional, seguimos teniendo dudas razonables acerca de si los párrafos primero y segundo del artículo 86.3 LJCA son complementarios o independientes. Tal y como hemos dejado expuesto anteriormente, optar por una u otra solución supondría reconocer o no el recurso frente a las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, que debieran constituir el verdadero objeto de la casación autonómica.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha todavía plantea una tercera duda de constitucionalidad basada en una eventual infracción del principio de igualdad del artículo 14 CE, dada la disparidad interpretativa que existe entre nuestros Tribunales Superiores de Justicia al aplicar la casación autonómica.

El recorrido de esta invocación era fácil de adivinar si tenemos en cuenta la doctrina constitucional sobre dicho principio y el pronunciamiento del ATC de 16 de abril de 2018. Una vez más, el Tribunal Constitucional señala que la apreciación de dicha infracción exige que estemos en presencia del mismo órgano judicial, y no como sucede en este caso, en que las opiniones dispares provienen de Tribunales Superiores de Justicia distintos, quedando aquellas amparadas por la independencia judicial.

Recuerda dicho Tribunal que, siguiendo su doctrina tradicional, «la desigualdad o la discriminación que se prohíbe mediante el artículo 14 CE es la que se origina en la función jurisdiccional de un mismo órgano judicial, al interpretar o aplicar de forma diversa una misma norma ante supuestos de hecho similares, no

²⁷ Igualmente, para conocer el parecer de nuestro Tribunal Constitucional sobre la infracción del principio de seguridad jurídica por deficiente redacción legislativa cabe citar la STC de 13 de septiembre de 2011 (Pleno) (núm. Rec.1390/1999) (RTC 2011/136), que sintetiza la doctrina al respecto.

la que se produce por el hecho de que distintos órganos judiciales realicen una interpretación o aplicación distintas de la misma norma jurídica, pues la independencia judicial ampara la capacidad de cada Juez y Tribunal de seleccionar, interpretar y aplicar las normas que consideren relevantes para resolver el asunto de que conocen, siendo la razonabilidad el único parámetro de constitucionalidad que podría proyectarse sobre tales operaciones».

4.2.3. El derecho al juez predeterminado por la ley y el artículo 24 CE permanecen incólumes

La última duda de constitucionalidad se refiere a la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Para el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el artículo 86.3 LJCA enuncia el recurso de casación autonómico, pero no lo desarrolla, lo cual supone una afectación del citado derecho, tanto respecto al juez predeterminado por la ley como por el procedimiento considerado.

El Tribunal Constitucional descarta dicha tacha al entender que, aun cuando se hubiese previsto un recurso sin dotarlo de desarrollo legal, no quedaría afectado el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que simplemente se aplazaría su efectividad hasta que se produzca aquel. No obstante, entiende dicho Tribunal que en este caso cabe acudir a las normas de la casación estatal y lograr así una interpretación lógica y coherente del artículo 86.3 LJCA.

También rechaza la eventual infracción del derecho al juez predeterminado por la ley, dado que se han creado y establecido por ley los criterios necesarios para determinar la composición del órgano judicial competente para resolver el recurso de casación autonómico, así como determinado su ámbito competencial (artículo 86.3 LJCA).

Afirma el Tribunal Constitucional que «no cabe duda de que el párrafo tercero del art. 86.3 LJCA tiene rango legal y que contiene los criterios necesarios para determinar la composición de la Sección de casación, tanto en el supuesto de las Salas que no tengan Sección como en el caso de que tengan más de una Sección». Cabe plantearse si, al realizar estas afirmaciones, está siendo congruente con lo proclamado al calificar a las Secciones de casación como divisiones funcionales, pues se apreciaba como indicio que «la composición de las referidas Secciones no ha sido establecida de forma reglada».

Asimismo, la afirmación «tanto en el supuesto de las Salas que no tengan Sección como en el caso de que tengan más de una Sección» nos suscita numerosas dudas. Entendemos que se refiere a lo dispuesto en el artículo 86.3, 3.º párrafo LJCA, que se pronuncia en los siguientes términos: «si la Sala o Salas de lo Contencioso-administrativo tuviesen más de una Sección, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los Presidentes de Sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los Magistrados que presten servicio en la Sala o Salas».

Cabe plantearse si el Tribunal Constitucional está reconociendo que la Sección Casacional ha de constituirse también cuando el Tribunal Superior de Justicia esté formado por una única Sala y Sección, pues en el ATC de 16 de abril de 2018 parece inclinarse por otra opción al mantener que es razonable no constituir la en esos casos. No alcanzamos a descifrar adecuadamente esta afirmación, pero la sentencia que aquí analizamos parece inclinarse por la postura adoptada en el citado Auto, ya que se ha defendido en ella que la Sección Casacional estaría compuesta siempre de Magistrados del mismo orden, lo que nos lleva a considerar que el Tribunal Constitucional parte de la premisa de que la casación autonómica solo ha de reconocerse en el ámbito jurisdiccional de Tribunales Superiores de Justicia de varias Salas y/o Secciones, que son los que *a priori* no presentan escasez de medios personales.

Esta premisa podría confirmarse si uno se detiene en la lectura del siguiente párrafo: «el ATC 41/2018 reconoció la razonabilidad de la interpretación acogida por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura ante la imposibilidad de constituir la Sala de Recursos en aquellos Tribunales Superiores en los que la Sala de lo Contencioso-Administrativo solo disponga de una Sección. Pero esta dificultad no concurre en aquellos Tribunales que, como el que plantea la actual cuestión de inconstitucionalidad, disponen de una pluralidad de Secciones».

Es curioso que se realicen estas afirmaciones, pues parece desvelar el Tribunal Constitucional que la justificación de que no se admita el recurso en los Tribunales Superiores de Justicia de Sala y Sección única se encuentra en cuestiones organizativas, en «la imposibilidad de constituir» la misma en estos casos. Y ello choca con lo que se mantuvo en aquel ATC, en el que el Tribunal Constitucional había descartado que el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura hubiese negado el derecho a un recurso previsto legalmente por razones organizativas, pues a su juicio la razón de inadmisión del recurso descansaba en la negación de la viabilidad del recurso en su ámbito jurisdiccional por razones de finalidad.

Afirmó en dicha resolución, lo siguiente: «En este razonamiento mantenido por el Auto impugnado no se apela a razones organizativas para justificar la inadmisión del recurso, sino que se considera que el recurso de casación autonómico, en el caso, al no resultar idóneo para cumplir la función inherente a su naturaleza, carece de razón de ser. A partir de aquí, la Sala obtiene la conclusión, que se apoya también en el tenor literal del artículo 86.3 LJCA, de que este recurso “está pensado para los casos de un Tribunal Superior de Justicia que dispone de varias Salas de lo Contencioso-Administrativo o de varias Secciones dentro de la misma Sala”. Y dicha conclusión, que lleva a estimar inadmisibles el recurso de casación preparado, se valora como producto de una exégesis racional de los preceptos legales aplicables...».

A nuestro juicio, si la causa de la denegación del recurso de casación autonómico se basa meramente en cuestiones organizativas, se estaría produciendo una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el derecho de acceso a los recursos. Si la razón de denegación es el incumplimiento de la finalidad asignada –«formación de jurisprudencia»–, al interpretarse estrictamente el mandato legislativo, no habría que hacer distinciones entre Tribunales Superiores de Justicia. Tengan una o varias Salas o Secciones la finalidad es irrealizable en la mayoría de las ocasiones si ya se ha establecido la doctrina en la instancia y no es necesario matizarla, precisarla o corregirla²⁸.

5. REFLEXIONES FINALES

Del examen de los pronunciamientos aquí realizado se desprende que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, en rotundos términos, a favor de la constitucionalidad de la casación autonómica. Según su criterio, no se ha vulnerado la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 122 CE al establecerse la Sección Casacional por ley ordinaria, ni el principio de seguridad jurídica dado que pueden aplicarse *mutatis mutandis* los preceptos reguladores de la casación estatal si surgen dudas interpretativas. Tampoco se infringe el principio de igualdad cuando las disparidades interpretativas provienen de distintos órganos judiciales y resulta razonable que los Tribunales Superiores de única Sala y Sección no admitan el recurso frente a sus propias resoluciones.

Cabe pensar que algo está fallando, cuando la interpretación del derecho de acceso a los recursos que se enmarca dentro del derecho a la tutela judicial efectiva no permite acceder al recurso en determinados ámbitos jurisdiccionales, a pesar de que el tratamiento debiera ser el mismo para todos dado que la regulación no hace distinciones; cuando se controla solo la razonabilidad y no el acierto del razonamiento²⁹ y cuando el principio de igualdad del artículo 14 CE, interpretado por nuestro órgano constitucional avala la disparidad interpretativa en torno a una misma regulación por razones de independencia judicial.

Después del beneplácito constitucional a la regulación de la casación autonómica y a la diversidad interpretativa, con la consiguiente perpetuación que ello supondrá; y después de que se haya constado que el Tribunal Supremo no dispone de cauce para interpretar armónicamente la regulación de la casación autonómica³⁰, la inseguridad jurídica que, a nuestro juicio, sí se produce a la hora de aplicar dicha normativa, está llamada a continuar.

Aquel recurrente que se vea privado del recurso de casación autonómico en Tribunales Superiores de Justicia de Sala y Sección única no verá satisfechas, previsiblemente sus pretensiones en la jurisdicción constitucional. Sin embargo, aún podría intentar con éxito, si la inadmisión se ha debido a causas meramente organizativas, la invocación ante el TEDH de la vulneración del artículo 6 CEDH.

²⁸ El argumento acerca de que la denegación por razones de incumplimiento de la finalidad no entraña necesariamente una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que aparentemente maneja el Tribunal Constitucional, aunque la verdadera causa de la inadmisión se encuentra, a nuestro juicio, en razones organizativas, se concilia con la doctrina contenida en la STC de 15 de septiembre de 2003 (Sala Primera) (núm. Rec. 2235/1998) (RTC 2003/157). Según esta Sentencia, «la decisión judicial de inadmisión del recurso, como toda decisión judicial, ha de estar fundada en Derecho, lo que no supone, sin embargo, que haya de apoyarse necesariamente en un precepto de un texto normativo escrito, sino, simplemente, que debe encontrar fundamento en el Ordenamiento jurídico. Por eso, es perfectamente aceptable que la causa de inadmisión aplicada resulte de la configuración esencial del recurso en cuestión».

²⁹ Al respecto, *vid.* CHAVES GARCÍA, J. R. “El recurso de casación autonómico desamparado por el Tribunal Constitucional”, dirección URL: <https://delajusticia.com/2018/06/14/el-recurso-de-casacion-autonomico-desamparado-por-el-tribunal-constitucional/>.

³⁰ Se desprende ello de la lectura del ATS de 5 de junio de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 307/2017) (JUR 2017/148810) y del ATS de 11 de junio de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) (núm. Rec. 143/2018) (JUR 2018/172537). También, QUINTANA CARRETERO, J. P., CASTILLO BADAL, R., y ESCRIBANO TESTAUT, P., habían apuntado esta falta de cauce a los efectos de lograr paz interpretativa, *vid.* *Guía Práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*, *op. cit.*, pág. 402.

Es cierto que conforme a este precepto cabe limitar el derecho de acceso a un Tribunal, pero estas limitaciones solo se concilian con él «si persiguen un objetivo legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido». Y, además, en ningún caso, debe restringirse «el acceso abierto al individuo de tal modo o a un punto tal que se viole el derecho en su propia esencia»³¹.

Ciertamente, consideramos que, de negarse el acceso a la casación autonómica por razones organizativas, podría entender el TEDH vulnerado el derecho de acceso en su propia esencia. No en vano, la STEDH de 23 de octubre de 2018, Caso Arrozpide Sarasola y otros contra España, (Sección 3.ª) (TEDH 2018/102) considera que ello acontece «cuando su regulación deja de servir al objetivo de la seguridad jurídica y la correcta administración de justicia y constituye una especie de barrera que impide al litigante que su litigio sea examinado sobre el fondo por el órgano jurisdiccional competente (K. contra Turquía [GS], núm. 8917/05 (JUR 2009/473423) , ap. 79, TEDH 2009 (extractos))».

Más allá de cualquier compostura que se realice, la discusión acerca de la aplicación de la casación autonómica no podrá darse por zanjada hasta que el legislador no tome conciencia de que es irrazonable articular un recurso que tiene por finalidad formar jurisprudencia frente a sentencias del propio Tribunal Superior de Justicia que ya establecen la misma. Debe recuperarse el recurso de casación autonómico para la unificación de doctrina frente a dichas sentencias y mantener el recurso de casación autonómico, aunque dotándolo de la debida regulación procedimental, frente a las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo³².

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO MURILLO, F. (2016): “El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo en materia tributaria”, en *AEDAF*, núm. 9, Madrid.
- ÁLVAREZ MENÉNDEZ, E. (2018): “El recurso de casación autonómico”, en *El recurso de casación en materia tributaria*. Cizur Menor: Aranzadi.
- CUDERO BLAS, J. [2016]: “El recurso de casación por infracción de normas autonómicas”, en *El Derecho*, dirección URL: http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/recurso-casacion-infraccion-normas-autonomicas_11_982180001.html.
- CHAVES GARCÍA, J. R. [2017]: “Si un extraterrestre observase el recurso de casación contencioso-administrativo”, dirección URL: <https://delajusticia.com/2017/03/24/si-un-extraterrestre-observase-el-recurso-de-casacion-contencioso-administrativo>.
- CHAVES GARCÍA, J. R. [2018]: “El recurso de casación autonómico desamparado por el Tribunal Constitucional”, dirección URL: <https://delajusticia.com/2018/06/14/el-recurso-de-casacion-autonomico-desamparado-por-el-tribunal-constitucional/>.
- QUINTANA CARRETERO, J. P., CASTILLO BADAL, R. y ESCRIBANO TESTAUT, P. (2016): *Guía Práctica del recurso de casación contencioso-administrativo* (coord. QUINTANA CARRETERO, J. P.). Madrid: Dykinson.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2016): “Problemas del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, Aranzadi.
- REQUERO IBÁÑEZ, J. L. (2016): “La reforma de 2015 del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 25, Consejo General del Poder Judicial.
- RIVERO GONZÁLEZ, M. (coord.) (2012): “El nuevo régimen de los recursos extraordinarios en la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, 5.ª ed. Pamplona: Aranzadi.
- RODRÍGUEZ PUÑAL, E. (2017): “La imprecisa regulación del recurso de casación autonómico”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 926, Aranzadi.
- SOSPREDRA NAVAS, F. J. (2017): “El controvertido ámbito de las resoluciones recurribles en el recurso de casación contencioso-administrativo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, Aranzadi.

³¹ Sobre este particular, puede consultarse las siguientes Resoluciones: STEDH de 15 de febrero de 2000, Caso García Manibardo contra España (Sección 4.ª) (TEDH 2000/7), STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso Stone Court Shipping Company S. A. contra España (Sección 4.ª) (TEDH 2003/61), STEDH de 24 de mayo de 2006, Caso Liakopolou contra Grecia (Sección 1.ª) (JUR 2006/173704) y, entre otras, STEDH de 7 de julio de 2015, Caso Shamoyan contra Armenia (Sección 3.ª) (TEDH 2015/101).

³² Esta es la solución que planteó en su momento, aunque finalmente no llegaría a ver la luz, el “Informe explicativo y Propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, elaborado por la Sección especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativo, constituida en el seno de la Comisión General de Codificación por Orden Ministerial de 11 de julio de 2012. De igual modo, tras la entrada en vigor del citado recurso, apostó por ella nuestro Alto Tribunal en el “Documento de Trabajo de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre los problemas interpretativos de la nueva regulación de la casación contencioso-administrativo”, y en concreto, su Propuesta de reforma de la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que se acompaña al mismo.



La desaparición del silencio positivo de las licencias ambientales¹

The disappearance of the positive silence of environmental licenses

Iñigo Sanz Rubiales
Universidad de Valladolid (España)
isanz@der.uva.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valladolid. Principales líneas de investigación: derecho ambiental, derecho administrativo sancionador.

RESUMEN

La Ley de Procedimiento Administrativo Común de 2015 mantiene la regla general del silencio administrativo positivo, pero incorpora la excepción ambiental, cuando la actividad pueda producir daños al medio ambiente, en cuyo caso el silencio será negativo. Esta previsión debe aplicarse al régimen de licencias de actividad, regulado de forma heterogénea por las diversas Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional ha confirmado la primacía de esta regulación básica en su sentencia 70/2018.

PALABRAS CLAVE

Silencio administrativo; licencias ambientales; medio ambiente.

ABSTRACT

The Common Administrative Procedure Act of 2015 maintains the general principle of positive administrative silence, but incorporates the environmental exception, when the activity may cause damage to the environment, in which case the silence will be negative. This forecast must be applied to the regime of environmental licenses, regulated heterogeneously by the different Autonomous Communities. The Constitutional Court has confirmed the primacy of this basic regulation in its judgment 70/2018.

KEYWORDS

Administrative silence; environmental licenses; environment.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LAS LICENCIAS AMBIENTALES: DE LA REGULACIÓN ÚNICA A LA MÁXIMA HETEROGENEIDAD POR LA AUSENCIA DE NORMATIVA BÁSICA. 2. EL SILENCIO EN LAS AUTORIZACIONES AMBIENTALES DEBE SER NEGATIVO. 2.1. LA PAULATINA RECEPCIÓN DE ESTA DOCTRINA POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL. 2.2. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA: EL SILENCIO POSITIVO NO ASEGURA EL CONTROL PÚBLICO AMBIENTAL. 2.3. ALGUNAS PREVISIONES DE DERECHO COMPARADO. LA ADMINISTRACIÓN NO PUEDE ABDICAR DE SU RESPONSABILIDAD AMBIENTAL. 2.4. JUSTIFICACIÓN DEL SILENCIO NEGATIVO: EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y DE PREVENCIÓN. 2.4.1. El principio de proporcionalidad: si no hay posibles daños al ambiente (u otra razón imperiosa de interés general), no cabe exigir autorización. 2.4.2. El principio de prevención: si hay da-

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto "Fundamentos de una codificación del Derecho Administrativo general básico español", DER2015-66525-P (MINECO-FEDER).

ños posibles al ambiente, el silencio debe ser negativo; así se impide su posible legitimación por pasividad administrativa. 3. LA CONFIRMACIÓN DEL SILENCIO NEGATIVO: LA STC 70/2018, DE 21 DE JULIO Y SUS CONSECUENCIAS PARA EL RÉGIMEN JURÍDICO EN LAS LICENCIAS AMBIENTALES. 3.1. DESAPARICIÓN DEL SILENCIO ESTIMATORIO EN LAS LICENCIAS AMBIENTALES. 3.2. UN AVANCE PARA LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DE LA CLÁUSULA «CONTRA LEGEM». CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Las tradicionales licencias de actividades clasificadas, reguladas otrora en el RAMINP, han sido sustituidas por regímenes autonómicos de licencias ambientales sin un régimen común en cuanto a las actividades sometidas a ellas y en cuanto al sentido del silencio administrativo en el caso de que la Administración local competente no resuelva en plazo.

Por otra parte, la Ley 39/2015, de *Procedimiento Administrativo Común*, dictada en ejercicio de la competencia exclusiva estatal ex. art. 149.1.18.º CE, aunque parte de la regla general del silencio positivo, incluyó como novedad el criterio del silencio desestimatorio en lo que se refiere a actividades que puedan producir daños al medio ambiente (art. 24.1). Y la reciente STC 70/2018, de 21 de julio, ha declarado contraria a dicho precepto básico y, por tanto, inconstitucional, la previsión de la Ley murciana que atribuía efectos estimatorios al silencio administrativo en materia de licencias ambientales locales.

En este trabajo se describen muy someramente el panorama normativo de las licencias de actividad, las razones en las que se basa la aplicación del silencio negativo a la tramitación de estas (que van más allá de la mera previsión de la Ley general procedimental) y los efectos unificadores que la doctrina del Tribunal Constitucional tiene respecto al régimen del silencio administrativo en las licencias ambientales.

1. LAS LICENCIAS AMBIENTALES: DE LA REGULACIÓN ÚNICA A LA MÁXIMA HETEROGENEIDAD POR LA AUSENCIA DE NORMATIVA BÁSICA

El Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP), aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, ha tenido una vigencia ciertamente extensa, a pesar de tratarse de una norma ambiental y, por ello, muy vinculada a la evolución técnica y tecnológica.

Como es sabido, la Constitución atribuye la competencia legislativa básica en materia de medio ambiente al Estado, que es quien debería actualizar con carácter general la regulación de las llamadas actividades clasificadas para todas las Comunidades Autónomas, sin perjuicio del posible desarrollo por estas.

Sin embargo, el Estado no ha tenido la voluntad de aprobar una ley de «actividades clasificadas», es decir, reguladora de las licencias de actividad de competencia municipal dirigidas a la protección ambiental, y menos aún unificar con carácter básico el régimen del silencio administrativo de dichas licencias, a pesar de las propuestas en este sentido (García Garro, 2013: 135). Sorprendentemente, el legislador estatal ha derogado el RAMINP (de forma condicionada, eso sí) por la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de *calidad del aire y protección de la atmósfera* (DD única.1) pero no ha dictado una normativa estatal sustitutoria. Únicamente, en transposición de la normativa comunitaria, las Cortes aprobaron la Ley reguladora de las autorizaciones ambientales integradas, aplicable a las instalaciones cuya actividad incide intensamente en el medio ambiente (Ley 16/2002, de *Prevención y Control Integrados de la Contaminación*). Pero la pasividad respecto de las licencias de actividades con menor incidencia ambiental ha llevado a la multiplicación de regímenes autonómicos heterogéneos en esta materia (Lozano y Alli, 2018: 275).

De la misma forma, el silencio positivo (bien que con denuncia de mora) del procedimiento de solicitud de estas licencias, regulado en el RAMINP, ha sido sustituido por regímenes procedimentales de licencias de actividad con silencio negativo o positivo, según la Comunidad Autónoma de que se trate, aunque han venido siendo mayoritarias las regulaciones autonómicas que acogen el silencio estimatorio (Fortes, 2011, 192)².

² Sin ánimo de exhaustividad, disponen que el silencio será estimatorio las normativas murciana (art. 64.3 de la Ley 4/2009, de protección ambiental integrada de Murcia, tras la modificación operada por la Ley 2/2017, ya declarado parcialmente inconstitucional), valenciana (art. 60.2 Ley 6/2014, de 25 de julio, de Prevención, Calidad y Control ambiental de Actividades en la Comunitat Valenciana), castellano leonesa (art. 33.4 Decreto legislativo 1/2015, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Prevención Ambiental de Castilla y León), andaluza (art. 16.2 Decreto 297/1995, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Calificación Ambiental) o aragonesa (art. 79.2 Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón);

En todo caso, las licencias («ambientales» o «de actividad») encuadradas, por la relativa importancia de las actividades a ellas sometidas, a medio camino entre las autorizaciones ambientales integradas (relativas a actividades de elevada incidencia ambiental) y las meras comunicaciones (aplicadas a actividades de escaso efecto ambiental) se crean para proteger el medio ambiente, de forma integrada, frente a los daños derivados del ejercicio de esas actividades.

2. EL SILENCIO EN LAS AUTORIZACIONES AMBIENTALES DEBE SER NEGATIVO

2.1. La paulatina recepción de esta doctrina por el legislador español

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que las autorizaciones constituyen una remoción de obstáculos para el ejercicio de derechos preexistentes³. De ahí que una consecuencia lógica de esta naturaleza jurídica fuera el régimen de silencio positivo (cfr., art. 43.2 Ley 30/1992, en su versión original: «Cuando en los procedimientos iniciados en virtud de solicitudes formuladas por los interesados no haya recaído resolución en plazo, se podrán entender estimadas aquéllas en los siguientes supuestos: b) *Solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes*, salvo que la estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, en cuyo caso se entenderán desestimadas».)

Sin embargo, algunos autores afirman que el derecho a realizar las actividades condicionadas por licencias ambientales parece que es «otorgado» por la Administración, de forma que la licencia ambiental evoluciona hacia la institución de la concesión, con tintes constitutivos, más que declarativos de la preexistencia del derecho (Betancor, 2014: 1258). Esta visión se condice mejor con el silencio desestimatorio, a la luz de lo señalado en la vieja Ley 30/1992.

En el ordenamiento español, la previsión del silencio negativo tuvo también su parcial plasmación (sectorial) en el 1778/1994, de 5 de agosto, *por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones*, que asignó dicho efecto a la falta de resolución en plazo de las solicitudes de autorización en materia de aguas, costas y residuos tóxicos y peligrosos (Anexo, J, núms. 2, 3 y 4).

Con posterioridad, la Ley 16/2002, de 1 de julio, *de Prevención y Control Integrados de la Contaminación* (hoy sustituida por el RD Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley) que regula las autorizaciones ambientales integradas, estableció también el silencio desestimatorio de las solicitudes (art. 21.2), de acuerdo con el art. 8 de la Directiva 96/61, que transpone.

Finalmente, la regla del silencio desestimatorio fue recogida, con carácter general, por la Ley básica 39/2015, de 1 de octubre, en su art. 24.1:

«El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos (...) [que] impliquen el ejercicio de *actividades que puedan dañar el medio ambiente*».

Parece, por tanto, bastante evidente, no solo la conveniencia (Lozano y Alli, 2018: 278), sino la necesidad, de acuerdo con los principios generales del derecho ambiental, de que los procedimientos autorizatorios sustitutorios de las licencias RAMINP se rijan por el silencio negativo o desestimatorio (Pleite, 2017: 2).

2.2. La jurisprudencia europea: el silencio positivo no asegura el control público ambiental

Esta exigencia del silencio negativo se recogió tempranamente por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, con referencia a las autorizaciones reguladas por algunas Directivas; la STJCE de 28 de fe-

prevén el silencio negativo, entre otras, la normativa vasca (art. 48.3 Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades), navarra (art. 56.3 Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental), catalana (art. 48.3 Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades) o riojana (art. 21 c) Ley 6/2017, de 8 de mayo, de Protección del Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de La Rioja), entre otras.

³ Según la definición de Oreste RANELETTI. Entre la doctrina alemana destaca, desde una perspectiva distinta y complementaria, la también tradicional definición de Otto MAYER, según la cual la autorización se configura como un acto administrativo que levanta una prohibición previa, tras la comprobación de que el ejercicio de dicha actividad en el caso concreto no provoca perjuicios para el interés general (LAGUNA, 2006: 113-118).

brero de 1991 (as. 360/87, Comisión c. Italia) condenó a Italia por transponer inadecuadamente la Directiva «aguas subterráneas» (80/68, de 17 de diciembre), en cuanto que preveía una autorización provisional tácita para vertidos en dichas masas de agua. Según el Tribunal, dicha autorización tácita no era compatible con los objetivos de la Directiva, porque la autorización debía concretarse en un acto expreso: la autorización silente no asegura que el control ambiental se haya efectuado (Aguado, 2001: 381 ss.)⁴. Esta previsión de silencio desestimatorio es aplicable igualmente a las autorizaciones ambientales integradas, cuya normativa de transposición se ajusta hoy de forma correcta al carácter escrito, discrecional y motivado de la resolución, que no puede ser tácita en ningún caso, de acuerdo con la Directiva 96/61.

Con posterioridad, la STJCE de 14 de junio de 2001 (asunto C-230/00) confirmó este criterio respecto de esta y otras Directivas comunitarias ambientales (vertidos, residuos, emisiones, evaluación de impacto): «una autorización tácita no puede ser compatible con las exigencias de las Directivas a que se refiere el presente recurso, puesto que en ellas se establecen mecanismos de autorización previa, en el caso de las Directivas 75/442 [residuos], 76/464 [vertidos], 80/68 [aguas subterráneas] y 84/360 [emisiones a la atmósfera], o bien procedimientos de evaluación anteriores a la concesión de la autorización, en el caso de la Directiva 85/337 [Evaluación de Impacto Ambiental]» (núm. 16). Acogiendo esta doctrina, aunque con una argumentación mucho más extensa, el Tribunal Supremo español ha entendido inaplicable el régimen de silencio positivo a las Evaluaciones de Impacto Ambiental en nuestro ordenamiento, como afirma con claridad la STS de 28 de mayo de 2012, Rec. núm. 991/2009, FFDD 7.º y 8.º).

Por tanto, en Derecho comunitario, el carácter escrito y discrecional de las autorizaciones y la necesidad de realizar determinados controles y de tener en consideración informes y alegaciones de Administraciones y de sujetos interesados, impide de todo punto la existencia de un régimen de silencio administrativo positivo.

2.3. Algunas previsiones de derecho comparado. La Administración no puede abdicar de su responsabilidad ambiental

También en el Derecho comparado se ha asumido el criterio de la prohibición de silencio positivo en las materias ambientales. El caso más evidente, por conocido, es el relativo al sistema francés. En cierto sentido, se podía reconocer como principio o regla general el silencio negativo o desestimatorio en materia ambiental, ya desde finales de los años sesenta, tal y como estableció la *Décision* 69-55 L, de 26 de junio de 1969 del *Conseil Constitutionnel*; de acuerdo con ello, se llegó a afirmar que «en materia de protección de la naturaleza y del medio ambiente, habría que prohibir totalmente toda autorización o derogación tácita: esto es lo que determina el valor de la regla que había creído poder afirmar el *Conseil Constitutionnel*» (Waline, 1974: 1205), aunque esta regla fue contestada por el *Conseil d'État* (FAVOREU y PHILIP, 2009: 168 ss) y el propio *Conseil Constitutionnel* la limitó, al afirmar, años más tarde, que el legislador podría derogarla (*Décision* 94-352 DC).

El silencio desestimatorio en materia ambiental no está incluido en el listado de excepciones (previsto en el art. L. 231-4 et L. 231-5 del *Code des relations entre le public et l'administration*) frente al principio de silencio positivo aplicable a las relaciones Administración-administrados, consagrado por la ley de 12 de noviembre de 2013 (Desprairies, 2017:110). Ahora bien, sin perjuicio de ello, la normativa vigente reguladora de la nueva autorización ambiental única⁵ incluye el silencio negativo, sin matices, como regla general en el caso de que la solicitud de autorización ambiental no se resuelva en plazo (art. R181-42)⁶.

⁴ Cdo. 31: «Por consiguiente, una autorización tácita no puede ser compatible con las exigencias de la Directiva, máxime cuando, como ha señalado la Comisión, semejante autorización no permite la realización de investigaciones previas ni posteriores, ni de controles. De ello se deduce que la legislación nacional no se ha adaptado a la Directiva con precisión y claridad suficientes para satisfacer plenamente la exigencia de seguridad jurídica». Como puede apreciarse, el concepto de autorización «tácita» que utiliza el Tribunal de Justicia y la jurisprudencia o doctrina comparadas (sobre todo, la francesa) responde a lo que en el ordenamiento español se viene calificando como autorización «presunta», habida cuenta de que los actos tácitos en España son aquellos derivados, no de una presunción legal, sino de hechos concluyentes (García-Trevijano, 1986: 161).

⁵ Introducida por la Ordenanza núm. 2017-80 de 26 de enero de 2017, relativa a la autorización ambiental (en aplicación de la Ley «Macron», de 6 de agosto de 2015 para el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas, fusiona los procedimientos de instrucción y de emisión de diversas autorizaciones. Esta Ordenanza y los Decretos del mismo día 2017-81 et 2017-82 están codificados en los artículos L. 181-1 et R. 181-1 y siguientes del *Code de l'Environnement*, dentro del capítulo titulado «Autorización ambiental».

⁶ «Le silence gardé par le préfet à l'issue des délais prévus par l'article R. 181-41 pour statuer sur la demande d'autorisation environnementale vaut décision implicite de rejet».

También en Derecho belga se apunta a ello. El *Conseil d'État* sugiere la inconstitucionalidad de un sistema de control autorizatorio «tácito» en materia de medio ambiente, porque puede suponer la renuncia de las autoridades a ejercer las funciones a ellas confiadas por el art. 23 de la Constitución de ese país en materia ambiental (Avis 25.689, de 1997, VII)⁷. Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente en numerosos Avis del mismo *Conseil d'État*⁸.

2.4. Justificación del silencio negativo: el papel de los principios de proporcionalidad y de prevención

2.4.1. *El principio de proporcionalidad: si no hay posibles daños al ambiente (u otra razón imperiosa de interés general), no cabe exigir autorización*

El principio de proporcionalidad impone que las limitaciones o restricciones a la actividad económica sean adecuadas a sus fines, proporcionadas a sus objetivos, de tal forma «*que los requisitos [impuestos a dicha actividad privada] 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*» (art. 15.3 c) Directiva 2006/123, de servicios). Lo señala con claridad esta Directiva: para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento reconocida en los Tratados (art. 1.1 Directiva), los regímenes de autorización de actividades de servicios solo son legítimos si (entre otros requisitos), «b) están justificados por una razón imperiosa de interés general» (art. 10.2 b)). Y la protección del medio ambiente (o lo que es lo mismo, la evitación de daños) constituye una «razón imperiosa de interés general» (art. 4.8 Directiva), por lo que queda justificado el régimen de autorización previa por razones de protección del medio ambiente (no hay que olvidar que el medio ambiente ya se venía configurando por la jurisprudencia comunitaria como un límite a las libertades comunitarias: García Álvarez, 2012: 348 ss) que exige un control previo de la actividad potencialmente dañosa (Cubero, 2013: 124).

La normativa española mantiene este criterio, lógicamente (Coscolluela, 2016: 111-112), tal como reconoce la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, *sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, cuyo art. 3.3 incluye «*la protección del medio ambiente y del entorno urbano*» como una «razón imperiosa de interés general» (núm. 11).

En resumen, la evitación de daños relevantes al ambiente se considera una razón imperiosa de interés general que justifica la existencia de la previa autorización o licencia ambiental, aunque no han faltado autores que entienden que esa intervención autorizatoria podría sustituirse por otras técnicas como la comunicación previa o la declaración responsable, también por razones de proporcionalidad (Arana y Granados, 2010).

Y al revés: si los daños potenciales al ambiente no son relevantes, no se justificaría la exigencia de autorización (no existiría esa «razón imperiosa de interés general» justificadora de la intervención administrativa previa) y bastaría con la mera comunicación previa o el control a posteriori, de acuerdo con los criterios de la Directiva en general y con el principio de proporcionalidad en particular: es más respetuosa con el derecho del particular la comunicación previa (actividad libre) que la autorización con silencio positivo (actividad inicialmente prohibida). De hecho, sin negar evidentes diferencias entre comunicación previa y autorización (Núñez, 2001: 94; Laguna, 2006: 95), ya tempranamente se señaló la similitud de efectos sobre el medio ambiente, en la práctica, entre el otorgamiento «tácito» y la comunicación con derecho a veto (Waline, 1974: 1203).

Se ha alegado, en relación con el término «daños al medio ambiente», que se trata de un concepto jurídico tan indeterminado que su utilización afectaría a la seguridad jurídica (Pleite, 2017: 2). Sin embargo, es el legislador autonómico el que debe concretar (por lista o mediante cláusula residual) las actividades capaces de dañar el ambiente y, sobre todo, debe aplicar el correspondiente régimen jurídico (silencio positivo o negativo) según entienda que la actividad en cuestión sea o no ambientalmente inocua.

⁷ «En tout état de cause, en admettant que des travaux soient régulièrement exécutés sans qu'une décision administrative soit expressément prise, le système du " permis tacite " pourrait conduire les autorités à renoncer à exercer la mission qui leur incombe, en vertu de l'article 23 de la Constitution, de garantir la protection d'un environnement sain et s'avère, au surplus, incompatible avec les directives de droit européen».

⁸ P. ej., Avis 26769, de 1998, IV; Avis 42922/4 du 06-06-2007; Avis 44.884/1/V, de 5-08-2008; Avis 44958/3-1/V du 10-09-2008, etc.

2.4.2. El principio de prevención: si hay daños posibles al ambiente, el silencio debe ser negativo; así se impide su posible legitimación por pasividad administrativa

Si el principio de proporcionalidad lleva a exigir autorización solo cuando hay riesgo de daños (relevantes) al medio ambiente, el sentido del silencio en estas autorizaciones debe vincularse con el principio preventivo. No es tanto el supuesto carácter «cuasiconcesional» que algunos atribuyen a las licencias ambientales (Betancor, 2014: 1258), dudoso cuando menos o inexistente (Laguna, 2006: 139 ss), sino el principio general de prevención el que lleva a exigir el silencio administrativo negativo en las autorizaciones ambientales.

En efecto, de acuerdo con el principio de prevención (art. 133 AUE; actual art. 191.2 TFUE), ante aquellas actividades capaces de dañar el ambiente (por los riesgos conocidos vinculados al ejercicio de la actividad) resulta preciso adoptar controles previos que impidan los daños o los hagan, al menos, asumibles. La autorización (licencia) de actividades clasificadas se configura, así, como una técnica característica de la prevención ambiental.

Por eso, las actividades en cuestión no deben realizarse si falta el control previo: de ahí que el silencio tenga que ser, en su caso, desestimatorio, porque el silencio positivo no asegura la realización de los controles previos al inicio de la actividad, como señala la jurisprudencia del TJUE y puede dar lugar a daños, en su caso irreparables, al medio ambiente. En efecto, si el silencio es positivo, podría darse el caso de que la pasividad administrativa en la tramitación de la licencia legalizase una actuación contaminante, dañosa para el ambiente, mediante el otorgamiento tácito de dicha licencia (Amado, 2007: 409 y 413).

En definitiva, parece lógico exigir las autorizaciones con silencio negativo para las actividades que pueden producir daños relevantes al medio ambiente y controlar, sin embargo, mediante comunicaciones previas, las actividades que no pueden producir dichos daños, porque en este caso falta la razón imperiosa de interés general, de acuerdo con el principio de proporcionalidad: resultaría absurdo mantener el régimen de la previa autorización para permitir el ejercicio de la actividad en el caso de falta de pronunciamiento expreso.

De esta forma, si hay daños posibles, debe haber autorización y debe haber silencio negativo; si no hay daños de una cierta trascendencia, no cabe la autorización, y por tanto, tampoco se puede hablar de silencio. No tiene sentido el silencio positivo en actividades potencialmente dañosas al medio ambiente.

3. LA CONFIRMACIÓN DEL SILENCIO NEGATIVO: LA STC 70/2018, DE 21 DE JULIO Y SUS CONSECUENCIAS PARA EL RÉGIMEN JURÍDICO EN LAS LICENCIAS AMBIENTALES

La doctrina de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio va a tener importantes consecuencias en el régimen jurídico de las licencias ambientales: por una parte, y no es poco, declara doctrina «básica» en un ámbito en el que el legislador estatal básico «se había escondido». Por otra parte, aplica con claridad el silencio negativo a las licencias ambientales reguladas por la Ley murciana, aunque dicha doctrina, como se verá, es aplicable al resto de las regulaciones autonómicas con un régimen similar; finalmente, ofrece criterios interpretativos de la prohibición de obtención de licencias *contra legem*, aunque en este caso, como veremos, reconoce la posibilidad de una dualidad de interpretaciones.

3.1. Desaparición del silencio estimatorio en las licencias ambientales

En esta materia, la primera consecuencia de la STC 70/2018, además de la anulación del correspondiente precepto de la ley murciana por inconstitucional, es la desaparición del silencio positivo o estimatorio de las denominadas «licencias ambientales» en aquellos ordenamientos autonómicos que lo hayan previsto (Comunidad Valenciana, Castilla y León, etc.).

En efecto, más allá de la anulación operada por la sentencia citada, esta pone de manifiesto cómo la previsión básica de la ley 39/2015, exceptuando de la cláusula general del silencio estimatorio las actividades que *puedan dañar al medio ambiente* (art. 24.1), conlleva automáticamente la inconstitucionalidad de las leyes autonómicas que dispongan lo contrario.

Para ello, tiene que cuadrar el supuesto de hecho de la norma autonómica en el de la estatal. En algunos casos la coincidencia es evidente, porque los términos se reproducen *ad pedem litterae*: es el supuesto, en primer lugar, de la ley murciana: como señala la propia STC 70/2018, FJ 10: «En suma, la regla de

procedimiento común fijada por el Estado establece un régimen general de silencio desestimatorio para los procedimientos iniciados a solicitud del interesado que *se refieren al ejercicio de actividades susceptibles de dañar el medio ambiente, ámbito de aplicación que coincide, justamente, con el de la licencia de actividad*, que, de acuerdo con la Ley autonómica 4/2009, es un instrumento general de control preventivo de actividades “susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente”».

Pero también se ajustan claramente al supuesto de hecho estatal la regulación de la Ley cántabra⁹, o la de la Ley de Castilla y León¹⁰. Es patente, en estos supuestos, la inconstitucionalidad de los regímenes autonómicos que mantienen el silencio positivo.

En otros casos se hace precisa una interpretación finalista de la norma autonómica, que acaba abocando a la misma conclusión. Baste analizar algunas leyes, como la Ley valenciana, que en su parte dispositiva no menciona la trascendencia ambiental de las actividades sometidas a licencia ambiental: simplemente alude a la función de la licencia como condicionante de dichas actividades desde esa perspectiva y a la «clasificación» de las actividades, incluidas en el Anexo II. Sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley diferencia de forma expresa entre licencias y autorizaciones ambientales integradas cuando se refiere a los «supuestos de actividades con una elevada o *media incidencia ambiental*, que por motivos de protección medioambiental y, por tanto, de interés público, se someten a autorización ambiental integrada o a licencia ambiental» (III), o cuando señala que las actividades sometidas a licencia tienen «menores repercusiones sobre el medio ambiente» que aquellas (IV). Por tanto, las actividades sometidas a licencia lo son por razón de su incidencia ambiental «*media*», lo que viene a confirmar lo señalado más arriba. Para confirmar la trascendencia ambiental de las licencias, la EM recuerda que dentro del Anexo II se incluye «gran parte de las actividades que la anterior Ley 2/2006 remitía a autorización ambiental integrada». Por tanto, actividades que *puedan dañar al medio ambiente* (art. 24.1 LPAC) capaces de producir daños al medio ambiente, aunque no tan elevados como las sometidas a AAI.

Algo similar cabe decir de la calificación ambiental andaluza, que se integra como un trámite obligatorio en la licencia correspondiente. Esta técnica viene a actualizar la licencia RAMINP. No se menciona expresamente que las actividades susceptibles de ser calificadas ambientalmente sean las capaces de dañar el medio ambiente, pero no se puede deducir algo distinto a la luz del propio concepto (art. 2.1 Decreto 297/1995, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Calificación Ambiental, que define esta como «el procedimiento mediante el cual se analizan las consecuencias ambientales de la implantación, ampliación, modificación o traslado de las actividades incluidas en el Anexo Tercero de la Ley 7/1994, al objeto de comprobar su adecuación a la normativa ambiental vigente y determinar las medidas correctoras o precautorias necesarias para prevenir o compensar sus posibles efectos negativos sobre el medio ambiente» y que viene a concretar la más genérica previsión del art. 42 de la Ley andaluza 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental); además, el propio régimen sancionador de la citada Ley 7/2007 confirma la trascendencia ambiental de las actividades sometidas a licencia municipal con calificación ambiental, al calificar como muy grave la realización de la actividad sin dicha calificación¹¹: si no hubiera daños ambientales en juego, no se habría previsto la licencia ni una calificación tan grave de la ausencia de dicho trámite.

Una vez afirmado lo anterior, cabe entrar a valorar si el silencio estimatorio subsiste en aquellos supuestos en los que la norma lo condiciona a la existencia de un previo informe o declaración de impacto positivos: es el caso de la normativa aragonesa. La Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de *Prevención y Protección Ambiental de Aragón*, establece en su art. 79.2:

«Transcurrido el plazo máximo sin haberse notificado la resolución, podrá entenderse *estimada* la solicitud presentada, *siempre que se haya emitido el informe de calificación de la acti-*

⁹ Ley 17/2006, de 11 de diciembre, de *control ambiental integrado*, cuyo art. 31, relativo al objeto de la «comprobación ambiental», alude a ellas: «1. Las licencias para la realización de actividades o el establecimiento y funcionamiento de instalaciones, así como para su modificación sustancial, que puedan ser *causa de molestias, riesgos o daños* para las personas, sus bienes o *el medio ambiente* y *no precisen de autorización ambiental* integrada ni declaración de impacto ambiental, se otorgarán previa comprobación y evaluación de su incidencia ambiental».

¹⁰ Se deduce de la idéntica descripción del supuesto de hecho en el art. 24.1 LPAC y en el art. 25.1 del Texto Refundido de la Ley de Prevención Ambiental de Castilla y León: «*Quedan sometidas al régimen de licencia ambiental las actividades o instalaciones susceptibles de ocasionar molestias considerables, de acuerdo con lo establecido reglamentariamente y en la normativa sectorial, de alterar las condiciones de salubridad, de causar daños al medio ambiente (...)*».

¹¹ Art. 134.1 de la Ley: «Es infracción muy grave el inicio, la ejecución parcial o total o la modificación sustancial de las actuaciones sometidas por esta ley a calificación ambiental, sin el cumplimiento de dicho requisito». Y las sanciones correspondientes alcanzan los 30.000 €.

vidad con carácter favorable o, en su caso, siempre que se hubiera formulado la declaración de impacto ambiental o el informe de impacto ambiental con carácter favorable».

Pues bien, en estos casos parece que hay que entender que el régimen del silencio puede seguir siendo «positivo» sin incurrir por eso en tacha de inconstitucionalidad. La finalidad del silencio negativo del art. 24.1 LPAC es, sin duda alguna, la prevención ambiental, en línea con la doctrina del TJUE y el principio general preventivo. Si los órganos con competencias ambientales se han pronunciado –mediante el dictamen o la DIA– y lo han hecho en el sentido de entender que la actividad cuya licencia se solicita no produce daños ambientales significativos, la licencia puede entenderse otorgada en caso de silencio, porque el control ambiental ya se ha realizado y la actividad se considera inocua (de acuerdo con el dictamen o DIA, la actividad no va a producir daños al medio ambiente). (Amado, 2007: 413 ss).

3.2. Un avance para la interpretación correcta de la cláusula «*contra legem*»

El art. 64.3 de la citada *Ley de protección ambiental integrada de Murcia*, también enjuiciado en la sentencia del Constitucional, incluye la ya clásica cláusula de salvaguarda del otorgamiento por silencio de licencias «*contra legem*»: «*El otorgamiento por silencio administrativo de la licencia de actividad no concede facultades a su titular en contra del planeamiento urbanístico o de la legislación sectorial aplicable*».

Sobre esta cláusula se ha discutido mucho. La STC (FJ 10) presenta dos interpretaciones posibles de esta cláusula, pero no determina cuál es la interpretación correcta: «la solución de este problema gira en torno a dos opciones fundamentales: (i) o bien, la imperatividad de acudir al procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad del acto presunto que habría sido obtenido por el solicitante; o bien, (ii) la consideración de que tal acto presunto no ha llegado a materializarse, justamente por efecto de la cláusula de salvaguarda que impide adquirir facultades *contra legem*, bastando, por ello, con que la administración dicte un acto denegatorio expreso fuera de plazo». Únicamente elimina de plano la interpretación aportada por el letrado de la Comunidad Autónoma para defender el texto legal. Pero, al menos, centra el debate posible sobre este tipo de cláusulas.

El problema que se plantea con la cláusula de prohibición de licencias «*contra legem*» es el siguiente: si se pide una licencia cuya emisión implicaría una infracción del ordenamiento, y la Administración no resuelve en plazo, ¿se genera un acto presunto estimatorio ilegal o no? A la luz del art. 62.1.f) Ley 30/1992 (hoy 47.1 f) LPAC), hay que entender que surge un acto presunto, aunque nulo de pleno derecho. Sin embargo, el Tribunal Supremo afirmó en interés de Ley (STS 28 de enero de 2009) la tesis contraria:

«la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo de 2008, y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística» (FD 5.º).

Eso conlleva que no surge un acto estimatorio presunto. Pero la siguiente pregunta es: ¿qué pasa entonces en estos casos?

Para algunos, la cláusula *contra legem* conllevaría que, si la solicitud es legal, el silencio sería positivo y que si la solicitud es ilegal, el silencio sería negativo. Por lo tanto, el sentido estimatorio o desestimatorio del silencio dependería, no del procedimiento en cuestión, sino de la adecuación al ordenamiento de lo solicitado. Como señala la propia sentencia (FJ 10), refiriéndose al Letrado de la Comunidad Autónoma, en su opinión, el artículo 64.3 de la citada Ley de protección ambiental integrada «no contiene una sino dos reglas de silencio administrativo», el silencio negativo para «todas las solicitudes que contravengan el planeamiento urbanístico o la legislación sectorial (ambiental, sanitaria, de seguridad, de patrimonio cultural) que resulte aplicable al ejercicio de la actividad solicitada (art. 64.3 párrafo segundo)» y el silencio positivo «solo para las solicitudes conformes con el planeamiento urbanístico y la legislación sectorial (art. 64.3 párrafo primero)». Así lo afirman diversos autores, en referencia a la operatividad de la citada cláusula en materia urbanística (Cantó, 2009: 464 ss; Quintana, 2006: 420), etc.) o, incluso, en las licencias ambientales (Morillo-Velarde, 2006: 474) y parece confirmar la STS de 28 de enero de 2009, tal y como ha entendido la doctrina (Cantó, 2009: 466; Razquin, 2009; Morillo-Velarde, 2006: 474).

El Tribunal rechaza de todo punto esta interpretación con argumentos contundentes: «no es razonable entender (...) que el único efecto de la expiración del plazo para resolver sea, incluso cuando la regla de procedimiento sea de silencio positivo, permitir al afectado acudir a los tribunales, pues si, en efecto, el solicitante acudiera en tal caso a los órganos del Poder Judicial invocando la regla del párrafo segundo del artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, él mismo estaría reconociendo, implícitamente, que su solicitud es contraria a la legislación aplicable, lo que resulta manifiestamente absurdo». Y sigue diciendo: «En realidad, sólo cuando la Administración dicta, fuera de plazo y sin necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio, el acto expreso denegatorio de la solicitud, el ciudadano afectado se encuentra en la misma posición que determina, por sí sola y de forma directa, la regla de silencio negativo o desestimatorio, pues únicamente en ese momento, puede entender que su solicitud le ha sido denegada y que no tiene más alternativa que acudir a los tribunales» (FJ 10).

De esta forma, el TC margina lo que ha sido la interpretación más generalizada, tanto de la cláusula legal de prohibición de licencias *contra legem*, en general, como de la doctrina jurisprudencial mayoritaria cristalizada en la STS de 28 de enero de 2009.

De acuerdo con lo anterior, la única opción ante el transcurso del plazo para conceder la licencia sin que se haya pronunciado la Administración, existiendo prohibición de licencias *contra legem* es: o estamos ante un silencio positivo que genera un acto nulo de pleno derecho (art. 47.1 f) LPAC), susceptible, por tanto, de revisión de oficio aunque dotado de ejecutividad inmediata, o estamos ante la denominada «inexistencia», esto es, ante la ausencia de un acto o incluso de una ficción legal de acto, o lo que es lo mismo, ante una prolongación del procedimiento que solo puede terminar de forma expresa. El TC, desde una perspectiva constitucional, no apuesta por una u otra interpretación, aunque tras la lectura del Fundamento Jurídico, parece reconocerse una mayor dificultad para asumir la interpretación del «acto inexistente»¹².

Esta doctrina impide entender que la doctrina legal (según la cual no hay silencio positivo *contra legem*) se interprete como una dualidad de posibilidades de silencio estimatorio o desestimatorio en función del ajuste a la ley de la solicitud. Por lo tanto, confirma que la inexistencia de silencio positivo *contra legem* no conlleva silencio negativo, sino algo distinto, no encuadrable en las categorías legales del acto administrativo...: pendencia o lo que es lo mismo, «inexistencia» del acto.

La inseguridad jurídica derivada de la doctrina de la STS de 28 de enero de 2009, así como su pobreza argumental, añadidas a la ausencia de un pronunciamiento positivo del Constitucional al respecto, constituyen el caldo de cultivo de la reciente «conversión» del silencio positivo en negativo en las licencias urbanísticas «mayores», que se encuentra plasmada en el vigente art. 11.4 RD Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRDU)¹³. La STC 70/2018 ha dado un pequeño paso adelante en la correcta interpretación de la cláusula prohibitiva de licencias *contra legem*, pero no termina de desbrozar todo el territorio ocupado por doctrinas confusas generadoras de inseguridad jurídica.

CONCLUSIONES

Desde la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, cuyo art. 24 impone el silencio desestimatorio en aquellos procedimientos que se refieran a actividades que puedan producir daños al medio ambiente, hay que entender que no tiene cabida ya en el derecho (autonómico) español el silencio positivo en la emisión de las licencias ambientales o «de actividades clasificadas» de competencia municipal, salvo que se vincule a un dictamen o actuación previa que suprima, de hecho, el riesgo ambiental. Esta conclusión viene confirmada por la reciente STC 70/2018, de 21 de julio.

¹² «En efecto, incluso si se asume la interpretación que excluye la existencia de un acto estimatorio presunto que haya de ser declarado nulo, no resulta jurídicamente defendible que una regla de procedimiento que asigna un efecto estimatorio del silencio (complementada por una prohibición de adquirir facultades contrarias al ordenamiento jurídico) sea completamente equivalente, en todos sus efectos jurídicos, al establecimiento directo de una regla procedimental de silencio negativo o desestimatorio». «Por todo ello, sin necesidad de determinar qué interpretación haya de darse, desde la óptica de la legalidad ordinaria, al párrafo segundo del artículo 64.3 de la Ley de protección ambiental integrada de Murcia, sólo cabe concluir que, incluso admitiendo que tal precepto exima de acudir al procedimiento de revisión de oficio, habilitando a la Administración competente a dictar un acto expreso denegatorio fuera de plazo, tal circunstancia no hace desaparecer la contradicción normativa (...);»

¹³ Sobre la constitucionalidad de este precepto (por motivos competenciales), véanse las SSTC 143/2017, de 14 de diciembre, y 75/2018, de 5 de julio.

La misma sentencia desecha la interpretación de la tradicional cláusula de prohibición de obtención de licencias *contra legem* como habilitadora de silencio negativo, por conducir al absurdo. La sentencia no incide expresamente en la discrepancia doctrinal entre la tesis de las licencias nulas de pleno derecho (cfr., art. 47.1 g) LPAC) y la de las licencias «inexistentes», derivadas ambas de la falta de respuesta administrativa en plazo ante una solicitud ilegal, aunque podría deducirse de la redacción una cierta preferencia por la primera de las tesis citadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUADO I CUDOLÀ, V. (2001): *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*. Madrid: Marcial Pons.
- AMADO GOMES, C. (2007): *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- ARANA GARCÍA, E. y GRANADOS RODRÍGUEZ, J. F. (2010): “La desaparición de las licencias en las actividades clasificadas incluidas en el ámbito de la Directiva de Servicios: el supuesto particular de la legislación ambiental andaluza”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2014): *Derecho Ambiental*. Madrid: La Ley.
- CANTÓ LÓPEZ, T. (2009): “La inaplicación del silencio positivo como vía para la obtención de licencias urbanísticas contra legem (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009)”, en *Revista Aragonesa de Derecho Administrativo*, núm. 34, págs. 449-480.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2016): “El impacto del derecho de la UE en la regulación española de la intervención administrativa en la actividad económica”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, págs. 103-120. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.200.06>.
- CUBERO MARCOS, J. I. (2013): *La Comunicación Previa, la Declaración Responsable y el Procedimiento Administrativo: Especial referencia al Establecimiento de actividades y a la Prestación de Servicios*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- DESPRAIRES, A. (2016): “Le silence positif de l’administration en droit français: Étude sous le prisme de la réforme du 12 novembre 2013”, en *Administración & Ciudadanía*, vol. 11, núm. 1, págs. 99-116.
- FAVOREU, L. y PHILIP, L. (2009): *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15.ª ed. Paris: Dalloz.
- FORTES MARTÍN, A. (2011): “Silencio administrativo y constitución de empresas, instalación de industrias y apertura de establecimientos”, en PAREJO ALFONSO, L. (dir.): *El silencio en la actividad de la Administración Pública*, págs. 149-200. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2012): “La incidencia de la Directiva Servicios en el Derecho Ambiental”, en AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dirs.): *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, págs. 348 y ss. Barcelona: Atelier.
- GARCÍA GARRO, M. A. (2013): *Impacto de la Directiva de Servicios en las Licencias Urbanísticas y de Actividades*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- GARCÍA-TREVIJANO, J. A. (1986): *Los actos administrativos*. Madrid: Civitas.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2006): *La autorización administrativa*. Madrid: Civitas.
- LOZANO CUTANDA, B. y ALLI TURRILLAS, J. C. (2018): *Administración y Legislación Ambiental*, 10.ª edic. Madrid: Dykinson.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I. (2006): “Licencias ambientales y silencio administrativo”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (coord.): *El silencio administrativo. Urbanismo y Medio Ambiente*, págs. 433-478. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2001): *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*. Madrid: Marcial Pons.
- PLEITE GUADAMILLAS, F. (2017): “En el silencio administrativo no está la respuesta”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 7, págs. 1-3.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (2006): “El silencio de la administración en el derecho urbanístico”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (coord.): *El silencio administrativo. Urbanismo y Medio Ambiente*, págs. 373-432. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A. (2009): “Silencio administrativo y urbanismo: imposibilidad de adquirir licencias urbanísticas por silencio positivo contra legem”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, págs. 49-59.
- WALINE, M. (1974): “Recensión al libro de J. Malafosse, *Le Droit à la nature*, Montchrestien, Paris 1973”, en *Revue de Droit Public*, págs. 101-106.



Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional¹

Autonomous-Community competences in the field of housing versus State competences of a transversal nature in recent Constitutional jurisprudence

María Antonia Arias Martínez

Universidad de Vigo (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3690-0719>

tona.arias@uvigo.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Vigo. Investigadora en proyectos I+D financiados en convocatorias públicas nacionales y/o internacionales cuya temática se refiere principalmente a Derecho autonómico, derecho local y derechos sociales. Sobre dichas materias versan los trabajos objeto de sus publicaciones en distintas obras colectivas y en diferentes revistas científicas especializadas (*REDA, RAP, RGDA, DA*, etc.).

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda el estudio de la constitucionalidad, desde una perspectiva competencial, de las medidas normativas adoptadas por las comunidades autónomas para hacer efectivo el derecho a la vivienda en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 47 de la Constitución. Este estudio ha exigido una valoración crítica de los recientes pronunciamientos realizados por el Tribunal Constitucional sobre la incidencia de determinados títulos competenciales estatales de carácter transversal sobre una materia, vivienda, reservada por los respectivos estatutos de autonomía a la exclusiva competencias de las comunidades autónomas.

PALABRAS CLAVE

Vivienda; expropiación; competencias transversales; competencias autonómicas.

ABSTRACT

This study approaches the issue of the constitutionality, from a jurisdictional perspective, of the normative measures adopted by Autonomous Communities to enforce the right to housing in compliance with article 47 of the Constitution. This study has required the critical appraisal of the recent pronouncements made by

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco de Armela-Red de Investigación en Igualdad, Derechos y Estado Social y del Proyecto de Investigación DER2016-79913-R financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Es una versión ampliada de la comunicación "La expropiación de viviendas deshabitadas prevista en la legislación autonómica reciente frente a los títulos competenciales estatales de carácter transversal en la jurisprudencia constitucional: ¿autonomía vs uniformidad?", presentada en el *XXII Congreso Ítalo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, celebrado en Messina del 17 al 19 de mayo de 2018.

the Constitutional Court on the incidence of certain State competences of transversal nature on housing, an area which had been reserved by the Autonomy Statutes as exclusive competence of Autonomous Communities.

KEYWORDS

Housing; expropriation; transversal competences; regional competences.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA ESTATAL Y AUTONÓMICA FRENTE A LA CRISIS SOCIAL EN MATERIA DE VIVIENDA. 2. LA REPERCUSIÓN ECONÓMICA DE LAS NORMAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE VIVIENDA IMPONE LA UNIFORMIDAD EX ART. 149.1.13: STC 93/2015. 3. UNA INTERPRETACIÓN CONCILIADORA DE LAS COMPETENCIAS TRANSVERSALES DEL ESTADO Y LAS NORMAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE VIVIENDA: STC 16/2018. 3.1. LA DELIMITACIÓN AUTONÓMICA DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA FRENTE A LA COMPETENCIA ESTATAL EX ART. 149.1.1 Y 149.1.8 CE. 3.2. COMPATIBILIDAD ENTRE LAS MEDIDAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE VIVIENDA Y LAS MEDIDAS ECONÓMICAS DEL ESTADO EX ART. 149.1.13. 4. REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En virtud de lo previsto en el artículo 148.3 de la Constitución Española (en adelante CE) todas las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) han asumido, a través de sus estatutos de autonomía, competencias exclusivas en materia de vivienda. No obstante, debido al sistema de reparto competencial configurado en el texto constitucional español, ello no ha implicado un monopolio absoluto de la materia por parte de las CCAA ya que el Estado también ha incidido en la regulación de la vivienda con apoyo en títulos competenciales estatales de carácter transversal como el establecimiento de las bases de la ordenación del crédito (art. 149.1.11 CE) o las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE).

Ya en la primera década de su funcionamiento, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha tenido ocasión de delimitar las funciones correspondientes a ambas instancias territoriales en materia de vivienda y su posición ha sido, desde sus primeros pronunciamientos, pendular. Mientras que en ocasiones ha desarrollado una interpretación extensa de las bases estatales en detrimento de la competencia autonómica exclusiva en la materia², en otras se ha preocupado por no vaciar las competencias autonómicas realizando una lectura más ajustada al reparto competencial diseñado por el bloque de la constitucionalidad³.

La Gran Recesión vivida en estos últimos años ha puesto en jaque la efectividad del Derecho a la vivienda. La disminución, o pérdida absoluta, de recursos por parte de ciudadanos que han visto seriamente mermados sus ingresos como consecuencia de la pérdida de empleo de algunos o, incluso, de todos los miembros de la unidad familiar llevó no sólo a dificultar sino, en muchos casos, a imposibilitar el pago de alquileres o de hipotecas provocando lanzamientos y desahucios que dejaban a cientos de personas sin posibilidad de acceso a una vivienda digna con todo lo que ello implica. Como es sabido, la carencia de residencia conlleva, en la práctica, a la imposibilidad de ejercer otros derechos e impide a las personas afectadas realizarse tanto profesional como familiarmente y, en muchos casos, las condena a la exclusión y marginación social y económica.

La gravedad social de esta situación y el marco económico de los últimos años ha llevado a distintas CCAA a aprobar, en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de vivienda, una serie de normas en las que se contempla la expropiación forzosa temporal del uso de viviendas vacías o deshabitadas como medida para dar cobertura a la necesidad de vivienda de las personas que se encuentran en especiales circunstancias de emergencia social.

El legislador autonómico parte de la existencia de un desorbitado parque de viviendas sin uso o infrautilizado (viviendas deshabitadas y viviendas no vendidas que quedan en manos de entidades financieras) y, al mismo tiempo, de una demanda insatisfecha, con una oferta insuficiente, a precios no adecuados, y

² En este sentido puede verse la STC 152/1988, de 20 de julio.

³ En este sentido puede verse la STC 37/1987, de 26 de marzo.

numerosos procesos de privación de vivienda, en particular por desahucios provenientes de ejecuciones hipotecarias derivadas de la imposibilidad de sus moradores de pagar el precio de adquisición o de alquiler.

Ello lleva al legislador a recordar que la vivienda además de una utilidad individual debe cumplir una función social y su desocupación «representa el mayor exponente del incumplimiento de la finalidad del bien y, por tanto, de su función social». Es precisamente esta función la que permite «imponer deberes positivos a su titular que aseguren su uso efectivo para fines residenciales (...). La función social de la vivienda, en suma, no es un límite externo a su definición o a su ejercicio, sino una parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social, por tanto, componen de forma inseparable el contenido del derecho de propiedad»⁴.

Es, precisamente, el incumplimiento de esta función social de derecho de propiedad el principal fundamento que sirve de apoyo a las leyes autonómicas de segunda generación en materia de vivienda para ordenar, cuando se dan determinadas condiciones, la cesión de viviendas desocupadas y/o expropiación de viviendas deshabitadas cuyo propietario sea una persona jurídica⁵. En segundo lugar, también bajo dicho fundamento, esta normativa autonómica prevé la posibilidad de declarar de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social, incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto de un procedimiento de esa naturaleza, por un determinado plazo (varía de 3 a 5 años) a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente. Está previsto que esta disposición se aplique a las viviendas incursas en procedimientos de desahucio instados por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales alguno de ellos resulte adjudicatario del remate. Esta regulación en idénticos o similares términos se encuentra en distintos preceptos de la normativa de vivienda de Andalucía⁶, Navarra⁷, Extremadura⁸, Valencia⁹, Canarias¹⁰ o País Vasco¹¹. Todas ellas han sido objeto de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad que, tal como se indica en las respectivas notas a pie, el TC ha resuelto con el dictado de las Sentencias 93/2015 de 14 de mayo, 16/2018 de 22 de febrero, 32/2018 de 12 de abril, 43/2018 de 26 de abril, 80/2018, de 5 de julio, 97/2018, de 19 de septiembre y 106/2018 de 4 de octubre. En estas resoluciones el Alto tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de dichos preceptos resolviendo, por lo que aquí interesa, entre otras cuestiones, la pro-

⁴ Véase en este sentido la *Exposición de Motivos* de la Ley andaluza 4/2013, 1 octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda que reproduce la doctrina constitucional recogida en la STC 152/1998 de 20 de julio FJ 2.

⁵ En este sentido véanse: Art. 24 de la Ley de Aragón 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón pendiente de ser Recurso de inconstitucionalidad núm. 4403-2017. Artículo 12. Cesión y uso de viviendas desocupadas del Decreto-ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda pendiente de Recurso de inconstitucionalidad núm. 4952-2016. Art. 15 de la Ley catalana 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial. Se declara la suspensión de la vigencia y aplicación de este precepto por providencia del TC de 17 de octubre de 2017, que admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad 4752/2017. El auto de 20 de marzo 2018 levanta la suspensión de este precepto. Art. 72.3.c) de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco. Cuya constitucionalidad es confirmada en virtud de la Sentencia del TC 97/2018, de 19 de septiembre que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1643-2016 (BOE núm. 247 de 12 de octubre de 2018).

⁶ Véase disposición adicional segunda del Decreto-Ley 6/2013 de medidas para asegurar la función social de la propiedad declarada inconstitucional y nula por Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015, 14 mayo 2015 (BOE núm. 146 de 19 de julio de 2015). La misma previsión se encuentra contenida en términos similares en la disposición adicional primera de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda que deroga el citado Decreto-Ley 6/2013 que ha sido declarada inconstitucional en virtud de la Sentencia 32/2018, de 12 de abril (BOE núm. 124, de 27 de mayo de 2018).

⁷ Apartados 1 y 2 de la disposición adicional décima de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra incorporada por el artículo 7 de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra declarados inconstitucionales y nulos por STC 16/2018, de 22 febrero 2018 (BOE núm. 72 de 23 de marzo de 2018).

⁸ Art. 2 de la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de Emergencia Social de la Vivienda de Extremadura, declarado inconstitucionalidad y nulo en virtud de la STC 106/2018, de 4 de octubre que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 5659-2017 (BOE núm. 264, de 1 de noviembre de 2018).

⁹ Art. 13 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana, declarado inconstitucional y nulo en virtud de la STC 80/2018, de 5 de julio que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 5425/2017 (BOE núm. 189, de 6 de agosto de 2018).

¹⁰ Disposición adicional cuarta de la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda. Se declara inconstitucional y nula, por Sentencia del TC 43/2018, de 26 de abril que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1824/2015 (BOE núm. 130, de 29 de mayo de 2018).

¹¹ Art. 74 de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco. Se declara la inconstitucionalidad y nulidad de este artículo por Sentencia del TC 97/2018, de 19 de septiembre que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1643/2016 (BOE núm. 247, de 12 de octubre de 2018).

blemática de carácter competencial planteada. Cabe señalar que la doctrina constitucional contenida en las dos primeras Sentencias emitidas se reproduce, en términos similares, en las sentencias pronunciadas con posterioridad. Esta es la razón por la que en este trabajo nos centramos, principalmente, en el análisis de la fundamentación contenida en las dos primeras resoluciones dictadas.

Si bien la vivienda es, como se sabe, una materia de competencia autonómica, el Estado, al amparo de su competencia exclusiva para la fijación de las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13 CE), había adoptado con anterioridad a la aprobación de la norma autonómica una serie de medidas con el fin de hacer frente a las necesidades urgentes de las personas y familias que se encuentran en una situación de vulnerabilidad en el ámbito de la vivienda. Cabe recordar que la competencia del artículo 149.1.13 CE es uno de los ejemplos más característicos de lo que se viene denominando como competencia «horizontal» o «transversal», esto es «una competencia de ámbito material genérico y de titularidad estatal que atraviesa un gran número de materias sectoriales objeto de competencias de las Comunidades Autónomas» (Carrasco, 2005: 62).

El TC a través de las citadas sentencias ha tenido ocasión de determinar si las regulaciones autonómicas han supuesto o no una vulneración de la competencia estatal ex art. 149.1.13 CE. Asimismo, el Tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas autonómicas que configuran el contenido de la función social de la propiedad y su compatibilidad con la competencia exclusiva del Estado en las materias previstas en los artículos 149.1.1 y 149.1.8 en relación con el artículo 33 CE. A ambas cuestiones nos referiremos a continuación.

1. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA ESTATAL Y AUTONÓMICA FRENTE A LA CRISIS SOCIAL EN MATERIA DE VIVIENDA

Como hemos señalado, tanto el Estado como las CCAA han aprobado disposiciones normativas con la intención de aliviar la penosa situación de las personas y familias que, a raíz de la crisis económica y financiera experimentada en los últimos años, se encuentran con serias dificultades para hacer frente a las obligaciones derivadas de los préstamos hipotecarios contraídos para la adquisición de su vivienda, hallándose al borde de la exclusión residencial.

En este sentido, las CCAA por su parte, han previsto en sus normativas de vivienda, tildadas de «nueva generación», un supuesto particular de expropiación forzosa con el fin de evitar el lanzamiento de familias que se encuentran en especiales circunstancias de emergencia social. Se trata de una expropiación de carácter temporal que no afecta a la propiedad sino bien al uso o bien al usufructo de la vivienda. Además, para que se pueda incoar el procedimiento expropiatorio es necesaria la previa constatación de una situación de emergencia o exclusión social provocada por el lanzamiento. Serán precisamente los deudores hipotecarios de la vivienda que van a ser objeto de lanzamiento en un procedimiento de ejecución hipotecaria los que tengan la condición de beneficiarios de la expropiación. En cuanto a la condición de expropiado únicamente puede recaer en una persona jurídica constituida por entidades financieras o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos que resulten adjudicatarios del remate. Con esta medida el legislador autonómico pretende corregir, como señala MOREU, «las insuficiencias del régimen hipotecario vigente y el problema derivado de las cláusulas abusivas de los contratos, que ha provocado un incremento indeseable del número de ejecuciones hipotecarias en España» (Moreu, 2014:400).

Al margen del posible cuestionamiento sobre la eficacia de esta medida (Tornos, 2014: 2859) consideramos que la previsión autonómica de la misma se encuentra avalada por la doctrina constitucional contenida en el FJ 6 de STC 37/1987 de 26 de marzo, al manifestar que:

«no parece dudoso que cuando, en virtud del sistema de distribución de competencias que resulta de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, la legislación sectorial corresponda a las Comunidades Autónomas, son éstas, y no el Estado, las que ostentan la potestad de definir legalmente los supuestos en que cabe hacer uso del instrumento expropiatorio mediante la declaración de la *causa expropiandi* necesaria en cada caso, sin perjuicio de la obligación de atenerse a la legislación general del Estado que garantiza por igual los derechos patrimoniales de todos los sujetos privados. De todo ello se sigue que la reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar o los fines de interés públi-

co a que aquélla deba servir. De lo contrario se llegaría al absurdo de que las Comunidades Autónomas, habiendo constatado la existencia de nuevas causas de utilidad pública o interés social justificadoras de la expropiación para el desarrollo de sus respectivas competencias, tuvieran que solicitar del Estado la regulación formal de aquéllas, o a la no menos absurda conclusión, por petrificadora del ordenamiento, de no poder identificar tales supuestos legitimadores más allá de los que, antes de la instauración del Estado de las Autonomías, hayan sido declarados como tales por las Leyes del Estado en materias sobre las que éste ha dejado de tener competencia».

En definitiva, el Tribunal Constitucional reconoce a las comunidades autónomas la capacidad para determinar la *causa expropiandi* en el ámbito de sus propias competencias respetando las previsiones contenidas en la legislación de expropiación forzosa estatal.

Por su parte, el legislador estatal en ejercicio de su competencia exclusiva para la aprobación de las bases de la planificación general de la economía ha previsto en su Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que hasta transcurridos cuatro años desde su entrada en vigor, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo (art. 1)¹². Con el mismo fin se encomienda al gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 1 de esta Ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso de estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban. En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley se podrá valorar la ampliación del ámbito de cobertura del fondo social de viviendas a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el art. 1 de esta Ley (Disposición Adicional primera)¹³.

Al mismo tiempo el Estado aprueba una serie de medidas financieras contenidas en el Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero y en el Real Decreto-Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero¹⁴, ambas normas aprobadas con el objetivo de normalizar los mercados hipotecarios y responder a la necesidad de recapitalización del sector financiero.

2. LA REPERCUSIÓN ECONÓMICA DE LAS NORMAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE VIVIENDA IMPONE LA UNIFORMIDAD EX ART. 149.1.13: STC 93/2015

El primer pronunciamiento del TC en torno a la constitucionalidad de las medidas adoptadas por la normativa autonómica en materia de vivienda es la Sentencia 93/2015, de 14 de mayo de 2015. Como se ha

¹² Dichas medidas se encuentran reguladas en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, que se ha convertido, en virtud de la tramitación parlamentaria como proyecto de Ley, en Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, modificada parcialmente por el art. 3 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, convertida en la Ley 25/2015, de 28 de julio. Posteriormente, el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo, ha dado una nueva redacción a los apartados 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 1/2013 con el objeto de ampliar el ámbito temporal de la medida (apartado 1) y los supuestos de especial vulnerabilidad que son objeto de esta protección (apartado 2). Así, el apartado 1 del art. 1 de la Ley 1/2013 en la redacción dada por el Real Decreto de 2017 prevé que «hasta transcurridos siete años, desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo».

¹³ El Estado, mediante la disposición final cuarta de la Ley 9/2015, de 25 de mayo ha considerado necesario mantener vigente, con ciertas extensiones objetivas y subjetivas, el fondo social de viviendas previsto en la Ley 1/2013. Conforme a la redacción resultante de esta modificación, se encomienda al Gobierno «que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 1 de esta Ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban. El ámbito de cobertura del fondo social de viviendas se podrá ampliar a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el artículo 1 de esta Ley».

¹⁴ Posteriormente derogado por la Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

señalado, este trabajo se centra principalmente en la delimitación competencial que el Alto tribunal realiza en relación con el ámbito material de la «vivienda»¹⁵.

En esta resolución el TC parte de que el apoyo constitucional de la normativa estatal a la que se ha hecho referencia se ha aprobado con apoyo en el artículo 149.1.13 CE sobre cuyo alcance se pronuncia en los siguientes términos:

«el Estado define con esta doble medida la extensión de la intervención pública de protección de personas en situación de vulnerabilidad que considera compatible con el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario y, a la vez, para evitar que el equilibrio que juzga oportuno se quiebre, impide que las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias propias adopten disposiciones que, con este mismo propósito de tutela, afecten de un modo más intenso a dicho mercado. En conclusión, las medidas estatales reseñadas, en tanto que determinan de un modo homogéneo para todo el Estado los sacrificios que se imponen a los acreedores hipotecarios para aliviar la situación de sus deudores, concurren de un modo principal a regular el mercado hipotecario en su conjunto y, al tratarse este de un subsector decisivo dentro del sector financiero, inciden directa y significativamente sobre la actividad económica general» (FJ 17).

Al margen de que en ese pronunciamiento el TC parece otorgar una mayor protección a los acreedores (entidades financieras, sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos) frente a las personas que se encuentran en especiales circunstancias de emergencia habitacional¹⁶, también sitúa las medidas estatales de política económica en una posición prioritaria y excluyente frente a las autonómicas.

Las CCAA a través de las medidas previstas en sus normativas de vivienda no tratan de regular el sector bancario o el mercado inmobiliario sino que su objetivo es hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna. Cabe recordar que, de acuerdo con el reparto competencial contenido en el bloque de la constitucionalidad, son de exclusiva competencia autonómica todas las actuaciones encaminadas a definir una política propia con el fin de facilitar el acceso a la vivienda y cumplir el mandato del artículo 47 CE.

No obstante, el Tribunal afirma en relación con la disposición adicional segunda del Decreto-ley andaluz 6/2013 que si bien aborda la misma situación de necesidad que la normativa estatal, lo hace mediante una regulación –expropiación temporal del uso de la vivienda–¹⁷ que es «en esencia incompatible con la estatal». Siguiendo esta línea argumental el Alto Tribunal expone que:

«sin prejuzgar si es acertado o no el equilibrio definido así por el Estado, pues tal apreciación de oportunidad queda fuera de los márgenes de enjuiciamiento de este Tribunal, la adición por la norma autonómica de un nuevo mecanismo orientado a satisfacer esa misma situación de necesidad rompe el carácter coherente de la acción pública en esta materia, acción pública que

¹⁵ Un análisis detenido de esta Sentencia puede verse en A. QUINTIÁ PASTRANA “El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y recentralización”, *RVAP* núm. 109-I, 2017, págs. 225-267.

¹⁶ J. PONCE SOLÉ en su artículo “¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015, declarando la inconstitucionalidad de la regulación andaluza sobre expropiación de viviendas vacías en manos de bancos” (<https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/>) se manifiesta en los siguientes términos «Hay una vulneración del art. 149.1.13 CE, según la mayoría del TC, porque, en primer lugar, el Estado ya ha dictado una normativa en el mismo ámbito de protección social de quienes por habitar viviendas constituidas como colateral de un préstamo que ha quedado impagado, están a riesgo de perder su vivienda y, por tanto, las CCAA no pueden adoptar normas en ejercicio de su competencia en materia de vivienda que afecten de un modo más intenso los sacrificios que se imponen a los acreedores hipotecarios para aliviar la situación de sus deudores, o en otras palabras, no pueden establecer mayores exigencias a los bancos en protección de las personas que pueden perder su vivienda».

¹⁷ Disposición adicional segunda. Declaración del interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social.

1. Se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente.

2. Este Decreto-ley será de aplicación a las viviendas incursas en procedimientos de desahucio instado por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales resulte adjudicatario del remate una entidad financiera, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal.

En los siguientes apartados de esta disposición el legislador se ocupa fundamentalmente de regular quienes pueden tener la condición de beneficiarios y el procedimiento de expropiación.

el Estado articula con ese carácter como medio de obtener simultáneamente los dos objetivos de política económica indicados.

Aparte de lo anterior, también resulta relevante que la concurrencia de figuras jurídicas dispares sobre una misma realidad –la suspensión del lanzamiento en la norma estatal y la expropiación de uso en la autonómica– *hace difícil la aplicación conjunta* de ambas disposiciones, principalmente a la hora de decidir si su eficacia es simultánea o sucesiva. Entender lo primero, a pesar que a ello induce la dicción del precepto al señalar que el plazo máximo de tres años que puede alcanzar la expropiación del uso se cuenta “desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente”, no parece posible porque no se trata de medidas compatibles en el sentido de que puedan operar a un mismo tiempo. Entender lo segundo, aparte de hacer necesario definir qué norma es la prioritaria, anula en la práctica la virtualidad de una de ellas, que queda postergada en su eficacia» (FJ 18).

En consecuencia, para el TC estas dos razones –ruptura del carácter coherente y difícil aplicación conjunta– «cada una de ellas suficiente por sí misma, constituye un obstáculo significativo para la eficacia de la medida de política económica que el Estado disciplina en la Ley 1/2013 y, por tanto, procede declarar que el legislador andaluz ha ejercitado la competencia que le incumbe en materia de vivienda de un modo que menoscaba la competencia estatal ex art. 149.1.13 CE» (FJ 18)¹⁸.

En relación con este pronunciamiento llama la atención, en primer término, que la Sentencia declara la inconstitucionalidad de la norma autonómica pero no manifiesta, en ningún momento, la existencia de contradicción con la norma estatal dictada al amparo del artículo 149.1.13 sino que se limita a afirmar que aquella «interfiere, al menos el ejercicio de la competencia estatal en materia de ordenación económica (art. 149.1.13 CE), al realizar una regulación que se proyecta sobre un ámbito material que ya había sido regulado por el Estado» y que «el legislador andaluz ha ejercitado la competencia que le incumbe en materia de vivienda de un modo que menoscaba la competencia estatal ex art. 149.1.13 CE». Como señalan los votos particulares, el control de constitucionalidad de las competencias exclusivas autonómicas sobre las que pueden incidir las competencias transversales estatales (como el art. 149.1.13 CE) no tiene como cometido enjuiciar la mayor o menor compatibilidad entre políticas y medidas estatales y autonómicas, sino determinar, únicamente, si el ejercicio por la Comunidad Autónoma de sus competencias contradice la competencia ejercida por el Estado¹⁹.

En segundo lugar, siguiendo la estela de anteriores pronunciamientos, el TC realiza una amplia interpretación del artículo 149.1.13 que tiene como contrapartida la eliminación de toda opción aprobada por las CCAA en ejercicio de su competencia exclusiva en cualquier sector de actividad, vivienda en este caso, que tenga alguna proyección económica²⁰. A nuestro juicio, si bien es cierto que el artículo 149.1.13 atribuye al Estado competencia para diseñar las líneas directrices de la ordenación económica en el sector de la vivienda²¹, ello no implica estrechar hasta el estrangulamiento la competencia autonómica exclusiva en dicha materia concluyendo que la competencia estatal básica justifica una regulación global, única e uniforme de dicha materia²². Ciertamente, las normas autonómicas deben respetar las bases dictadas por el Estado y no pueden

¹⁸ En el mismo sentido SSTC16/2018 (FJ 13), 32/2018 (FJ 5), 43/2018 (FJ 4), 80/2018 (FJ 3), 97/2018 (FJ 5) y 106/2018 (FJ 2c).

¹⁹ En este sentido la magistrada Dña. Adela Asua Batarrita en el voto particular formulado a la Sentencia que ahora nos ocupa expone que en «el presente caso la Sentencia no afirma en ningún momento que la norma autonómica contradiga una norma estatal dictada ex art. 149.1.13 CE en el sentido de contradicción insalvable incluso mediante la interpretación conforme, sino que se limita a decir que interfiere con una medida o con un objetivo de política económica del Gobierno» (BOE de 19 de junio de 2015, pág. 51.454). En similares términos se manifiesta la magistrada Dña. Encarnación Roca Trías en su voto particular al que se ha adherido el magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré (BOE de 19 de junio de 2015 págs. 51.457).

²⁰ Así también lo pone expresamente de manifiesto la magistrada E. Roca Trias declarando que desde la STC 34/2013, de 14 de febrero, las bases de la planificación económica «no son ya meros criterios o directrices de ordenación general con especial incidencia en la economía en general o en un sector económico concreto, sino que permiten regulaciones de materias concretas, dentro de cada sector, cuando éste y no la medida, tenga incidencia sobre la economía general, regulaciones tan pormenorizadas como sea necesario para cumplir el objetivo económico identificado por el Estado, vaciando con ello las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas sobre el sector» (BOE de 19 de junio de 2015, pág. 51.461).

²¹ El TC en su Sentencia 152/1988 de 20 de julio señala que «(...) dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector. Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda».

²² Como señala J. PONCE SOLÉ, en este contexto y ante el intento de desarrollar políticas públicas alternativas, la STC deniega esta posibilidad, construyendo el art. 149.1.13 CE como un precepto excluyente de alternativas políticas y no como lo que le corresponde ser desde una perspectiva técnica jurídica: la garantía de unas bases estatales en el sector económico. Este planteamiento lleva

contradecirlas pero en este caso el TC va más allá ya que impide que una vez ejercida la competencia del art. 149.1.13 CE, las CCAA establezcan sus propias políticas diferenciadas con el fin de diseñar los mecanismos que den contenido a una materia de su exclusiva competencia, aunque no exista contradicción con la competencia estatal²³. En este sentido es muy expresiva la locución utilizada por el magistrado Xiol Ríos en su voto particular al afirmar que la Comunidad Autónoma queda «expropiada» de la competencia una vez que el Estado ha ejercitado su competencia de regulación de las bases o planificación de un sector económico²⁴. En definitiva, el TC desatiende el principio constitucional de autonomía que permite a las CCAA instrumentar la respuesta normativa pertinente en relación con los sectores de actividad que caigan en su ámbito competencial. Como señala TORNOS «la sentencia lleva a cabo una extensión no justificada del concepto material de ordenación general de la economía al afirmar que la norma autonómica, que tienen como objeto la política de vivienda, afecta al funcionamiento del sistema financiero, obstaculizando las medidas estatales de política económica que se han adoptado con la finalidad de sanear las instituciones bancarias» (Tornos, 2017: 41).

En tercer lugar, el TC hace referencia a la dificultad que supone la aplicación conjunta de las disposiciones estatales básicas y las autonómicas de desarrollo. Si bien ello puede ser cierto debido a la complejidad que entraña la distribución competencial en un Estado descentralizado, ello no puede implicar inconstitucionalidad²⁵. Entendemos con los magistrados discrepantes de la mayoría que es posible una lectura en clave constitucional del precepto autonómico que prevé la expropiación del uso temporal de viviendas considerando la posibilidad de aplazar, cuando fuese necesario, la aplicación de esta medida hasta que transcurra el plazo de suspensión de la resolución de lanzamiento²⁶.

Sin lugar a dudas, tanto el Estado como las CCAA persiguen evitar el desalojo de sus viviendas a colectivos especialmente vulnerables a raíz de una ejecución hipotecaria. Mientras que la normativa estatal prevé un plazo de suspensión de la ejecución hipotecaria, las normativas autonómicas regulan el ejercicio de la potestad expropiatoria temporal para garantizar el uso de la vivienda por parte de los afectados por el lanzamiento. Estas medidas no son excluyentes ya que «la medida andaluza podría operar de forma subsidiaria o sucesiva a la estatal, pero nunca simultánea, lo que en modo alguna significa que fueran incompatibles» (Vaquer, 2106: 32). Esto permitiría rescatar la doctrina de la STC 37/1987, de 26 de marzo, en la que tras establecer que la legislación estatal de reforma y desarrollo agrario constituía ordenación básica de la actuación económica (art. 149.1.13 CE), resolvió que «ninguna de estas normas [autonómicas], que en parte introducen modificaciones de índole social y en parte sólo correcciones de mera técnica jurídica a lo ya dispuesto por las citadas leyes estatales, alcanza a desplegar una eficacia incisiva en la política económica general del Estado o en los elementos básicos de la misma»²⁷.

al autor a referirse a «la mutación del artículo 149.1.13 CE y la nueva competencia “exclusiva” estatal» (“Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda?”, *op. cit.*, <https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/> (último acceso 17-04-2018).

²³ «La Sentencia cierra, así, la primera parte del círculo, pues sólo al Estado corresponde establecer la regulación de la protección de los deudores hipotecarios o de cualquier otra medida en materia de vivienda cuando la medida adoptada pueda incidir, de forma más o menos amplia, en el mercado hipotecario, lo que equivale a atribuirle competencia para la regulación de un sector, la vivienda, en todo aquello que pueda afectar al mercado hipotecario. Ello implica que se ha privado a la Comunidad Autónoma de una buena parte de su competencia regulatoria, que es precisamente lo que pretendía evitar la doctrina constitucional cuando estableció un límite, derivado precisamente, de la naturaleza de directrices o principios ordenadores de las medidas adoptadas a partir de este título competencial: es decir, que permitieran que las Comunidades Autónomas puedan ejercer en plenitud su competencia regulatoria exclusiva sobre el sector, respetando, claro está, estos principios generales o medidas». Así lo manifiesta la magistrada Roca Trías en su voto particular (BOE de 19 de junio de 2015, pág. 51.461).

²⁴ Así de contundente se manifiesta D. José Antonio Xios Ríos en su voto particular (BOE de 19 de junio de 2015, pág. 51.464). El magistrado añade que el «efecto de bloqueo» de la competencia sectorial autonómica exclusiva «no era el pretendido por el constituyente cuando se diseñó el Estado autonómico y se redactó el art. 149.1.13 CE utilizando las expresiones “bases” y “coordinación”».

²⁵ En este sentido la magistrada A. Asua Batarrita señala en su voto particular que «la medida autonómica sea distinta a la estatal no basta para apreciar una pretendida ruptura de la coherencia de la acción pública. La Sentencia ni siquiera lo afirma categóricamente, pues se limita a apuntar meros problemas de aplicabilidad, los cuales en ningún caso pueden conformar motivos de inconstitucionalidad».

²⁶ En este sentido se han manifestado en sendos votos particulares la magistrada A. Asua Batarrita y el magistrado J. A. Xiol Ríos para quienes no parece haber problema aplicativo alguno sino sucesión de normas en el tiempo. Sostiene la citada magistrada que «la regulación de la norma andaluza solo podría ser aplicable cuando finalizara el periodo de suspensión de los procedimientos de ejecución establecido por el Estado, pues solo a partir de entonces podría producirse el supuesto de hecho previsto por la norma andaluza: el lanzamiento acordado por un órgano judicial, que opera además como *dies a quo* del plazo de expropiación de tres años» (BOE de 19 de junio de 2015, pág. 51.455).

²⁷ Sin embargo, en TC en su Sentencia 16/2018 vuelve a pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto similar contenido en la normativa navarra sobre vivienda e insiste en su argumentación en los siguientes términos:

Finalmente, a pesar de la evidente limitación que supone este pronunciamiento constitucional para el ejercicio por parte de las CCAA de su competencia exclusiva en materia de vivienda, el TC mantiene que dicha competencia autonómica «sigue intacta (...) porque puede ser ejercida a través de todo tipo de regulaciones que estén desligadas del mercado hipotecario, como ocurre, con los instrumentos de fomento». Parece, por lo tanto, que el ejercicio de esta competencia autonómica queda relegada, fundamentalmente, a una actividad de impulso o estímulo que, sin duda, es un instrumento adecuado pero claramente insuficiente para hacer frente al problema que la normativa autonómica trata de abordar. Además de las graves restricciones presupuestarias que deparan un futuro incierto a las actuales políticas de fomento (Tejedor, 2018: 3), «se ha llegado a un punto crítico» debido a la impotencia de la actividad de fomento para hacer frente a este tipo de necesidades (Ponce, 2016: 62). De hecho, países como Francia, Bélgica, el Reino Unido o los Estados Unidos de América, si bien recurren a medidas de fomento para combatir el problema de la falta de vivienda en conexión con la existencia de viviendas vacías, también «todos ellos combinan estas medidas con intervenciones públicas de limitación que pueden llegar hasta la expropiación del uso de la vivienda vacía que incumple su función social (como en el caso inglés, en que la ley permite la expropiación del uso de viviendas privadas que hayan estado vacías al menos seis meses, mediante la aprobación de decretos de gestión de viviendas vacías (*empty dwellings management orders*))»²⁸.

3. UNA INTERPRETACIÓN CONCILIADORA DE LAS COMPETENCIAS TRANSVERSALES DEL ESTADO Y LAS NORMAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE VIVIENDA: STC 16/2018

No cabe duda que la competencia exclusiva autonómica en materia de vivienda se encuentra ligada a determinados títulos competenciales estatales de carácter transversal. Ello, sin embargo, no puede implicar el agotamiento por parte del Estado de toda la regulación sobre dicha materia. Se trata de conjugar ambos espacios competenciales sin quebrantar la autonomía de las CCAA impidiéndoles adoptar las decisiones de naturaleza política necesarias para el ejercicio de esta competencia. Frente a la STC 93/2015 en la que, como hemos visto, el Alto Tribunal realiza una interpretación muy restrictiva de las competencias autonómicas en materia de vivienda, en su inmediata sentencia posterior sobre esta cuestión, STC 16/2018, de 22 de febrero, adopta una posición, a nuestro entender, más acorde con el reparto competencial en materia de vivienda diseñado por el bloque de la constitucionalidad.

En esta resolución el TC ha debido pronunciarse sobre la constitucionalidad, entre otros, de los artículos 52.2.a), 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra conforme a la redacción dada por la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra. De acuerdo con lo previsto en el primero de los preceptos citados se podrá considerar causa justificativa de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad: «mantener una vivienda deshabitada en los casos en que constituye infracción sancionable en virtud de la presente Ley Foral y no haber cumplido en el plazo concedido al efecto el requerimiento para poner fin a tal situación». Por su parte, el párrafo primero del artículo 66 considera como infracción muy grave «no dar efectiva habitación a la vivienda en los términos establecidos en esta Ley Foral durante dos años siempre que el titular de la misma sea una persona jurídica». Determinando, finalmente, el artículo 72.2 que cuando la infracción muy grave relativa a no dar efectiva habitación a la vivienda en los términos establecidos en la Ley Foral no ha sido sancionada con expropiación, en todo caso «se requerirá a la entidad titular para que ponga fin a tal situación en plazo máximo de seis meses, con apercibimiento de que en caso contrario se impondrán multas coercitivas o de que podrá iniciarse un procedimiento expropiatorio del uso de la vivienda».

En relación con dichos preceptos el abogado del Estado alega como motivo de recurso, en primer término, la vulneración de los artículos 149.1.1 y 8 en conexión con el artículo 33 CE «en la medida en que la norma afecta esencialmente a la regulación del derecho de propiedad, concretamente a su función social,

«Cabe insistir en que lo que distorsiona la ordenación básica aprobada en virtud del art. 149.1.13 CE es que la norma autonómica establezca una medida adicional. Resulta irrelevante, en orden a determinar si hay interferencia en la decisión estatal de política económica, que la norma navarra, a diferencia de la andaluza enjuiciada en la invocada STC 93/2015, contemple expresamente que la expropiación de uso, en caso de acordarse la suspensión del lanzamiento prevista en la norma estatal, será de aplicación sucesiva, pues aun siendo así no deja de constituir un complemento normativo que altera el equilibrio en que consiste tal opción de política económica.» (FJ 13).

²⁸ Así lo pone de manifiesto el legislador catalán en el *Preámbulo* de la Ley 4/2016 de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial.

al atribuir una serie de consecuencias sancionadoras y expropiatorias por el hecho de no ser destinada al uso habitacional de la vivienda libre (este recurso no plantea objeción respecto de la vivienda protegida), sin tener competencia para ello, por corresponder al Estado». Concretamente manifiesta que «no puede integrarse el contenido esencial del derecho de propiedad desde las competencias sectoriales de vivienda ni de urbanismo, al menos cuando se esté afectando a la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Es notorio que el art. 149.1.8 CE reserva al Estado la competencia en materia de legislación civil, al igual que el art. 149.1.1 CE se refiere a la competencia estatal para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales, en este caso, en relación con el art. 33 CE.

En segundo lugar, señala la defensa del Estado que estas normas autonómicas infringen las competencias estatales en materia de «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13 CE). En su argumentación, parte el recurrente de evidenciar una supuesta diferencia entre el contenido de los preceptos de la Ley foral de vivienda impugnada y la Ley 8/1984, de 2 de julio, de reforma agraria de Andalucía que imponía «deberes positivos a los propietarios de tierras rústicas» y «la expropiación de las facultades de uso» en caso de incumplimiento, respecto de la cual el TC concluyó, como es sabido, en su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo que «ninguna de estas normas (...) alcanza a desplegar una eficacia incisiva en la política económica general del Estado o en los elementos básicos de la misma, que es lo que se trata de preservar (...) con lo que establece el art. 149.1.13 CE». A diferencia de este precedente las medidas autonómicas impugnadas «tienen la virtualidad de poner en verdadero peligro una de las líneas más esenciales de actuación en materia de política económica abordadas por el Estado, a saber: la reestructuración del sistema financiero y la consecución de la estabilidad de las entidades de crédito como herramienta fundamental para conseguir una reducción de la prima de riesgo de nuestro país y de comenzar una senda de crecimiento económico». Por todo ello concluye el abogado del Estado que «las previsiones de la Ley Foral impugnada inciden en las competencias estatales derivadas de los apartados 11 y 13 del art. 149.1 CE en la medida en que pueden presentar un impacto significativo sobre la situación financiera de las entidades, el crédito hipotecario, el mercado de cédulas hipotecarias y en la adecuada finalización del proceso de reforma financiera».

Expuesto el contenido de las normas forales objeto de recurso y de los argumentos de la demanda, pasamos en los siguientes apartados a analizar la lectura, en clave constitucional, que realiza el TC, en su Sentencia 16/2018, de los citados preceptos autonómicos. En primer término, se valorará si el legislador autonómico al ordenar la función social del Derecho de propiedad sobre vivienda vulnera o no las previsiones contenidas en los artículos 149.1 y 149.8 CE. Y, en segundo término, se abordará el estudio de la compatibilidad entre las medidas autonómicas en materia de vivienda y las medidas estatales económicas ex art. 149.1.13 CE.

3.1. La delimitación autonómica de la función social de la propiedad de la vivienda frente a la competencia estatal ex art. 149.1.1 y 149.1.8 CE

El texto constitucional obliga a los poderes públicos a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» (artículo 9.2). Para ello han de tener en cuenta que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general» (art. 128.1 CE) lo que implica la primacía del interés general sobre los individuales y todo ello en el marco de un Estado definido por el propio texto constitucional como un Estado social de Derecho (art. 1).

En este contexto, la Constitución declara que la función social de la propiedad delimitará su contenido de acuerdo con las leyes (art. 33.2). Por lo tanto, corresponde a la Ley configurar el estatuto jurídico de la propiedad privada y, además, es un elemento estructural de la definición del derecho de propiedad el cumplimiento de una función que satisfaga intereses sociales o colectivos (Leguina, 1994: 13). Esta concepción social del Derecho de propiedad ha sido puesta de relieve, con determinación por el TC en su Sentencia 37/1987:

«la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes,

en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes» (FJ 1).

Así pues, se admite, desde un punto de vista constitucional, la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada ya que todo bien sujeto a la misma está potencialmente abocado a satisfacer a un tiempo intereses particulares e intereses colectivos (Leguina, 1994: 15).

La reserva constitucional a la regulación por ley ordinaria del derecho de propiedad implica que puede ser cubierta, como es obvio, tanto por una ley estatal como autonómica dependiendo de la entidad territorial que tenga atribuida la competencia sobre el sector concreto de actividad vinculado al derecho de propiedad²⁹. En consecuencia, las CCAA son competentes «para incidir, mediante regulaciones orientadas a atender a los intereses generales relacionados con la garantía a los ciudadanos del disfrute de una vivienda digna, en la delimitación del derecho de propiedad, concretamente en la definición de su función social» (STC 16/2018, de 22 de febrero, FJ 7).

Es, precisamente, la función social del derecho de propiedad la principal justificación de las normas autonómicas que regulan «la expropiación temporal del uso de viviendas que se encuentren deshabitadas». La cuestión es determinar si el legislador, al ordenar la función social del derecho de propiedad sobre vivienda, ha vulnerado las previsiones contenidas en los artículos 149.1.1 y 149.1.8 CE.

La Ley 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la vivienda en Navarra tras su modificación por la Ley 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra define lo que debe entenderse por «vivienda deshabitada» y regula, como hemos visto, infracciones y sanciones en conexión con dicho concepto. Así, entre las causas de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad se regula la de mantener las personas jurídicas una vivienda deshabitada en los casos en que constituye infracción sancionable. Además, se prevé la expropiación del uso de viviendas por cinco años en determinados supuestos de procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria. Estas previsiones (arts. 42 bis –apartados 2, 3, 4, 5, y 6–, 52.2.a), 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010) delimitan el contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda ejerciendo para ello competencias en materia de vivienda y urbanismo de la Comunidad.

Se ha querido entender que la regulación contenida en el art. 149.1.1 CE es un límite a la adopción por parte de las CCAA de las medidas necesarias para asegurar la efectividad, en su ámbito territorial, del derecho a una vivienda digna. Así se ha considerado que la previsión por parte del legislador autonómico de atribuir una serie de consecuencias sancionadoras y expropiatorias al hecho de no destinar la vivienda a un uso habitacional excede de sus competencias en materia de vivienda e infringe la competencia estatal ex art. 149.1.1.

Sin embargo, cabe recordar que el TC en relación con esta cuestión ha mantenido que el artículo 149.1.1 CE, «más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas “condiciones básicas” uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales» (SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9, 178/2004, de 21 de octubre, FJ 7), lo que convierte el enjuiciamiento de una ley autonómica a la luz del art. 149.1.1 CE en un análisis de constitucionalidad mediata (STC 94/2014, de 12 de junio), que comienza con la identificación de la ley estatal que, dictada en ejercicio de la competencia atribuida por el art. 149.1.1 CE, va a operar como parámetro de constitucionalidad³⁰.

Por ello, considera el TC en su Sentencia 16/2018 que al no existir una norma estatal que reserve al propietario de viviendas la decisión de tenerlas permanentemente ocupadas ex art. 149.1.1 «resulta necesario afirmar que el legislador autonómico en materia de vivienda, en el momento en que realizamos este enjuiciamiento, no encuentra límites desde esta perspectiva constitucional» (FJ 8). Además, se puede añadir que, en todo caso, la ley estatal aprobada ex artículo 149.1.1 no implicaría la regulación uniforme de esta

²⁹ Sobre la configuración legal de la función social del derecho de propiedad recayente sobre inmuebles destinados a vivienda véase el minucioso trabajo elaborado por R. ARNAIZ RAMOS bajo el título “Las actuaciones legislativas sobre el derecho de propiedad por razón de la protección del derecho a una vivienda digna”, en VAQUER CABALLERÍA, M., PONCE SOLÉ, J., ARNAIZ RAMOS, R. (dir.) (2016): *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, pág. 212 y ss.

³⁰ STC 16/2018 de 22 de febrero (FJ 8). En el mismo sentido, SSTC 32/2018 (FJ 8), 43/2018 (FJ 5), 80/2018 (FJ 4) y 97/2018 (FJ 4).

materia por parte de los legisladores autonómicos ya que como ha señalado LEGUINA «del mismo modo que el principio de igualdad no impone que todas las CCAA ostenten las mismas competencias, tampoco exige que su ejercicio arroje siempre el mismo resultado» (Leguina 1994:17).

Previamente ya había manifestado el Alto Tribunal en su Sentencia 37/1987 que

«si como consecuencia del ejercicio de esas competencias surgen desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en las distintas Comunidades Autónomas, no por ello automáticamente resultarán infringidos, entre otros, los artículos 14, 139.1 ó 149.1.1.a de la Constitución, ya que dichos preceptos constitucionales no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todas las materias y en todo el territorio del Estado. En caso contrario, semejante uniformidad, ciertamente, sería incompatible con la autonomía constitucionalmente garantizada, de manera que en lo que se refiere al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales, lo que la Constitución impone es una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, pero no, desde luego, una absoluta identidad de los mismos» (FJ 10).

En definitiva, cabe entender que las condiciones básicas aluden al contenido primario del derecho de propiedad y no habilitan para disponer de una regulación uniforme del mismo ni de su función social. Así pues, dentro del respeto a las condiciones básicas que haya podido regular el legislador estatal ex art. 149.1.1, la Comunidad Autónoma tiene competencia para regular aquellos sectores materiales de su competencia propia en que se inserta o entra en juego el derecho de propiedad tal y como ocurre en el caso presente con el derecho a la propiedad de la vivienda.

Por otro lado, nadie cuestiona que la propiedad privada es una institución civil cuyo tratamiento normativo se encuentra en el Código Civil y que esta es una materia que, conforme lo previsto en el artículo 149.1.8 CE, corresponde en exclusiva al Estado. Desde este punto de vista sí podría ser cuestionable la regulación autonómica imponiendo determinadas obligaciones al propietario de la vivienda.

Sin embargo, también es sabido que «la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos» (STC 37/1987 FJ 2).

Esto implica que la delimitación del contenido del derecho de propiedad no le corresponde únicamente a la norma civil sino también a aquellas leyes que protegen los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada. Quiere ello decir que al asumir la Comunidad Autónoma competencias exclusivas en materia de vivienda podrán legislar sobre la propiedad de la vivienda y su función social. Hemos de tener en cuenta que el propio TC ya advirtió que «la función social de la propiedad no es algo que derive sustancialmente de una regulación unitaria del derecho de propiedad, puesto que la dimensión institucional del citado derecho no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido».

En otras palabras y siguiendo este criterio, el TC en su Sentencia 16/2018 tiene claro que «la regulación de la dimensión institucional del derecho de propiedad privada, dado que no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que la justifican, incumbe al titular de la competencia sectorial para tutelar tales intereses y no al que lo es en materia de legislación civil ex art. 149.1.8 CE. En conclusión, al no encuadrarse en la materia «legislación civil» la definición de un deber u obligación concreta del propietario de vivienda prevista en función del logro de un fin de interés público, procede declarar que el legislador foral, al regular como parte del derecho de propiedad sobre la vivienda un deber de ocupación efectiva en los arts. 52.2.a), 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, en la redacción que les da la Ley Foral 24/2013, no invade las atribuciones estatales ex art. 149.1.8 CE (STC 16/2018, FJ 8).

No se aparta el TC en este pronunciamiento de su doctrina previa (STC 37/1987) y entiende que compete a la Comunidad Autónoma titular de la competencia en materia de vivienda establecer las limitaciones inherentes a cada tipo de propiedad que, en este caso concreto, tienen como finalidad hacer efectivo el derecho a la vivienda previsto en el texto constitucional.

Cabe concluir, por lo tanto, que el TC en estas resoluciones limita la *vis* expansiva de la competencia estatal ex art. 149.1.1 y 149.1.8 en atención al reparto competencial diseñado por el bloque de la constitu-

cionalidad en un Estado descentralizado en donde la uniformidad en la regulación de la función social de la propiedad cede paso, en atención al principio de autonomía, al interés general que se pretende tutelar por el titular de la competencia sectorial concreta (en este caso la vivienda).

3.2. Compatibilidad entre las medidas autonómicas en materia de vivienda y las medidas económicas del Estado ex art. 149.1.13

El TC en su Sentencia 16/2018 de 22 de febrero reafirma la inconstitucionalidad de las previsiones contenidas en los apartados 1 y 2 de la disposición adicional décima de la Ley foral 10/2010 que contemplaban la expropiación temporal del uso de viviendas a entidades financieras desde la ejecución hipotecaria instada por dichas entidades, esgrimiendo los mismos argumentos que los expuestos en su Sentencia 93/2015 a los que ya se ha hecho referencia.

Lo novedoso de esta resolución es su pronunciamiento sobre la constitucionalidad, entre otros, de los artículos 52.2.a), 66.1 y 72.2 de la Ley foral 10/2010 en los que, como ya se ha señalado, se impone al propietario de vivienda que la destine efectivamente a uso habitacional previendo, además, en caso de incumplimiento, la posibilidad de sancionar e incluso expropiar si el obligado titular de la vivienda es una persona jurídica y se dan las circunstancias que cada precepto contempla.

Primero, el TC confirma en el fundamento jurídico 14 que las medidas estatales de política económica contenidas en el Real Decreto Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero y en las leyes 8/2012, de 30 de octubre, de saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero y 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, en tanto responden a la categoría «acciones singulares necesarias para alcanzar los fines de la ordenación de cada sector», constituyen un legítimo ejercicio de la competencia que atribuye al Estado el artículo 149.1.13. A continuación procede a determinar si los preceptos autonómicos citados –52.2.a), 66.1 y 72.2– interfieren significativamente en la efectividad de dichas medidas estatales, esto es, si pueden suponer un obstáculo para la recuperación de la solvencia de las entidades de crédito o para la adecuada realización del proceso de desinversión encargado a la SAREB³¹.

Comenzando por la previsión autonómica del deber de todo propietario de vivienda de destinarla, efectivamente, a uso habitacional, el TC sostiene que dicha obligación no tiene virtualidad por sí solo para producir una interferencia significativa en el logro del objetivo de política económica que persigue el Estado, y determina que «serán en todo caso las consecuencias que se asocien al incumplimiento de ese deber las que, si revisten la suficiente entidad, pueden generarlo, lo que requiere un examen específico de cada caso» (FJ 16).

En primer término, el artículo 66.1 de la Ley Foral 10/2010, tipifica como infracción muy grave no dar efectiva habitación a la vivienda en los términos establecidos en esta Ley Foral durante dos años siempre que el titular de la misma sea una persona jurídica. Categoría ésta en la que se incluyen las entidades de crédito y las sociedades de gestión de activos. La ley anuda a esta infracción una multa de 30.000 a 300.000 €.

El TC reconoce abiertamente que la reacción sancionadora prevista en este precepto es «apta para producir una cierta incidencia negativa en la solvencia de las entidades de crédito porque reduce el valor de sus activos inmobiliarios» y además asegura que también «generará algún efecto peyorativo en el proceso de desinversión de la SAREB, dando lugar a que la realización de los activos inmobiliarios que esta sociedad de gestión tiene encargada se materialice en condiciones inferiores a que dicho precepto legal no existiera».

Sin embargo, pese a todo ello, el Tribunal resuelve que, en esencia, «el mayor o menor valor de tales activos inmobiliarios dependerá de toda una serie de factores económicos y no solo de la reacción sancionadora». Además señala que teniendo en cuenta la reducida cuantía de los activos afectados y la ausencia de datos reales aportados con la demanda que ofrece, únicamente, previsiones, procede concluir que no hay una base cierta para afirmar que la norma contenida en el artículo 66.1, dictada por

³¹ La SAREB (Sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria) fue creada en virtud de la disposición adicional séptima de la Ley 9/2012 ahora derogada por la Ley 11/2015 de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que modifica aquella. No obstante, esta derogación no afectó a la citada disposición séptima. Esta sociedad tiene como objeto social la administración y enajenación de activos procedentes de las entidades nacionalizadas y de las que han recibido ayuda financiera.

la Comunidad Foral de Navarra en ejercicio de su competencia en materia de vivienda, interfiera de un modo significativo en la efectividad de las medidas estatales de política económica que estamos considerando» (FJ 16)³².

En segundo lugar, respecto a los supuestos de expropiación forzosa previstos en los artículos 52.2.a) y 72.2 el TC determina que «las expropiaciones que pudieran traer causa de los artículos 52.2.a) y 72.2, mientras vayan acompañadas de la indemnización correspondiente, no tienen aptitud suficiente para perjudicar sustancialmente la solvencia de las entidades de crédito, ni tampoco para mermar significativamente los resultados del proceso de desinversión confiado a la SAREB. En caso de que la propia ley foral impidiera, mediante alguno de los preceptos que no han sido recurridos, que las citadas expropiaciones no fuesen seguidas de una indemnización proporcional al valor real de la vivienda serían los preceptos que negasen o configurasen de otro modo el derecho a indemnización los que producirían el obstáculo relevante en la competencia estatal» (FJ 16)³³.

En este mismo sentido ya se había manifestado MOREU para quien esta modalidad expropiatoria no plantea especiales problemas jurídicos mientras respete el procedimiento previsto en la Ley de Expropiación Forzosa (Moreu, 2014: 398). En definitiva, dichos preceptos son legítimo ejercicio de las atribuciones autonómicas en materia de vivienda ya que, como es sabido, la causa de la expropiación la determina el legislador estatal o autonómico encargado de perseguir los fines sectoriales que trata de satisfacer la expropiación y no menoscabar las decisiones adoptadas por el Estado para mejorar la solvencia de entidades de crédito y el proceso de desinversión de activos inmobiliarios con base en el artículo 149.1.13 CE.

Por último, concluye que los arts. 52.2.a), 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, «aunque sí contienen relevantes restricciones para el titular del derecho de propiedad, el legislador dice adoptarlas en función de un fin de relevancia constitucional como es garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47.1 CE), a lo que se une que un análisis de dichas medidas, respetuoso del amplio margen de apreciación que incumbe al legislador en este ámbito, conduce a este Tribunal a concluir que con ellas no se desborda el justo equilibrio entre los medios empleados y la finalidad pretendida».

En definitiva, el Tribunal Constitucional considera que las medidas autonómicas respetan el principio de proporcionalidad sin quebrar el equilibrio justo entre el sacrificio que se le impone al propietario y el interés público perseguido. Hay que tener en cuenta que el deber de uso habitacional de la vivienda no anula las facultades de goce y disposición del propietario. Estas medidas autonómicas tienen carácter excepcional y sólo se activarán en supuestos extremos en los que los afectados estén al borde de la exclusión social y que no cumplen con los requisitos para beneficiarse de otras medidas de protección.

Estamos ante unos pronunciamientos del TC respetuosos con el principio de autonomía y la distribución competencial contenida en el bloque de la constitucionalidad que en todo caso favorecerá la efectividad de las medidas que los distintos niveles territoriales de poder adopten con el fin de hacer efectivo el derecho a la vivienda.

4. REFLEXIÓN FINAL

Uno de los principales pilares del Estado de social es, sin lugar a dudas, la vivienda. Aunque la ubicación en el texto constitucional del derecho a la vivienda (art. 47CE) no nos permite afirmar que estemos ante un derecho fundamental sino ante un principio rector, ello no significa que se trate de una norma sin contenido

³² Estas normas son (i) arts. 1.1 y 1.2 del Real Decreto-ley 2/2012;(ii) arts. 1 y 3 de la Ley 8/2012; (iii) 35 a 38 de la Ley 9/2012, sustituidos por los arts. 28 a 30 de la Ley 11/2015; (iv) Disposición adicional séptima de la Ley 9/2012; y (v) acuerdo de constitución de SAREB con una participación estatal del 45%. Por otro lado, esta argumentación se reproduce en el FJ 6 de la STC 32/2018 al declarar la validez en relación con el art. 53.1 a) de la Ley andaluza 1/2010 introducido por la Ley 4/2013 que tipifica el incumplimiento del deber de uso habitacional como infracción muy grave al igual que el artículo 66.1 de la Ley Foral 10/2010.

³³ El art. 52.2.a) de la Ley 10/2010 incluido por el artículo 2 de la Ley Foral 24/2013 dispone bajo el rótulo “Causas de expropiación” que: «Asimismo, se podrá considerar causa justificativa de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad: a) Mantener una vivienda deshabitada en los casos en que constituye infracción sancionable en virtud de la presente Ley Foral y no haber cumplido en el plazo concedido al efecto el requerimiento para poner fin a tal situación».

El art. 72.2 de la Ley Foral 10/2010, añadido por el artículo 6 de la Ley Foral 24/2013, prevé bajo el encabezamiento “Medidas en relación a viviendas deshabitadas” que: «Cuando la infracción muy grave relativa a no dar efectiva habitación a la vivienda en los términos establecidos en esta Ley Foral no haya sido sancionada con expropiación, en todo caso se requerirá a la entidad titular para que ponga fin a tal situación en plazo máximo de seis meses, con apercibimiento de que en caso contrario se impondrán multas coercitivas o de que podrá iniciarse un procedimiento expropiatorio del uso de la vivienda».

o una simple declaración de intenciones sino que, como en reiteradas ocasiones ha sostenido el TC, se trata de una previsión que vincula la actuación de los distintos poderes públicos.

El hecho de que exista un elevado número de personas que no pueden acceder a la vivienda o que se vean privadas de ella como consecuencia de la disminución o pérdida absoluta de recursos, derivados del desempleo que generó la crisis económica, no parece compatible con la existencia de un elevado número de viviendas vacías y deshabitadas.

A solventar esta penosa situación de emergencia social van dirigidas las medidas, previamente expuestas, contenidas en la normativa autonómica aprobada con apoyo en las previsiones estatutarias que reconocen a las CCAA competencias exclusiva en materia de vivienda.

Por su parte, el Estado, en base a determinados títulos competenciales de carácter transversal, también ha adoptado una serie de medidas con el fin de aliviar la situación extrema de los deudores hipotecarios aprobando, al mismo tiempo, una serie de normas con las que trata de normalizar los mercados hipotecarios y de responder a la necesidad de recapitalización del sector financiero.

Es cierto que en un Estado territorial y políticamente descentralizado plantea una problemática particular la existencia de títulos competenciales transversales de titularidad estatal que tienen incidencia en materias como «vivienda» que el bloque de la constitucionalidad ha reservado a la exclusiva competencia autonómica.

Sin cuestionar que efectivamente la normativa estatal dictada al amparo de dichos títulos horizontales puede afectar a la materia de titularidad exclusiva autonómica, no parece constitucionalmente aceptable, en cambio, que dicha regulación estatal implique un agotamiento de la materia dejando sin apenas contenido la competencia autonómica sobre la misma.

Concretamente, en relación con el artículo 149.1.13 CE la competencia estatal se limita a lo que se pueda entender como bases, coordinación y planificación general de la economía. A pesar de ello, hemos podido comprobar como el Estado, con la posterior conformidad del TC, se ha servido de dicho precepto para justificar una ordenación uniforme en materia de vivienda con la consiguiente exclusión de la intervención autonómica. Ello, precisamente, para evitar las «interferencias» que se pudiesen producir con respecto a las medidas estatales de política económica previamente adoptadas en relación con dicha materia. Entendemos que este modo de actuación colisiona con la concepción general sobre la autonomía de las CCAA que, como es sabido, conlleva la capacidad de adoptar libremente las decisiones de carácter político necesarias para el ejercicio de sus competencias.

También es cierto que, en una resolución posterior, el TC ha confirmado la constitucionalidad de determinados preceptos contenidos en la normativa autonómica dictada para hacer efectivo el derecho a la vivienda (sancionar y/o expropiar viviendas deshabitadas). El Tribunal considera que las medidas contenidas en los mismos no implican interferencia alguna en la normativa estatal aprobada al amparo del citado art. 149.1.13 sobre el mismo ámbito material. Se valora muy positivamente esta decisión por su concordancia con la descentralización competencial y su respeto al principio de autonomía que informa la actuación de las CCAA. No obstante, consideramos que la subjetividad interpretativa del criterio utilizado produce cierta inseguridad ante la imprevisibilidad de las decisiones del órgano judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNAIZ RAMOS, R. (2016): “Las actuaciones legislativas sobre el derecho de propiedad por razón de la protección del derecho a una vivienda digna”, en VAQUER CABALLERÍA, M., PONCE SOLÉ, J., ARNAIZ RAMOS, R. (dirs.): *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, págs. 197-242. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- CARRASCO DURÁN, M. (2005): “La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 de la Constitución)”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 62, págs. 55-94. DOI: <https://doi.org/10.5944/rdp.62.2005.8948>.
- LEGUINA VILLA, J. (1994): “El régimen constitucional de la propiedad privada”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, págs. 9-28.
- MOREU CARBONELL, E. (2014): “Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social”, en ALONSO PÉREZ, M. T. (coord.): *Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, págs. 369-420. Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.
- PONCE SOLÉ, J. (2015): “¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015, declarando la inconstitucionalidad de la regulación

- andaluza sobre expropiación de viviendas vacías en manos de bancos” en <https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/>.
- PONCE SOLÉ, J. (2016): “El derecho subjetivo a la vivienda exigible judicialmente: papel de la legislación, análisis jurisprudencial y gasto público”, en VAQUER CABALLERÍA, M., PONCE SOLÉ, J., ARNAIZ RAMOS, R. (dirs.): *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, págs. 61-194. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- QUINTIÁ PASTRANA, A. (2017): “El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y recentralización”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109, vol. I, págs. 225-267.
- TEJEDOR BIELSA, J. (2018): “A vueltas con las competencias sobre vivienda y la estabilidad del sistema financiero”, en *Práctica Urbanística*, núm. 151, págs. 1-13.
- TORNOS MAS, J. (2014): “El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, págs. 2.853-2.871.
- TORNOS MAS, J. (2017): “Derechos sociales, comunidades autónomas y crisis económica. Las políticas autonómicas en materia de vivienda”, en *Revista Valenciana d’Estudis Autònoms*, núm. 62, págs. 19-50.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2016): “Retos y oportunidades para una política cabal de vivienda tras la crisis económica”, en VAQUER CABALLERÍA, M., PONCE SOLÉ, J., ARNAIZ RAMOS, R. (dirs.): *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, págs. 13-59. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.



La reducción en el ISD por la adquisición de la vivienda habitual del causante: análisis estatal, autonómico y foral

Analysis of the Spanish reduction in the Inheritance and Gift Tax for the acquisition mortis causa of the main residence of the deceased

Irene Rovira Ferrer

Universitat Oberta de Catalunya (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0031-6892>

iroviraf@uoc.edu

NOTA BIOGRÁFICA

Irene Rovira es Licenciada en Derecho (Universitat Pompeu Fabra, 2006) y Doctora en Sociedad de la Información y el conocimiento, especialidad en Derecho Financiero y Tributario (Universitat Oberta de Catalunya, 2010). Actualmente es Profesora Agregada de Derecho Financiero y Tributario en la Universitat Oberta de Catalunya y sus principales líneas de investigación se circunscriben en los derechos y deberes de los obligados tributarios, la imposición directa y la fiscalidad autonómica y local.

RESUMEN

El objetivo principal del presente trabajo es el análisis de la reducción prevista en la base imponible del ISD en el caso de la adquisición mortis causa de la vivienda habitual del causante, tanto a nivel estatal como autonómico y foral. Así, además de valorar su viabilidad y estudiar las precisiones que derivan de una realidad compleja, se analizarán los diferentes conflictos normativos que aparecen y que, en algún caso, llegan a ser susceptibles de inconstitucionalidad, acabando con algunas propuestas de mejora para su reformulación.

PALABRAS CLAVE

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; vivienda habitual; reducción de la base imponible.

ABSTRACT

The main scope of this study is the analysis of the reduction in the tax base of the Inheritance and Gift Tax for the acquisition mortis causa of the main residence of the deceased. Apart from evaluating its viability, State and regional regulations will be analysed, trying to highlight the different problems encountered and questioning the position of Spain's Supreme Court in some aspects. Finally, a new formulation of its reduction will be provided.

KEYWORDS

Inheritance and Gift Tax; main residence; reduction in the tax base.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REGULACIÓN ESTATAL DE LA REDUCCIÓN. 3. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA Y FORAL DE LA REDUCCIÓN. 4. EL CONCEPTO DE VIVIENDA HABITUAL DEL CAUSANTE. 5. LOS SUJETOS QUE TIENEN DERECHO A LA REDUCCIÓN. 6. EL REQUISITO DE CONVIVENCIA. 7. EL MANTENIMIENTO DE LA VIVIENDA EN EL PATRIMONIO DEL ADQUIRENTE. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las figuras más conflictivas de nuestro sistema tributario (tanto por lo que respecta a su propia procedencia como a su configuración) es el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), el cual, de titularidad estatal, se encuentra regulado por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD), y el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (RISD), aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre.

No obstante, tanto las Diputaciones forales de los territorios históricos del País Vasco como la Comunidad Foral de Navarra tienen reconocidas, entre otras, competencias normativas sobre el mismo (ya que, de conformidad con el art. 25 del Concierto económico con el País Vasco –aprobado por la Ley 12/2002, de 23 de mayo– y el art. 31 del Convenio económico con Navarra –aprobado por la Ley 28/1990, de 26 de diciembre–, tiene la consideración de tributo concertado de normativa autónoma), del mismo modo que las tienen el resto de Comunidades Autónomas (CCAA) de régimen común (por cuanto, como señala el art. 11. d) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) y desarrolla la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, constituye un tributo cedido a las mismas).

Sin embargo, mientras que los territorios forales tienen plena capacidad para configurar los elementos principales del Impuesto¹, en el resto de CCAA se encuentra limitada a determinados aspectos, entre los cuales se encuentran, como señala el art. 48 de la Ley 22/2009, las reducciones de la base imponible (ya sea creando reducciones propias que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la autonomía –caso en el que se aplicarán con posterioridad a las estatales– o mejorando las del Estado –supuesto en el que las sustituirán–).

De este modo, si las CCAA ejercen tales competencias, procederá la aplicación su normativa cuando el rendimiento ISD les resulte cedido conforme a los pertinentes puntos de conexión, aunque, si no hubieran adoptado ninguna disposición al respecto, también se les cederá el rendimiento pero se aplicará la normativa estatal (arts. 27 y 53 de la Ley 22/2009).

Así pues, era importante realizar tales precisiones porque el estudio de una de las reducciones de la base imponible del ISD que contempla la normativa estatal (y que se ha desarrollado mayoritariamente a nivel autonómico) es el objeto del presente trabajo, concretamente la prevista por la adquisición *mortis causa* de la vivienda habitual del causante.

Y es que su discutible configuración y la parquedad de las previsiones estatales han dado lugar a un panorama confuso con posicionamientos contradictorios por parte de la Dirección General de Tributos (DGT) y los propios tribunales, contexto en el que deben añadirse las diversas singularidades que han introducido la mayor parte de autonomías (cuestionables en algunos casos desde el punto de vista constitucional e incluso del propio Derecho de la Unión Europea –UE–).

De este modo, a continuación, se abordará su análisis en profundidad, estudiando las distintas normativas al respecto, clarificando su aplicación en aquellas cuestiones no expresamente previstas por la regulación y detectando los diferentes aspectos problemáticos que se plantean. Asimismo, partiendo de estas consideraciones, se valorará su propia procedencia y la de sus distintos elementos, aportando propuestas de mejora para su reformulación y óptima configuración.

Y es que no hay que olvidar que la relevancia de la reducción aquí estudiada no es menor, por cuanto, aparte de la gran cuantía que puede liberar de imposición², conlleva otras importantes ventajas respecto al pago de la cuota tributaria derivada de la transmisión de la mencionada vivienda (concretamente, en relación con su aplazamiento –que podrá ser de 5 años– y fraccionamiento –de 10 pagos semestrales transcurrido el plazo anterior–).

¹ No obstante, y aunque su capacidad se entiende completa por regla general, no es ilimitada, sino que se encuentra supeditada a determinados principios y limitaciones como son, además de los establecidos por la Constitución (CE) con base en su supremacía, los previstos en los arts. 2 a 4 del Concierto económico con el País Vasco y 2 del Convenio económico con Navarra. Además, no hay que olvidar los límites derivados de los tratados o convenios internacionales suscritos por el Estado, así como los directamente procedentes de la UE.

² Al respecto, y aunque la LISD fije una reducción del 95% del valor de la vivienda, algunas CCAA lo han incrementado hasta el 100%, como es el caso, como se verá, de las Islas Baleares (art. 23 del Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en Materia de Tributos Cedidos por el Estado).

2. LA REGULACIÓN ESTATAL DE LA REDUCCIÓN

La incorporación en la regulación del ISD de la reducción aquí estudiada se llevó a cabo por el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, cuya Exposición de motivos manifestó que con la misma se pretendía «aliviar el coste fiscal derivado de la transmisión *mortis causa* (...) de la vivienda habitual, cuando dicha transmisión se efectuase en favor de ciertas personas allegadas al fallecido». Por consiguiente, parece que la justificación de su adopción debe buscarse en la finalidad extrafiscal de garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada contemplado en el art. 47 de la CE, del mismo modo que, al mencionar las «personas allegadas», podría alegarse la protección social, económica y jurídica de la familia que requiere el art. 39 de la misma.

Y en este punto procede destacar que, en ambos casos, se trata de fines de interés general, constitucionalmente perseguidos, capaces de justificar el beneficio fiscal que conllevan, ya que, como ha señalado expresamente el TC, las excepciones al deber general de contribuir pueden venir fundamentadas «por motivos de política económica o social, para atender al mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.»³ o incluso, como ha reconocido expresamente, para proteger la institución familiar⁴.

Actualmente, su regulación se contempla en el art. 20.2.c) de la LISD, donde se señala que una de las reducciones que podrá aplicarse a la base imponible para obtener la base liquidable en las adquisiciones *mortis causa* gravadas por el Impuesto es la relativa a la vivienda habitual del causante, siempre que la misma sea objeto de adquisición por parte de su cónyuge, ascendientes o descendientes, o bien por parte de un pariente colateral mayor de 65 años que hubiese convivido con el mismo durante los dos años anteriores a su fallecimiento.

En concreto, como señala el propio precepto y desarrolló el epígrafe 1.4.d) de la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la DGT, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en materia de vivienda habitual y empresa familiar, el coste de la vivienda podrá reducirse en un 95% de su valor una vez deducidas las cargas o gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible que aparezcan directamente establecidos sobre la misma disminuyendo su valor, así como la parte proporcional de deudas y gastos generales que formen parte del caudal relicto.

Así, cada adquirente podrá aplicarse la mencionada reducción en la parte proporcional al valor de la vivienda habitual que se integre en su base imponible (el valor neto), de acuerdo con el derecho sobre la misma que se les transmita (propiedad, nuda propiedad, usufructo, etc. –es decir, practicándose la reducción sobre el valor del derecho relativo a la vivienda que vayan a adquirir–).

Sin embargo, la normativa estatal señala un doble límite para su aplicación: por una parte, estableciendo que la reducción procederá con el máximo de 122.606,47€ para cada sujeto pasivo que tenga derecho a la misma y, por otra parte, condicionando su viabilidad a que la vivienda se mantenga en el patrimonio de los adquirentes durante los diez años siguientes a la defunción del causante (salvo que fallezcan dentro de ese plazo).

Además, respecto al abono de la cuota del Impuesto derivada de dicha transmisión, los sujetos que tengan derecho a la misma también podrán beneficiarse de las facilidades especiales de pago que prevé el art. 39 de la LISD (las cuales afectarán a la parte proporcional de la deuda tributaria que corresponda al valor de la vivienda transmitida en relación con el total del caudal hereditario de cada uno de los causahabientes), punto en el que podrá aplazarse su ingreso durante los cinco años siguientes al día en el que termine el plazo voluntario para su pago (supuesto en el que existirá la obligación de constituir caución suficiente aunque no procederá el abono de intereses durante el período de aplazamiento) y, una vez finalizados estos cinco años, podrá fraccionarse en diez plazos semestrales con las mismas condiciones y requisitos (si bien, en este caso, procederá el abono del interés legal del dinero durante el tiempo de fraccionamiento).

³ En este punto, véase, entre otras, las SSTC 96/2002, de 25 de abril, o 57/2005, de 14 de marzo.

⁴ Al respecto, y aunque el TC haya señalado que el art. 39 de la CE no obliga a los poderes públicos a prestar dicha protección de una determinada manera (ni «a través de medidas de una determinada naturaleza» –STC 214/1994, de 14 de julio– ni incluso «a través del sistema tributario» –ATC 289/1999, de 30 de noviembre–, sí que ha reconocido la legitimidad de medidas fiscales orientadas a tal efecto (véase, entre otras, la STC 209/1988, de 10 de noviembre).

3. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA Y FORAL DE LA REDUCCIÓN

Como se ha señalado, el art. 48 de la Ley 22/2009 reconoce a las CCAA de régimen común competencias normativas en relación con determinados aspectos del ISD, entre los que se encuentran las reducciones de la base imponible. Así, por lo que respecta a la reducción aquí estudiada, se encuentran habilitadas para mejorar la regulación estatal, ya sea ampliándola o contemplando condiciones más beneficiosas para los sujetos pasivos.

Y, de hecho, así ha sido llevado a cabo por la mayor parte de las autonomías, excepto en el caso de Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura y la Región de Murcia (ya que, como se ha señalado, esta capacidad normativa es del todo potestativa).

En concreto, las principales diferencias respecto a la normativa estatal que se han contemplado han sido para ampliar los sujetos que podrán tener acceso a la misma, para incrementar el porcentaje de reducción, para aumentar el límite cuantitativo al respecto y, por último, para reducir el tiempo requerido de mantenimiento de la vivienda en el patrimonio del adquirente.

Por su parte, en relación con la normativa foral, Navarra no ha adoptado ninguna previsión al respecto, aunque sí que lo han hecho los tres territorios históricos forales del País Vasco con diferencias substanciales respecto a la estatal. En tales casos, se ha decidido no supeditar la aplicación de la reducción a ninguna relación de parentesco con el causante sino a la convivencia efectiva con el mismo durante los dos años anteriores a su fallecimiento, eliminando, al mismo tiempo, la obligación de mantener en la vivienda en el patrimonio del adquirente durante un cierto período de tiempo.

A grandes rasgos, las características de la vigente regulación autonómica y foral al respecto se resumen a continuación:

CUADRO 1. LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA REDUCCIÓN AUTONÓMICA Y FORAL

Normativa	Sujetos	Porcentaje	Límite cuantitativo individual	Mantenimiento en el patrimonio del causante
Estado^a	Cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales convivientes con el causante mayores de 65 años.	95%	122.606,47 € por cada sujeto pasivo.	10 años
Andalucía^b	Se añaden las parejas de hecho y personas que realicen o sean objeto de un acogimiento familiar permanente y guarda con fines de adopción.	Del 95% al 100% en función del valor real neto del inmueble en la base imponible de cada sujeto pasivo.	No	3 años
Aragón^c	Igual que la normativa estatal.	100%	200.000 € por cada sujeto pasivo.	5 años
Canarias^d	Igual que la normativa estatal.	99%	200.000 € por el valor conjunto de la vivienda.	5 años
Cantabria^e	Para descendientes y adoptados, ascendientes y adoptantes, cónyuges, parejas de hecho y tutores legales judicialmente declarados del causante incapacitado.	95%	125.000 € por cada sujeto pasivo.	5 años

^a Art. 20.2.c) de la LIS.

^b Arts. 20 y 21 del Decreto Legislativo 1/2018, de 19 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos.

^c Art. 131-8 del Decreto Legislativo 1/2015, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos.

^d Art. 22-ter del Decreto Legislativo 1/2009, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes dictadas por la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de tributos cedidos.

^e Apartados 1 y 5 del art. 5 del Decreto Legislativo 62/2008, de 19 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Medidas Fiscales en materia de Tributos cedidos por el Estado.

Castilla y León^f	No se regula.			
Castilla-La Mancha^g	No se regula.			
Cataluña^h	También los miembros de una relación de convivencia de ayuda mutua, los convivientes en pareja estable y los hijos de su cónyuge o del otro miembro de la pareja estable.	95%	180.000€ por cada sujeto pasivo y 500.000€ por el valor conjunto de la vivienda.	5 años
Comunidad de Madridⁱ	También los miembros de uniones de hecho.	95%	123.000€ por cada sujeto pasivo.	5 años
Comunidad Valenciana^j	También los miembros de parejas de hecho.	95%	150.000€ por cada sujeto pasivo.	5 años
Extremadura^k	No se regula.			
Galicia^l	También los miembros de uniones estables de pareja.	Del 95% al 99% en función del valor real del inmueble y del 100% para el cónyuge.	600.000€ por el valor conjunto de la vivienda.	5 años
Islas Baleares^m	También los miembros de parejas estables.	100%	180.000€ por cada sujeto pasivo.	5 años
La Riojaⁿ	Igual que la normativa estatal.	95%	122.606,47€ para cada sujeto pasivo.	5 años
Principado de Asturias^o	También los miembros de parejas de hecho y personas que realicen o sean objeto de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo.	Del 95% al 99% en función del valor real del inmueble.	122.606,47€ por cada sujeto pasivo.	3 años
Región de Murcia^p	No regulada.			

^f Decreto Legislativo 1/2013, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos propios y cedidos.

^g Ley 8/2013, de 21 de noviembre, de Medidas Tributarias de Castilla-La Mancha.

^h Arts. 17 a 19, 36, 59 y 60 de la Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

ⁱ Arts. 21.3 y 26 del Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado.

^j Arts.10.Uno.c) y doce quater de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se regula el tramo autonómico del impuesto sobre la renta de las personas físicas y restantes tributos cedidos.

^k Decreto Legislativo 1/2018, de 10 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de tributos cedidos por el Estado.

^l Arts. 7.Tres y 12 del Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado.

^m Arts. 23 y 60 del Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en Materia de Tributos Cedidos por el Estado.

ⁿ Art. 35.4 de la Ley 10/2017, de 27 de octubre, por la que se consolidan las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en materia de impuestos propios y tributos cedidos.

^o Arts. 17.bis y 24 del Decreto Legislativo 2/2014, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos cedidos por el Estado.

^p Decreto Legislativo 1/2010, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en la Región de Murcia en materia de Tributos Cedidos.

Navarra^q	No se regula.			
Álava^r	El adquirente hubiese convivido con el transmitente durante los dos años anteriores a la transmisión.	95%	212.242 €	No
Guipúzcoa^s	El adquirente hubiese convivido con el transmitente durante los dos años anteriores a la transmisión.	95%	220.000 €	No
Vizcaya^t	El adquirente hubiese convivido con el transmitente durante los dos años anteriores a la transmisión.	95%	215.000 €	No

^q Decreto Foral Legislativo de Navarra 250/2002, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

^r Art. 22.8 de la Norma Foral de Álava 11/2005, de 16 de mayo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

^s Art. 19.1 de la Norma Foral 3/1990, de 11 de enero, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones del Territorio Histórico de Guipúzcoa.

^t Art. 44 de la Norma foral de Vizcaya 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Fuente: Elaboración propia.

4. EL CONCEPTO DE VIVIENDA HABITUAL DEL CAUSANTE

Por lo que respecta a la LISD, no define el concepto de vivienda habitual a efectos de la reducción del art. 20.2.c), aunque sí que lo hizo el epígrafe 1.4.b) de la Resolución 2/1999. Así, señaló expresamente que, «para la determinación de lo que ha de entenderse por vivienda habitual, hay que acudir al artículo 51 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero [actual art. 41.bis del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (RIRPF), aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero], que es el que define dicho concepto en el ámbito fiscal».

Y al respecto, señala el primer apartado del mencionado precepto que se considerará vivienda habitual del contribuyente «la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años», aunque, como añade, «se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho período, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas».

De este modo, como ha puntualizado la DGT, la excepción que se contempla en el RIRPF, relativa a las causas justificadas del traslado, se predica exclusivamente respecto a la exigencia del plazo de tres años para que una vivienda pueda tener la consideración de habitual, de modo que «implica únicamente que se consolidan las deducciones anteriormente practicadas o que, si la vivienda se transmitiese en dicho momento, se podría aplicar el beneficio fiscal de la exención por reinversión en otra vivienda habitual o por transmisión por personas mayores de 65 años». Sin embargo, como añade expresamente, «una vez transcurridos los tres años de residencia, la vivienda sólo tendrá el carácter de habitual mientras en ella mantenga su residencia el propietario, perdiendo ese carácter a partir del momento en que deje de residir en la misma, cualquiera que sea su causa»⁵.

No obstante, y aunque el art. 41.bis del RIRPF y la posición de la DGT sean claros, el TS ha establecido otro criterio en unificación de doctrina mediante la STS 841/2017, de 12 de mayo, concretamente al enjuiciar

⁵ Resolución de la Consulta Vinculante de la DGT V1930-07, de 14 de septiembre, la cual entendió justamente que la que había sido la vivienda habitual de la causante hasta que tuvo que ser trasladada al domicilio de uno de sus hijos por razones graves de salud (donde residió los últimos siete años) había perdido tal carácter a efectos de la reducción del art. 20.2.c) de la LISD. En la misma línea, pueden verse otras resoluciones a consultas de la DGT como la V0132-04, de 24 de septiembre, o la 0672-03, de 20 de mayo.

un supuesto en el que la causante, debido a su estado de salud, había dejado de residir en su vivienda habitual para trasladarse a la vivienda de su hermano más de tres años antes de su fallecimiento.

Así, el TS se ha acogido a las «otras causas análogas justificadas» del traslado que contempla el art. 41.bis del RIRPF para entender que la que era la vivienda habitual de la causante antes de mudarse al domicilio de su hermano no perdió dicho carácter a pesar de que dejara de residir en la misma, alegando que, dentro de las causas mencionadas, «ha de incluirse la enfermedad acreditada que obliga al cambio de residencia, máxime cuando el fallecimiento sobreviene durante y como consecuencia de dicha enfermedad».

Sin embargo, como se ha señalado, la excepción que contempla el RIRPF se predica únicamente respecto a la exigencia de que una persona residida un mínimo de tres años en el pertinente inmueble para que éste pueda tener la consideración de vivienda habitual, de modo que, una vez haya pasado dicho período necesario para que goce de tal condición, el inmueble dejará de ser la vivienda habitual del contribuyente desde el momento en el que deje de residir en el mismo, con total independencia de cuál sea su causa.

De hecho, además de la DGT, así ha sido considerado también por otros tribunales, los cuales, a diferencia del TS, no han reconocido el derecho de aplicar la reducción del art. 20.2.c) de la LISD por la transmisión de la que en su momento había constituido la vivienda habitual del causante, al entender que, desde que el causante dejó de residir en la misma, el inmueble perdió tal condición⁶.

Y es que, si bien el apartado 3 del mismo art. 41.bis mantiene la condición de vivienda habitual del contribuyente a aquella que lo fue «hasta cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de transmisión», la limita específicamente tal consideración «a los exclusivos efectos» de la aplicación de las exenciones previstas en los artículos 33.4. b) y 38 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF), las cuales son relativas, respectivamente, a la exención de las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de su vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia (conforme a la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia), y a la exención de las ganancias patrimoniales obtenidas por la transmisión de la vivienda habitual del contribuyente, siempre que el importe total obtenido por la transmisión se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual.

Por consiguiente, en los términos actualmente vigentes, resulta claro que la normativa no contempla la reducción del art. 20.2.c) de la LISD cuando el causante hubiera dejado de residir en su vivienda habitual (a considerar que habrá perdido tal carácter), y no hay que olvidar en este punto que tanto el TS como la Administración tributaria, en tanto que órganos públicos, se encuentran plenamente sometidos al estricto cumplimiento de la misma.

No obstante, cuestión distinta es que la mencionada reducción sí que pueda aplicarse en tales supuestos si resulta de aplicación una normativa autonómica que así lo prevea de forma expresa (mejorando, de este modo, la reducción estatal), lo que ciertamente ha tenido lugar en tres CCAA aunque de forma diferente.

Así, en primer lugar, procede destacar las previsiones de Canarias al respecto, donde se señala que, si el causante hubiera tenido su último domicilio en un centro residencial o socio-sanitario, la reducción aquí estudiada podrá aplicarse sobre aquella vivienda en la que efectivamente hubiera tenido su residencia habitual inmediatamente antes de su cambio de domicilio al citado centro⁷. En la misma línea, Galicia apunta que se entenderá que la última vivienda habitual en la que residió el causante no ha perdido tal carácter cuando, por circunstancias físicas o psíquicas, se hubiera trasladado a un centro especializado para recibir cuidados, aunque en este caso se añade que tampoco perderá tal condición cuando, por las mismas circunstancias, se hubiera trasladado a vivir con los familiares incluidos en el grupo de parentesco que da derecho a obtener la reducción del art. 20.2.c) de la LISD⁸.

Y en un sentido similar, también Cataluña ha adoptado su normativa en tales términos pero añadiendo una limitación temporal, por cuanto señala que, si el causante, en la fecha de su muerte, tenía su residencia

⁶ Entre otras, respecto al mismo supuesto aquí planteado, véase la STSJ de Canarias 308/2015, de 23 de octubre de 2015, del mismo modo que puede verse la STSJ de Castilla y León 330/2013, de 23 de julio de 2013, al señalar que el traslado definitivo y permanente del causante a una residencia geriátrica hizo perder, «conforme a la normativa y jurisprudencia citada, el carácter de vivienda habitual a aquella en donde se ha venido residiendo hasta dicho momento».

⁷ Art. 22-ter.3 del Decreto Legislativo 1/2009, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes dictadas por la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de tributos cedidos.

⁸ Art. 7.Tres.1 del Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado.

efectiva en un domicilio del que no era titular, tendrá la consideración de vivienda habitual la que tenía esta condición hasta cualquier día de los diez años anteriores a la fecha de la muerte pero, curiosamente, si hubiera tenido su último domicilio en un centro residencial o socio-sanitario, no se aplicará ningún límite temporal⁹.

No obstante, procede resaltar en este punto la cuestionable discriminación que pueden conllevar tanto la normativa canaria como la catalana respecto a aquellos familiares que, por los mismos motivos que podrían requerir el ingreso del causante en una residencia o centro socio-sanitario, se hubieran hecho cargo del mismo trasladándolo a su domicilio (en el caso catalán, si el cambio de residencia se hubiera producido más de diez años antes de su fallecimiento), especialmente respecto a los sujetos que no sean parientes colaterales (ya que, como se ha señalado, no se les exige el requisito de convivencia para poder tener derecho a la reducción).

Y es que puede darse el caso de que familiares directos que no se hubieran hecho cargo del causante ni residan en la que fue su vivienda habitual puedan aplicarse la reducción mientras que se niegue otros que tuvieron cura del mismo trasladándolo a su propio domicilio, lo cual, aparte de resultar contrario a los principios de igualdad tributaria (que requiere la equidad real en la distribución de la carga tributaria)¹⁰ y generalidad (que prohíbe cualquier tipo de discriminación o privilegio en el reparto de la carga tributaria que no se encuentre debidamente justificado)¹¹, podría vulnerar el principio de igualdad ante la Ley que contempla el art. 14 de la CE.

Así, respecto al triple examen que el TC ha fijado para determinar su vulneración, se trata de situaciones objetivamente comparables (ya que en ambos casos se trata de familiares directos y de un causante que no residía en la que fue su vivienda habitual por razones de salud), pero no existe un fin objetivo, razonable y constitucionalmente válido que legitime su trato diferenciado (y más considerando que los sujetos a los que se les niega la reducción se hacían cargo del mismo en su propio domicilio), siendo las consecuencias jurídicas derivadas de esta distinción del todo injustificadas y desproporcionadas (atendiendo especialmente a la cuantía a la que puede ascender la reducción)¹².

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que los fines que justifican este beneficio fiscal son tanto la protección del deber de protección a la familia como del derecho a una vivienda digna y adecuada, parece que en ningún caso deberían tenerse en cuenta los traslados permanentes de carácter forzoso del causante, como podrían ser los producidos por motivos de salud o los derivados incluso de su separación o divorcio (evitando de este modo la discriminación que, por ejemplo, podrían soportar los descendientes que, por residir con el otro progenitor en la que había sido la vivienda habitual del causante, quedarán fuera de la reducción).

Pero, además, para su óptima procedencia, parece que tampoco deberían considerarse aquellos cambios de residencia temporales por motivos justificados (como pueden de trabajo o de estudios), salvedades que en ambos casos deberían preverse por la propia LISD y sin vincularse a ninguna limitación temporal.

Por último, procede determinar también qué concretos elementos conforman el concepto de vivienda habitual, lo cual, respecto a la regulación estatal, ha venido precisado por la DGT en la Resolución a la Consulta Vinculante V3752-15, de 26 de noviembre. Así, como ha señalado, una vez «examinada la reducción establecida en el artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987 desde la realidad social en que ha de ser aplicada, ha de permitirse una ampliación del concepto estricto de vivienda a aquellos elementos (caso del garaje) vinculados con la misma, ya se entienda dicha vinculación desde el punto de vista de su configuración registral o desde el punto de vista de su consideración unitaria en el tráfico jurídico». Por consiguiente, añade, «habrá vinculación cuando el garaje constituya una finca registral única junto con la vivienda o, cuando, tratándose de distintas fincas registrales, se configure como anejo inseparable de la misma desde el punto de vista de

⁹ Art. 18.3 de la Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

¹⁰ Al respecto, y aunque el TC ha reiterado en sentencias como la STC 3/1983, de 25 de enero, que cabe y debe adoptarse «todo mandato de desigualdad o diferenciación que logre precisamente la igualdad real» (permitiéndose así «regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material, para reequilibrar la desigualdad originaria de las condiciones económicas, sociales o de posición jurídica de las personas»), no es lo que ocurre en este caso, ya que se da un trato fiscal más perjudicial a quienes justamente se hacían cargo del causante en su propio domicilio.

¹¹ En concreto, así lo manifiestan MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, CASADO OLLERO Y TEJERIZO LÓPEZ (2000), pág. 108, quienes señalan que el principio constitucional de generalidad «constituye un requerimiento directamente dirigido al legislador para que cumpla con una exigencia: tipificar como hecho imponible todo acto, hecho o negocio jurídico que sea indicativo de capacidad económica (...) vedando la concesión de exenciones y bonificaciones tributarias que puedan reputarse como discriminatorias».

¹² Entre otras, véase la consolidada doctrina del TC respecto a este triple examen a la hora de considerar vulnerado el principio de igualdad en las SSTC 46/1999, de 22 de marzo; 200/2001, de 4 de octubre; 39/2002, de 14 de febrero; o 96/2002, de 25 de abril.

su consideración unitaria en el tráfico jurídico. La vinculación debe resultar de forma indubitada de las circunstancias concurrentes en su adquisición, ya sea por su ubicación en el mismo inmueble, por su adquisición en el mismo acto (aunque sea en distinto documento) o, desde un punto de vista finalista, por adquirirse dichos bienes para ser arrendados conjuntamente con la vivienda».

Sin embargo, algunas autonomías también han ampliado el concepto de vivienda habitual en este punto, añadiendo como parte de la misma determinados elementos. Así, Cantabria señala que podrán considerarse como vivienda habitual, conjuntamente con la vivienda, un trastero y hasta dos plazas de aparcamiento, pese a no haber sido adquiridos simultáneamente en unidad de acto, si están ubicados en el mismo edificio o complejo urbanístico y si en la fecha de la muerte del causante se hallaban a su disposición, sin haberse cedido a terceros¹³, lo mismo que contempla Cataluña (aunque señalando que la prohibición de cesión que no operará si el causante, en el momento de su muerte, tenía su residencia efectiva en un domicilio del que no era titular)¹⁴ y Canarias (si bien haciendo referencia a una sola plaza de aparcamiento)¹⁵.

No obstante, es importante destacar finalmente la precisión que realiza esta última autonomía al establecer que, «para la aplicación de la reducción establecida en el presente artículo, la vivienda habitual ha de estar radicada en Canarias»¹⁶, limitación que, además de inconstitucional, puede comportar una discriminación contraria al Derecho europeo.

Y es que puede darse el caso que resulte aplicable la normativa autonómica pero la vivienda habitual del causante esté radicada fuera de dicha CCAA, como ocurriría si el causante hubiera permanecido el mayor número de días de los cinco años inmediatos anteriores a su fallecimiento en un centro residencial o socio-sanitario ubicado en la Comunidad canaria (lo que, conforme al art. 32 de la Ley 22/2009, comportaría la aplicación de la normativa autonómica del ISD), pero la vivienda en la que efectivamente hubiera tenido su residencia habitual inmediatamente antes de su cambio de domicilio al citado centro estuviera radicada fuera de su territorio.

De este modo, el único motivo que justificaría el no reconocimiento del beneficio fiscal en tales casos sería la no ubicación de la vivienda en el territorio canario, lo cual, como señaló la STC 60/2015, de 18 de marzo, no es un elemento válido de diferenciación en situaciones objetivamente comparables por cuanto no puede justificar discriminación alguna. En consecuencia, como añadió, no sólo se vulnera en tales casos el principio de igualdad que contempla el art. 14 de la CE, sino también el principio de igualdad tributaria junto con el deber general de contribuir previstos en el art. 31.1 de la CE¹⁷.

Además, no hay que olvidar que también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha señalado la improcedencia de las diferencias de trato en la tributación de las adquisiciones lucrativas justificadas únicamente en la territorialidad nacional, es decir, que sólo por el hecho de existir un elemento fuera del territorio de un Estado se aplique un trato fiscal menos beneficioso a la correspondiente sucesión o donación (lo que ha considerado contrario a las obligaciones previstas en el art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE– y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo –AEEE–).

De hecho, en el caso de España, así lo entendió justamente en relación con los puntos de conexión previstos por Ley 22/2009, al apuntar que, conforme a los mismos, resultaba de aplicación la normativa estatal y no la autonómica (fiscalmente más beneficiosa) por criterios basados únicamente en la territorialidad nacional. De este modo, como señaló la STJUE de 3 de septiembre de 2014 (asunto C-127/12), la Ley 22/2009 incumplía los mencionados preceptos al permitir que se establecieran «diferencias [injustificadas y, por ende, discriminatorias] en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste».

¹³ Art. 5.4 del Decreto Legislativo 62/08, de 19 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Medidas Fiscales en materia de Tributos cedidos por el Estado.

¹⁴ Art. 18.1 de la Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

¹⁵ Art. 22-ter.2 del Decreto Legislativo 1/2009, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes dictadas por la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de tributos cedidos.

¹⁶ Art. 22-ter.4 del Decreto Legislativo 1/2009, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes dictadas por la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de tributos cedidos.

¹⁷ En concreto, la mencionada sentencia declaró la inconstitucionalidad del art. 12.bis.a) de la Ley 13/1997 de la Comunidad Valenciana (concretamente, en la redacción dada por el art. 16 de la Ley 10/2006, de 26 de diciembre, de la Comunidad Valenciana), donde se contemplaba una bonificación del 99% de la cuota del ISD en las adquisiciones *mortis causa* entre parientes de los Grupos I y II pero siempre que los sucesores tuvieran su residencia habitual en dicha autonomía.

Y por lo que aquí respecta es importante destacar que tales diferencias no se predicaban únicamente respecto a los contribuyentes que no fueran residentes en España, sino que también se constataron tales discriminaciones cuando el causante no fuera residente pero sí el sucesor, así como en el caso de donaciones de inmuebles radicados fuera del territorio español (ya que en tales casos el sujeto pasivo debe ser necesariamente residente, puesto que los no residentes sólo tributan por obligación real, limitada a los bienes y derechos en España –art. 7 de la LISD–).

Así pues, respecto a este último supuesto, también dejó clara la discriminación injustificada que supone el limitar la procedencia de un trato fiscal más beneficioso a un concreto territorio en el que se debe encontrar el bien objeto de adquisición, y es que, sin ir más lejos, el art. 40 del AEEE prohíbe las discriminaciones de trato por razón «del lugar donde se hayan invertido los capitales».

5. LOS SUJETOS QUE TIENEN DERECHO A LA REDUCCIÓN

Aunque el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, justificó la incorporación de la reducción aquí estudiada alegando que pretendía «aliviar el coste fiscal derivado de la transmisión *mortis causa* (...) de la vivienda habitual, cuando dicha transmisión se efectuase en favor de ciertas personas allegadas al fallecido», el art. 20.2.c) de la LISD señala que únicamente tendrán derecho a la misma el cónyuge, los ascendientes o los descendientes del causante, así como los colaterales mayores de 65 años que hubieran convivido con el mismo durante los dos años anteriores al fallecimiento.

Por consiguiente, con base en tales consideraciones, resalta, en primer lugar, la distinción que realiza la LISD respecto al requisito de convivencia a la hora de determinar los sujetos que tendrán derecho a la misma, lo que viene a desvirtuar los dos motivos principales que fundamentan su procedencia.

Así, por lo que respecta al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (contemplado en el art. 47 de la CE), sorprende inicialmente que, a diferencia de lo que ocurre en los territorios históricos forales del País Vasco, no se exija que los familiares directos que tengan derecho a la reducción tuvieran en el pertinente inmueble su vivienda habitual (ya que es evidente que, para aquellos que no la tuvieran, no puede justificarse su trato diferencial con base en el mencionado derecho constitucional), del mismo modo que resulta difícilmente justificable que, a diferencia de lo que también ocurre en los mencionados territorios históricos, no se reconozca a aquellas personas que convivieran con causante siendo colaterales menores de 65 años o sin que tuvieran un *vínculo de parentesco* con él (por cuanto que en este caso sí que el mencionado derecho debería gozar de la tutela necesaria y más considerando que tampoco gozarán de los demás beneficios fiscales que se contemplan para los familiares directos ni de las facilidades de aplazamiento y fraccionamiento de la cuota tributaria que se prevén en tales supuestos).

Y por su parte, en relación con la protección social, económica y jurídica de la familia que requiere el art. 39 de la CE, resalta asimismo la discriminación que supone para aquellos familiares directos respecto a los que no se transmita una vivienda habitual, ya que se atenta claramente contra el principio de generalidad al discriminar la adquisición de otras formas de riqueza. Además, al no exigirse que el inmueble adquirido pase a ser la vivienda habitual del adquirente, éste podrá beneficiarse de la pertinente reducción por tantas viviendas habituales como adquiera, lo cual, junto al requisito de permanencia en su patrimonio, influye claramente en las decisiones de los ciudadanos con las rentas más elevadas (vulnerando claramente el principio de neutralidad fiscal)¹⁸.

Además, y aunque dentro de los sujetos con derecho a la reducción deban entenderse incluidos los adoptantes y los adoptados¹⁹, procede realizar algunas precisiones sobre los mismos, lamentando la exclusión de algunas personas que, por encontrarse en las mismas condiciones que los sujetos expresamente previstos por el art. 20.2.c) de la LISD, también deberían entenderse incluidas con base en el principio de igualdad y el de igualdad tributaria (arts. 14 y 31 de la CE).

¹⁸ En la misma línea, véase GARCÍA DE PABLOS (2001), pág. 86, donde se señala que «la actual regulación puede infringir el principio de neutralidad impositiva, al influir en las decisiones de los particulares sobre sus inversiones».

¹⁹ Al respecto, el epígrafe 1.4.a) de la Resolución 2/1999 señala que, «dado que la Ley cita a los ascendientes en descendientes en términos generales, debe aplicarse la reducción también en los casos de adquisición “mortis causa” de la vivienda habitual del causante por los adoptantes y adoptados, sobre todo teniendo en cuenta que el artículo 108 del Código Civil dispone que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena surten los mismos efectos conforme a las disposiciones del Código».

Así, en primer lugar, debe realizarse una especial referencia a los descendientes, ascendientes y colaterales por afinidad, donde, respecto a los primeros, la DGT había establecido que, en tanto que «la afinidad es un vínculo que surge como consecuencia del matrimonio entre uno de los cónyuges y los consanguíneos del otro», «si ese vínculo subsistía en el momento del fallecimiento del causante, el descendiente por afinidad tendría derecho a la reducción del artículo 20.2.c) [LISD]»²⁰.

Sin embargo, como recogió la STS 1086/2017, de 24 de marzo, dictada en casación para la unificación de doctrina, la extinción del vínculo matrimonial del que surge el parentesco por afinidad no supone, a los efectos del ISD, que el pariente afín se convierta en un extraño, sino que debe seguirle siendo aplicable la reducción derivada de su grado de afinidad prevista en la normativa del tributo²¹. Por consiguiente, a pesar de que el vínculo matrimonial del que derivaba su parentesco se hubiera extinguido (ya sea por divorcio o fallecimiento), parece que todos los parientes afines podrán tener derecho a la reducción prevista en el art. 20.2.c) de la LISD, y es que, aunque la normativa estatal no se refiera explícitamente a los colaterales afines (ya que simplemente menciona a los «colaterales»), deben entenderse incluidos igual que los consanguíneos (siendo procedente su reducción si hubieran convivido con el causante durante los dos últimos años anteriores a su fallecimiento)²².

De este modo, es importante destacar la improcedencia de la normativa gallega al limitar el reconocimiento de la reducción aquí estudiada a los parientes colaterales por consanguinidad²³, sin olvidar que las competencias normativas de las CCAA de régimen común respecto a las reducciones a la base imponible del ISD previstas por el Estado quedan limitadas a su mejora.

Por su parte, y a pesar de la conveniencia de su inclusión, los que no pueden considerarse sujetos con derecho a la reducción son aquellas personas que hayan realizado o hayan sido objeto de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo, ya que el art. 108 del Código Civil únicamente equipara los efectos de la filiación matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva. En consecuencia, y aunque las razones que justificarían la protección de la familia operarían también en tales casos (motivo por el cual no sólo se reconoce a dichos sujetos el derecho a la aplicación del mínimo por descendientes en el IRPF²⁴ sino que incluso pueden presentar una declaración conjunta al considerarse unidad familiar²⁵), no se encuentran expresamente contemplados por la norma estatal y, por consiguiente, no tendrán derecho a la mencionada reducción, motivo por el cual procede aplaudir la iniciativa operada por las CCAA de Andalucía y el Principado de Asturias que, como se ha visto, han ampliado la reducción del Estado reconociéndosela en sus territorios.

Asimismo, por idénticas razones también resulta acertado el reconocimiento de la reducción a los tutores legales judicialmente declarados de los causantes que hubieran sido incapacitados que, con independencia de su parentesco, ha hecho Cantabria (especialmente si compartían la vivienda habitual), así como la que han realizado Andalucía, Cantabria, Cataluña, la Comunidad de Madrid, la Comunidad Valenciana, Galicia, las Islas Baleares y el Principado de Asturias a las denominadas uniones estables de pareja o parejas de hecho.

Y es que en este punto procede resaltar las consideraciones de la STS 812/2002, de 8 de febrero al respecto (donde se valoró justamente si los beneficios fiscales previstos para los cónyuges en el ISD resultaban

²⁰ Resolución a la Consulta vinculante de la DGT V1375-10, de 18 de junio de 2010.

²¹ En este punto, citando la STS 3405/2017, de 25 de septiembre, resulta interesante reproducir el párrafo con el que cierra su posicionamiento al respecto, al apuntar que «en nuestro sistema sucesorio el pariente afín solo puede ser llamado a la herencia por testamento al no estar prevista –como se sigue de nuestro Código Civil– su sucesión abintestato. Quiere ello decir, por tanto, que la voluntad del causante es instituir heredero o nombrar legatario a su pariente político a pesar de la extinción anterior –por muerte de su cónyuge, pariente consanguíneo del llamado– del vínculo matrimonial que originó la afinidad. Si ello ha sido así es, sin duda, porque el vínculo afectivo se mantiene no obstante aquella extinción, lo que no puede ser desconocido –a nuestro juicio– por las normas tributarias que gravan la sucesión».

²² Al respecto, la STS 1847/2003, de 18 de marzo, tras considerar que «donde la Ley no distingue no cabe distinguir», señaló que es obvio que «el legislador no ha querido que existieran diferencias entre los colaterales por consanguinidad y por afinidad, derogando las normas contrarias que han estado vigentes, reglamentariamente, hasta 1967» (todas ellas relativas al ISD). Y en el mismo sentido, véase la STS 1842/2017, de 28 de noviembre, dictada también en unificación de doctrina, en la que, además de reiterar que la relación de afinidad se mantiene aún después de la disolución del vínculo matrimonial que originó dicha relación, añade que los cuñados y tíos y sobrinos políticos deben tributar por el ISD como los hermanos y tíos y sobrinos consanguíneos (por cuanto es únicamente respecto a los descendientes que la LISD les establece un trato diferenciado en función de su vínculo por afinidad o consanguinidad –art. 20.2.a) de la LISD–).

²³ Art. 7. Tres. 1 del Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado.

²⁴ Art. 58 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

²⁵ Véase al respecto la Resolución a la Consulta Vinculante de la DGT V1845-17, de 12 de julio de 2017.

aplicables a los convivientes *more uxorio* –especialmente por lo que respectaba al menor gravamen de su tarifa– o si se les debían aplicar las previsiones relativas a los parientes colaterales a partir del cuarto grado y personas que no tuvieran parentesco con el testador), puesto que el TS fue rotundo al considerar que, aun participando de la sensibilidad social que llevaría a asimilar las uniones de hecho con los matrimonios, él y, en tanto que órgano público, la Administración tributaria se encuentran obligados al estricto cumplimiento de la ley. En consecuencia, y a pesar de que la interpretación de las normas debe realizarse con criterios no sólo históricos, lógicos y sistemáticos sino también sociopolíticos, si la normativa del ISD únicamente hace referencia a los cónyuges, sólo a quienes se hallen unidos por matrimonio les resultará de aplicación (tanto por la aplicación de los arts. 66, 67 y 68 del Código Civil como por el mismo significado que le da a dicho término la Real Academia Española de la Lengua), ya que tampoco procederían en este caso las tres condiciones exigidas por su doctrina a la hora de permitir la aplicación analógica de tales previsiones.

En este sentido, en opinión del TS, no existe, en primer lugar, una laguna legal que permita su aplicación (en el sentido de que la tributación de los miembros de las parejas de hecho puede deducirse según la letra y el sentido lógico de las normas existentes), del mismo modo que, en segundo lugar, entendió que no concurría una igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el previsto por la ley, en tanto que los miembros de las uniones estables de pareja son libres de casarse y asumir, en consecuencia, las cargas, obligaciones, ventajas y beneficios del matrimonio (añadiendo que, si los miembros de una unión estable de pareja no se casan y, por consiguiente, quedan libres de tales cargas y obligaciones, tampoco pueden disfrutar las ventajas o beneficios previstos al respecto).

No obstante, procede remarcar que, hoy en día, tales consideraciones pierden su fuerza en tanto que la constitución de esta institución ya se encuentra jurídicamente formalizada y se ha regulado, con una serie de cargas y obligaciones, a nivel autonómico (ya que, aparte del Derecho foral, y a diferencia de lo que contempla el art. 149.1.8 de la CE en relación con los matrimonios, el texto constitucional no reserva al Estado competencias exclusivas al respecto), si bien es cierto que, en tercer lugar, el art. 14 de la LGT no permite acudir a la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible y de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales.

De todos modos, considerando que la extensión de la reducción aquí estudiada a las parejas de hecho no se encuentra justificada desde la óptica de la analogía sino desde los propios principios de justicia tributaria (esencialmente, por el de igualdad tributaria²⁶), es de suma relevancia que, igual que respecto al resto de sujetos excluidos, se incluya sin mayor demora en la LISD, reconocimiento que, como ha resaltado la DGT, deberá realizarse de forma expresa²⁷.

Por su parte, y en relación directa con esta institución, procede asimismo destacar la aclaración que ha hecho Cataluña a la hora de especificar que también los hijos del cónyuge del causante o del otro miembro de la pareja estable tendrán derecho a la reducción aquí estudiada, aunque, como se ha señalado, en el caso de los cónyuges, así se desprende también de la regulación estatal (con base en los razonamientos realizados en torno a la filiación por afinidad). En consecuencia, en aquellas autonomías donde se haya equiparado la pareja de hecho al matrimonio respecto a las previsiones del ISD, también parece que los mismos razonamientos resultarán aplicables, aunque no esté de más su previsión concreta considerando que es el Código Civil el que sujeta la afinidad al vínculo matrimonial.

Finalmente, procede hacer también una especial mención del acierto de la normativa catalana al incluir como sujetos con derecho a la estudiada reducción a los miembros de una relación de convivencia de ayuda mutua que hubieran convivido el causante los dos años antes de su muerte, equiparándolos, de hecho, a los descendientes de veintiún años o más, al cónyuge y a los ascendientes también al efecto de la aplicación de las reducciones por circunstancias personales y del coeficiente multiplicador para la determinación de la cuota tributaria.

En concreto, las relaciones convivenciales de ayuda mutua se encuentran reguladas en los arts. 240-1 a 240-7 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona

²⁶ Al respecto, contenido en el art. 31 de la CE, el principio de igualdad tributaria requiere que todas las situaciones económicas equivalentes sean tratadas de la misma manera y que se vele por conseguir la equidad real en la distribución de la carga tributaria, por lo que es difícilmente aceptable que la reducción que aquí el legislador ha considerado pertinente conceder a los matrimonios no sean reconocida a las parejas de hecho que conviven en las idénticas condiciones.

²⁷ En este punto, como resaltó la Resolución de la Consulta Vinculante de la DGT de 10 de marzo de 2016, incluso en el caso de que se encontrara expresamente prevista la equiparación de los derechos civiles entre los matrimonios y las uniones estables de pareja (como ocurre, por ejemplo, en la CCAA gallega –Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia–), «nunca se pueden extrapolar dichos derechos a efectos tributarios».

y la familia, donde se definen como aquellas en que dos o más personas (hasta 4 si no son parientes) conviven en una misma vivienda habitual y que comparten, sin contraprestación y con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas (rigiendo preferentemente los acuerdos que hayan estipulado). Su constitución puede realizarse en escritura pública, a partir de la cual tienen plena efectividad, o por el transcurso de dos años de convivencia, pudiendo constituir las personas mayores de edad unidas por vínculos de parentesco en línea colateral sin límite de grado y las que tienen relaciones de simple amistad o compañerismo (siempre y cuando no estén unidas por un vínculo matrimonial o formen una pareja estable con otra persona con la que convivan).

Así pues, resulta sumamente adecuada la inclusión de esta particular institución por cuanto permite realmente la garantía del derecho de acceso a la vivienda mediante la mencionada reducción a las personas que realmente convivieran con el causante con independencia de su parentesco, aunque, sin lugar a dudas, lo más adecuado sería que, con carácter general, se adoptara la posición por la que han optado los territorios históricos forales del País Vasco al reconocer la reducción a cualquier persona que hubiera residido de forma efectiva con el causante durante los dos años anteriores a su fallecimiento (paliando con dicha limitación temporal los cambios de residencia fraudulentos a los únicos efectos de conseguir una menor tributación).

6. EL REQUISITO DE CONVIVENCIA

A pesar de las críticas ya apuntadas acerca de la exigencia del requisito de convivencia sólo a los colaterales mayores de 65 años (aparte de dejar fuera de la reducción tanto a los convivientes menores de dicha edad como a los que no guardaran ningún vínculo de parentesco con el causante), procede dedicar un especial análisis a cómo debe interpretarse dicha convivencia, especialmente por la cuestionable interpretación en unificación de doctrina también realizada por el TS.

Al respecto, como se ha señalado, la DGT ha sido siempre clara al establecer que, para que proceda la reducción del art. 20.2.c) de la LISD, el causante tenía que residir en la pertinente vivienda habitual de forma efectiva, negando su procedencia si se encontraba viviendo en un centro residencial o socio-sanitario²⁸ o en la vivienda de una persona que le cuidara²⁹.

Así, por lo que respecta a la necesaria convivencia que se exige a los colaterales mayores de 65 años para poder aplicar la reducción, se requiere que el causante y el adquirente tuvieran su residencia en una vivienda habitual común que perteneciera, al menos en parte, al propio causante, ya que, si no fuera así, no formaría parte del caudal relicto. En consecuencia, y a pesar de la independencia del título en virtud del cual cada uno de ellos habitara en la misma, esta convivencia no podía darse en la vivienda habitual del adquirente y entender que la que había sido la vivienda habitual del causante antes del traslado mantenía tal condición, ya que, como señaló la DGT, «la existencia de dos viviendas habituales impide la convivencia»³⁰.

Sin embargo, la ya mencionada STS 841/2017, 12 de mayo, dictada en unificación de doctrina, también se pronunció al respecto, señalando que, como se ha visto, cuando concurriera alguna causa justificada (como puede ser la enfermedad), podrá aplicarse la reducción del art. 20.2.c) de la LISD aunque el causante hubiera trasladado su residencia por dicha razón al domicilio del colateral mayor de 65 años que resulte adquirente.

Por ello, no sólo declaró que el traslado desde la vivienda habitual de un causante a la de su hermano debido a motivos de salud no hizo perder a la primera tal condición, sino que también entendió que la convivencia producida en la vivienda habitual del hermano por más de dos años habilitaba a este último a aplicarse la reducción del art. 20.2.c) de la LISD (reconociéndole el derecho a la misma al adquirir la vivienda en la que había residido el causante antes de trasladarse).

Por consiguiente, las objeciones ya apuntadas respecto al concepto de vivienda habitual que realiza el TS por su incompatibilidad con el RIRPF resultan también aquí trasladables, sin olvidar que la finalidad de garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada que justifica la procedencia de la reduc-

²⁸ A modo de ejemplo, véase la Resolución a la Consulta de la DGT 0672-03, de 20 de mayo.

²⁹ Entre otras, véase la Resolución a la Consulta Vinculante de la DGT V0398-06, de 7 de marzo, donde se señala que, si la residencia habitual de la causante era en la vivienda de la adquirente, «no será aplicable la reducción porque la vivienda que se transmite no era la vivienda habitual de la causante, como exige el precepto, ya que tal condición de vivienda habitual –común a la causante y a la heredera– correspondía a la vivienda de la consultante, que no se transmite».

³⁰ Resolución a la Consulta Vinculante de la DGT V0398-06, de 7 de marzo.

ción implica, necesariamente, que el inmueble transmitido sea (y en principio vaya a ser) la vivienda habitual del adquirente (en el sentido de que no quede en riesgo por tener que hacer frente al pago de la pertinente cuota tributaria).

Y justamente por dicha finalidad, también resultan aplicables las alegaciones respecto a que, para la óptima viabilidad de la reducción, no deberían tenerse en cuenta ni los cambios de residencia temporales (como pueden ser los motivados por estudios o trabajo) ni aquellos permanentes de carácter forzoso (ya fueran de salud o por separación o divorcio), ya no sólo en relación con el causante sino también respecto a los adquirentes.

7. EL MANTENIMIENTO DE LA VIVIENDA EN EL PATRIMONIO DEL ADQUIRENTE

Finalmente, el último requisito que queda por analizar respecto a la aplicación de la reducción del art. 20.2.c) de la LISD es el condicionamiento de su procedencia a que la vivienda se mantenga en el patrimonio del adquirente durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que el mismo fallezca dentro de ese plazo. Sin embargo, como puntualizó el epígrafe 1.4.c) de la Resolución 2/1999, la Ley «no exige el destino de la misma como vivienda habitual del causahabiente», del mismo modo que, como ha reconocido reiteradamente la DGT, nada impide que pueda reinvertirse en otra vivienda que pase a tener o no el carácter habitual (siempre que la vivienda que se adquiriera mantenga, al menos, el valor de adquisición de la que fue objeto de la transmisión *mortis causa*)³¹.

En cualquier caso, como también ha puntualizado, la reinversión del valor en una nueva vivienda ha de llevarse a cabo de forma inmediata a la transmisión de la heredada (ya que debe mantenerse en el patrimonio del adquirente «durante» los diez años siguientes al fallecimiento «y no, por ejemplo, al término inicial y final de ese plazo»), correspondiendo al transmitente la acreditación de la materialización del importe de la enajenación de la vivienda adquirida por cualquier medio válido en Derecho (añadiendo, además, que nada obsta que el valor de adquisición para cada heredero se mantenga en una nueva vivienda distinta de la que adquiriera el otro coheredero)³².

Asimismo, y teniendo en cuenta que la existencia permanente de una vivienda es lo que justifica la procedencia de la reducción³³, nada impedirá tampoco que su valor se reinvierta en otra vivienda adquirida con anterioridad a la transmisión de la adquirida *mortis causa*, y ello con independencia del plazo de antelación (siempre que, como consecuencia de dicha reinversión, no disminuya el patrimonio del interesado)³⁴, del mismo modo que parece que el importe obtenido con su transmisión también se podrá destinar a amortizar el préstamo o crédito hipotecario concedido al adquirente para la adquisición de su vivienda habitual (lo cual, precisamente, establece la normativa catalana de forma expresa al regular su propia reducción)³⁵.

Además, procede destacar en este punto la excepción que al respecto se contempla en el caso Galicia, donde se señala que se permitirá el incumplimiento del requisito de permanencia si se transmitiese la vivienda en virtud de pacto sucesorio con arreglo a lo previsto en la Ley de Derecho Civil de la CCAA³⁶. No obstante, sorprende en este caso que, a pesar de que también se permita la venta de la vivienda durante el plazo indicado, se supedite la reinversión de su importe a la adquisición de una vivienda ubicada en Galicia, la cual constituya o vaya a constituir la vivienda habitual de la persona adquirente.

Y es que, como ya se ha señalado, el territorio resulta un elemento de discriminación carente de justificación alguna ante situaciones objetivamente comparables, motivo por el cual vulnera los principios constitucionales de igualdad e igualdad tributaria junto con el deber general de contribuir. Asimismo, en este caso, la

³¹ Resoluciones de las Consultas Vinculantes de la DGT V0202-04, de 14 de octubre, y V0717-06, de 12 de abril.

³² Resolución de la Consulta Vinculante de la DGT V1021-06, de 31 de mayo.

³³ Al respecto, señala la Resolución de la Consulta Vinculante de la DGT V2590-06, de 27 de diciembre, que, atendiendo al sentido usual de los términos conforme al artículo 12.2 de la LGT, «ha de entenderse que la reinversión del valor en una nueva vivienda ha de llevarse a cabo de forma inmediata a la transmisión de la heredada, inmediatez que deriva del hecho de que el beneficio fiscal está condicionado tanto al mantenimiento del valor como de la existencia permanente de una vivienda, que es lo que justifica precisamente la procedencia de la reducción en el impuesto».

³⁴ Resolución de la Consulta Vinculante de la DGT V0717-06, de 12 de abril.

³⁵ Art. 19 de la Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en la que se establece un plazo máximo de seis meses desde la fecha de transmisión de la vivienda habitual del causante hasta la reinversión en una nueva vivienda o hasta la mencionada amortización.

³⁶ Art. 7.tres.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado.

previsión gallega supone un claro atentado al derecho a la libre elección de residencia reconocido en el art. 19 de la CE, e incluso de los principios de libertad de circulación de capitales y personas en los que se fundamenta la UE. Y por si fuera poco no hay que olvidar que el art. 48 de la Ley 22/2009 únicamente permite que las CCAA regulen las reducciones de la base imponible del ISD previstas por el Estado si es para su mejora, lo que no ocurre notoriamente en este caso al implicar una clara restricción (ya no sólo por el elemento territorial sino porque la LISD no exige que el nuevo inmueble se convierta en la vivienda habitual del adquirente).

De todos modos, si el requisito de permanencia deja de cumplirse en cualquier caso, el adquirente deberá comunicarlo a la Administración tributaria competente en el plazo de 30 días desde que el incumplimiento tenga lugar (mediante una autoliquidación complementaria si había autoliquidado el Impuesto)³⁷, satisfaciendo al mismo tiempo la parte de la cuota tributaria dejada de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los correspondientes intereses de demora.

No obstante, y a pesar de que la transmisión de la vivienda adquirida para su inversión en otra se admita expresamente, también debería permitirse el incumplimiento de este requisito debido a la difícil situación económica en la que puedan encontrarse los adquirentes, como puede ser en el caso de que la pierdan por su dación en pago o su ejecución hipotecaria, judicial o notarial, para la cancelación de deudas con entidades de crédito o equivalentes garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma.

De hecho, justamente cuando dichas transmisiones tengan lugar respecto a la vivienda habitual del deudor hipotecario o del garante del mismo, el art. 105.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, exonera del pago del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana por la manifiesta ausencia de capacidad económica de los sujetos pasivos, por lo que no tendría mucho sentido que, operando las mismas razones, se les reconozca tal exoneración pero deban hacer a la parte de la cuota tributaria dejada de ingresar por la aplicación de la reducción en el ISD junto con los correspondientes intereses de demora (y más considerando que la fundamentación de la misma viene amparada, al menos en parte, por el derecho a una vivienda digna y adecuada).

En cualquier caso, y a pesar de que dicho plazo de mantenimiento haya sido rebajado por todas las autonomías que han regulado la reducción (fijándose mayoritariamente en 5 años excepto en los casos de Andalucía y el Principado de Asturias, que es de 3), cierto es que, considerando las finalidades que justifican la procedencia reducción, carece de todo sentido, pudiendo resultar incluso contrario a la protección del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada reconocido en el art. 47 de la CE (ya que, además de influir en las decisiones económicas de los ciudadanos –vulnerando, en consecuencia, el principio de neutralidad fiscal–, viene a restringir la oferta del mercado inmobiliario).

Asimismo, al no exigirse que la vivienda transmitida también fuera la vivienda habitual del adquirente, el requisito de permanencia tampoco puede justificar que éste pueda beneficiarse de la reducción de tantas viviendas habituales como adquiera (con la consiguiente vulneración del principio de generalidad, la clara discriminación de la adquisición *mortis causa* de otras formas de riqueza y la de aquellas personas que, por su menor capacidad económica, no pudieron obtener una vivienda en propiedad), por lo que no es de extrañar que la Comisión de Expertos para la reforma del Sistema Tributario propusiera directamente la eliminación de la reducción aquí estudiada (aunque dejándola únicamente para el cónyuge supérstite)³⁸.

Y es que, si lo que realmente se desea es beneficiar la adquisición *mortis causa* de los familiares directos, se puede conseguir igualmente por otras vías menos conflictivas, como son las específicas reducciones a la base imponible por dicha causa, los especiales coeficientes multiplicadores para obtener su cuota tributaria o incluso, si se considera necesario, mediante el establecimiento de reducciones en la propia cuota.

No obstante, si lo que realmente se pretende es la protección del derecho contemplado en el art. 47 de la CE, debería reconocerse la reducción a todos aquellos sujetos que hubieran convivido con el causante durante los dos años antes de su fallecimiento (con independencia de su edad y de su vínculo de parentesco), tal y como hacen los territorios históricos forales del País Vasco con carácter general.

Y todo ello sin olvidar que, como destaca DE PABLO (2009), también debería protegerse el mencionado derecho en el caso de las adquisiciones lucrativas *inter vivos* (ya que, en principio, la necesidad real

³⁷ Art. 137.3 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

³⁸ Propuesta núm. 55 del Informe de la Comisión de Expertos para la reforma del Sistema Tributario, de febrero de 2014, publicado por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, pág. 252, a la que se remite el Informe de la Comisión de Expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica, de julio de 2017, publicado por el Ministro de Hacienda y Función Pública, pág. 57.

de vivienda del heredero se dará en su juventud y no cuando tenga lugar el fallecimiento de sus padres), añadiendo ROZAS (2012) en la misma línea la mayor productividad de favorecer el trasvase de bienes a las generaciones más jóvenes en lugar de paralizarlos en el patrimonio de las generaciones más ancianas.

8. CONCLUSIONES

Considerando que la adquisición *mortis causa* de los familiares directos, con base en el art. 39 de la CE, puede encontrarse protegida en el ISD por otras medidas tributarias (como son las específicas reducciones a la base imponible por dicha causa o los especiales coeficientes multiplicadores para obtener la cuota tributaria –sin perjuicio de que, si se considera necesario, incluso puedan establecerse reducciones a la propia cuota–), la correcta configuración de la reducción de la base imponible por la adquisición de la vivienda habitual del causante debería buscarse únicamente en la protección del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 de la CE), replanteando, en consecuencia, su configuración con base en dicha finalidad (lo que, además de aportar una mejora importante en sentido técnico, simplificaría en gran medida la gestión del Impuesto).

Por consiguiente, tal y como han hecho en los territorios históricos forales del País Vasco, lo más correcto sería reconocerla a los sujetos que hubieran residido de forma efectiva con el mismo durante los dos años anteriores a su fallecimiento (dificultando así los cambios de residencia fraudulentos a los efectos de conseguir una menor tributación), prescindiendo de este modo del vínculo de parentesco que existiera entre sí y de la edad del adquirente.

Así, además de quedar justificada la diferencia de trato respecto a la adquisición de otras formas de riqueza, se acabaría con la discriminación que actualmente padecen aquellos sujetos que resultan excluidos respecto de aquellos que, encontrándose en idénticas circunstancias e incluso sin haber conviviendo con el causante, sí que se les reconoce (como puede ser el caso de los miembros de las uniones estables de pareja, en relación con los cónyuges, en aquellas CCAA donde no se hayan reconocido), sino que también se eliminarían las cuestionables previsiones autonómicas al respecto susceptibles incluso de inconstitucionalidad (como ocurre con la exclusión de los parientes colaterales por afinidad en el caso de Galicia).

Además, al exigirse la convivencia previa, también podría eliminarse el requisito del mantenimiento de la vivienda en el patrimonio del causante, terminando, en consecuencia, con los lamentables efectos que conlleva (dejando de influir en las decisiones económicas de los ciudadanos –y respetando, en consecuencia, el principio de neutralidad fiscal–, acabando con restricción de la oferta del mercado inmobiliario que comporta y terminando con la difícil justificación de que el adquirente pueda beneficiarse de la reducción de tantas viviendas habituales como adquiriera –con la consiguiente desproporcionalidad del beneficio fiscal, la vulneración del principio de generalidad y la clara discriminación de la adquisición *mortis causa* de otras formas de riqueza).

Asimismo, se acabaría con la exigencia de Galicia de que, si se reinvierte la vivienda adquirida, sea en una vivienda que constituya o vaya a constituir la vivienda habitual del adquirente y que se encuentre ubicada en su territorio, la cual, como también se ha puesto de manifiesto, es asimismo susceptible de inconstitucionalidad.

No obstante, sería necesario eliminar de forma expresa la limitación de la procedencia de la reducción que hace Canarias al señalar que la vivienda habitual del causante debe estar radicada dentro de su territorio (lo que, además de poder resultar contrario a la CE, puede vulnerar los derechos y libertades provenientes del Derecho europeo), del mismo modo que, para mejorar la gestión del Impuesto, sería deseable que cuanto menos se especificaran los elementos vinculados con el concepto de vivienda habitual que pueden quedar incluidos en la aplicación de la reducción (trasteros, plazas de aparcamiento, etc.).

Finalmente, con el fin de evitar discriminaciones injustificadas y tutelar de forma efectiva el derecho del art. 47 de la CE, no deberían tenerse en cuenta los traslados permanentes de carácter forzoso (como podrían ser los de salud) ni aquellos temporales por motivos justificados (como pueden ser de trabajo o de estudios), tanto por lo que respecta al causante como en relación con el propio adquirente.

Sin embargo, procede recordar por último que la plena garantía del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada pasa también por abordarse en mayor medida dentro del Impuesto sobre Donaciones, y es que suelen ser las generaciones más jóvenes las que más ayuda necesitan para poder acceder a una vivienda habitual.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ BARBEITO, P. (2010): “Doctrina administrativa y jurisdiccional sobre la reducción por adquisición mortis causa de la vivienda habitual del causante”, en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 329-330.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2008): “La reducción por adquisición mortis causa de la vivienda habitual del causante en el Impuesto sobre Sucesiones: análisis de las principales cuestiones suscitadas a la luz de la reciente doctrina administrativa”, en *Quincena Fiscal*, núm. 18.
- COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA TRIBUTARIO (2014): *Informe de la Comisión de Expertos para la reforma del Sistema Tributario, de febrero de 2014*, Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid.
- COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REVISIÓN DEL MODELO DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA (2017): *Informe de la Comisión de Expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica, de julio de 2017*, publicado por el Ministro de Hacienda y Función Pública, Madrid.
- CONSULTAS OFICINAS LIQUIDADORAS (2007): “Mantenimiento de la vivienda habitual del causante en el patrimonio de los herederos”, en *OL. Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, núm. 4.
- CONSULTAS OFICINAS LIQUIDADORAS (2007): “Mantenimiento del derecho a la aplicación en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de la reducción estatal por adquisición de la vivienda habitual del causante en el supuesto de segregación de la citada vivienda y posterior adjudicación a los herederos”, en *OL. Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, núm. 8.
- CARO ROBLES, V. (2001): “La transmisión de la empresa familiar y de la vivienda habitual en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 223.
- DE PABLO VARONA, C. (2009): “La protección del derecho a una vivienda digna en la imposición sobre la renta (IRPF e ISD)”, en ARRANZ DE ANDRÉS, C. y SERNA VALLEJO, M. (eds.): *Estudios de Derecho Español y Europeo*. Santander: Universidad de Cantabria.
- FALCÓN Y TELLA, R. (1999): “Las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en materia de vivienda habitual y empresa familiar: el discutible criterio de la Dirección General de Tributos”, en *Quincena Fiscal*, núm. 8.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2001): “El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: supresión o reforma”, en *Crónica Tributaria*, núm. 139.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2010): *El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en España*. Cizur Menor: Aranzadi.
- MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., CASADO OLLERO, G. y TEJERIZO LÓPEZ, J. M. (2000): *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid: Tecnos.
- ROZAS VALDÉS, J. A. (2012): “La vivienda en el Impuesto sobre sucesiones y donaciones” en VARONA ALABERN, J. E. (coord.): *La fiscalidad de vivienda en España*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- VARONA ALABERN, J. E. (2014): “Razones necesarias para la rehabilitación y la necesaria reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones”, en *Quincena Fiscal*, núm. 16.



Análisis de los tratados internacionales para el reconocimiento del derecho de sufragio local a personas extranjeras residentes en España que no ostentan la ciudadanía europea

An analysis of international treaties for the recognition of the right of local suffrage to foreign residents in Spain who do not hold European citizenship

Carlos Arce Jiménez
Universidad de Córdoba (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8920-6440>
carce@uco.es

NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho por la UCO. Profesor dr. del Área de Derecho Constitucional de la UCO. Profesor de posgrado en CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales) y la Universidad Centroamericana «José Simeón Cañas» (El Salvador). Coordinador del Área de migraciones de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. Líneas de investigación: ciudadanía, Derechos Humanos, participación política y migraciones.

RESUMEN

Habiendo transcurrido cerca de una década del inicio, en el marco del art. 13.2 CE, del segundo proceso de suscripción de tratados bilaterales para el reconocimiento del derecho de sufragio local a personas extranjeras residentes en España de algunas nacionalidades, es un buen momento para realizar un balance respecto a la incidencia práctica de los mismos. Tras haber desplegado sus efectos en dos convocatorias electorales (municipales de 2011 y 2015), y a las puertas de los comicios locales de 2019, el nivel de participación de los potenciales beneficiarios de los tratados ha sido muy escaso. En este artículo se analizan críticamente estos instrumentos internacionales, ofreciendo alternativas para avanzar realmente en los derechos de participación política de los residentes extranjeros.

PALABRAS CLAVE

Ciudadanía; criterio de reciprocidad; derecho de sufragio local; residentes extranjeros; tratado internacional.

ABSTRACT

Nearly a decade after the beginning of the second signing process of bilateral treaties to the recognition of the right to suffrage at the local level to foreign residents in Spain of some nationalities, within the framework of article 13.2 of Spanish Constitution, it's time to make a balance regarding the practical incidence of that process. After having developed its effects in two electoral calls (municipal elections of 2011 and 2015), and at the gates of the local elections of 2019, the level of participation of potential beneficiaries of the treaties has been very low. This article analyses from a critical point of view these international instruments, offering alternatives to really advance in the recognition of the rights of political participation of foreign residents.

KEYWORDS

Citizenship; reciprocity criterion; right to suffrage at the local level; foreign residents; international treaty.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE SUFRAGIO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA. 2. LOS PRIMEROS ANTECEDENTES DEL RECONOCIMIENTO CONVENCIONAL: LOS TRATADOS DE LOS AÑOS OCHENTA Y NOVENTA. 2.1. TRATADOS CON PAÍSES EUROPEOS. 2.2. TRATADOS CON PAÍSES DE AMÉRICA LATINA. 3. EL NUEVO PROCESO DE SUSCRIPCIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES BAJO EL CRITERIO DE RECIPROCIDAD. 4. VALORACIÓN DE LA INCIDENCIA PRÁCTICA DE LOS NUEVOS TRATADOS EN EL AVANCE DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE SUFRAGIO MUNICIPAL DE LOS RESIDENTES EXTRANJEROS. CONCLUSIONES: PROPUESTAS DE MEDIDAS POLÍTICO-JURÍDICAS PARA AVANZAR EN LA UNIVERSALIZACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO A NIVEL LOCAL. 1. POSIBLES REFORMAS DENTRO DEL MARCO CONSTITUCIONAL VIGENTE (RESPETANDO LA EXIGENCIA DE RECIPROCIDAD). 2. REFORMAS QUE SUPERAN EL MARCO CONSTITUCIONAL VIGENTE. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Los flujos migratorios contemporáneos han cambiado la configuración social, política y jurídica global. Según la División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU, en el periodo 2000-2015 las migraciones internacionales ascendieron a 71 millones de personas (ONU, 2016). Evidentemente esta intensa movilidad humana transforma tanto a los países de origen como a los de acogida, planteando importantes retos en esa triple dimensión social, política y jurídica.

El principal destino de esas migraciones internacionales son los países de altos ingresos¹, situados mayoritariamente en el mundo occidental, con 57 millones de entradas en ese periodo, el 81% del total (ONU, 2016). Estos Estados afrontan el reto de buscar un encaje adecuado de las personas inmigrantes en sus sistemas de titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales.

A un nivel internacional se han intentado habilitar herramientas para dar respuesta a este nuevo contexto. Desde una perspectiva global (material y geográfica), podemos destacar la *Convención ONU sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (1990), que trata de garantizar un estatuto mínimo de derechos a las personas migrantes tanto en sus países de origen como en los de destino. Llama la atención por una parte que la propia denominación del tratado se centra en el aspecto laboral de las migraciones (aunque en el contenido sustantivo se regulan cuestiones más allá de esa perspectiva), y el hecho de que no haya sido ratificado por ninguno de los principales receptores de flujos migratorios, por otra.

En el marco regional europeo, y fijando nuestra atención en la materia que nos ocupa en este artículo, es reseñable el *Convenio europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local* (1992), del Consejo de Europa. Este instrumento supera la cerrada identificación entre persona migrante y trabajadora, y avanza en el reconocimiento de la ciudadanía de los residentes extranjeros, especialmente en su aspecto activo, que se expresa fundamentalmente a través de la participación política. Sin embargo, el alcance del convenio es muy limitado, tanto por su contenido material como por las escasas ratificaciones de las que ha sido objeto.

Ya en la Unión Europea, el concepto de ciudadanía europea ha supuesto un significativo impulso en la superación del estricto vínculo entre ciudadanía, los derechos de participación política y la condición de nacional. Se reconoce a todos los ciudadanos europeos, independientemente del país de residencia, el sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las municipales en el Estado que residan en igualdad de condiciones que los nacionales del mismo (arts. 20.2.b y 22 TFUE). Sin embargo, no se puede afirmar que haya supuesto una desconexión absoluta entre ciudadanía y nacionalidad, ya que para acceder a la ciudadanía europea es imprescindible ostentar la condición nacional de uno de los Estados miembro (Arce 2015: 72). A lo anterior se une que los residentes de terceros países tienen vedado el acceso a los derechos políticos vinculados a esta institución².

¹ Se considera que un país es de ingresos altos cuando su ingreso nacional bruto (INB) es igual o superior a los 11.906 US\$. Países de ingresos bajos serían aquellos cuyo INB es inferior a los 995 US\$, los países de ingresos medianos altos tienen un INB entre 3.896 US\$ y 12.055 US\$ y en los de ingresos medianos bajos el INB se sitúa entre 976 US\$ y 3.855 US\$. Banco Mundial: <https://blogs.worldbank.org/opendata/es/nueva-clasificacion-de-los-paises-segun-el-nivel-de-ingreso-para-el-periodo-2018-19> (23-01-2019).

² Hay que destacar que dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12-09-2006 (caso C-145/04 –Reino de España vs Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte– y caso C-300/04 –M. G. Eman y O. B. Servinger vs College van bur-

Además de estas iniciativas a nivel internacional, en el Derecho comparado estatal encontramos diferentes realidades normativas sobre el binomio «ciudadanía-participación política» en lo que a las personas residentes extranjeras se refiere. No siendo el lugar adecuado para realizar un análisis detallado de este aspecto, baste con indicar que, aunque se mantienen fuertes resistencias para desvincular de una manera definitiva la ciudadanía de la nacionalidad, sí que hay avances relevantes en el reconocimiento de los derechos de participación política de los residentes extranjeros, especialmente en el ámbito local.

1. MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE SUFRAGIO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA

Una vez expuesto un somero contexto global, es ineludible a los efectos que nos interesan hacer una breve referencia al marco constitucional de reconocimiento del derecho de sufragio de las personas extranjeras residentes en España. Los arts. 13.2 y 23 del texto constitucional como norma general reservan el derecho de sufragio a los nacionales españoles, estableciendo el art. 13.2 una excepción: *lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratados o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.*

El citado precepto fue objeto de reforma en el año 1992 para adaptarlo a las exigencias de la ciudadanía europea. En su redacción original el art. 13.2 CE solo establecía la posibilidad de reconocer el sufragio activo local de personas extranjeras, por lo que tuvo que ser modificado para introducir el pasivo, al que también tienen derecho los ciudadanos europeos desde el Tratado de Maastricht. De forma previa a esta reforma se pronunció el Tribunal Constitucional a través de la Declaración 1/1992, donde consideró que la apertura del sufragio pasivo municipal a las personas extranjeras era constitucional debido a que no incidía sobre el principio de soberanía popular (art. 1.2 CE)³.

El art. 13.2 CE permite materializar el reconocimiento del derecho de sufragio local a las personas residentes extranjeras por vía convencional o por vía legal, respetando siempre el criterio de reciprocidad. El legislador hasta el momento ha optado de forma exclusiva por la opción del tratado bilateral (con la excepción del Tratado de Maastricht, aprobado en el contexto multilateral de la Unión Europea). Simplemente destacar por ahora que coincidimos con Naranjo respecto a que la vía convencional presenta graves limitaciones si se sostiene una perspectiva pro-derechos en esta materia. Por una parte, el reconocimiento del derecho de voto activo y pasivo de los residentes extranjeros en el ámbito local queda supeditado en gran medida a los intereses de política exterior del Estado español, y por otra la propia mecánica jurídica del tratado internacional hace difícil ofrecer una solución homogénea a nacionales de diferentes Estados (Naranjo 2017: 98).

Lo anterior no obsta para que ese reconocimiento convencional tenga su reflejo en el ordenamiento jurídico interno español, con el objetivo de establecer las herramientas normativas y administrativas vinculadas al ejercicio de derecho de sufragio de los residentes extranjeros en España. De esta manera los arts. 176 y 177 LO 5/1985 (LOREG) regulan la materia en las elecciones locales y los arts. 210 y 210 bis LO 5/1985 (LOREG) en las europeas⁴. Junto a lo dispuesto en la LO 5/1985 (LOREG), tiene una gran incidencia en el ejercicio práctico de los derechos políticos de los residentes extranjeros la configuración del Censo Electoral de los Residentes Extranjeros (CERE), debido a que a diferencia de lo que ocurre con los nacionales españoles, la incorporación al mismo no es automática desde el padrón municipal de habitantes, sino que es a instancia de parte (el conocido como «voto rogado»).

Partiendo del marco constitucional descrito, y del desarrollo convencional del reconocimiento del derecho de sufragio local de los residentes extranjeros que es objeto de este artículo, concluimos el apartado con este cuadro-resumen sobre el panorama de la titularidad de los derechos políticos de democracia representativa en España:

gemeester en wethouders van Den Haag-) abrieron con limitaciones la posibilidad de que los nacionales de terceros países puedan participar en las elecciones europeas en algunos supuestos concretos.

³ Posicionamiento refrendado por el Consejo de Estado en su informe sobre propuestas de modificación del régimen electoral general, de 24 de febrero de 2009 (pág. 62).

⁴ En el caso de los ciudadanos europeos, habrá que tener en cuenta también los arts. 39 y 40 CDFUE, arts. 20 y 22 TFUE y las directivas 93/109/CE y 94/80/CE.

TABLA 1. PANORAMA DE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN ESPAÑA

Tipo de titular	Nivel de reconocimiento de derechos políticos
Nacionales españoles	Sufragio activo y pasivo en todo tipo de elecciones (locales, autonómicas, nacionales y europeas), salvo las restricciones legalmente establecidas por edad, incapacidad, incompatibilidad, residencia en el exterior o condena penal. Arts. 13 y 23 CE y arts. 2 a 7 LO 5/1985 (LOREG), esencialmente, además de lo dispuesto en los correspondientes Estatutos de Autonomía y normativa de desarrollo para las elecciones autonómicas y lo reseñado en el apartado siguiente para las europeas.
Ciudadanos europeos residentes en España	Sufragio activo y pasivo en elecciones locales y europeas, con las restricciones establecidas por la normativa UE. Arts. 39 y 40 CDFUE, arts. 20 y 22 TFUE, directivas 93/109/CE y 94/80/CE y arts. 176, 177, 210 y ss LO 5/1985 (LOREG).
Residentes extranjeros no UE cuyo país tenga tratado con España en materia de sufragio local	Sufragio activo en las elecciones locales, con las restricciones establecidas por la normativa electoral española y con los requisitos previstos en los tratados. Art. 13.2 CE, tratados de España en materia de sufragio local con Bolivia, Cabo Verde, Chile, Colombia, Corea del Sur, Ecuador, Islandia, Paraguay, Perú, Noruega, Nueva Zelanda y Trinidad y Tobago y arts. 176 y 177 LO 5/1985 (LOREG).
Residentes extranjeros no UE cuyo país no tenga tratado con España en materia de sufragio local y personas extranjeras en situación documental irregular	No tienen reconocido derecho de sufragio en ningún nivel.

Fuente: Elaboración propia.

2. LOS PRIMEROS ANTECEDENTES DEL RECONOCIMIENTO CONVENCIONAL: LOS TRATADOS DE LOS AÑOS OCHENTA Y NOVENTA

El proceso de reconocimiento convencional del derecho de sufragio local de las personas extranjeras residentes tuvo una primera etapa en los años 80 y 90. Se firmaron tratados con 4 países europeos y con 5 de América Latina. Cada uno de estos grupos de instrumentos internacionales tuvo unas características formales y materiales diferentes, por lo que los analizaremos de forma separada.

2.1. Tratados con países europeos

Se formalizaron tratados con Holanda, Dinamarca, Suecia y Noruega⁵. Estos instrumentos adoptaron la forma de «canje de notas/cartas», que es el tipo de acuerdo internacional que requiere un menor nivel de requisitos formales. Esta circunstancia conllevó algún debate doctrinal, aunque el Consejo de Estado ha considerado dicha forma como adecuada para convenios internacionales que traten sobre esta materia en diversos pronunciamientos⁶. En este sentido, también es pertinente señalar que el art. 2.1 del Convenio de

⁵ Canje de Cartas y Anejos, constitutivo de Acuerdo entre España y Países Bajos, realizado en Madrid el 23 de febrero de 1989, reconociendo el derecho a votar en elecciones municipales a los nacionales holandeses en España y a los españoles en Países Bajos (BOE 08-08-1990) / Intercambio de Cartas y Anejos, de 13 de julio de 1989, constitutivo de Acuerdo entre España y Dinamarca, reconociendo el derecho a votar en elecciones municipales a los nacionales daneses en España y a los españoles en Dinamarca (BOE 30-11-1990) / Canje de Cartas constitutivo de Acuerdo entre España y Suecia, reconociendo el derecho de sufragio activo en elecciones municipales a los nacionales suecos en España y a los españoles en Suecia, realizado en Madrid el 6 de febrero de 1990 (BOE 27-06-1991) / Canje de Cartas constitutivo de Acuerdo entre España y Noruega, reconociendo el derecho de sufragio activo en elecciones municipales a los nacionales noruegos en España y a los españoles en Noruega, realizado en Madrid el 6 de febrero de 1990 (BOE 27-06-1991).

⁶ Dictámenes 53.825 de 30 de noviembre –tratado con Dinamarca–; 54.685 –Noruega– y 54.686 –Suecia– de 8 junio 1989, 370 –Perú– y 414 –Argentina– de 02-04-2009. Afirmo que a pesar de usar este instrumento internacional más «informal» es necesaria la previa autorización de las Cortes Generales antes de su entrada en vigor.

Viena sobre el Derecho de los Tratados determina que prevalece el contenido sustantivo de un tratado sobre la denominación que se le asigne al mismo.

Los cuatro tratados establecen los mismos requisitos y alcance del reconocimiento del derecho de sufragio municipal: excluyen el sufragio pasivo, exigen la residencia legal en España de al menos de 3 años ininterrumpidos, el empadronamiento en el municipio donde se desee ejercer el derecho al voto y el alta en el censo electoral no se realiza de oficio a partir del padrón municipal, sino que se contempla el «voto rogado».

Cuando se formalizaron estos tratados (1989-1990) todavía no se había reformado el art. 13.2 CE, por lo que, aunque hubiera habido voluntad de reconocer el sufragio pasivo a los nacionales de estos países, no hubiera sido posible. El requisito de la reciprocidad sin embargo no hubiera representado un problema, ya que los ordenamientos jurídicos de los cuatro países permiten esta posibilidad desde hace décadas.

Hemos visto que estos tratados exigen una residencia legal mínima en España de 3 años. Ni siquiera la residencia legal en sí misma es una exigencia expresa del texto constitucional, por lo que el plazo mínimo requerido (en el caso de que se establezca alguno) quedaría a lo que *atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley... (art. 13.2 CE)*. En el caso que nos ocupa, la justificación de que se establezca este plazo podría basarse en que Dinamarca, Noruega y Suecia exigen dicho periodo de residencia para el reconocimiento del derecho de sufragio municipal a los residentes extranjeros. No obstante, en Holanda es necesario un plazo de 5 años, por lo que el tratado que suscribió España con el Estado holandés establecía una «reciprocidad asimétrica», ya que las personas españolas residentes en Países Bajos tenían un requisito temporal más exigente que las holandesas residentes en territorio español a la hora de ejercer el derecho de sufragio en el ámbito local. Podría defenderse que la reciprocidad conlleva una identidad plena de las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio entre los países que firmen tratados de esta naturaleza, pero el Consejo de Estado ha sostenido una interpretación más flexible que abre la puerta a la citada «reciprocidad asimétrica»⁷.

Concluir el presente apartado destacando que la virtualidad práctica de estos tratados fue escasa. Dinamarca y Holanda eran miembros de la Comunidad Europea en el momento de su ratificación, por lo que cuando en 1992 entró en vigor el Tratado de Maastricht⁸ sus nacionales devinieron en ciudadanos de la Unión Europea y por ende titulares de los derechos políticos vinculados a esta condición, quedando obsoletos desde ese mismo momento los canjes de cartas formalizados con España en 1989. El mismo razonamiento es aplicable a Suecia desde su adhesión a la UE en 1995. De esta manera, a día de hoy tan sólo se mantiene en vigor el suscrito con Noruega.

2.2. Tratados con países de América Latina

En el periodo 1988-1992 España firmó Tratados Generales de Cooperación y Amistad con Argentina, Venezuela, Chile, Uruguay y Colombia⁹.

Estos instrumentos internacionales se diferencian de sus contemporáneos con países europeos desde el punto de vista formal y desde el sustantivo. En el primer aspecto destacar que recibieron la denominación de «tratado», mucho más formal que el «canje de cartas/notas», aunque con las matizaciones derivadas del art. 2.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados ya apuntadas. En el segundo poner de relieve que estos tratados establecían un marco general de colaboración entre España y sus contrapartes en materias económicas, políticas, culturales, científicas..., en el que como un elemento más se incluía la cuestión de los derechos políticos en el ámbito local.

Centrándonos en el objeto del presente artículo, los cinco tratados hacen referencia sólo al sufragio activo municipal. No podía ser de otra manera para España, como en el caso de los canjes de notas con los Estados europeos, debido a que fueron suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del art. 13.2 CE de 1992 (a excepción del celebrado con Colombia, que fue firmado dos meses después de la modificación constitucional). A mayor abundamiento, la realidad de los ordenamientos jurídicos de estos países

⁷ Ver en el señalado informe del Consejo de Estado sobre "Propuestas de modificación del régimen electoral general", de 24 de febrero de 2009 (pág. 72).

⁸ El Tratado de Maastricht desde un punto de vista jurídico también cumple las funciones de instrumento internacional bajo el criterio de reciprocidad de reconocimiento mutuo del derecho de sufragio municipal entre los Estados miembro de la UE. A pesar de lo anterior, un análisis detallado del Tratado de Maastricht excede con mucho los objetivos del presente artículo.

⁹ Tratados generales de Cooperación y Amistad con Argentina (03-06-1988, BOE 28-08-1989), Venezuela (07-06-1990, BOE 16-07-1992), Chile (22-08-1991, BOE 17-09-1991), Uruguay (23-07-1992, BOE 02-06-1994) y Colombia (29-10-1992, BOE 01-08-1995).

latinoamericanos en ese momento igualmente excluía la posibilidad del sufragio pasivo local de extranjeros, a excepción de dos provincias de Argentina.

Los tratados no precisaron los requisitos de ejercicio del derecho de sufragio que recíprocamente se reconocían. De hecho, los suscritos con Argentina, Colombia, Uruguay y Venezuela se remitieron directamente a un futuro acuerdo complementario para concretar esos extremos. Sin embargo, el art. 17 del tratado con Chile disponía que:

Se concederá a los nacionales de ambos países el derecho de voto en las elecciones municipales del Estado en que residan y del que no sean nacionales, de conformidad con sus respectivas legislaciones.

Argentinos, colombianos, uruguayos y venezolanos no tuvieron la oportunidad de acceder al derecho de sufragio municipal a través de estos tratados debido a que nunca se llegaron a celebrar los acuerdos que debían fijar las condiciones de ejercicio. Tan sólo los colombianos han visto reconocido este derecho a través de un nuevo acuerdo internacional de 2010, que está totalmente desconectado del Tratado General de Cooperación y Amistad de 1992.

En el caso de Chile, algunas voces en la doctrina –Santolaya y Díaz (2008: 32-34) y Durán y Martín (2008: 143-144)– sugirieron en su momento que del tenor literal del art. 17 de su tratado («*de conformidad con sus respectivas legislaciones*») se desprendía que solo se requerían adaptaciones normativas de Derecho interno para el reconocimiento mutuo del derecho al voto municipal. Dado que el ordenamiento jurídico chileno ya permitía los españoles (y al resto de residentes extranjeros que cumplieran los requisitos establecidos) participar en sus elecciones municipales, consideran que los residentes chilenos en España podrían haber reclamado por vía administrativa y/o judicial que el Estado español cumplimentara las modificaciones legislativas pertinentes para que pudieran ejercer su derecho al sufragio activo local. Sin embargo, este debate dejó de tener relevancia desde que Chile y España formalizaron en 2010 un nuevo instrumento internacional para el reconocimiento mutuo de la participación de sus respectivos nacionales en las elecciones municipales, sin ningún tipo de vinculación con el Tratado General de Cooperación y Amistad, como en el caso de Colombia.

3. EL NUEVO PROCESO DE SUSCRIPCIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES BAJO EL CRITERIO DE RECIPROCIDAD

Entre 2009 y 2011 el Estado español suscribió 11 nuevos instrumentos internacionales bilaterales bajo el criterio de reciprocidad para reconocer el derecho de sufragio local a los nacionales de otros tantos países residentes en España, con el correlativo reconocimiento para los españoles que viven en dichos Estados. Este proceso se produjo en un contexto en el que diversas propuestas parlamentarias en los años previos¹⁰, el citado informe del Consejo de Estado de 24 de febrero de 2009 y nuevos textos normativos como el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior (Ley 40/2006, de 14 de diciembre)¹¹ abogaban por avanzar en esta línea.

El punto de partida formal de la iniciativa lo podemos localizar en un acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de enero de 2009. En el mismo se daba cuenta de la firma de los primeros tratados con Colombia y Perú, pero también se anunciaba la intención del Gobierno de España de firmar instrumentos internacionales con otros 13 países más¹². En una primera revisión de los resultados prácticos del proceso podemos destacar:

¹⁰ Proposición no de ley presentada por IU el 26-11-2002 (Boletín Oficial de las Cortes Generales 29-11-2002), proposición no de ley presentada por IU-ICV el 20-05-2004 (BOCG 24-05-2004), proposición no de ley presentada por IU-ICV el 21-02-2006 (BOCG 02-03-2006), proposición no de ley presentada por PSOE e IU-ICV el 10-07-2006 (BOCG 11-09-2006) y proposición no de ley presentada por ERC e IU-ICV el 03-07-2008 (BOCG 18-07-2008), proposición de Ley Orgánica 122/000169 para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos extranjeros en España. Presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde / Izquierda Unida / Iniciativa per Catalunya Verds (BOCG 07-10-2005) y proposición de Ley Orgánica 122/000048 para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos extranjeros en España Presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana / Izquierda Unida / Iniciativa per Catalunya Verds (BOCG 22-04-2008).

¹¹ El art. 4.2 de la Ley 40/2006 establece que *El Estado fomentará los tratados internacionales oportunos para que los residentes españoles en el exterior vean reconocido el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales de su lugar de residencia, bajo los criterios de reciprocidad que se establezcan en dichos tratados o en la ley.*

¹² Consejo de Ministros de 16 de enero de 2009. <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2009/refc20090116.aspx#EleccionesMunicipales> (23-01-2019).

- 11 tratados firmados, autorizados en sede parlamentaria, publicados en el BOE y en vigor (con Bolivia, Cabo Verde, Chile, Colombia, Corea del Sur, Ecuador, Islandia, Paraguay, Perú, Nueva Zelanda y Trinidad y Tobago)¹³.
- 2 tratados firmados con Argentina y Uruguay, enviados por el Consejo de Ministros a las Cortes para su autorización, pero que no superaron la tramitación parlamentaria (terminaron caducando sendas iniciativas). Esta situación se produjo porque se consideró en el debate en el Congreso que ambos acuerdos internacionales presentaban serias dificultades para su aprobación por diferentes motivos. En el caso de Argentina, porque el reconocimiento del derecho de sufragio local de los residentes extranjeros es competencia provincial, no estatal, lo que determina la existencia de una pluralidad de regulaciones en la República argentina que impediría ofrecer una «reciprocidad homogénea» a los residentes españoles en ese país. Uruguay por su parte exige a los residentes extranjeros unos requisitos excesivos en cuanto al tiempo mínimo de residencia (15 años) y otros que podrían calificarse casi de extravagantes o extemporáneos (estar casado con un nacional uruguayo o ser «propietario»), lo que se consideró que superaba la flexibilidad admisible respecto al criterio de reciprocidad¹⁴.
- En Consejo de Ministros¹⁵ se autorizó la firma del correspondiente canje de notas con Burkina Faso, pero nunca llegó a ser remitido a las Cortes. Respecto a Venezuela, tras la primera declaración de intenciones de inicios de 2009, no se tiene constancia de ningún avance conducente a la posible formalización de un tratado bilateral con España en esta materia.

Ante el panorama descrito, se puede afirmar que esta nueva generación de tratados es diferente a la de los años ochenta y noventa. Es innegable que en ella reside una voluntad más firme de realizar avances sustantivos en el reconocimiento de los derechos políticos de los residentes extranjeros en España a nivel municipal, tanto por el número y diversidad de los países incluidos en el proceso como por el hecho de que la mayoría de los instrumentos suscritos ya estén en vigor (salvo las excepciones señaladas de Argentina, Burkina Faso, Uruguay y Venezuela). A pesar de lo anterior, a nuestro juicio la vía de los tratados bilaterales bajo el criterio de reciprocidad no es la adecuada si se pretende conseguir una universalización de la participación política local de los residentes extranjeros, por cuestiones formales y materiales sobre las que reflexionaremos más adelante.

Tal como ocurrió con los instrumentos suscritos con países europeos entre los años 89 y 91, los nuevos tratados adoptan la forma de «canje de notas»¹⁶. Damos por reproducidos aquí los comentarios que hicimos al respecto en el apartado correspondiente. Las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio municipal en España son comunes en todos los nuevos tratados:

- Se excluye el sufragio pasivo.
- Residencia legal en España de al menos 5 años.
- Inscripción en el Padrón del municipio donde se desee ejercer el derecho de voto municipal.
- «Voto rogado» (inscripción en el censo electoral a instancia de parte). A este respecto todos los tratados indican que «*el plazo de presentación se fijará para cada elección municipal*». De ello parece inferirse que los residentes extranjeros a los que se les reconoce el derecho de sufragio local deben inscribirse en el censo electoral en cada uno de los comicios, sin que se entienda que su voluntad de participar se mantiene si no se manifiesta lo contrario.

Es posible valorar estos tratados desde diferentes perspectivas. Por una parte, se podría poner de relieve que existe cierta arbitrariedad en la elección de los países con los que se han suscrito. Quizás sería plausible alegar razones históricas para la preponderancia de países latinoamericanos entre ellos, pero es difícil hallar la razón que justifica priorizar a Estados como Cabo Verde, Corea del Sur, Nueva Zelanda o

¹³ Ecuador (BOE 05-01-2010), Colombia (21-01-2010), Nueva Zelanda (BOE 26-01-2010), Chile (BOE 09-02-2010), Perú (BOE 19-05-2010), Paraguay (BOE 21-06-2010), Islandia (BOE 16-12-2010), Bolivia (BOE 17-12-2010), Cabo Verde (BOE 13-01-2011), Corea del Sur (BOE 06-07-2011) y Trinidad y Tobago (BOE 02-12-2011).

¹⁴ Se puede consultar el recorrido y debate parlamentario de ambas iniciativas en la web del Congreso de los Diputados (www.congreso.es)

¹⁵ Consejo de Ministros de 3 de abril de 2009. <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/referencias/paginas/2009/refc20090403.aspx> (23-01-2019).

¹⁶ El tratado suscrito con Nueva Zelanda recibe la denominación de «acuerdo», aunque realmente sería un canje de notas «diferido», ya que se remite a un posterior intercambio de documentos donde se especificarían las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio municipal para sus nacionales que mutuamente se reconocen.

Trinidad y Tobago, tan faltos de vínculos aparentes con España y con tan escaso peso poblacional ente la comunidad de residentes extranjeros (Santolaya, 2011: 25 y ss)¹⁷.

Sin embargo, a nuestro juicio, el prisma más interesante de análisis a los efectos que nos interesan en el presente artículo es el que afecta a la forma en que se ha aplicado el criterio de reciprocidad exigido por el art. 13.2 CE en este proceso de formalización de instrumentos internacionales de reconocimiento del derecho de sufragio municipal a los residentes extranjeros. Tal como se ha expuesto, existe un consenso consolidado que sostiene una interpretación flexible de la exigencia de la reciprocidad, que no implicaría una identidad total entre los requisitos de ejercicio del derecho reconocido en España y en el país contraparte. De esta manera, pueden producirse supuestos de reciprocidad «simétrica» (existe coincidencia en dichos requisitos) y «asimétrica» (hay disparidad en las condiciones de ejercicio). Analizamos los principales requisitos de ejercicio del sufragio local reconocido por estos tratados desde esta perspectiva:

- Reconocimiento de la dimensión activa y pasiva del sufragio. Ninguno de los instrumentos reconoce el sufragio pasivo municipal. Se podría plantear si el reconocimiento o no de la dimensión pasiva del sufragio cabe dentro de la flexibilidad interpretativa del criterio de reciprocidad, o si afecta a la «esencia» del mismo. Es decir, si es posible que España reconociera la opción de concurrir como candidata a las elecciones municipales a una persona extranjera residente nacional de un país que vetara ese derecho a los españoles, o por el contrario ello violentaría las bases de la exigencia del texto constitucional. A nuestro juicio la señalada flexibilidad daría cobertura a esta circunstancia, considerando que la exigencia de reciprocidad quedaría cumplimentada con el reconocimiento genérico para las personas nacionales españolas del derecho a participar en las elecciones municipales, aunque sea en unas condiciones más restrictivas que las previstas en el ordenamiento español (excluyendo el sufragio pasivo, p. ej.). Pero incluso en el caso de que se sostuviera la posición contraria, en algunos supuestos la restricción al sufragio activo por parte de España ha sido una decisión estrictamente política, ya que la contraparte sí reconoce en su ordenamiento jurídico el sufragio pasivo para los nacionales españoles. De esta manera, respecto al no reconocimiento del sufragio pasivo podemos distinguir:
 - Tratados de «reciprocidad simétrica» con Bolivia, Chile, Colombia, Corea del Sur, Ecuador, Islandia, Nueva Zelanda y Trinidad y Tobago (en todos estos Estados no se reconoce el sufragio pasivo para residentes extranjeros en los comicios municipales)¹⁸.
 - Tratados de «reciprocidad asimétrica» con Cabo Verde, Paraguay y Perú. En este grupo también hay que incluir a Noruega, ya que aunque cuando entró en vigor su instrumento internacional (1991) no se había producido todavía la reforma del art. 13.2 CE que abrió el sufragio pasivo local a los residentes extranjeros en España, a partir de la reforma podemos hablar de una «asimetría sobrevenida». Todos ellos reconocen, de forma plena o con restricciones, el sufragio pasivo municipal a los residentes extranjeros, incluyendo a los de nacionalidad española, por supuesto. Por lo tanto, los nacionales españoles tienen más derechos de participación política en estos países que sus nacionales en España por una decisión política, ya que hubiera sido totalmente factible haber incluido en estos tratados el reconocimiento recíproco del citado sufragio pasivo municipal.
- Plazo de residencia legal exigido. La exigencia de residencia legal es común en todos los países parte de estos tratados, existiendo diferentes plazos mínimos exigidos, y también «simetrías» y «asimetrías» en la reciprocidad en este requisito. Antes de analizar esta perspectiva, hay que destacar que ni el art. 13.2 CE, ni la LO 4/2000 (LOEX), ni la LO 5/1985 (LOREG) establecen ningún plazo mínimo para que los residentes extranjeros puedan ejercer el sufragio municipal en España. Es decir, que en sentido estricto en esta materia en todos los tratados habría una reciprocidad asimétrica, porque el resto de Estados sí que establecen un plazo exigible. Los 11 instrumentos internacionales suscritos en el periodo 2009-2011 determinan un plazo mínimo de residencia de 5 años, siendo posible que esta circunstancia se deba a que sea el más común entre los países contraparte y el que contemplan tratados de referencia en la materia como la Convención sobre la Participación de la

¹⁷ Se puede esgrimir que eran los países donde es factible cumplir las exigencias de reciprocidad (SANTOLAYA 2011: 32)

¹⁸ Los datos sobre la situación del reconocimiento del derecho de sufragio en el Derecho comparado han sido obtenidos básicamente de las siguientes fuentes: ALÁEZ (2010), ARCE (2012), IBÁÑEZ (2009), LUCAS et al. (2008), MOYA y VIÑAS (2010), SANTOLAYA y DÍAZ (2008) y páginas «web» oficiales de las principales instituciones políticas de cada uno de los Estados.

Personas Extranjeras en la Vida Pública a Nivel Local (Consejo de Europa, 1992). Por lo expuesto, no existía impedimento normativo para que España hubiera adaptado cada uno de los tratados al periodo de residencia exigido por cada contraparte, en vez de establecer un requisito estándar para todos. La reiterada interpretación flexible de la reciprocidad igualmente facilitaría esta opción.

Teniendo en cuenta estas precisiones, y tomando como referencia el término de 5 años, respecto al plazo mínimo de residencia requerido habría reciprocidad:

- «Simétrica» con Chile, Colombia, Ecuador, Islandia y Trinidad y Tobago (5 años). Desde esta perspectiva, también hay simetría en el tratado con Noruega suscrito en 1990, que exige 3 años, que es el plazo contemplado en la legislación noruega para los residentes extranjeros que no sean nacionales de países nórdicos.
- «Asimétrica» con Bolivia y Perú (que exigen 2 años), Cabo Verde y Corea del Sur (3 años), Paraguay (necesaria la «radicación definitiva» del residente extranjero, que no implica plazo de residencia mínimo) y Nueva Zelanda (condición de «residente permanente», para la que tampoco es necesario un plazo concreto).

El resto de requisitos, como la inscripción en el padrón del municipio en el que se pretenda ejercer de forma efectiva su derecho de sufragio local y el «voto rogado», tienen una configuración diversa en cada uno de los países contraparte. Dado el carácter eminentemente administrativo de los mismos, las diferencias en este terreno son subsumibles sin dificultad en la perspectiva no restrictiva del criterio de reciprocidad. Una cuestión distinta es el impacto material sobre la participación real de los residentes extranjeros que tiene optar por unos requisitos administrativos u otros, especialmente el «voto rogado», cuestión a la que regresaremos en las próximas líneas.

Por último, aunque los instrumentos internacionales objeto de nuestro análisis se centraban en la participación política en el ámbito local, es pertinente indicar que algunos de los Estados contraparte reconocen a los extranjeros derechos políticos en ámbitos territoriales superiores al municipal, como es el caso de Chile, Ecuador y Nueva Zelanda. El ordenamiento español vigente restringe la intervención política de los residentes extranjeros al nivel local, aunque distintas voces en la doctrina sostienen la viabilidad y/o necesidad de realizar las modificaciones normativas precisas para avanzar en el reconocimiento del derecho de sufragio de los residentes extranjeros en España en elecciones autonómicas, estatales y europeas. Entre otros, Agudo (2016: 327-328), Arce (2012: 407 y ss), Durán y Martín, (2008: 166 y 167), Santolaya y Revenga (2007: 23) y Presno (2003: 97).

4. VALORACIÓN DE LA INCIDENCIA PRÁCTICA DE LOS NUEVOS TRATADOS EN EL AVANCE DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE SUFRAGIO MUNICIPAL DE LOS RESIDENTES EXTRANJEROS

Tal como indicamos más arriba, es de justicia señalar que estos tratados representan un paso adelante en comparación con la primera fase que tuvo lugar entre finales de los años ochenta y principios de los noventa, en cuanto muestran una voluntad política más decidida a avanzar en este ámbito. Sin embargo, se puede cuestionar el resultado efectivo del proceso, tanto desde una perspectiva general como desde la específica que afecta a los 11 instrumentos internacionales concretos que son objeto de nuestro análisis.

Se evidencian de nuevo las graves dificultades que conlleva la «vía» de suscripción de tratados internacionales bajo el criterio de reciprocidad para la ampliación del derecho de sufragio de las personas extranjeras residentes España en el ámbito municipal (Naranjo, 2017: 98), debido a que:

- La exigencia de reciprocidad impide acceder al sufragio municipal a los residentes nacionales de países no democráticos y es susceptible de convertirse en una mera herramienta para los intereses de la política exterior española.
- Existen las descritas «asimetrías internas y externas» en varios de los tratados en vigor.

En lo que respecta a los nacionales de países sin tratados, se podría sostener que los Estados con los que se suscribieron los instrumentos vigentes eran los únicos con los que era factible cumplir las exigencias de reciprocidad (Santolaya 2011: 32). Es posible poner en cuestión una afirmación tan categórica, empezando por los cuatro países que se incluían en el plan inicial de suscripción de tratados del Estado español de 2009 con los que finalmente no se formalizaron. En los casos de Argentina y Uruguay, su exclusión se debió

a una valoración subjetiva respecto a la no adecuación de los requisitos de ejercicio del derecho sufragio local por los residentes extranjeros en estos países al criterio de reciprocidad, no habiendo nada que de forma absoluta haga inviable la interpretación contraria. En lo que respecta a Burkina Faso y Venezuela, al no haberse siquiera completado la tramitación de sus respectivos canjes de notas, no se puede presumir de entrada que estos no encajarían con las exigencias de la reciprocidad. En la misma línea, no es descabellado pensar que obtuviera algún resultado positivo una búsqueda más exhaustiva de Estados cuya regulación del sufragio local podría configurarlos como «candidatos» para nuevos tratados desde la consabida interpretación más laxa de la exigencia de reciprocidad, así como siempre existe la posibilidad de que países que actualmente no reconocen derechos de participación política municipal a personas extranjeras lo hagan en un futuro próximo. A pesar de lo expuesto, entendemos que priorizar la vía legal sobre la convencional sería necesario para avanzar en el reconocimiento del derecho de sufragio local de los residentes extranjeros en España de una manera más ágil, sin perjuicio de que la exigencia de reciprocidad siga representando el principal obstáculo para una perspectiva «pro derechos» en esta materia.

Centrándonos en los Estados con los que España ha suscrito los tratados analizados¹⁹, las asimetrías existentes en el trato normativo a personas extranjeras en base a su origen nacional tienen dificultades de encaje con los requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional para no vulnerar el principio de igualdad²⁰: desigualdad de supuestos de hecho, interdicción de la arbitrariedad, racionalidad y proporcionalidad. Permitiendo el art. 13.2 CE el reconocimiento de sufragio activo y pasivo local a residentes extranjeros sin pronunciamiento respecto a un plazo mínimo de residencia, respetando la exigencia reciprocidad en teoría no deberían existir diferencias por origen nacional. A pesar de ello, en la actualidad encontramos tres niveles de reconocimiento:

- Ciudadanos de la Unión Europea: Tienen reconocido sufragio activo y pasivo y no se le exige ningún periodo mínimo de residencia.
- Nacionales de Noruega: Sufragio activo y residencia en España de al menos 3 años.
- Nacionales del resto de países con los que España ha suscrito tratados: Sufragio activo y residencia mínima de 5 años.

Algunos autores afirman que estaría justificado el trato diferenciado a los nacionales de los Estados UE, por el hecho de ostentar la ciudadanía europea (Ibáñez, 2009: 62-63), posicionamiento que sin compartirlo²¹, admitimos que es sostenible por el hecho de existir una circunstancia objetiva que al menos permitiría defender que estamos ante supuestos de hecho diferentes.

Consideramos más cuestionable aún las diferencias entre residentes nacionales de terceros países con el derecho al sufragio local reconocido. Es inconsistente la argumentación de que las mismas son consecuencia de la aplicación del principio de reciprocidad, porque como hemos señalado en estas líneas existe un amplio consenso entre la doctrina –Esteban (2006), Moya (2010), Naranjo (2017), Pérez (2013) y Santolaya (2007)– y es opinión declarada del Consejo de Estado (Informe 24 de febrero de 2009: 353-354) que debe realizarse una interpretación flexible del requisito. A mayor abundamiento, incluso partiendo de una interpretación restrictiva de la reciprocidad no se podría justificar la existencia de «asimetrías» entre los distintos tratados analizados. En este sentido, no encajaría con la reciprocidad estricta que a los ciudadanos noruegos se les exija 3 años de residencia y a paraguayos, neozelandeses, bolivianos, peruanos, caboverdianos y coreanos 5. Efectivamente a los españoles residentes en Noruega se le exigen 3 años de residencia, pero en los otros países citados el periodo exigido oscila entre 0 y 3 años, por lo que desde una aplicación restrictiva de la reciprocidad se hubiera impuesto adaptar cada uno de los tratados al requisito temporal correspondiente. Siendo entonces evidente que la diferenciación no encuentra fundamento en la reciprocidad, se les podría como mínimo haber equiparado con los residentes noruegos en este requisito.

¹⁹ Junto a los ciudadanos europeos, por supuesto.

²⁰ Entre otras, SSTC 216/1991, 253/2004 y 84/2008.

²¹ En el marco establecido por el art. 13.2 CE, el reconocimiento de los derechos de participación de estos residentes extranjeros en España se basa más en la existencia de un tratado internacional en esta materia bajo el criterio de la reciprocidad (Tratado de Maastricht) que por el «advenimiento» de la ciudadanía europea. Y desde un punto de vista material, la equiparación entre ciudadanos europeos y residentes de terceros países en el derecho de sufragio municipal no supone un cuestionamiento del contenido efectivo de la ciudadanía europea. Este instrumento político-jurídico otorga a sus titulares una tabla de derechos que superan ampliamente la participación electoral municipal: libertad profesional y derecho al trabajo en el espacio UE (art. 15.2 CDFUE), no discriminación por razón de nacionalidad (art. 21.2 CDFUE), sufragio activo y pasivo en las elecciones europeas (art. 39.1 CDFUE), libertad de circulación y residencia en la UE (art. 45 CDFUE), protección diplomática en terceros países (art. 46 CDFUE)...

Para cerrar esta argumentación, indicar que existe jurisprudencia constitucional que avala la «asimetría externa», y por ende la reiterada flexibilidad en la interpretación del criterio de reciprocidad en el ámbito de las relaciones internacionales (SSTC 102/2000, 30/2006, 177/2006). Sin embargo, ninguna de estas sentencias aborda los requerimientos específicos que pudieran justificar casos de «asimetría interna» como los que nos ocupan. Por lo que, a nuestro juicio, ésta debe ser interpretada por los citados requisitos generales dispuestos por el Tribunal Constitucional para no vulnerar el principio de igualdad y siempre a la luz del *principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a los derechos fundamentales*²². Desde este punto de vista, no existiendo una desigualdad de supuestos de hecho ni una finalidad razonable en el trato normativo desigual analizado, debemos concluir que es una decisión estrictamente política incompatible con las condiciones mínimas para su encaje en el marco constitucional vigente,

Existe otra circunstancia clave que pone en cuestión la efectividad práctica del reconocimiento del derecho de sufragio local a determinados residentes extranjeros en España, ya sea a través de los tratados bilaterales bajo el criterio de reciprocidad o de la ciudadanía europea. Nos referimos a la necesidad de inscribirse en el censo electoral a instancias de parte o «voto rogado»²³. Para entender como un aparentemente inocuo requisito administrativo puede suponer un serio obstáculo para el ejercicio normalizado de un derecho fundamental es pertinente aludir al concepto de «estructura de oportunidades políticas» –EOP–, que se refiere tanto a las reglas formales vinculadas al contexto institucional como a los procesos informales que tienen lugar en la sociedad receptora y que pueden incidir sobre la integración –política– de los inmigrantes (Pérez-Nievas et al. 2014: 11). Dentro de la EOP, las reglas electorales aplicables a los residentes extranjeros juegan un papel muy relevante; a medida que son más restrictivas y/o conllevan una mayor carga burocrática desincentivan claramente la participación.

Por el contrario, algunos autores señalan que el reconocimiento formal del derecho de sufragio a los residentes extranjeros y la flexibilización de los requisitos formales para su ejercicio no conlleva una mejora automática de su integración política. En los países con mayor recorrido en la participación política de su población de origen inmigrante (especialmente los nórdicos), se han realizado estudios sociopolíticos que ponen de relieve una infrarrepresentación del colectivo constante en el tiempo (Pérez-Nievas et al. 2014: 10). Hay quien sostiene que esta circunstancia deriva de la falta de sentimiento de pertenencia de los residentes extranjeros al país de acogida, aunque por nuestra parte consideramos que las motivaciones se sitúan más en la existencia de una «estructura de oportunidades políticas» desequilibrada.

Partiendo de estas consideraciones generales, pasaremos a analizar brevemente la influencia de la exigencia del voto rogado en los altos niveles de abstención de las personas extranjeras que tienen reconocido el derecho de sufragio municipal en España.

Como punto de partida, debemos insistir en que desde un concepto de reciprocidad flexible no se puede entender que la inscripción en el Censo Electoral de Residentes Extranjeros (CERE) a instancia de parte sea una consecuencia derivada del requisito establecido por el art. 13.2 CE. Es decir, que incluso se establezca una exigencia de este tipo a las personas españolas que residen en los países con los que ha suscrito tratados para el reconocimiento mutuo del derecho de sufragio local, España no está obligada a excluir los residentes extranjeros de dichos Estados de la incorporación de oficio al censo electoral desde el Padrón municipal de la que disfrutaban los votantes de nacionalidad española. En esta línea, en lo que respecta a los ciudadanos UE, la directiva que regula el derecho de sufragio municipal vinculado a la ciudadanía europea determina que

todos los ciudadanos de la Unión, tengan o no la nacionalidad de su Estado miembro de residencia, puedan ejercer en él en igualdad de condiciones su derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales... los ciudadanos no nacionales no deben estar sujetos a condiciones específicas a menos que, excepcionalmente, pueda justificarse un trato diferente de los nacionales y de los no nacionales por circunstancias especiales que distingan a estos últimos de los primeros (Exposición de motivos de la Directiva 94/80/CE).

²² STC 105/2012, FJ7: *El principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a los derechos fundamentales ha sido reconocido reiteradamente por este Tribunal, tanto en términos generales, como a propósito de los derechos de sufragio activo y pasivo (SSTC 76/1987, de 25 de mayo, FJ 2; 24/1990, de 15 de febrero, FF JJ 2 y 6; 26/1990, de 19 de febrero, FF JJ 4 y 9; 87/1999, de 25 de mayo, FJ 3; 146/1999, de 27 de julio, FJ 6; y 153/2003, de 17 de julio, FJ 7)*

²³ Esta situación es compartida con las personas españolas residentes en el exterior, lo cual ha tenido un gran impacto negativo en los niveles de abstención electoral de este colectivo. Un completo análisis sobre el derecho de sufragio de los nacionales españoles residentes en el extranjero en GARCÍA (2012) y MARCOS (2012).

A nuestro juicio, no existe ninguna de las circunstancias excepcionales exigidas por la directiva para que los ciudadanos europeos que viven en España tengan un sistema de acceso al censo electoral más gravoso que el exigido para los nacionales españoles. De hecho, la LO 5/1985 (LOREG) no determina la obligación de que la inscripción en el CERE sea a instancia de parte. El voto rogado para personas residentes extranjeras se impone a través de normas de rango reglamentario, algunas de ellas de un escalafón normativo tan bajo como las resoluciones²⁴.

Voces de la doctrina sostienen la necesidad de la inscripción a instancia de parte en el CERE. Hay quien considera que los residentes extranjeros suelen tener una movilidad geográfica superior a la media, por lo que el CERE tiene una mayor variabilidad que el censo de españoles residentes entre elecciones (Ortega 2011: 31), haciendo pertinente el alta específica para cada convocatoria para una mejor gestión de esos numerosos cambios. Otros autores valoran al voto rogado como una garantía de la voluntariedad del ejercicio del derecho de sufragio de los residentes extranjeros (Lozano 1991: 103 y ss), o en general afirman que son *aceptables condiciones adicionales al tiempo de residencia siempre que superen un juicio de proporcionalidad y no sean, en sí mismas, discriminatorias* (Santolaya 2011: 22). Con Naranjo rechazamos estas argumentaciones, ya que:

la exigencia de instancia de parte para la inscripción en el censo electoral, como la de renovación de dicha solicitud con motivo de cada proceso resultan injustificadas e innecesarias para fin atendible alguno. Esto hace que su imposición sea desproporcionada y dificulte su ejercicio «más allá de lo razonable» (STC 11/1981, F. J. 8), por lo que al tiempo que lesiona el derecho de sufragio activo de los extranjeros en las elecciones municipales, constituye una discriminación entre el ciudadano español y el extranjero en el ejercicio de tal derecho (Naranjo 2017: 118-119).

El procedimiento de inscripción en el CERE tiene algunas especificaciones diferentes para ciudadanos europeos y para residentes extranjeros de terceros países con tratado, pero los elementos fundamentales del mismo son comunes:

- La Oficina del Censo Electoral envía una comunicación a las personas extranjeras residentes con derecho al voto municipal (en el caso de los ciudadanos UE solo se remitirá a aquellos a los que no se hubiera hecho en procedimientos anteriores).
- Se prevén campañas informativas institucionales sobre este procedimiento.
- Las personas requeridas deberán manifestar su voluntad de participación, en los ayuntamientos de los municipios en los que residan y también *conforme a los procedimientos de administración electrónica que se establezcan*. El plazo es muy reducido (45 días).
- La manifestación de voluntad debe renovarse en cada convocatoria electoral.

Este procedimiento ha sido frontalmente rechazado desde las comunidades de residentes extranjeros y por colectivos de la sociedad civil que trabajan en el ámbito de los Derechos Humanos y migraciones. Alegan falta de información a los potenciales votantes²⁵, descoordinación entre las administraciones implicadas, escasez de plazo para cumplimentar los trámites de alta en el CERE²⁶, ausencia de justificación en la obligación de renovar la voluntad de participar en cada elección...

Las deficiencias de la «vía convencional bilateral» para el reconocimiento del sufragio municipal en España los residentes extranjeros que hemos ido analizando a lo largo de estas líneas evidentemente tienen sus consecuencias negativas materiales:

²⁴ Real Decreto 202/1995, de 10 de febrero, por el que se dispone la formación del censo electoral de extranjeros residentes en España para las elecciones municipales. Orden EHA/2264/2010, de 20 de julio, por la que se dictan normas e instrucciones técnicas para la formación del censo electoral de residentes en España que sean nacionales de países con Acuerdos para las elecciones municipales, modificada por la Orden ECC/1758/2014, de 23 de septiembre. Real Decreto 147/1999, de 29 de enero, de modificación del Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo. Resolución de 7 de septiembre de 2010, de la Oficina del Censo Electoral, por la que se establecen los procedimientos y se aprueba el modelo de solicitud para la inscripción en el censo electoral para las elecciones municipales de los ciudadanos nacionales de países de la Unión Europea, modificada por la Resolución de la Oficina del Censo Electoral de 12 de abril de 2013.

²⁵ Por las muy deficientes campañas institucionales sobre esta materia, a todas luces insuficientes en «cantidad y calidad». Ya con motivo de los comicios municipales del año 2011, los primeros en los que estaban en vigor los nuevos tratados bilaterales, lo pusieron de relieve los más de 50 colectivos sociales integrados en la plataforma «Tod@s iguales, tod@s ciudadan@s» <https://www.apdha.org/la-desinformacion-y-la-burocracia-causan-la-baja-inscripcion-en-el-censo-electoral/> (23-01-2019)

²⁶ Tuvo que ser ampliado en las elecciones municipales de 2011 y 2015.

- Ya hemos señalado que deja fuera a importantes comunidades de residentes extranjeros en España al ser imposible o difícil cubrir la exigencia de reciprocidad con sus países de origen, o porque simplemente no hay voluntad política por parte del Estado español de suscribir tratados con los mismos. En este sentido es significativo que 6 de las 15 principales nacionalidades de residentes extranjeros en España no tengan reconocido el derecho de sufragio local, al no ser Estados miembro de la UE o no tener en vigor tratados bilaterales²⁷.
- Igualmente hemos destacado que la exclusión del sufragio pasivo o el elevado plazo mínimo de residencia establecido en los tratados suscritos (5 años) también representan limitaciones relevantes en esta materia.
- Por último, pero no menos importante por su impacto práctico, está la cuestión del voto rogado. Como ya hemos descrito, el procedimiento del ejercicio del derecho de sufragio local de los residentes extranjeros que lo tienen reconocido implica el envío por parte del Gobierno español de unas comunicaciones a aquellas personas de este colectivo que conste que cumplan los requisitos exigidos por los respectivos tratados (nacionalidad, residencia legal, plazo mínimo de residencia...), para que posteriormente procedan a darse de alta en el CERE. El nivel de participación electoral real en este ámbito se puede medir comparando el número de comunicaciones enviadas y los electores efectivamente inscritos. En la siguiente tabla vemos los datos referentes a los comicios municipales de 2011 y 2015²⁸:

**PARTICIPACIÓN DE RESIDENTES EXTRANJEROS NO UE CON DERECHO AL VOTO
EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES DE 2011 Y 2015**

País	Comunicaciones enviadas 2011	Electores inscritos 2011	% inscritos 2011	Comunicaciones enviadas 2015	Electores inscritos 2015	% inscritos 2015
Bolivia	27.502	4.209	15,3%	47.474	3.952	8,32%
Cabo Verde	0	22	–	1.493	112	7,5%
Chile	10.078	1.131	11,22%	11.499	999	8,68%
Colombia	95.192	11.195	11,76%	88.685	5.763	6,5%
Corea del Sur	–	–	–	1.158	125	10,79%
Ecuador	168.639	22.213	13,17%	125.022	6.485	5,19%
Islandia	152	24	15,79%	370	35	9,46%
Noruega	6.027	790	13,10%	8.792	854	9,71%
Nueva Zelanda	148	31	20,95%	194	28	14,43%
Paraguay	4.305	574	13,33%	15.172	1.300	8,57%
Perú	38.244	5.365	14,03%	42.722	3.110	7,28%
Trinidad y Tobago	–	–	–	16	2	12,5%
TOTAL	350.287	45.554	13%	342.597	22.765	6,64%

Elaboración propia (Fuente: Instituto Nacional de Estadística).

Los porcentajes de participación efectiva son llamativamente bajos, y lejos de mejorar, en los comicios de 2015 se produjo una drástica reducción respecto a los del 2011. Ya indicamos más arriba que se puede

²⁷ Marroquíes (1.ª comunidad extranjera), chinos (5.ª), ucranianos, (12.ª) venezolanos (13.ª), argentinos (14.ª) y rusos (15.ª), no tienen reconocido el derecho de sufragio local en España https://www.ine.es/prensa/cp_e2018_p.pdf (23-01-2019)

²⁸ Hay que destacar que no es obligatorio el remitir comunicaciones a todos los ciudadanos europeos en cada uno de los comicios, por lo que no es posible disponer de datos completos sobre ellos. Por esta circunstancia hacemos referencia exclusivamente a los datos de participación de los electores de países no pertenecientes a la UE con acuerdo en materia electoral local con España.

argumentar que esta situación se debe al escaso sentido de pertenencia a la comunidad sociopolítica española de las personas residentes extranjeras, pero a nuestro juicio el voto rogado es un factor decisivo de fomento de la abstención, y representa un ataque al principio de igualdad material comparativamente con los nacionales españoles que carece de justificación objetiva y afecta gravemente al contenido sustantivo de los derechos de participación política de este colectivo.

CONCLUSIONES: PROPUESTAS DE MEDIDAS POLÍTICO-JURÍDICAS PARA AVANZAR EN LA UNIVERSALIZACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO A NIVEL LOCAL

Por lo expuesto en los apartados anteriores, podemos calificar en general de fracaso la vía convencional bajo el criterio de reciprocidad aplicada hasta ahora como estrategia para impulsar el reconocimiento material del ejercicio de los derechos políticos por parte de los residentes extranjeros en España en el ámbito municipal. En concreto sostenemos que:

- La suscripción de tratados internacionales bajo el criterio de reciprocidad es un instrumento poco ágil que puede retrasar ostensiblemente el ejercicio efectivo de los derechos políticos.
- Perpetúa un «sistema de castas de ciudadanía» desde la perspectiva de la participación política.
- Es susceptible de ser utilizado más como una herramienta de la política exterior española que como un reconocimiento de derechos ciudadanos.
- Se ciñe exclusivamente a la participación en la vida política municipal, cerrando la posibilidad de reconocer derechos electorales en los ámbitos autonómico y estatal (Arce 2012: 397).

A nuestro juicio existen algunas posibles reformas en esta línea dentro del actual marco constitucional que supondrían avances en esta materia, aunque sería imprescindible afrontar una reforma de la Constitución de 1978 para conseguir el objetivo deseado en toda su dimensión.

1. Posibles reformas dentro del marco constitucional vigente (respetando la exigencia de reciprocidad)

- Supresión de la «reciprocidad asimétrica externa». Sería la medida más conservadora, que consistiría en establecer el principio de las «condiciones de ejercicio más favorables» cuando se formalicen tratados internacionales bajo el criterio de reciprocidad. Por lo tanto, si en el Estado con el que se suscribe el tratado se reconoce el sufragio pasivo municipal a los españoles, sea obligatorio que a sus nacionales también se les reconozca en España, o habría que imponer el plazo de residencia mínimo exigido menos extenso, p. ej.
- Supresión de la «reciprocidad asimétrica interna». Siguiendo el principio de la prevalencia de las «condiciones de ejercicio más favorables» y con la consolidada interpretación flexible de la reciprocidad, todos los residentes extranjeros con el derecho de sufragio local reconocido deben tener los mismos requisitos para su ejercicio, siendo aplicables las más ventajosas contempladas en los instrumentos internacionales formalizados. De esta manera las condiciones exigidas a los residentes extranjeros de que se trate para ejercer el derecho de sufragio local podrían ser modificadas «a mejor» en el momento que entre en vigor un tratado con unos requisitos menos restrictivos.
- Priorizar la vía legal sobre la convencional para reconocer el derecho de sufragio municipal. Consistiría en utilizar la posibilidad contemplada en el art. 13.2 CE de reconocer el derecho de sufragio municipal bajo el criterio de reciprocidad por ley y no mediante tratados internacionales. A través de una modificación de la LO 5/1985 (LOREG) se establecería un reconocimiento general del derecho de sufragio municipal con unos requisitos de residencia no muy exigentes a todas las personas extranjeras residentes en España cuyo país de origen haga lo propio con los nacionales españoles, aunque sea con unas condiciones de ejercicio diferentes (Presno 2011: 103)²⁹. Sería el Gobierno de España el competente para confirmar que en el país de origen de la persona extranjera de que se trate se reconoce los mismos derechos a los nacionales españoles. Para esta

²⁹ Nos reafirmamos en el convencimiento de que la flexibilidad del criterio de reciprocidad puede alcanzar a reconocer el sufragio pasivo a residentes extranjeros aunque las personas españolas solo tengan habilitado el activo en su país de origen.

comprobación debería elaborar y actualizar el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación en colaboración con la Oficina del Censo Electoral un listado de países con los que se cumplen los requisitos de la reciprocidad a cuyos nacionales que residan en España se les reconocería automáticamente estos derechos. También debería estar abierta la posibilidad de que cualquier residente extranjero en España cuyo país de origen no está incluido en el listado, y que considere que éste reconoce a los españoles el derecho de sufragio local, inste al Gobierno español a incorporar al Estado de que se trate en esa relación de países. Este reconocimiento legal debería agotar las posibilidades del ordenamiento jurídico vigente: reconocimiento tanto del derecho de sufragio activo como el pasivo y no exigir plazo de residencia mínimo, bastando con ser titular del correspondiente permiso de residencia, algo que ya ocurre con las personas que ostentan la ciudadanía europea.

2. Reformas que superan el marco constitucional vigente

- Supresión de la exigencia de reciprocidad para el reconocimiento del derecho de sufragio local de los residentes extranjeros. Ello conllevaría la modificación del art. 13.2 CE, eliminando la expresión «*atendiendo a criterios de reciprocidad*» del mismo. No existiendo la exigencia de la reciprocidad, en cierto sentido la vía convencional de reconocimiento del derecho de sufragio carece de virtualidad práctica, ya que el Estado español podría acometer el reconocimiento del mismo de forma unilateral a través de su Derecho interno. Sin embargo, sin negar la consistencia del argumento anterior, la suscripción de tratados internacionales que en el ámbito supranacional apuesten por la universalización de la participación política supone una reafirmación de la voluntad política de avanzar hacia la consolidación de una verdadera ciudadanía inclusiva³⁰. Esos compromisos internacionales también impedirían «regresiones» normativas en este ámbito que serían posibles por la exclusiva decisión individual del Estado español sobre su ordenamiento interno en la ausencia de dichos instrumentos. Por lo expuesto, consideramos pertinente mantener la «vía convencional» en una hipotética nueva redacción del art. 13.2 CE. Hay que destacar que para esta reforma se tendría que utilizar el procedimiento ordinario (art. 167 CE), por lo que no podría esgrimirse la complejidad disuasoria que afecta al agravado del art. 168 CE que mantiene paralizadas otras reformas constitucionales sobre las que incluso existe un amplio consenso político que se acerca a la unanimidad³¹.
- La residencia legal como único requisito para el ejercicio de los derechos electorales de las personas extranjeras en plenitud en el ámbito municipal. Una vez suprimido el criterio de reciprocidad, habría que acometer las reformas pertinentes en el ordenamiento infraconstitucional para adaptarlo al nuevo marco de titularidad y ejercicio de los derechos de sufragio de las personas extranjeras a nivel municipal. Se debería generalizar el régimen que disfrutaban actualmente los ciudadanos europeos a todos los residentes extranjeros en España, es decir, reconocimiento tanto del derecho de sufragio activo y pasivo y la residencia legal como único requisito exigible. A nuestro juicio no existen elementos jurídico-políticos que justifiquen la imposición de un plazo mínimo de residencia a los nacionales de terceros países y no a los ciudadanos europeos, por los argumentos expuestos anteriormente al abogar por la supresión de la «reciprocidad asimétrica interna». De esta manera, básicamente habría que acometer la reforma de los arts. 6, 176 y 177 de la LO 5/1985 (LOREG)
- No compartimos la afirmación de Santolaya respecto a que *el marco constitucional actual no permite una interpretación expansiva del concepto de ciudadanía que permita superar la vinculación entre nacionalidad y la plenitud de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales* (Santolaya 2011: 18). Ya hemos sostenido en otras ocasiones que es factible una renovación inclusiva de conceptos como ciudadanía y pueblo³² que ofrezca una respuesta adecuada en materia de titularidad

³⁰ Un ejemplo en este sentido sería el Convenio Europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local (Consejo de Europa, 1992).

³¹ Entre ellas sin duda se encuentra la supresión de la desigualdad por razones de género que establece el art. 57.1 CE en la sucesión de la Jefatura del Estado.

³² Miguel Ángel Presno propone definir pueblo español como *personas sometidas al ordenamiento jurídico español con independencia de su nacionalidad* (Presno 2003, 97).

y ejercicio de derechos fundamentales a las nuevas sociedades diversas y transnacionales fruto de los flujos migratorios vinculados a la globalización. En esta línea consideramos factible ampliar los derechos de participación política representativa de los residentes extranjeros al ámbito autonómico (Agudo 2016: 327-328) y al estatal³³.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUDO ZAMORA, M. (2016): “La participación política de los extranjeros residentes”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 27, págs. 309-328.
- ALÁEZ DEL CORRAL, B. (2010): “Ciudadanía democrática, multiculturalismo e inmigración”, en GARCÍA, F. J. y ALBERTI, E. (coords.): *30 años de Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARCE JIMÉNEZ, C. (2012): *Los derechos políticos de los residentes extranjeros. La ciudadanía inclusiva*. Sevilla: Defensor del Pueblo Andaluz.
- ARCE JIMÉNEZ, C. (2015): “Ciudadanía y derechos políticos de los residentes extranjeros en la Unión Europea”, en CORTÉS, A. y DÍAZ, P. (coords.): *Ciudadanía temas y debates*, págs. 71-101. Santiago de Chile: Centro de Estudios Bicentenario.
- ARCE JIMÉNEZ, C. (2018): “Derecho de sufragio, Administración y principio de igualdad”, en *Revista Estudios de Deusto*, vol. 66, núm. 2. DOI: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp249-280](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp249-280).
- DURÁN MUÑOZ, R. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. (2008): *La integración política de los inmigrantes. La vía del sufragio*. Granada: Comares.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2006): “Artículo 6. Participación pública”, en ESPLUGUES, C. (coord.): *Comentarios a la ley de extranjería*, págs. 142-178. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA MAHAMUT, R. (2012): “La reforma electoral (LO 2/2011) y el voto de los españoles en el exterior (CERA). La inefectividad del derecho de sufragio de los españoles en el exterior. Una necesaria revisión”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, págs. 259-289. DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7007>.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A. (2009): *El derecho de sufragio de los extranjeros*. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”. Madrid: Dykinson.
- LOZANO GARCÍA, J. L. (1991): *Derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales. Memoria monográfica del curso selectivo de formación de secretarios de Embajada (1990-1991)*. Madrid: Escuela Diplomática.
- LUCAS MARTÍN, J. DE, y otros (2008): *Los derechos de participación de los extranjeros como elemento de integración de los inmigrantes*. Informes Economía y Sociedad. Bilbao: Fundación BBVA.
- MARCOS DEL CANO, A. M. (2012): “Los derechos de los españoles residentes en el exterior: especial referencia a los derechos de participación”, en *Revista Derechos y Libertades*, núm. 27, págs. 103-139.
- MOYA MALAPEIRA, D., VIÑAS FERRER, A. (eds.) (2010): *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*. Barcelona: Fundación Carles Pi i Sunyer.

³³ En este ámbito entran en juego dos de los criterios de interpretación de las normas del art. 3 Código Civil: indagar en la finalidad del legislador y valorar el contexto histórico en el que se aprobó la norma y en el que debe ser aplicada. Defendemos que en los 40 años de vigencia de la CE 1978 se han producido modificaciones normativas que, si se hubiera tenido en cuenta la voluntad del legislador en la realidad sociopolítica de su tiempo, hubieran carecido de cobertura constitucional. Ha sido el factor corrector de la interpretación del contexto histórico en el que debe ser aplicada la norma la que ha «salvado» la constitucionalidad. De esta manera la STC 137/2000 consideró que el derecho a la igualdad formal reconocido en el art. 14 CE es un derecho fundamental en el que los extranjeros son titulares del mismo en las mismas condiciones que los españoles, no considerando un obstáculo que este precepto establezca como titulares del derecho a los españoles, sin necesidad de afrontar su reforma. También es significativo que el derecho de petición reconocido por el art. 29 CE a los españoles, fuera reconocido por el art. 1 LO 4/2001 a toda persona natural o jurídica, prescindiendo de la nacionalidad... Esta norma no fue objeto de recurso de inconstitucionalidad ni se suscitó un debate respecto a la necesidad de reformar el art. 29 CE. Por supuesto que es imprescindible traer a colación a estos efectos la STC 198/2012 sobre la ampliación del matrimonio a personas del mismo sexo.

No nos cabe duda de que la voluntad del constituyente al utilizar el concepto «pueblo español» en el art. 1.2 CE era reservar la soberanía a los nacionales españoles. No cabía otra interpretación en el contexto del año 1978. Ahora bien, lo anterior no obsta para que atendiendo a la situación social, política y jurídica del siglo XXI en ese pueblo español titular de la soberanía se puedan incluir a ciudadanos miembros efectivos de la comunidad política que no ostenten la nacionalidad española. Partiendo de esta base, sería posible afrontar las reformas normativas precisas para abrir la participación de los residentes extranjeros a nivel autonómico y estatal sin que fuera necesario modificar el art. 1.2 CE. También existe la posibilidad de interpretar de una forma extensiva el concepto «ciudadano» del art. 23.1 CE, de manera que puedan entenderse incluidos también a los residentes extranjeros. A nuestro juicio el legislador constituyente pensó exclusivamente en los nacionales españoles al señalar como titulares de los derechos políticos a los «ciudadanos», pero que en el contexto actual es factible abogar por un concepto de ciudadanía que incluya a los extranjeros. De hecho, con la consolidación de la ciudadanía europea podríamos afirmar que esa posibilidad ya tiene una virtualidad jurídica práctica. (Arce 2012, 409 y 410). Además, no faltan ejemplos en el Derecho comparado de reconocimiento de derechos de participación política a extranjeros en el nivel estatal: Chile, Ecuador, Irlanda, Nueva Zelanda o Reino Unido.

- NARANJO DE LA CRUZ, R. (2017): “Elecciones municipales y derecho al voto de los extranjeros no comunitarios: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, págs. 81-122. DOI: <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20684>.
- ONU (División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones) (2016): *International migration report 2015*. Nueva York: ONU. En línea: <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2015.pdf>.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2011): *El derecho al voto de los ciudadanos extracomunitarios en las próximas elecciones municipales españolas de 2011*. Madrid: Fundación Alternativas.
- PÉREZ ALBERDI, M.ª R. (2013): *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- PEREZ-NIEVAS, S., VINTILA, C. D., MORALES, L. y PARADÉS, M. (2014): “La representación política de los inmigrantes en elecciones municipales. Un análisis empírico”, en *CSIC Opiniones y actitudes*, núm. 72.
- PRESNO LINERA, M. A. (2003): *El derecho de voto*. Madrid: Tecnos.
- PRESNO LINERA, M. A. (2011): “La reforma del derecho de voto en España”, en *Revista de Justicia Electoral*, vol. 1, núm. 8, págs. 81-117.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. y REVENGA SÁNCHEZ, M. (2007): *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. y DÍAZ CREGO, M. (2008): *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. (2011): “Los acuerdos sobre voto en las elecciones municipales en la IX Legislatura”, en MATÍA PORTILLA, F. J. (coord.): *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, págs. 35-58. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.



Efectos de la declaración de inconstitucionalidad parcial del IIVTNU tras la sentencia interpretativa dictada por el Tribunal Supremo en 2018¹

Effects of the declaration of partial unconstitutionality of IIVTNU after the interpretive judgment issued by the Supreme Court in 2018

Joan Pagès i Galtés
Universitat Rovira i Virgili (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4287-6110>
joanpg38@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Secretario de Ayuntamiento, en excedencia. Catedrático de Derecho financiero de la Universitat Rovira i Virgili. Miembro de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya. Línea de investigación centrada en la financiación local y autonómica.

RESUMEN

Desde la instauración en 1919 del usualmente denominado impuesto municipal de plusvalía hasta la entrada en vigor de la Ley reguladora de las Haciendas Locales de 1988, la determinación del incremento de valor como elemento integrante de su hecho y base imponible había generado muchos problemas, pero todos esencialmente eran de adecuación de las Ordenanzas fiscales a la ley. En cambio, tras la entrada en vigor de la citada Ley de 1988, los principales problemas que se han presentado son de adecuación de la ley a la Constitución. Tanto ello es así, que en 2017 el TC ha dictado doctrina declarando la inconstitucionalidad parcial del impuesto. Se da empero la circunstancia que se ha generado otro problema, cual es el de la concreción de los efectos de semejante declaración parcial de inconstitucionalidad. Dadas las dudas que ello plantea, el TS ha dictado en 2018 una sentencia por la que se interpretan algunos aspectos básicos de la doctrina constitucional.

PALABRAS CLAVE

Base imponible; ficción jurídica; Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana; Impuesto municipal de plusvalía; presunción; ingresos indebidos; interpretación; sujeción; responsabilidad patrimonial; revisión.

ABSTRACT

Since the establishment in 1919 of the municipal capital gain tax until the approval of the Law regulating the Local Treasuries of 1988, the determination of the increase in value as an integral element of its chargeable

¹ Este trabajo que, debe reconocerse, asume el criterio de la dra. M. T. DIVI i TORNOS (prof. as. de la UB) sobre el tema de la suspensión del procedimiento, se centra en la ponencia del autor expuesta el día 10 de julio de 2018, en la "XI Setmana Municipal", celebrada por la *Associació Catalana de Municipis*, bajo la dirección de la dra. J. GIFREU FONT (profesora titular de la UAB i directora de la Càtedra Enric Prat de la Riba d'Estudis Jurídics) y la coordinación de los dres. J. R. FUENTES i GASÓ (profesor titular de la URV i director de la Càtedra d'Estudis Jurídics Màrius Viladel i Martín) y M. PERETÓ i GARCÍA (profesora titular de la UAB i directora general de Planificació i Estudis Fiscals de la Generalitat de Catalunya).

event and tax base had generated many problems, but all were of adaptation of the tax Ordinances to the law. Instead, after the approval of the 1988 Law, the main problems that have arisen are the adaptation of the law to the Constitution. So that, in 2017 the constitutional Court has established doctrine declaring the partial unconstitutionality of the tax. This circumstance, however, has generated another problem, which is the concretion of the effects of this partial declaration of unconstitutionality. In view of the doubts that this generates, the Supreme Court has issued in 2018 a judgment interpreting some basic aspects of constitutional doctrine.

KEYWORDS

Tax base; legal fiction; Tax on Value Increase of Urban Land; municipal capital gain tax; presumption; undue income; interpretation; subjection; patrimonial responsibility; revision.

SUMARIO

1. MARCO NORMATIVO. 2. NATURALEZA DEL SISTEMA CUANTIFICADOR DEL INCREMENTO DE VALOR. 3. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. 4. EFECTOS MATERIALES Y FORMALES DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA INTERPRETACIÓN DEL TS. 5. INCREMENTOS DE VALOR INEXISTENTES VERSUS INCREMENTOS DE VALOR ESCASOS. 6. TRANSMISIONES REALIZADAS TRAS LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. 7. TRANSMISIONES REALIZADAS ANTES DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. 8. INGRESOS INDEBIDOS. 9. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE REVISIÓN. 10. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y COMPENSACIONES ECONÓMICAS. 11. CONCLUSIONES.

1. MARCO NORMATIVO

1.1. Antecedentes

Según explica REBÉS i SOLÉ², la figura impositiva que nos ocupa, tradicionalmente denominada «Arbitrio o Impuesto de Plusvalía», «aparece a principios de siglo [siglo xx] con la finalidad de dotar a los Ayuntamientos de más importantes ingresos, a base de gravar los incrementos de valor que obtuviesen las fincas que resultasen beneficiadas por las reformas urbanas». Este impuesto ya estaba previsto en algunos proyectos normativos que no llegaron a entrar en vigor³, pero no se estableció hasta el RD de 13 de marzo de 1919. A partir de aquí fue objeto de varias reformas llegando al TRR de 1986⁴ que estuvo en vigor hasta que se aprobó la LRHL de 1988⁵.

Lo que a nuestros efectos más nos interesa es que en esta etapa el Impuesto pretendía gravar el incremento real del valor del inmueble acaecido en un concreto período de tiempo a raíz de la acción urbanística pública, cosa para la cual era necesario determinar los valores inicial y final del inmueble en el período temporal a considerar. En esta etapa, lo único que esencialmente varió fue el método de determinación, pues mientras el citado RD de 13 de marzo de 1919, contemplaba sólo la estimación directa, tras la Real Orden de 19 de octubre de 1921 se contempló la posibilidad de que los Ayuntamientos determinaran este incremento de forma objetiva mediante la aprobación de unos índices de valores. Criterio de determinación objetivo que se desarrolló por el Estatuto Municipal de 1924 y devino obligatorio para los Ayuntamientos con el RD-Ley de 3 de noviembre de 1928⁶.

² J. E. REBÉS i SOLÉ, 1987, págs. 358 y ss.

³ Nos referimos a los denominados Proyectos de ley Maura (1907), Canalejas-Cobian (1910), Bagallad (1915), Alba (1916) y González Besada (1918).

⁴ Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por RD Leg. 781/1986, de 18 de abril.

⁵ Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

⁶ Explican J. LÓPEZ y J. VERA, 2018, pág. 81, que:

«Desde 1924 hasta la promulgación de la Ley 39/1988 de Haciendas Locales el cálculo del incremento de valor se obtenía mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$\Delta V = V_f - (V_o + VM + Cf CE)$$

Siendo:

Se trataba de un sistema coherente con el objeto del tributo (gravar los incrementos de valor de los terrenos) y respetuoso con los principios tributarios (la determinación objetiva del incremento de valor se basaba en datos capaces de ajustarse a la capacidad económica). El problema que presentaba es que la fijación de los índices por parte de la Corporación municipal era objeto de una alta litigiosidad en relación a la motivación de los índices⁷.

1.2. LRHL de 1988

Esta circunstancia es la única que, a nuestro modo de ver, racionalmente explica el cambio de criterio del legislador. En efecto, el TRRL de 1986 fue derogado por la LRHL de 1988, donde se estableció el actual Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU). Este impuesto también pretende gravar el incremento real del valor del inmueble, pues según la Exposición de Motivos de la LRHL presenta la «misma naturaleza y análoga denominación» del impuesto que viene a sustituir, su hecho imponible también es parejo (cfr. art. 105.1) y a la hora de definirse la base imponible en la redacción original del artículo 108.1 se decía explícitamente que estaba constituida por el incremento «real» del valor de los terrenos.

Se da empero la circunstancia que la determinación de la base imponible ya no se hace mediante la diferencia entre los valores inicial y final calculados de forma objetiva a través de índices, sino que a partir de la nueva LRHL de 1988 se arbitra un sistema aún más objetivo, cabiendo calificarlo de «forfatorio», pues tratándose de una transmisión de terrenos la base imponible se cuantifica mediante una simple fórmula matemática consistente en multiplicar el valor catastral del suelo de la finca en la fecha de la transmisión por el número de años transcurridos desde la última transmisión y por el coeficiente aprobado por el Ayuntamiento según la tabla establecida por el legislador⁸. El carácter forfatorio se refuerza cuando en el artículo 111.4 de la LRHL se establece con motivo de la habilitación a los Ayuntamientos para exigir el impuesto en régimen de autoliquidación que: «[...] Respecto a dichas autoliquidaciones, el Ayuntamiento correspondiente sólo podrá comprobar que se han efectuado mediante la aplicación correcta de las normas reguladoras del impuesto, sin que puedan atribuirse valores, bases o cuotas diferentes de las resultantes de tales normas». Y, en fin, el carácter forfatorio aún se vio más reforzado cuando la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la LRHL, modificó el artículo 108.1 de la LRHL a los efectos de hacer desaparecer el término «real» que calificaba al incremento objeto de gravamen.

Este nuevo sistema, que ha sido recogido por el vigente TR de la LRHL⁹, ciertamente resuelve el problema de la litigiosidad derivada de la aprobación de los índices, pero plantea un problema aún más grave cual es el de su constitucionalidad. Nos explicamos, con el sistema de índices aplicable hasta la derogación del TRRL de 1986, el problema se circunscribía a enjuiciar si los índices aprobados por cada Ayuntamiento estaban suficientemente motivados. Se trataba, por tanto, de una cuestión de adecuación de la Ordenanza fiscal a la ley. En cambio con el nuevo sistema implantado por la LRHL de 1988, el problema afecta a la misma ley, pues su aplicación siempre determina matemáticamente un incremento de valor y, por ende, cabe discutir si se ajusta a los principios constitucionales de capacidad económica, no confiscatoriedad e interdicción de la indefensión.

Vf, el valor corriente en venta al terminar el período de imposición, determinando de acuerdo con los índices o tipos fijados por los Ayuntamientos.

Vo, el valor inicial determinado de acuerdo con los índices o tipos fijados por los Ayuntamientos.

VM, el valor de las mejoras permanentes.

Cf, el porcentaje de las contribuciones especiales satisfechas imputables al terreno de acuerdo con la antigüedad de la finca.

CE, importe de las contribuciones especiales satisfechas».

⁷ Y es que, como explica E. SIMÓN ACOSTA, 1987, pág. 438, los índices que aprobara la Corporación debían estar motivados, pues caso contrario pecarían de nulidad. En este marco, explican J. LÓPEZ y J. VERA, 2018, pág. 81, que «Los índices, como era de prever, fueron objeto de muchísimas reclamaciones: tanto mediante su impugnación directa, cuando estos eran expuestos al público durante la tramitación de la Ordenanza, como cuando, en los expedientes de liquidación, se giraban las correspondientes cuotas a los contribuyentes».

⁸ Explican J. LÓPEZ y J. VERA, 2018, pág. 81, que éste es el «Sistema de obtención del incremento de valor a partir del 1-01-90:

▲ $V = N \times Ci \times Vs$

N, número de años transcurridos.

Ci, porcentaje aprobado el Ayuntamiento según tablas.

Vs, valor del suelo en la fecha de la transmisión a efectos del impuesto sobre bienes inmuebles».

Teniendo en cuenta que el número máximo de años que contempla la LRHL es de 20 años y que, según la redacción original del art. 108.2 de la LRHL, el porcentaje máximo a aplicar por los Ayuntamientos era del 3 por 100, resulta que el incremento máximo podría alcanzar el 60 por 100 del valor del suelo en la fecha de la transmisión (cfr. J. LÓPEZ LEÓN, 2002, pág. 116).

⁹ Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el RDL 3/2004, de 5 de marzo.

Se trata, en suma, que interpretado en un sentido literal, la aplicación del sistema forfatario legal: (i) no garantiza se excluyan de gravamen transmisiones que no denuncien incrementos de valor; (ii) tampoco garantiza que aún denunciándose incremento de valor éste sea absorbido en su mayor parte por el impuesto; (iii) y, en todo caso, no se permite aportar prueba en contrario del incremento de valor calculado forfatarialemente.

Pues bien, este problema de constitucionalidad ha permanecido latente hasta que explotó la crisis inmobiliaria de 2007¹⁰. Hasta este año la fórmula forfataria contemplada en la LRHL de 1988 tendía a dar un incremento de valor inferior o igual al real y, por tanto, los contribuyentes no la cuestionaban. Sin embargo a partir de este año la tendencia cambió radicalmente, dando lugar a numerosas situaciones en las que materialmente la transmisión del terreno no había dado lugar a un incremento de valor del terreno y, por ende, que el sistema forfatario previsto por el legislador para cuantificar el Impuesto de plusvalía estaba gravando plusvalías ficticias, irreales.

2. NATURALEZA DEL SISTEMA CUANTIFICADOR DEL INCREMENTO DE VALOR

2.1. Esquema

Estamos en que el sistema cuantificador derivado de la LRHL es de signo forfatario siendo susceptible de someter a gravamen plusvalías ficticias cosa que es susceptible de generar problemas de constitucionalidad.

Adviértase que la fórmula forfataria determinante del incremento del valor tiene un doble efecto: (i) Por un lado, afecta a la sujeción tributaria, de tal manera que si se determina que existe un incremento de valor se entenderá realizado el hecho imponible. (ii) Por otro lado, afecta a la cuantificación tributaria, de tal manera que el incremento de valor así determinado se erige en la base imponible del tributo.

En este marco caben tres opciones: elementales: (i) Considerar que se trata de una presunción *iures et de iure* o, más precisamente, de una ficción jurídica¹¹, que no infringe la Constitución. (ii) Considerar que se trata de una presunción *iuris tantum*. (iii) Considerar que se trata de una presunción *iures et de iure* o, más precisamente, de una ficción jurídica, que sí infringe la Constitución.

2.2. Ficción jurídica ajustada a la Constitución

Según este criterio, el sistema cuantificador del incremento de valor contemplado por la LRHL consiste en:

- (i) Por un lado, se trata de una ficción jurídica, pues no cabe que se aporte prueba en contrario ni por el contribuyente ni por la Administración y, además, se admite que pueda no haber correlación entre el hecho base y el presupuesto jurídico, pues lo que se pretende gravar no es el incremento real del valor sino el incremento legal.
- (ii) Por otro lado, se trata de una ficción jurídica que no contraviene la Constitución.

Este criterio ha sido el seguido prácticamente sin excepción por los Ayuntamientos¹² auspiciados por la doctrina administrativa de la Subdirección General de Tributos Locales¹³. Un sector de la doctrina científica

¹⁰ A destacar que la crisis económica iniciada en el 2007 es una de las causas que justifican las reformas fiscales de la vivienda propuestas por un significativo sector doctrinal (cfr. A. URQUIZU CAVALLÉ, 2018, pág. 915 y ss.; M. VILLCA POZO, 2018, pág. 889 y ss.)

¹¹ Decimos que, antes de una presunción *iuris et de iure*, estamos ante una ficción jurídica porque, según explican A. DEL BLANCO y B. GARCÍA, 2015, pág. 67, en la presunción *iures et de iure* «la Administración podría declarar correcta una liquidación llevada a cabo por un contribuyente que se ajustase de una manera más correcta a la realidad material que se atendiese al método legalmente establecido». Así mismo, «en las presunciones *iures et de iure*, una vez se cumpla el hecho base, existen muchas probabilidades de que se cumpla el hecho consecuencia». Nada de esto ocurre en el caso que nos ocupa y, por ende, técnicamente estamos ante ficción jurídica.

Para ser incluso más precisos, se trata de una ficción jurídica en su modalidad de regla de valoración, en cuya virtud, explican J. LÓPEZ y J. VERA, 2018, pág. 82, «el legislador está fijando la cuantía por la que se debe computar los bienes que forman la base imponible, siendo indiferente que mediante un procedimiento contradictorio el obligado tributario pudiera, a través de una actividad probatoria, obtener un valor diferente; es decir, la regla de valoración no pretende facilitar la prueba de un hecho a través de otro distinto, ni puede ser destruida arguyendo que la presunción utilizada por el legislador es errónea». Sobre esta temática, de las normas de valoración como ficciones jurídicas, *vid.* E. ESEVERRI MARTÍNEZ, 1995, págs. 45 a 120.

¹² Así, por lo que respecta al Ayuntamiento de Barcelona, *vid.* Resolución del Consell Tributari de Barcelona, de 18 de junio de 2014, el cual parte de su Informe 76/2012 (en *Tributos Locales*, núm. 120, 2015, págs. 111 a 118).

¹³ Cfr. Informe de esta Subdirección de 18 de diciembre de 2002, así como sus Consultas de 17 de mayo de 2013, 23 de enero de 2014, de 27 de enero de 2014, de 6 de febrero de 2014, de 20 de junio de 2014 (cits. por M. ALÍAS CANTÓN, 2017, págs. 14, 17 y 18).

también estuvo en esta línea¹⁴ que, por otra parte, y como veremos acto seguido, fue avalada por varias resoluciones judiciales.

Como era de esperar, tras la crisis económica del 2007 se empezaron a dar muchos casos en que el incremento de valor calculado de forma forfataria era muy superior al que se desprendía de los datos fácticos, cosa que propició el aumento de los recursos amparándose en los criterios expuestos por buena parte de la doctrina científica a la que más adelante aludiremos.

Si bien algunas resoluciones judiciales han fallado a favor de los Ayuntamientos, no aceptando el argumento de la falta o el menor incremento del valor real de los terrenos y desestimando anular las liquidaciones impugnadas¹⁵, la mayoría han considerado que estábamos ante una presunción *iuris tantum*.

2.3. Presunción *iuris tantum*

Según este criterio, el sistema cuantificador del incremento de valor contemplado por la LRHL consiste en una presunción *iuris tantum*, pues ésta es la única manera de salvar su constitucionalidad.

Como hemos apuntado, éste es el criterio sostenido por un importante sector de la doctrina científica¹⁶, al considerar que, aun cuando de una dicción literal de la LRHL se deduce que estamos ante una ficción jurídica contra la que no cabe prueba en contrario, esto atentaría contra los más elementales principios constitucionales en la medida que se someterían a gravamen incrementos irreales. De ahí que sea preciso forzar la letra de la ley a los efectos de interpretar que estamos ante una mera presunción *iuris tantum* y, por ende, que el contribuyente puede probar la inexistencia de incremento o, en su caso, que el incremento real es menor al que se deriva del sistema cuantificador legal.

Y, como también hemos apuntado, es el criterio seguido por la mayoría de las resoluciones judiciales, cuestión distinta es el tipo de prueba que han reclamado. Lo ordinario es que el contribuyente haya aportado un informe pericial que no haya sido desvirtuado por la Administración¹⁷, aun cuando en algún caso se ha admitido como prueba suficiente la mera aportación de la escritura de compraventa donde consta que el precio de venta es inferior al de compra¹⁸,

Un supuesto curioso nos lo ofrece la Sentencia del JCA núm. 1 de Cuenca, de 27 de septiembre, ratificada por la STSJ de Castilla-La Mancha, de 17 de abril de 2017. Decimos que es un caso curioso porque admite la pretensión de un contribuyente en el sentido de que la base imponible del impuesto debe determinarse siguiendo un sistema de capitalización mediante el método matemático del descuento simple. Se trata, por tanto, de una estimación objetiva que se aparta del método contemplado por el legislador. Como advierte GARCÍA FRIAS¹⁹, la aplicación de este sistema alternativo (denominado «fórmula de Cuenca»), «está siendo desestimada de forma prácticamente unánime por los tribunales».

En efecto, la postura mayoritaria de los órganos jurisdiccionales consiste en: (i) Considerar que la fórmula empleada por el legislador para calcular la base imponible tiene carácter de presunción *iuris tantum*. (ii) La

¹⁴ Cfr. G. ORÓN MORATAL, 1992, 1992, pág. 117; E. ESEVERRI MARTÍNEZ, 1993, pág. 137; L. M. ALONSO GONZÁLEZ, 1995, pág. 335.

¹⁵ C. CHECA GONZÁLEZ, 2000, pág. 369, cita en esta línea la STSJ de Andalucía –Granada– de 26 de enero de 1998 (JT 1998/62, cuyo ponente fue E. ESEVERRI MARTÍNEZ, quien trató de este tema en 1993, págs. 133 a 144. P. CHICO DE LA CÁMARA 2013, pág. 36, cita las SSTSJ de Andalucía de 5 de mayo de 1997 (JT 1997/566), de 26 de enero de 1998 (JT 1998/1957), de 4 de marzo de 2002 (JT 2002/474), de 10 de marzo de 2002 (JT 2003/910); STSJ de Canarias de 3 y 6 de septiembre de 2000. Por su parte, B. ANGLÈS JUANPERE, 2018, pág. 109, cita en esta línea la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (JCA) núm. 3 de Oviedo, de 20 de febrero de 2014 y la Sentencia del JCA núm. 2 de Barcelona, de 18 de abril de 2016.

¹⁶ J. I. RUBIO y S. ARNAL, 1989, págs. 386, 387 y 398; A. AGUNDÉZ FERNÁNDEZ, 1990, pág. 82; A. HERNÁNDEZ, 1991, pág. 83; F. CASANA MERINO, 1994, pág. 125; F. QUESADA SANTIUSTE, 2001, pág. 114; C. CHECA GONZÁLEZ, 2000, pág. 370; J. A. SÁNCHEZ GALIANA, 2002, pág. 125; B. MORENO SERRANO, 2012, pág. 176.

¹⁷ P. CHICO DE LA CÁMARA, 2013, pág. 37, cita la STSJ de Canarias de 12 de enero de 2001 (JT 2001/578); las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 3 de septiembre de 1999 (JT 1999/1783), de 17 de abril de 2012 (JUR 2012/58828); las SSTSJ de Catalunya de 9 de mayo y de 19 de septiembre de 2012, también la de 27 de septiembre de 2012 (JUR 2012/384172); la STSJ de Murcia de 6 de junio de 2001 (JUR 2001/238178); la Resolución del Tribunal Administrativo de Navarra, de 9 de agosto de 2011 (La Ley, núm. 2011/165497); las SSTSJ de Valencia de 26 de mayo de 1997 (JT 1997/679), de 24 de julio de 1998 (JT 1998/1161), de 29 de enero de 1999 (JT 1999/492), de 11 de abril de 2001 (JT 2001/1463), de 17 de septiembre de 2001 (JUR 2001/ 275905), de 24 y 29 de enero de 2003 (JT 2003/331 y 402), de 26 de marzo de 2003 (JUR 2003/245370). Entre otras muchas, destacaremos por su precisión la Sentencia del JCA núm. 1 de Tarragona, de 11 de mayo de 2015 (recurso núm. 269/2014) y la STSJ de Madrid de 15 de junio de 2016 (recurso núm. 1117/2015).

¹⁸ Así, M. ALÍAS CANTÓN, 2017, pág. 13, cita la STSJ de Valencia de 14 de septiembre de 2016 (recurso núm. 4/2016).

¹⁹ A. GARCÍA FRIAS, 2017, pág. 33.

carga de la prueba recae en el contribuyente. (iii) Una vez el contribuyente ha demostrado a juicio del órgano jurisdiccional que el incremento de valor calculado según la fórmula forfetaria del legislador es inexistente o es inferior al real, lo que procede es, respectivamente, declarar la no sujeción al impuesto o tomar en consideración como base imponible el incremento de valor real que se ha probado.

A nuestro modo de ver, el criterio que hemos expuesto se ajusta perfectamente a la Constitución pues consiste en un apurar las posibilidades de interpretación que nos ofrece nuestro ordenamiento jurídico a los efectos de evitar la inconstitucionalidad de los preceptos legales que inmediatamente regulan la base imponible del impuesto y que de forma mediata conforman la sujeción al gravamen²⁰. En la medida que esta interpretación admite la aportación de prueba por parte de los contribuyentes a los efectos de impedir que se sometan *ope legis* a gravamen incrementos de valor ficticios, ya se respetan los principios de capacidad, no confiscatoriedad e interdicción de la indefensión. Ciertamente, se plantea un problema de seguridad jurídica, pues no queda claro cuál es la forma de probar el importe del incremento real, pero la doctrina jurisprudencial puede cubrir esta laguna legal a través de la interpretación.

Sin embargo, esta postura no ha sido compartida por algunas resoluciones judiciales al entender que la literalidad de la ley es demasiado evidente para forzar una interpretación distinta a lo que dice, de tal manera que no se puede sostener que estamos ante una presunción *iuris tantum*, sino que estamos ante una ficción jurídica y que, como no se ajusta a los principios constitucionales, debe reputarse inconstitucional.

2.4. Ficción jurídica no ajustada a la Constitución

Según este criterio el sistema cuantificador del incremento de valor contemplado por la LRHL consiste en:

- (i) Por un lado, negar que estemos ante una presunción *iuris tantum*. Antes al contrario, estamos ante una ficción jurídica, pues no cabe que se aporte prueba en contrario ni por el contribuyente ni por la Administración y, además, se admite que pueda no haber correlación entre el hecho base y el presupuesto jurídico, pues lo que se pretende gravar no es el incremento real del valor sino el incremento legal.
- (ii) Por otro lado, se trata de una ficción jurídica que sí contraviene la Constitución, pues pugna abiertamente con determinados principios constitucionales.

Este criterio ha sido defendido por algunos autores²¹. El caso es que, al haber sido asumido por algunos órganos jurisdiccionales, se han promovido determinadas cuestiones de inconstitucionalidad que, en los términos que acto seguido expondremos, han provocado la inconstitucionalidad parcial de la normativa reguladora del impuesto.

3. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

3.1. Cuestiones de inconstitucionalidad

En lo que al presente estudio afecta, las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por órganos jurisdiccionales pueden clasificarse como sigue:

3.1.1. **Base imponible calculada en función del valor catastral, el cual puede superar el valor de mercado**

Esta es la cuestión de inconstitucionalidad núm. 409/2016 promovida por el JCA núm. 22 de Madrid. Fue inadmitida por la STC 57/2017, de 11 de mayo, al considerar que si los valores catastrales estaban mal

²⁰ Así, como explica FERREIRO LAPATZA, 1989, pág. 31, «el Tribunal Constitucional ha señalado con suficiente nitidez (STC de 2 de febrero de 1.981) que es necesario “apurar las posibilidades de interpretación” de los preceptos “conforme a la Constitución” y declarar tan sólo la inconstitucionalidad de aquéllos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable por ser “imposible” el llevar a cabo tal interpretación; y que sólo procede declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando “no puede” interpretarse de acuerdo con la Constitución por ser de un contenido “incompatible” con la misma (F. J. 1)».

²¹ Como es el caso de R. FALCÓN y TELLA, 1993, pág. 32. Por su parte, J. E. VARONA ALABERN, 2010, pág. 12, plantea la inconstitucionalidad de la regulación del IIVTNU en base a la conculcación de los principios de seguridad jurídica y de capacidad económica.

determinados, ello no es un problema que afecte al principio de capacidad, pudiéndose resolver articulando los mecanismos de impugnación previstos en la normativa vigente contra estos valores.

3.1.2. Se somete a tributación situaciones de inexistencia de incremento de valor. Encontramos cuatro cuestiones de inconstitucionalidad que cabe clasificar en estos dos grupos:

3.1.2.1. Desaparición sobrevenida de su objeto

Esta es la cuestión de inconstitucionalidad núm. 232/2016 promovida por el JCA núm. 1 de Vitoria. La STC 48/2017, de 27 de abril, declara la extinción de la cuestión prejudicial de validez con relación a los artículos 4.1, 4.2.a) y 7.4 de la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, del IIVTNU de Álava, por desaparición sobrevenida de su objeto.

3.1.2.2. Declaración de inconstitucionalidad

En las cuestiones de inconstitucionalidad que ahora pasaremos a enumerar, el TC viene a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de determinados preceptos reguladores del IIVTNU, en la medida que sometan a tributación situaciones de inexistencia de incremento de valor o situaciones inexpresivas de capacidad económica.

A) Normas Forales de Guipúzcoa y Álava

- (i) En primer lugar, tenemos la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1012/2015 promovida por el JCA núm. 3 de San Sebastián. La STC 26/2017, de 16 de febrero, la admite parcialmente en relación con los artículos 4.1, 4.2.a) y 7.4 de la Norma Foral 16/1989, del IIVTNU de Guipúzcoa.
- (ii) En segundo lugar, tenemos la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6444/2015 promovida por el JCA núm. 1 de Vitoria. La STC 37/2017, de 1 de marzo, sigue idéntico criterio al de la ya citada STC 26/2017 relativa a Guipúzcoa, pues la admite parcialmente en relación con los artículos 4.1, 4.2.a) y 7.4 de la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, del IIVTNU de Álava,

B) TR de la LRHL

En tercer lugar, tenemos las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 4864, 4865, 4866, 4867 y 4868/2016, promovidas por el JCA núm. 1 de Jerez. La STC 59/2017, de 11 de mayo²². La STC 59/2017, de 11 de mayo, partiendo de sus anteriores SSTC 26/2017 –Guipúzcoa– y 27/2017 –Álava–, la admite en relación con los artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4 del TR de la LRHL.

C) Norma foral de Navarra

En cuarto lugar, tenemos la cuestión de inconstitucionalidad núm. 686/2017. La STC 72/2017, de 5 de junio²³, partiendo de sus anteriores SSTC 26/2017 –Guipúzcoa–, 27/2017 –Álava– y 59/2017 –TR de la LRHL–, la admite en relación con los artículos 175.2, 175.3 y 178.4 de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra.

3.2. Esquema de los aspectos más relevantes de la declaración de inconstitucionalidad

Hasta la fecha, pues, el TC ha dictado cuatro Sentencias por las que se declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos reguladores del IIVTNU.

Tres afectan a territorios forales: (i) STC 26/2017, de 16 de febrero –Guipúzcoa–; (ii) STC 27/2017, de 1 de marzo, –Álava–; y, (iii) STC 72/2017, de 5 de junio –Navarra–

Y una afecta al territorio común: STC 59/2017, de 11 de mayo –TR de la LRHL–

²² Publicada en el *BOE* de 15 de junio de 2017. Puede verse también en *Tribulos Locales*, núm. 130, 2017, págs. 33 a 41.

²³ Publicada en el *BOE* de 15 de julio de 2017.

Aun cuando presentan algún ligero matiz de redacción, entendemos que sustancialmente contemplan idéntica doctrina constitucional. Sus aspectos más relevantes pueden esquematizarse como sigue:

a) Fundamentos jurídicos-base

Los fundamentos jurídicos en los que se basa la declaración de inconstitucionalidad son:

- (i) Se considera constitucional gravar la «riqueza real o potencial» pero, contrariamente, se considera inconstitucional gravar una «riqueza inexistente, virtual o ficticia».
- (ii) De ahí que se considere constitucional la opción política del legislador de someter a tributación los incrementos de valor mediante un «sistema de cuantificación objetiva» de capacidades económicas potenciales, siempre y cuando ello no comporte gravar incrementos irreales o ficticios dado que se atentaría contra el principio de capacidad económica del artículo 31.1 CE.
- (iii) «[...] de esta manera, al establecer el legislador la ficción de que ha tenido lugar un incremento de valor susceptible de gravamen al momento de toda transmisión de un terreno por el solo hecho de haberlo mantenido el titular en su patrimonio durante un intervalo temporal dado, soslayando aquellos supuestos en los que no se haya producido ese incremento, lejos de someter a tributación una capacidad económica susceptible de gravamen, les estaría haciendo tributar por una riqueza inexistente, en abierta contradicción con el principio de capacidad económica del citado art. 31.1 CE».
- (iv) No es óbice a la declaración de inconstitucionalidad el hecho de que los Ayuntamientos adopten la «reducción catastral» o la «actualización, incluso a la baja de los valores catastrales» en el marco previsto por el legislador pues, amén de que estas medidas no tienen porqué adoptarse por los Ayuntamientos, resulta que aun cuando se adoptaran, caso de no existir incremento, tales medidas podrían minorar su importe, pero no lo evitarían.

b) Alcance de la declaración de inconstitucionalidad

El alcance de la declaración de inconstitucionalidad se centra en los siguientes criterios:

- (i) Según el TC, en su configuración actual, el IIVTNU no es con carácter general inconstitucional. Lo es únicamente en aquellos supuestos en que se somete a tributación situaciones inexpressivas de capacidad, esto es, aquellas que no presentan incremento de valor al momento de la transmisión. De ahí que los artículos 107.1 y 107.2.a) del TR de la LRHL [así como los arts. 4.1 y 4.2.a) de las citadas Normas Forales de Guipúzcoa y de Álava, y los arts. 175.2 y 175.3 de la citada Norma Foral de Navarra], tan sólo sean inconstitucionales y nulos «únicamente en la medida en que se someten a tributación situaciones inexpressivas de capacidad económica».
 - (ii) Respecto al artículo 110.4 del TR de la LRHL (así como del art. 7.4 de las citadas Normas Forales de Guipúzcoa y de Álava, y del art. 178.4 de la citada Norma Foral de Navarra), tenemos que el TC los declara inconstitucionales y nulos, «al impedir que los sujetos pasivos puedan acreditar la existencia de una situación inexpressiva de capacidad económica».
 - (iii) La STC 59/2017, indica que los citados artículos 107.2 y 110.4 del TR de la LRHL están «expulsados del ordenamiento jurídico, ex origine» en los términos que se han indicado, es decir, en la medida que sometan a tributación situaciones inexpressivas de capacidad económica. Declaración ésta que las SSTC 26 y 37/1997 no hacen respecto a los preceptos paralelos de las Normas Forales de Guipúzcoa y de Álava. En cambio, la STC 72/2017, sí que la vuelve a contemplar respecto a los artículos 175.2, 175.3 y 178.4 de la Norma Foral de Navarra, al indicar que están «expulsados del ordenamiento jurídico, ex origine».
- Dado el criterio de unidad de doctrina que se desprende del cuerpo constituido por el conjunto de las SSTC que declaran la inconstitucionalidad parcial del IIVTNU, entendemos que la declaración formal por la que se expulsan *ex origine* determinados preceptos reguladores del IIVTNU afecta a todos los declarados inconstitucionales, es decir, los artículos 107.1, 107.2 y 110.4 del TR de la LRHL, así como los preceptos paralelos de las Normas forales de Guipúzcoa, Álava y Navarra.
- (iv) Respecto a estos artículos citados, el TC considera que «sólo corresponde al legislador, en su libertad de configuración normativa, a partir de la publicación de la Sentencia, llevar a cabo las modificaciones

- o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana».
- (v) Desde un punto de vista subjetivo, estamos con MARTÍNEZ-CARRASCO²⁴ cuando dice que la STC 59/2017 –TR de la LRHL– (aunque lo mismo, entendemos cabe decir de las SSTC 26, 37 y 72//2017 –Guipúzcoa, Álava y Navarra–) «tiene efectos erga omnes, esto es, la eficacia de la inconstitucionalidad declarada se extiende tanto para los contribuyentes que impugnaron el acto administrativo liquidatorio que les fue notificado, como también para el resto de sujetos pasivos. Por consiguiente, cualquier sujeto pasivo del impuesto municipal queda amparado, en principio, para beneficiarse de la declaración de inconstitucionalidad».
- (vi) Desde un punto de vista temporal, el mismo autor sostiene que la STC «desarrolla efectos generales desde el mismo día de su publicación, pero sólo en la medida que los preceptos legales viciados someten a tributación situaciones de inexistencia de incremento de valor», precisando que «la eficacia en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad no es ilimitada. Así, con arreglo a la dispuesto en el art. 40.1 LOTC²⁵ no pueden revisarse situaciones en las que haya recaído sentencia firme con fuerza de cosa juzgada [...]».

4. EFECTOS MATERIALES Y FORMALES DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA INTERPRETACIÓN DEL TS

4.1. Efectos materiales: La sujeción a gravamen de los incrementos de valor real

a) *Premisa básica*

La premisa básica de la que parten las Sentencias del TC examinadas es que el IIVTNU, tal y como está configurado por el TR de la LRHL y por las Normas Forales impugnadas, es constitucional siempre y cuando no grave incrementos de valor irreales, ficticios. De ahí que tan sólo han sido declarados inconstitucionales aquellos preceptos que atentan contra esta premisa. Concretamente aquellos preceptos que legitiman el gravamen de incrementos irreales [arts. 107.1 y 107.2-a) TR de la LRHL] sin admitir prueba en contrario (art. 110.4 TR de la LRHL)²⁶.

Ello, a nuestro modo de ver, implica que continúan estando sometidos a gravamen los incrementos de valor real.

El problema es que, en esta ocasión, el TC asume una interpretación estricta del principio de legalidad, rechazando hacer una interpretación correctiva de la ley para adecuarla a su doctrina constitucional, optando, contrariamente, por encomendar esta tarea al legislador.

b) *Principio de legalidad y negación de la interpretación correctiva de la ley*

Damos por descontado que la fijación de los elementos esenciales determinantes del mecanismo cuantificador de los impuestos municipales, cual es el caso del IIVTNU, está sujeto a la reserva de ley del artículo 31.3 CE.

Aun cuando, en el caso que nos ocupa, entendemos que el TC perfectamente hubiera podido declarar la constitucionalidad de la normativa legal procurando una interpretación adecuada a los principios constitucionales, lo cierto es que ha optado en esta ocasión por declarar lisa y llanamente la inconstitucionalidad²⁷. Se da además la circunstancia que en tanto en cuanto el legislador no modifique la ley a los efectos de adaptarla a la doctrina sentada por las citadas Sentencia del TC, los Ayuntamientos tienen el grave problema

²⁴ J. M. MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, 2017, pág. 91.

²⁵ Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

²⁶ Y preceptos paralelos de las Normas Forales de Guipúzcoa, Álava y Navarra.

²⁷ Desde nuestro particular punto de vista, el problema de fondo se da en la posición errática en la que se ha venido situando el TC a la hora de emplear el criterio de la interpretación correctiva de la ley. Así, por citar un ejemplo que consideramos muy ilustrativo y esclarecedor, el TC (Sentencia 31/2010, de 28 de junio) utilizó ampliamente el criterio de la interpretación correctiva de la ley a la hora de enjuiciar el Estatuto de Autonomía de Catalunya de 2006, cuando, a nuestro modo de ver, ello resultaba a todas luces tan retorcido jurídicamente que ha generado problemas de toda índole; y, en cambio, el TC ha rechazado radicalmente la interpretación correctiva de la ley a la hora de enjuiciar la regulación legal del IIVTNU, cuando, según hemos indicado, se trata del criterio defendido por la mayoría doctrinal y jurisprudencial.

consistente en que: (i) Están obligados a gestionar el tributo; (ii) a tales efectos están obligados a aplicar los preceptos legales reguladores del IIVTNU siempre y cuando se adecuen a la doctrina sentada por el TC; (iii) sin embargo, como que el TC exige que esta adecuación venga impuesta por una reforma legal, tenemos que en ausencia de cobertura legislativa la adecuación no puede derivar de una Ordenanza fiscal y, ni que decir tiene, de una práctica gestora municipal.

4.2. Efectos formales: La gestión del impuesto en el interín de la declaración de inconstitucionalidad y la reforma del TR de la LRHL

a) La obligación administrativa de gestionar el impuesto

Como, partiendo de doctrina precedente, se explica por NIETO MONTERO²⁸ que la gestión tributaria es una función administrativa constituida por las potestades integradas por «poderes-deberes» destinadas a dar efectividad los créditos tributarios, «viniendo dicha expresión a significar que la Administración no sólo puede actuar, sino que viene obligada a hacerlo, de cara a la consecución de ese fin al que las potestades, enmarcadas dentro de una función administrativa, se orientan».

De tal manera, pues, que los Ayuntamientos que han establecido el IIVTNU no pueden negarse a gestionarlo en la medida que no ha sido derogado por el legislador y que el TC no lo impide.

El problema es cómo deben actuar los Ayuntamientos en su función gestora para discriminar los supuestos de inconstitucionalidad (aquellos donde se grava un incremento de valor irreal) de los supuestos de constitucionalidad (aquellos donde sí se grava de forma ponderada un incremento de valor real).

b) Normas Forales de Guipúzcoa y de Álava de adaptación a la doctrina del TC

Pues bien, en los casos de los territorios forales afectados por las SSTC 26 y 37/2017 –Guipúzcoa y Álava– los órganos legislativos competentes se han afanado por dar rápida respuesta al mandato del TC dictándose el Decreto Foral-Norma de Guipúzcoa 2/2017, de 28 de marzo²⁹ y el Decreto Normativo de Urgencia Fiscal de Álava 3/2017, de 28 de marzo³⁰ destinados a acomodar su respectiva normativa del IIVTNU a la doctrina del TC.

Esencialmente ambas establecen que la base imponible (incremento de valor) vendrá determinada por la diferencia entre los valores final e inicial calculados de conformidad con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales –caso de transmisiones onerosas– o del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones –caso de transmisiones lucrativas–. Además, se establece que las modificaciones introducidas no tienen carácter retroactivo sobre los devengos anteriores a la fecha de publicación de las respectivas Sentencias del TC, y que no son aplicables a los actos que hayan adquirido firmeza con anterioridad a tal fecha.

Ciertamente, puede discreparse del contenido de estas normas forales equivalentes al Decreto-ley³¹ pero, aún que así fuera, debe reconocerse que han dado una rápida respuesta capaz de dotar de seguridad jurídica a los Ayuntamientos y a los sujetos pasivos.

c) Norma Foral de Vizcaya de adaptación a la doctrina del TC

También ha actuado con cierta rapidez el territorio foral de Bizkaia, pues a pesar de que su normativa sobre el IIVTNU no estaba afectada por ninguna declaración de inconstitucionalidad, se ha dictado el Decreto Foral Normativo 3/2017, de 20 de junio, por el que se modifica la Norma Foral 8/1989, de 30 de junio, sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana³².

Esencialmente viene a establecer que la base imponible (incremento de valor) vendrá determinada por la diferencia entre los valores final e inicial que consten en los documentos acreditativos de los títulos de propiedad o de constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio, sin perjuicio de que puedan ser objeto de comprobación de valores. Además, se establece que las modificaciones introducidas no tienen

²⁸ J. J. NIETO MONTERO, 1997, pág. 29.

²⁹ BO de Guipúzcoa, de 31 de marzo de 2017.

³⁰ BO de Álava, de 5 de abril de 2017.

³¹ Vid. las críticas que realiza S. ARANA LANDÍN, 2018, págs. 89 a 105, respecto al Decreto Foral Norma de Guipúzcoa 2/2017.

³² BO de Bizkaia, de 22 de junio de 2017.

carácter retroactivo sobre los devengos anteriores a la entrada en vigor del Decreto Foral Normativo, es decir, el 22 de junio de 2017, y que no son aplicables a los actos que hayan adquirido firmeza con anterioridad a tal fecha.

d) Ley Foral de Navarra de adaptación a la doctrina del TC

Y, en fin, también ha actuado con cierta rapidez el territorio foral de Navarra, pues una vez dictada la STC 72/2017, de 5 de junio, por la que se declara la inconstitucionalidad parcial del IIVTNU regulado en la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra, se ha dictado la Ley Foral 19/2017, de 27 de diciembre, por la que se modifica esta Ley Foral 2/1995³³.

Esencialmente viene a establecer que la base imponible (incremento de valor) vendrá determinada por la diferencia entre los valores final e inicial que consten en los títulos de transmisión y de adquisición (caso de transmisión onerosa) o el que conste a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (caso de transmisión lucrativa), sin perjuicio de que puedan ser objeto de comprobación de valores. Además, se establece que las modificaciones introducidas no tienen carácter retroactivo sobre los devengos anteriores a la fecha de publicación de la STC 72/2017, es decir, el 15 de julio de 2017, y que no son aplicables a los actos que hayan adquirido firmeza con anterioridad a tal fecha.

e) Ausencia de reforma del TR de la LRHL para adaptarlo a la doctrina del TC

Como bien advirtió RUBIO DE URQUÍA³⁴, tras las SSTC 26 y 37/2017 –Guipúzcoa y Álava–, el TC ya se pronunció sobre la plusvalía municipal y, por tanto, «ahora toca que se pronuncie el legislador». Hemos visto que así lo han hecho los órganos legislativos de los territorios forales pero, lamentablemente, no ha sido el camino seguido por el legislador estatal, pues a fecha de hoy tan sólo encontramos una proposición de ley de reforma del TR de la LRHL publicada el 9 de marzo de 2018³⁵ a pesar de que la STC 59/2017 sobre esta ley estatal se dictó el 11 de mayo de 2017.

Esto deja tanto a los Ayuntamientos como a los sujetos pasivos en una situación de extrema inseguridad jurídica que tan sólo en parte se ha solventado tras los criterios interpretativos fijados por el Tribunal Supremo respecto a la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017.

4.3. Criterios interpretativos fijados por la STS sobre la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU

En efecto, la STS de 9 de julio de 2018, recaída en casación³⁶, advierte que la doctrina del TC sobre la declaración parcial de inconstitucionalidad del IIVTNU ha provocado que: (i) Mientras por algunos órganos judiciales se interprete que los Ayuntamientos están legitimados para exigir el impuesto salvo cuando se acredite que no media incremento real de valor y, por ende, procede considerar legítimas las liquidaciones que se giren en las transmisiones que denuncien un incremento de valor real³⁷; (ii) otros órganos judiciales sostienen que, en tanto en cuanto el legislador no adecúe el impuesto a la doctrina del TC, los Ayuntamientos no pueden en ningún caso exigir el impuesto y, por ende, procede anular sistemáticamente las liquidaciones que se giren³⁸.

³³ *BO de Navarra*, de 30 de diciembre de 2017.

³⁴ J. I. RUBIO DE URQUÍA, 2017, pág. 7.

³⁵ Nos referimos a la Proposición de ley 122/000196, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (*BO de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados*, de 9 de marzo de 2018; *vid. también El Consultor*, núm. 3, 2018, smarteca, págs. 1 a 5; *Tributos Locales*, núm. 134, 2018, págs. 116 a 120). Para J. I. RUBIO DE URQUÍA, 2018, pág. 8, «Es curioso que la iniciativa de reforma no partiera en su día del Gobierno de la Nación mediante la aprobación de un Decreto-Ley, que habría estado perfectamente justificado, que no haya partido ahora de la misma institución mediante la remisión a las Cortes de un Proyecto de Ley, que habría sido lo propio, y que tal iniciativa la haya tomado, según lo dicho, el Grupo Parlamentario Popular del Congreso mediante la Proposición de Ley de referencia». Además, el mismo autor critica que en la citada Proposición de ley no se regula asazmente su dimensión temporal, cabiendo preguntarse «¿qué sucede con los devengos del impuesto producidos hasta la referida entrada en vigor de la Ley?».

³⁶ Sentencia núm. 1163/2018 (núm. de procedimiento 6226/2017).

³⁷ Ésta es precisamente la postura de la STSJ de Aragón, de 27 de septiembre de 2017 (rec. núm. 174/2016), que es objeto de casación en la STS que nos ocupa.

³⁸ En el FD tercero de la STS que nos ocupa se cita en este sentido la postura mantenida por la STSJ de Madrid, de 19 de julio de 2017 (rec. núm. 783/2016), seguida por Sentencias dictadas por otros TSJ como los de Castilla y León –Burgos–, Galicia, Catalunya o Navarra.

La STS que nos ocupa, se decanta decididamente por la primera postura citada viniendo a fijar la siguiente doctrina:

- (i) Respecto a los artículos 107.1 i 107.2 del TR de la LRHL, interpreta que para la STC 59/2017 tan sólo adolecen de «una inconstitucionalidad y nulidad “parcial”». Por tanto, «son constitucionales y resultan, pues, plenamente aplicables, en todos aquellos supuestos en los que el obligado tributario no ha logrado acreditar, por cualquiera de los medios que hemos expresado en el fundamento de derecho Quinto, que la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título (o la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos), no ha puesto de manifiesto un incremento de su valor o, lo que es igual, una capacidad económica susceptible de ser gravada con fundamento en el artículo 31.1 CE».
- (ii) Respecto al artículo 110.4 del TR de la LRHL, interpreta que para la a STC 59/2017 «es inconstitucional y nulo “en todo caso” (inconstitucionalidad total)», lo cual «posibilita que los obligados tributarios puedan probar, desde la STC 59/2017, la inexistencia de un aumento del valor de los terrenos ante la Administración municipal o, en su caso, ante el órgano judicial, y, en caso contrario, es la que habilita la plena aplicación de los artículos 107.1 y 107.2 del TRLHL».

A nuestro juicio, se trata de unos criterios interpretativos acertados, pues se ajustan a los principios rectores susceptibles de traer a colación.

4.4. Principios rectores de la STS sobre la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU

a) Principios rectores que sustentan la STS sobre la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU

Desde nuestro punto de vista, los criterios interpretativos de la STS sobre la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU se sustentan sobre unos principios rectores que son fácilmente identificables y que deben iluminar la función gestora municipal en el interín de la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la STC 59/2017 y la futura modificación del TR de la LRHL por parte del legislador:

1. Principio de capacidad económica. Se trata del principio básico de contribución contemplado por el artículo 31.1 CE y que sustenta la declaración de inconstitucionalidad efectuada por las SSTC respecto al gravamen de riqueza inexistente. Y así, la STS considera que no son susceptibles de estar gravados los supuestos en los que no se ha puesto de manifiesto un incremento de valor del terreno, o lo que es igual, una capacidad económica susceptible de ser gravada con fundamento en el artículo 31.3 CE.

2. Principios de legalidad y de preferencia de ley en el marco de la doctrina del TC. De acuerdo con los artículos 9.3, 31.3 y 164 CE, en tanto en cuanto no haya mediado declaración de inconstitucionalidad, el Ayuntamiento ha de ajustarse a lo dispuesto por el legislador. Y así, la STS de 9 de julio de 2018, considera la constitucionalidad parcial de los artículos 107.1 y 107.2.a) del TR de la LRHL, lo cual implica la aplicación de las reglas reguladoras de la base imponible.

3. Principio de contribución a los gastos públicos. Según el artículo 31.1 CE la contribución al sostenimiento de los gastos públicos es un deber. De ahí que, para canalizar este deber de los contribuyentes, también sea un deber el ejercicio de la función administrativa de gestionar los tributos legalmente establecidos. Y así, la STS de 9 de julio de 2018, admite la exacción del tributo en la medida que la transmisión denuncie un incremento de valor del terreno.

4. Principio de salvaguarda de los derechos y garantías de los obligados tributarios en la gestión tributaria. Según el artículo 3.2 de la LGT, «La aplicación del sistema tributario se basará en la proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios». Y así, la STS de 9 de julio de 2018, interpreta la inconstitucionalidad total del artículo 110.4 del TR de la LRHL, en la medida que impide a los sujetos pasivos acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica, permitiéndoles servirse de cualquier medio de prueba admisible en derecho.

Destacamos que la STS interpreta que ha de ser el obligado tributario quien demuestre que la transmisión no denuncia incremento de valor. Se trata del mismo criterio utilizado por el Decreto foral-norma

2/2017, de Guipúzcoa, y que ha sido criticado por ARANA LANDÍN³⁹ al entender que da lugar a un supuesto de no sujeción singular, pues si no hay incremento de valor tampoco hay sujeción al impuesto y, por ende, lo lógico sería que fuera la Administración sobre quien recayera la carga de probar la existencia de incremento de valor como elemento constitutivo de la sujeción. Al no hacerse así, haciendo recaer en el sujeto pasivo la carga de probar la inexistencia de incremento de valor para que sea declarada la no sujeción, la citada autora entiende que se está utilizando anómalamente para la sujeción una técnica que es propia de las exenciones.

A nuestro modo de ver, aun cuando sea cierto que nuestro ordenamiento jurídico parte del principio consistente en que la carga de la prueba de la realización del hecho imponible recae en la Administración⁴⁰, de tal manera que resulta anómalo que sea el contribuyente quien haya de demostrar que no está sujeto a gravamen; no es menos cierto que este principio puede ceder cuando concurren circunstancias excepcionales, tal y como acontece en el IIVTNU, donde se da la circunstancia que en toda transmisión media la presunción *hominis*⁴¹ de que en la normalidad de los casos se denunciará un incremento de valor, siendo que por aplicación del principio de facilidad probatoria debe considerarse proporcional exigir que sea el contribuyente quien destruya semejante presunción.

5. Principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. El artículo 9.3 CE establece los principios de seguridad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Y así, la STS de 9 de julio de 2018, fija una doctrina interpretativa que evita disparidad de criterios. En este sentido ya había sido útil la aprobación por parte de los órganos municipales de los criterios a seguir tras la STC 59/2017⁴².

Insistimos en que, siempre según nuestro parecer, estos son los principios rectores en base a los cuales se debe cubrir la laguna creada por la declaración de inconstitucionalidad en tanto el legislador no se decida a modificar el TR de la LRHL. Con este fin, pasaremos a examinar la actuación a seguir por los órganos gestores y los medios de defensa a utilizar por los obligados tributarios, diferenciando entre las transmisiones realizadas después de la declaración de inconstitucionalidad y las realizadas con anterioridad. Pero, con carácter previo, antes conviene practicar algunas consideraciones sobre los principios que son ignorados por la STS que nos ocupa.

b) Principios rectores ignorados por la STS sobre la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU

En efecto, se da la circunstancia que, a raíz del objeto del recurso de casación, la STS de 9 de julio de 2018 no fija doctrina interpretativa sobre tres principios que también consideremos de máxima relevancia.

1. El principio de interdicción de la confiscatoriedad. Se trata de un principio contemplado para el sistema tributario por el artículo 31.3 CE. En base al mismo creemos debe darse respuesta a los supuestos en que, si bien el incremento de valor existe, la aplicación del tributo puede absorber en exceso la capacidad económica gravada.

2. El principio de retroactividad de las declaraciones de nulidad. Se trata de un principio que se deduce del artículo 40.1 de la LOTC, y que entendemos se corrobora por la STC 59/2017 cuando indica que los artículos 107.2 y 110.4 del TR de la LRHL están «expulsados del ordenamiento jurídico, ex origine». En base al mismo creemos debe darse respuesta a los supuestos de ingresos derivados de actos firmes en vía administrativa efectuados con anterioridad a la publicación de la STC que declara la inconstitucionalidad parcial del IIVTNU.

3. Los principio de responsabilidad patrimonial y suficiencia financiera de las entidades locales. El artículo 106.2 CE establece el derecho de los particulares a reclamar en el marco legal la responsabilidad patrimonial de los entes públicos por el funcionamiento de los servicios públicos. El artículo 142 CE establece que las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de sus funciones. En base al mismo creemos debe darse respuesta a los supuestos de ingresos confirmados por sentencia

³⁹ S. ARANA LANDÍN, 2018, págs. 92 a 94.

⁴⁰ Así se deduce del art. 105.1 LGT.

⁴¹ A ellas se refiere el art. 108.2 LGT.

⁴² Esto es lo que ha hecho el Ayuntamiento de Barcelona cuando su Consell Tributari ha emitido el Informe aprobado el 13 de julio de 2017 (expediente 216/2017), donde se fija de forma detallada la línea de actuación. En similar sentido, aunque con un contenido mucho más escueto, también encontramos la moción aprobada en fecha de 25 de julio de 2017 por el Pleno del Ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat.

judicial firme así como los perjuicios económicos que genere para los Ayuntamientos la declaración de inconstitucionalidad.

Pasemos a tratarlos empezando por la relación que observa el principio de interdicción de la confiscatoriedad con los incrementos de valor escasos.

5. INCREMENTOS DE VALOR INEXISTENTES *VERSUS* INCREMENTOS DE VALOR ESCASOS

5.1. Incrementos de valor inexistentes. Principio de capacidad económica

Las SSTC analizadas, se centran en declarar la inconstitucionalidad del Impuesto en los supuestos de inexistencia de incremento de valor. Se trata, por tanto, de los supuestos más extremos donde, tras acreditarse que no media incremento de valor, tampoco existe capacidad alguna susceptible de imposición y, por tanto deben entenderse excluidos de gravamen siendo calificados como supuestos de no sujeción al IIVTNU.

Ni que decir tiene, este criterio es asumido plenamente por la STS de 9 de julio de 2018 (cfr. FJ séptimo. 1.º)

5.2. Incrementos de valor existentes pero escasos. Principio de interdicción de la confiscatoriedad

Estamos en que las SSTC sobre la inconstitucionalidad parcial del IIVTNU, literalmente interpretada por la STS de 9 de julio de 2018, declaran la inconstitucionalidad del Impuesto en los supuestos de inexistencia de incremento de valor, pues está claro que aquí no media capacidad económica alguna que gravar. Ahora bien, la doctrina constitucional sobre el IIVTNU no se pronuncia sobre los supuestos de plusvalías escasas, esto es, de los supuestos en que, si bien el incremento de valor existe, la aplicación del tributo puede absorber en exceso la capacidad económica gravada. De ahí que sea necesario interpretar la doctrina constitucional para resolver esta cuestión. Sin embargo, la STS de 9 de julio de 2018 tampoco se pronuncie sobre este tema aduciendo en su FD Quinto que «[...] no se nos ha planteado aún y tampoco ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 59/2017».

Huelga decir que se trata de un problema nada despreciable que ya ha sido planteado por la doctrina científica, como es el caso de MARTÍN QUERALT⁴³, quien nos alerta de que «[...] no vaya a ser que se reputé inconstitucional el gravamen de una minusvalía de 100 euros y se acepte como constitucional el gravamen de una plusvalía que realmente ha sido de 100 euros y ha sido cuantificada en 10.000 euros». El mismo autor ya deja constancia que el TC hace hincapié «[...] entre la capacidad económica como “fundamento” de la tributación (“de acuerdo con”) y la capacidad económica como “medida” del tributo (“en función de”), (Vid. especialmente las SSTC 71/2014, de 6 de mayo FJ 3 y 60/2015, de 18 de marzo, FJ 4)».

De acuerdo con este criterio, a nuestro modo de ver, si el principio de capacidad económica ha llevado al TC a impedir el gravamen por IIVTNU de las transmisiones que no denuncian incremento de valor del terreno, el principio de interdicción de la confiscatoriedad –íntimamente unido al de capacidad– debería llevar a impedir que se graven en exceso (absorbiendo la capacidad económica gravada) las transmisiones que sí denuncian incremento de valor del terreno. Lo cual implica: (i) Por un lado, que el sujeto pasivo tenga derecho a probar que el incremento de valor es inferior al que se desprende de los criterios forfatorios actualmente contemplados por el TR de la LRHL⁴⁴. (ii) Por otro lado, que la normativa que el legislador dicte para adecuar la normativa del IIVTNU a la doctrina constitucional respete el principio de proporcionalidad y, por supuesto, no dé lugar al error de salto consistente en que a un incremento de valor real le pueda corresponder una cuota igual o superior al mismo⁴⁵.

⁴³ J. MARTÍN QUERALT, 2017, 11. En la misma línea *vid.* C. PALAO TABOADA, 2017, pág. 22.

⁴⁴ En este sentido, P. CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, 2017, pág. 121, entiende que «[...] el principio de capacidad económica establecido en el artículo 31 de la Constitución española debiera suponer que nadie pudiera ser obligado a contribuir por un incremento de valor superior al verdaderamente experimentado». Semejante criterio es defendido por F. CASANA MERINO, 2017b, pág. 159.

⁴⁵ Como, según explica S. ARANA LANDÍN, 2018, págs. 99 y 100, es susceptible de acontecer con el Decreto Foral Norma 2/2017, de 28 de marzo, de Guipúzcoa, por el que se pretende adaptar la Norma Foral 16/1989, a la STC 26/2017. Y así, la citada autora dice que caben «[...] casos en que un solo céntimo da lugar al nacimiento de la obligación tributaria y, por tanto, a la aplicación de la referida norma que, en valores de una ciudad como San Sebastián, tranquilamente puede dar lugar a una cuota del IIVTNU de 200.000 euros». En la misma línea, tendente a la necesidad de corregir semejante error de salto, *vid.* D. MARÍN BARNUEVO-FABO, 2017, págs. 40 y 41; A. BARRIO GALLARDO, 2018, pág. 10.

6. TRANSMISIONES REALIZADAS TRAS LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

6.1. Plena eficacia temporal de la declaración de inconstitucionalidad

Se ha discutido mucho sobre la eficacia temporal de sentencias por la que se declara la inconstitucionalidad de una norma, pero la discusión se centra en la eficacia retroactiva, pues no se discute que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos vinculantes generales a todos los poderes públicos tras la publicación oficial de la sentencia⁴⁶ y, por ende, afecta plenamente a todos los actos susceptibles de gravamen realizados a partir de tal publicación.

En el caso que nos ocupa, tenemos que la STC 59/2017 sobre el TR de la LRHL se publicó en el *BOE* de 15 de mayo de 2017, lo cual implica que, sin lugar a dudas, alcanzará a todas las transmisiones (o la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo de la propiedad, sobre los terrenos) producidos a partir de esta fecha.

6.2. Actuaciones a seguir por la Administración municipal

a) *Planteamiento*

De acuerdo con la STS de 9 de julio de 2018, creemos pacífico sostener que: (i) Tras la publicación, en el *BOE* de 15 de mayo de 2017, de la STC 59/2017 sobre el TR de la LRHL, los Ayuntamientos de régimen común que tengan establecido el IIVTNU no pueden pretender someter a gravamen las transmisiones de terrenos que no denuncien incremento de valor real, mientras que sí pueden e incluso deben procurar el sometimiento a gravamen de las transmisiones de terrenos que denuncien incremento de valor real. (ii) También creemos pacífico sostener, porque igualmente así se desprende de la referida STC, que corresponde al legislador determinar el sistema cuantificador del incremento real sometido a gravamen. (iii) Y, finalmente, aunque no se diga de forma explícita por la STC 59/2017 ni se pronuncie al respecto la STS de 9 de julio de 2018, entendemos que deben reputarse igualmente inconstitucionales los supuestos en que, si bien el incremento de valor existe, la aplicación del tributo puede absorber en exceso la capacidad económica gravada.

En este marco, la opción municipal que estimamos más ajustada a derecho por atender a los principios rectores enunciados en el subapartado 4.4 es la de no exigir de forma inmediata el cobro del impuesto si concurre alguna duda de que no hay incremento real de valor. Ahora bien, en la medida de que por falta de concreción legal el Ayuntamiento no pueda estar seguro de este hecho, también estimamos como más ajustado a derecho que el Ayuntamiento deba preservar su potestad-derecho a cobrar lo no pagado por el impuesto, como correlativo a la potestad-deber del Ayuntamiento a la devolución de lo eventualmente pagado por el impuesto. Este es el criterio que creemos viene a ratificarse por la STS de 9 de julio de 2018, interpretativa de la doctrina del TC.

Se trata, en suma, de que: (i) Si el Ayuntamiento no cobra el impuesto porque existe una duda de que no ha mediado incremento de valor, debe procurar se garantice que en el supuesto de que finalmente se acredite ha existido el incremento, se pueda exigir el pago. (ii) De esta forma, se compensa jurídicamente la garantía relativa al supuesto inverso consistente en que si el Ayuntamiento cobra el impuesto porque todo indica que ha mediado un incremento de valor, deberá procederse a la devolución de lo pagado si finalmente se acredita que no ha existido el incremento.

De aceptarse este criterio, entendemos que el instituto jurídico en cuya virtud mejor se puede canalizar es el de la suspensión del procedimiento.

b) *Suspensión del procedimiento*

Siguiendo el Informe del Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona, de 13 de julio de 2017 (expediente 216/2017), entendemos que por parte de la Administración municipal gestora procede aplicar la medida cautelar contemplada en el artículo 56.3.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Ad-

⁴⁶ Así, partiendo del art. 164.1 CE, el art. 38.1 LOTC establece: «Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”».

ministrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), aplicable supletoriamente al ámbito tributario en virtud del artículo 7.2 de la LGT.

Este precepto de la LPAC atribuye a las Administraciones públicas la facultad de adoptar cualesquiera de las medidas que sean necesarias para asegurar la efectividad de la resolución. Dado el carácter abierto de este precepto legal, cabe interpretar que incluye la suspensión del procedimiento.

Si tenemos en cuenta que el caso ahora examinado estriba en que al órgano gestor le pueden asistir serias dudas sobre la realización del hecho imponible a raíz de que el legislador se retrasa en la adecuación de la ley a la doctrina del TC y que la Sentencia interpretativa del TS de 9 de julio de 2018 simplemente legitima el cobro del tributo cuando no se acredite por el sujeto pasivo inexistencia de incremento de valor, se comprenderá que estimemos como postura más ajustada a derecho que se adopte la suspensión del procedimiento a modo de medida cautelar⁴⁷.

Al respecto debe distinguirse según estemos ante el sistema de autoliquidación o de liquidación.

I. Sistema de autoliquidación. (i) Si, como es lo más habitual, el Ayuntamiento ha establecido el sistema de autoliquidación al amparo del artículo 110.4 del TR de la LRHL, deberá continuar reclamando a los eventuales sujetos pasivos que presenten la correspondiente autoliquidación tal y como se venía haciendo antes de la declaración de inconstitucionalidad. (ii) La diferencia estriba en que tras la declaración de inconstitucionalidad debe discriminarse según existan indicios de que la transmisión denuncia o no un incremento real de valor y, caso de respuesta afirmativa, de si existen indicios de que el incremento real es inferior o no al derivado del sistema forfatorio legal. (iii) A tales efectos, lo que estimamos más respetuoso a los derechos de los obligados tributarios, es que se les envíe una notificación indicándoles que no estarán sujetos al impuesto si presentan alguna prueba indiciaria de que la transmisión no denuncia incremento de valor real, o que se les liquidará por un importe inferior si demuestran que el incremento de valor real es inferior al que deriva de la aplicación del sistema forfatorio legal. (iv) Si los obligados tributarios no presentan ningún indicio probatorio destinado a acreditar que su transmisión no denuncia incremento patrimonial o que el incremento real es inferior al forfatorio derivado de la ley, entendemos que el Ayuntamiento está legitimado para exigir el impuesto en los términos previstos por la vigente normativa legal, incluso por vía de apremio. (v) Ahora bien, si los obligados tributarios sí presentan algún indicio probatorio destinado a acreditar que su transmisión no denuncia incremento patrimonial, entendemos que el Ayuntamiento debe proceder de oficio a la suspensión del procedimiento. (v) Mientras que si los indicios que presentan los obligados tributarios es para poner de manifiesto que el incremento de valor real es inferior al que deriva de la aplicación del sistema forfatorio legal, entendemos que el Ayuntamiento debe proceder a dictar liquidación del impuesto tomando como base imponible este valor real.

II. Sistema de liquidación. (i) Si el Ayuntamiento ha establecido el sistema de liquidación debería siempre girar la liquidación por el IIVTNU cuando tuviera constancia que ha mediado un incremento real de valor y que éste no es inferior al derivado del sistema forfatorio legal. (ii) Caso contrario, caso que tuviera dudas al respecto, debería enviar notificación al obligado tributario a los efectos de que alegara lo que estimara conveniente. (iii) Si de este trámite de alegaciones se dedujera de forma patente que ha mediado un incremento real de valor que no es inferior al derivado del sistema forfatorio legal, lo que procede es girar la liquidación tributaria y exigirla incluso por la vía de apremio. (iv) Ahora bien, si de este trámite de alegaciones se dedujera alguna duda sobre la existencia de incremento de valor, lo que procede es acordar de oficio la suspensión del procedimiento liquidatorio. (iv) Mientras que si del mismo trámite de alegaciones, lo que se dedujera es que el incremento real de valor es inferior al derivado del sistema forfatorio legal, lo que procede es girar liquidación tomando como base imponible este valor real.

c) Carga de la prueba y elementos probatorios

En la letra anterior, ya hemos indicado que, según el criterio de la Sentencia interpretativa del TS de 9 de julio de 2018, la carga de la prueba de que no ha existido incremento de valor real corresponde al obligado tributario.

Criterio que compartimos en base a la presunción *hominis* deducible de la normativa legal reguladora del IIVTNU (según la cual en cada transmisión cabe presumir un incremento de valor) y en base al principio

⁴⁷ Éste es el sistema adoptado por los Ayuntamientos de Barcelona y de l'Hospitalet de Llobregat, incluso antes de que se dictara Sentencia interpretativa del TS de 9 de julio de 2018.

de facilidad probatoria (según el cual, el sujeto pasivo es quien tiene más facilidad para conocer las circunstancias que determinan el eventual incremento que haya experimentado el terreno con motivo de la transmisión –u otro acto susceptible de gravamen–).

Otra cuestión importante es la de determinar qué tipo de indicios son suficientes para probar que no ha mediado incremento patrimonial o, que si lo ha habido, es inferior al que se desprende de la normativa aplicable.

Tal y como también hemos indicado, la Sentencia interpretativa del TS de 9 de julio de 2018, considera aplicable sin fisura alguna el principio de libertad prueba, sosteniendo que basta «cualquier principio de prueba», como por ejemplo, la mera aportación de las escrituras públicas de compraventa, de donación o sucesorias⁴⁸.

6.3. Medios de defensa a ejercer por los sujetos pasivos

Los obligados tributarios por transmisiones efectuadas tras la publicación en el *BOE* de 15 de mayo de 2017 de la STC 59/2017 pueden verse afectados por la misma en este sentido:

I. Si el Ayuntamiento acuerda suspender el procedimiento en los términos que hemos expuesto en el anterior subapartado 6.2.b) ya se solventa la situación del contribuyente que considera que su transmisión no está sujeta al IIVTNU. Y, paralelamente, si el Ayuntamiento gira liquidación tomando como base el incremento real de valor acreditado por el contribuyente, también se solventa la situación de éste al considerar que su incremento de valor es inferior al que se desprende del sistema forfatario previsto en el TR de la LRHL.

II. Si el Ayuntamiento no adopta estas medidas y continúa exigiendo el tributo como si aún no hubiese recaído declaración de inconstitucionalidad, entendemos que el contribuyente está legitimado para promover las siguientes actuaciones diferenciando según el Ayuntamiento exija el impuesto en régimen de autoliquidación o en régimen de liquidación:

a) El Ayuntamiento exige el impuesto en régimen de autoliquidación (al amparo del art. 110.4 TR de la LRHL).

(i) Si aún no se ha presentado la autoliquidación, el contribuyente lo que puede hacer es presentarla acompañada de un escrito en el que se acredite que no existe incremento real o, que aún existiendo, éste es inferior al que se desprende del sistema forfatario previsto por el legislador. Como que en ambos supuestos le afecta la declaración de inconstitucionalidad, se solicitaría, bien la suspensión del procedimiento hasta que el legislador adecúe el TR de la LRHL a la doctrina constitucional, bien que la liquidación se limite al incremento de valor real.

Así mismo cabe recordar que el contribuyente podrá solicitar el aplazamiento de pago con dispensa total de garantía cuando la deuda sea inferior a 30.000 euros⁴⁹.

(ii) Si ya ha presentado la autoliquidación ajustada al sistema forfatario previsto por el legislador, la Administración no ha girado liquidación y no ha prescrito el derecho a liquidar ni a solicitar la devolución, procede que el contribuyente inste la rectificación de la autoliquidación en los términos previstos por el artículo 126 del RGR1 de 2007 (RD 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Gestión e Inspección), solicitando la devolución que estime corresponda⁵⁰.

(iii) Si la Administración deniega, explícita o tácitamente, la solicitud del contribuyente, procede presentar el recurso de reposición previo al contencioso-administrativo (cfr. 14.2 TR de la LRHL).

b) El Ayuntamiento exige el impuesto por el sistema de liquidación.

(i) Si se trata de una liquidación que aún no es firme en vía administrativa, lo que procede es presentar alegaciones en el trámite de audiencia (cfr. art. 109.8 LGT) o interponer el correspon-

⁴⁸ Este es el criterio que ya se defendió por algunos autores antes de la STS de 9 de julio de 2018 (cfr. M. ALÍAS CANTÓN, 2017b, pág. 33; F. CASANA MERINO, 2017, págs. 158-159).

⁴⁹ Cfr. art. 82.2.a) LGT en relación con la Orden 347/2016, de 11 de marzo.

⁵⁰ De haberse girado liquidación, procederá actuar conforme indicamos en el la próxima letra b.-; mientras que de mediar prescripción procederá instar el procedimiento especial de revisión que examinaremos en el apartado 9.

diente recurso de reposición previo al contencioso-administrativo (cfr. 14.2 TR de la LRHL) a los efectos de solicitar la suspensión del procedimiento.

Caso de ser desestimada esta solicitud procede ya interponer el recurso de reposición contra la liquidación, o si éste ya ha sido interpuesto, lo que procede es interponer el recurso contencioso-administrativo contra la resolución del recurso de reposición.

También aquí cabe recordar que el contribuyente podrá solicitar el aplazamiento de pago con dispensa total de garantía cuando la deuda sea inferior a 30.000 euros.

- (ii) Si se trata de una liquidación que es firme en vía administrativa, se plantea el problema de la eficacia temporal de la declaración de inconstitucionalidad en los términos que examinaremos en el siguiente apartado 7.

7. TRANSMISIONES REALIZADAS ANTES DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

7.1. Límites a la eficacia temporal de la declaración de inconstitucionalidad

Según hemos apuntado en el anterior subapartado 6.1, la discusión sobre la eficacia temporal de las declaraciones de inconstitucionalidad se da sobre su retroactividad. Pasemos a ver los diferentes supuestos:

I. Sentencia firme. Está claro, porque así lo dice el artículo 40.1 de la LOTC que, salvo en los procesos penales o sancionadores, las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de normas, «[...] *no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada* [...]».

Cuando se trata de sentencia firme, prima el principio de seguridad jurídica frente a los principios constitucionales que el TC considera han sido infringidos por la norma declarada inconstitucional.

II. No sentencia firme. En cambio, lo que no está tan claro es que acontece cuando se trata de situaciones jurídicas sobre los que no ha recaído sentencia judicial firme, pues ni la CE ni la LOTC se ocupan específicamente de este tema lo cual, a nuestro modo de ver, implica que se deja a criterio del TC.

La STC 59/2017 que nos ocupa no dice nada al respecto, salvo que los artículos 107.2 y 110.4 del TR de la LRHL están «expulsados del ordenamiento jurídico, ex origine». A nuestro modo de ver, ello implica lo siguiente:

- (i) Cuando se trata de situaciones jurídicas que aún no son firmes en vía administrativa, entendemos resulta inevitable sostener que les afecta plenamente la declaración de inconstitucionalidad y, por ende, que si se acredita que se gravan incrementos de valor total o parcialmente irreales, debe procederse a su suspensión.
- (ii) Cuando se trata de situaciones jurídicas que ya son firmes en vía administrativa, se genera un problema interpretativo pues, si bien es cierto que las declaraciones de inconstitucionalidad de normas tienden a tener eficacia retroactiva o efectos *ex tunc* (desde el origen de la norma declarada inconstitucional), no es menos ciertos que en el ámbito tributario la tendencia es exactamente la contraria, es decir, considerar que la declaración de inconstitucionalidad tiene efecto a futuro (respetando los actos administrativos firmes)⁵¹.

Reconocemos, junto a ALÍAS CANTÓN, que el principio de seguridad alienta la limitación de las declaraciones de inconstitucionalidad impidiendo que afecten a situaciones jurídicas firmes en vía administrativa⁵². Se da empero la circunstancia que «cuando el tribunal ha querido limitar sus efectos, ha dispuesto la excepción», siendo que en ninguna de las Sentencias que han declarado la inconstitucionalidad parcial del IIVTNU, «no se limitan los efectos de la declaración de inconstitucionalidad». Así lo advierte ARANA LANDÍN⁵³, para quien es razonable entender que la declaración de inconstitucionalidad «tiene efectos *ex tunc*». Criterio que compartimos, máxime cuando la STC 59/2017, expulsa explícitamente *ex origine* los artículos 107.2 y 110.4 del TR de la LRHL⁵⁴. A nuestro modo de ver –aun cuando el TS todavía no se haya manifestado al

⁵¹ *Vid.* sobre esta temática, A. B. MACHO PÉREZ, 2006, pág. 879.

⁵² De ahí que M. ALÍAS CANTÓN, 2017, pág. 30, concluya diciendo que «[...] el principio de seguridad jurídica también es de aplicación al presente caso, de tal manera que, no debería ser susceptible de revisión, las situaciones jurídico-tributarias firmes producidas al amparo de la normativa del IIVTNU, que ha sido declarada inconstitucional».

⁵³ S. ARANA LANDÍN, 2018, págs. 101 y 102.

⁵⁴ Y lo mismo hace la STC 72/2017 respecto a los arts. 175.2, 175.3 y 178.4 de la Norma Foral de Navarra.

respecto—, esta contundente manifestación corrobora la voluntad del TC de dotar de eficacia retroactiva a la declaración de inconstitucionalidad.

De este modo entendemos que: (i) En tanto en cuanto no medie sentencia judicial firme, serán revisables todos los pagos efectuados por IIVTNU desde que fue instaurado por la LRHL de 1988. (ii) Revisión que consistirá en adecuarlos a la declaración de inconstitucionalidad que el TC ha dictado sobre los preceptos legales en base a los cuales se efectuaron. (iii) De tal manera que si se acredita que el importe pagado no se adecúa a la doctrina constitucional cabrá solicitar su devolución, por más que estemos ante una situación jurídica firme en vía administrativa.

7.2. Actuaciones a seguir por la Administración municipal

Creemos pacífico sostener que cuando se trate de transmisiones de terrenos realizadas antes de la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la STC 59/2017, publicada en el BOE de 15 de mayo de 2017: (i) No serán, desde luego, susceptibles de revisión las situaciones jurídicas devenidas firmes por sentencia judicial. (ii) En cambio sí serán susceptibles de revisión las situaciones jurídicas no devenidas firmes ni en vía judicial ni en vía administrativa. (iii) La duda se plantea respecto a las situaciones jurídicas que no siendo firmes en vía judicial, sí lo son en vía administrativa. Aun cuando se trata de una cuestión discutible, nosotros entendemos que igualmente serán susceptibles de revisión, pues las SSTC sobre el IIVTNU no han establecido limitación temporal alguna para los efectos de su declaración de inconstitucionalidad.

En este marco, y en tanto en cuanto no se dicte doctrina jurisprudencial, la opción municipal que estimamos más ajustada a derecho por atender a los principios rectores enunciados en el subapartado 4.2, consiste en mantenerse a la espera de lo que diga el legislador local y, por ende: (i) Suspender, al amparo del artículo 56.3.i) de la LPACAP⁵⁵, la tramitación de los procedimientos de revisión instados por los sujetos pasivos. (ii) Y, por supuesto, no iniciar puramente de oficio —a iniciativa propia— ningún procedimiento de revisión.

7.3. Medios de defensa a ejercer por los sujetos pasivos

Los sujetos pasivos por transmisiones efectuadas antes de la publicación en el BOE de 15 de mayo de 2017 de la STC 59/2017 pueden verse afectados por la misma en este sentido:

I. Sentencia firme. Aquellos sujetos pasivo que impugnaron ante los tribunales el gravamen por IIVTNU y han obtenido una sentencia firme no pueden beneficiarse de la declaración de inconstitucionalidad por más que puedan demostrar que su transmisión jurídica ha sido gravada en contra de lo que finalmente ha sido la doctrina constitucional sentada por la STC 59/2017 e interpretada por la STS de 9 de julio de 2018.

II. No sentencia firme. Aquellos sujetos pasivos cuya situación no ha devenido firme en vía judicial tienen posibilidades para impugnar en base a la citada STC 59/2017. Debemos diferenciar estos supuestos:

- a) Ha mediado impugnación en vía judicial. Si se trata de un caso que está siendo enjuiciado en vía contencioso-administrativa, entendemos que lo procedente es remitir un escrito al órgano judicial a los solos efectos de dejar constancia de que en el caso concreto que se dirime resulta preceptivo la aplicación de la doctrina sentada por la STC 59/2017.

A nuestro modo de ver, por aplicación del artículo 40.2 de la LOTC⁵⁶, el órgano judicial debería ajustar su resolución a la doctrina constitucional y, por ende, declarar no ajustado a derecho el pago efectuado por IIVTNU en la medida que vulnere dicha doctrina.

- b) No ha mediado impugnación en vía judicial. Nos referimos al caso en que, pese haberse efectuado el pago del IIVTNU, no media impugnación judicial. Teóricamente ello acontece en estos dos supuestos:

- b.1. Situación jurídica que aún no es firme en vía administrativa.

En este supuesto lo que procede es utilizar los medios ordinarios de impugnación que hemos indicado en el anterior subapartado 6.3): rectificación de la autoliquidación o recurso de reposición contra la liquidación.

⁵⁵ Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁵⁶ El art. 40.2 LOTC establece: «En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad».

b.2. Situación jurídica que ya es firme en vía administrativa.

En este supuesto lo que procede es utilizar los procedimientos especiales de revisión.

En todo caso, como que la pretensión última de los interesados es obtener la devolución de lo pagado por IIVTNU, resulta preceptivo plantearse si estamos ante una devolución de ingresos indebidos.

8. INGRESOS INDEBIDOS

8.1. Calificación

En el supuesto que nos ocupa entendemos que en la medida que las autoliquidaciones y liquidaciones giradas por el IIVTNU se ajustaban al mandato del legislador, su pago constituía un ingreso debido. Ahora bien, a la par debe aceptarse que, desde el primer momento en que el TC ha declarado la inconstitucionalidad de los preceptos legales que amparaban el pago, éste es susceptible de devenir indebido si así se deduce de la STC.

Siempre según nuestro parecer, no otra cosa acontece cuando ninguna de las Sentencias que nos ocupan (las SSTC 26, 37, 59 y 72/2017) no contemplan ninguna limitación temporal de sus efectos, lo que denuncia que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos *ex tunc* o *ex origine*. Criterio que se ve reforzado cuando en las dos últimas Sentencias dictadas (las SSTC 59 y 72/2017) se afirma explícitamente y de forma respectiva, que los artículos 107.2 y 110.4 del TR de la LRHL, así como los artículos 175.2, 175.3 y 178.4 de la Norma Foral de Navarra, están «expulsados del ordenamiento jurídico, ex origine».

Por tanto, y en la línea con lo que ya hemos explicado, entendemos cabe concluir que la ley destinada a adaptar la normativa legal del IIVTNU a la declaración de inconstitucionalidad no puede imponer ninguna limitación temporal a sus efectos.

De aceptarse este criterio tendremos que desde la publicación de las respectivas SSTC 26, 37, 59 y 72/2017, los pagos efectuados por IIVTNU han devenido indebidos en la medida que vulneren la doctrina constitucional en ellas sentada, es decir, en la medida que se hayan gravado incrementos de valor irreales.

El problema, como ya hemos indicado, es que los Ayuntamientos están obligados a actuar de conformidad con lo que en su día establezca el legislador, que es a quien, según el TC, corresponde adaptar la normativa del IIVTNU a su doctrina.

Hasta el momento han sido los Territorios forales quienes han dictado esta normativa⁵⁷. En ella se establece que las modificaciones introducidas no tienen carácter retroactivo sobre los devengos anteriores, ya a la fecha de publicación de la propia norma foral (es el caso de Vizcaya), ya a la fecha de publicación de las respectivas Sentencias del TC (es el caso de Guipúzcoa, Álava y Navarra). Y, en todo caso, que no son aplicables a los actos que hayan adquirido firmeza con anterioridad a tal fecha.

Se observa, pues, que el legislador foral interpreta que la declaración de inconstitucionalidad efectuada por las SSTC 26, 37 y 72/2017 –Guipúzcoa, Álava y Navarra–⁵⁸ no tiene efectos *ex tunc*. Criterio que, por los motivos expuestos no compartimos⁵⁹, pero es al que deberán estarse los Ayuntamientos de estos territorios históricos en tanto en cuanto el TC no se pronuncie sobre semejante limitación temporal.

Pues bien, cuando se trate de Ayuntamientos de régimen común, al no mediar todavía la pertinente normativa legal de adaptación del IIVTNU a la STC 59/2017, no les resta otro remedio que permanecer a la espera, siendo aquí cuando la opción que consideramos más ajustada a derecho por parte de los Ayuntamientos es que acudan al instituto de la suspensión, suspendiendo la tramitación de todos los expedientes de revisión que se insten por los contribuyentes a los efectos de solicitar la devolución de lo pagado por IIVTNU.

8.2. Procedimiento de devolución de ingresos indebidos. Prescripción

El procedimiento de devolución de ingresos indebidos se encuentra regulado a nivel legal en el artículo 221 de la LGT.

⁵⁷ Relacionada por nosotros en el anterior subapartado 4.2.

⁵⁸ Sobre la normativa foral de Vizcaya no ha recaído declaración de inconstitucionalidad sobre el IIVTNU.

⁵⁹ En este sentido, S. ARANA LANDÍN, 2018, pág. 103 concluye que las Normas forales de Guipúzcoa y de Álava destinadas a adaptar sus respectivas regulaciones legal del IIVTNU a la doctrina constitucional, no se adaptan a la misma en tanto en cuanto contemplan limitaciones temporales a sus efectos.

En su apartado 1 enumera los supuestos en que se puede instar, figurando en su letra d) el supuesto relativo a «*Cuando así lo establezca la normativa tributaria*».

Dentro de este supuesto entendemos encajan todos los casos derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una norma tributaria, pues desde el primer momento en que una norma tributaria es inconstitucional, también devienen inconstitucionales los actos dictados a su amparo en la medida que así se desprenda de la propia STC y, por ende, si los ingresos efectuados se amparan en una norma inconstitucional, también devienen inconstitucionales, lo cual, a su vez, determina que sean indebidos⁶⁰. De ahí que, como hemos indicado en el anterior subapartado 8.1, tras las SSTC 26, 37, 59 y 72/2017, deben considerarse que han devenido indebidos los ingresos realizados por IIVTNU a raíz de transmisiones que denuncien un mero incremento de valor ficticio.

Un dato de extrema relevancia estriba en que, según los artículos 66.c) y 67.1, párrafo quinto, de la LGT, el derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos prescribe a los «*cuatro años*» contados «[...] desde el día siguiente a a aquel en que se realizó el ingreso indebido o desde el día siguiente a la finalización del plazo para presentar la autoliquidación si el ingreso indebido se realizó dentro de dicho plazo; o desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la sentencia o resolución administrativa que declare total o parcialmente improcedente el acto impugnado».

Tratándose de un ingreso que ha devenido indebido a raíz de una STC, entendemos que el plazo de prescripción no debe empezar a computarse desde el día en que se realizó el ingreso o finalizó el plazo para presentar la autoliquidación, pues en estas fechas el ingreso era debido. Por tanto, el plazo deberá computarse desde que adquirió firmeza la STC en base a la cual el ingreso adquirió la condición de indebido. Y esa fecha no es otra que la de publicación de la Sentencia. Siendo éste el *dies a quo* del plazo de prescripción, el interesado tiene cuatro años contados a partir de la publicación de la STC para instar el procedimiento de devolución de ingresos indebidos. El procedimiento a seguir se basa en los siguientes criterios:

(i) Cuando se trata de actos que no han adquirido firmeza en vía administrativa, ya sabemos que lo procedente es instar el procedimiento de devolución de ingresos indebidos junto a la rectificación de la autoliquidación (cfr. art. 221.4 LGT) o, en su caso, junto al recurso de reposición destinado a que la Administración dicte el correspondiente acto administrativo de reconocimiento de la devolución (cfr. art. 221.2 LGT).

(ii) Ahora bien, cuando se trate de actos que sí han adquirido firmeza lo procedente es instar el procedimiento de devolución de ingresos indebidos en el seno de uno de los procedimientos especiales de revisión que se enumeran en el artículo 221.3 de la LGT. Tema del que acto seguido nos ocupamos en el siguiente apartado 9.

9. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE REVISIÓN

9.1. Esquema

El artículo 221.3 de la LGT establece que «*Cuando el acto de aplicación de los tributos o de imposición de sanciones en virtud del cual se realizó el ingreso indebido hubiera adquirido firmeza, únicamente se podrá solicitar la devolución del mismo instando o promoviendo la revisión del acto mediante alguno de los procedimientos especiales de revisión establecidos en los párrafos a), c) y d) del artículo 216 y mediante recurso extraordinario de revisión regulado en el artículo 244 de esta Ley*».

De estos supuestos, se advierte que el enumerado en la letra d) del artículo 2016 de la LGT no nos resulta aplicable, pues se refiere al procedimiento de corrección de errores regulado por el artículo 220 de la LGT. En el caso que nos ocupa, el ingreso indebido no deriva de un error material, aritmético o de hecho, sino de una sentencia del Tribunal Constitucional.

Así mismo, tampoco creemos nos resulte aplicable el supuesto contemplado por el artículo 224 de la LGT relativo al recurso extraordinario de revisión susceptible de instarse en vía económico-administrativa porque, independientemente de los problemas que plantea su aplicación en el ámbito local, ninguna de las causas que lo legitiman tienen relación con la declaración de inconstitucionalidad de unos preceptos legales⁶¹.

⁶⁰ En este sentido P. CHICO DE LA CÁMARA, 2012, pág. 81, explica que, dejando a salvo los supuestos en que el TC ha establecido lo que se ha venido a denominar «jurisprudencia prospectiva» iniciada a raíz de la STC 55/1989, de 20 de febrero, sobre la inconstitucionalidad parcial de la Ley del IRPF de 1978, «[...] la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de una norma por parte del Tribunal Constitucional supone en puridad el reconocimiento judicial de la realización en su momento de un ingreso indebido».

⁶¹ Y es que, como explica el Informe de 13 de julio de 2017 emitido por el Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona, «las sentencias no versan sobre hechos y los documentos siempre recaen sobre estos últimos».

Por tanto, nos debemos limitar a los procedimientos enumerados en las letras a) y c) del artículo 216 de la LGT que, respectivamente, se refieren a la nulidad de pleno derecho y a la revocación. Empecemos por el procedimiento de revocación.

9.2. Revocación

El artículo 219 de la LGT enumera los supuestos en base a los cuales se podrá instar el procedimiento de revocación, refiriéndose uno de ellos a «[...] cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado [...]».

A nuestro modo de ver, la declaración de inconstitucionalidad de una ley que deje huérfano de cobertura jurídica a un ingreso tributario es una circunstancia sobrevenida que pone de manifiesto su improcedencia y, por ende, entendemos ajustado a derecho que el contribuyente presente un escrito instando al Ayuntamiento para que inicie de oficio el procedimiento de revocación.

Cabe destacar que, según el artículo 219.2 de la LGT, «La revocación sólo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción». De tal manera que si transcurre el plazo cuatrienal de prescripción contemplado por el artículo 66 de la LGT, ya no podrá instarse el procedimiento de revocación.

En el caso que nos ocupa, ya hemos explicado nuestro criterio consistente en que el plazo de prescripción es de cuatro años a contar desde la publicación de la STC por la que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos legales en base a los cuales se ha producido el ingreso.

Pasado este plazo de cuatro años, la única opción que resta al interesado es promover el procedimiento de nulidad de pleno derecho.

9.3. Nulidad de pleno derecho

El artículo 217 de la LGT enumera los supuestos en base a los cuales se puede instar la declaración de nulidad de pleno derecho. Se trata de una enumeración taxativa que concluye en su letra g) aludiendo a «Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal».

A pesar de que estamos ante una enumeración que debe ser interpretada de forma estricta, entendemos que el caso que nos ocupa encaja en este último supuesto, pues tratándose de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, parece claro que, salvo que medie sentencia judicial firme, el TC es el único órgano competente para limitar los efectos de su declaración. Y si de su declaración se desprende que no impone limitación alguna de efectos, parece claro que los ingresos pagados bajo la cobertura de una ley declarada inconstitucional, también serán inconstitucionales, siendo que la declaración de inconstitucionalidad implica la nulidad absoluta, de ahí que tenga efectos *ex nunc*, o *ex origine*, tal i como dice explícitamente en las SSTC 59 y 72/2017.

El tratarse de un acto viciado de nulidad de pleno derecho, implica que no prescribe la acción para que se declare la nulidad⁶². De tal manera que cualquier contribuyente que haya pagado el IIVTNU (ya mediante acto de liquidación, ya mediante autoliquidación) desde su implantación a raíz de la LRHL de 1988, podrá solicitar la devolución de ingresos indebidos a través del procedimiento de nulidad de pleno derecho.

9.4. Suspensión del procedimiento y plazo de resolución

Los procedimientos indicados tienen un plazo máximo para su resolución. Concretamente, en la revocación es de seis meses contados desde la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento (cfr. art. 219.4 LGT) y en la nulidad de pleno derecho el plazo es de un año desde que se presenta la solicitud por el interesado (cfr. art. 217.6 LGT).

Si, de acuerdo con la propuesta que venimos defendiendo, el Ayuntamiento opta como opción más ajustada a derecho, suspender el procedimiento de revisión hasta que el legislador se decida modificar el TR de la LRHL para adaptarlo a la doctrina del TC sobre el IIVTNU, es fácil que transcurra el plazo máximo para notificar la resolución.

En este supuesto, el contribuyente tiene dos opciones: (i) Esperar a que el Ayuntamiento dicte resolución expresa; o, (ii) acudir a los tribunales.

⁶² Cfr. R. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1981, pág. 237; J. GARCÍA LUENGO, 2002, pág. 276.

En el supuesto de que ni tan siquiera los tribunales reconocieran el derecho a la devolución de ingresos indebidos, se abriría la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

10. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y COMPENSACIONES ECONÓMICAS

10.1. Responsabilidad patrimonial instada por los sujetos pasivos

La doctrina ya se ha ocupado de contemplar la eventual responsabilidad del Estado legislador en el caso que nos ocupa⁶³.

De la LRJSP⁶⁴ se deduce que los sujetos pasivos afectados por la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU tan sólo podrán instar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando, amén de los tradicionales requisitos materiales⁶⁵ y subjetivos⁶⁶, concurren estos otros requisitos:

- a) Requisitos formales. Se establece por la LRJSP como novedad que el sujeto pasivo haya recurrido en vía judicial alegando la inconstitucionalidad del IIVTNU que finalmente ha sido declarada por el TC y que, además, el órgano jurisdiccional le haya desestimado su pretensión mediante sentencia firme⁶⁷.
- b) Requisitos temporales. En primer lugar, hemos de ponderar si media o no limitación temporal de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Por los motivos expuestos en el subapartado 7.1, nosotros entendemos que en el caso que nos ocupa no media limitación temporal alguna, pues la declaración de inconstitucionalidad parcial del IIVTNU tiene efectos *ex tunc*, retrospectivos. En segundo lugar, advertimos se mantiene el plazo general de prescripción de la acción para reclamar, de tal manera esta acción prescribe al año de haberse publicado la STC en el BOE (cfr. art 67.1 LRJSP). Y, en tercer lugar, tan sólo serán indemnizables los daños producidos en el plazo de cinco años anteriores contados desde la publicación de la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley⁶⁸. Limitación esta última que, constituyendo una importante novedad de la LRJSP⁶⁹ consideramos no se ajusta a la Constitución⁷⁰.

⁶³ Así, B. MORENO SERRANO, 2017, pág. 7, concluye que «Parece pues que sí habrá responsabilidad del Estado legislador». Si bien, M. ALÍAS CANTÓN, 2017, pág. 32, estima que los requisitos legales «[...] determina que la responsabilidad patrimonial del Estado legislador sea de difícil aplicación al presente caso, al menos de aplicación generalizada».

⁶⁴ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁶⁵ Para que nazca la acción de responsabilidad se han de dar los tradicionales requisitos generales de carácter material consistentes en que se haya producido un daño o lesión patrimonial, que el daño sea real y efectivo, que sea ilegítimo o antijurídico y no exista deber jurídico de soportarlo y, además, que exista una relación de causalidad entre la actuación del Estado y el daño provocado. De acuerdo con J. I. MORENO FERNÁNDEZ, 2009, págs. 66 y 67, todos estos requisitos concurren cuando se paga un tributo cuya ley de cobertura ha sido declarada posteriormente inconstitucional.

⁶⁶ Desde un punto de vista activo, entendemos que la legitimidad para entablar la acción de responsabilidad patrimonial es del sujeto pasivo que ha satisfecho el tributo. Y desde un punto de vista pasivo, entendemos que la acción de responsabilidad patrimonial se ha de dirigir contra el ente que ha dictado la ley declarada inconstitucional que, en nuestro caso, es el Estado.

⁶⁷ El art. 32.3 y 4 LRJSP establece:

«3, [...] los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derecho como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad patrimonial del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

- a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.
- b) [...]».

4. El art. 32.4 LRJSP establece: «Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada».

⁶⁸ El art. 34.1, segundo párrafo, LRSP, establece: «En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley [...]».

⁶⁹ Así lo destacan M. A. CARBAJO y J. VEGA, 2018, pág. 7.

⁷⁰ Y es que semejante plazo quinquenal no tiene ninguna lógica y estimamos ha de reputarse inconstitucional por limitar arbitrariamente el derecho a la indemnización por responsabilidad patrimonial establecido en el art. 106.2 de la Constitución y atentar al principio de seguridad jurídica, pues entendemos que el particular no puede verse negativamente afectado por una circunstancia tan aleatoria e

10.2. Exigencia de compensación económica instada por los Ayuntamientos

En los apartados precedentes hemos explicado que los sujetos pasivos pueden exigir al Ayuntamiento la devolución de los ingresos por IIVTNU que han devenido indebidos a raíz de la declaración de inconstitucionalidad de la ley dictada por el Estado legislador.

Se da empero la circunstancia que el único responsable de la situación en la que nos encontramos es el Estado legislador, pues es él quien ha dictado la normativa declarada inconstitucional.

En este marco, consideramos que los Ayuntamientos están facultados para exigir que el Estado les compense por todos los perjuicios económicos que hayan de soportar con motivo de la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU, pues de otro modo se atentaría contra el principio de suficiencia financiera de las entidades locales, principio éste que resulta basilar para el cumplimiento del principio de autonomía local.

Téngase en cuenta que el legislador local ya contempla la regla general consistente en la determinación de las fórmulas adecuadas para compensar a las entidades locales de los beneficios fiscales que se establezcan por parte del legislador en los tributos locales (cfr. art. 9.2 TR de la LRHL). Ciertamente el legislador local establecedor de nuevos beneficios fiscales no siempre ha cumplimentado este mandato del TR de la LRHL, pero adviértase que el perjuicio económico que para la hacienda local supone el establecimiento de un beneficio fiscal en sus tributos, parte de una actuación legislativa constitucional en la medida que el nuevo beneficio local se adecúe a la Constitución. En cambio, en el caso ahora examinado, la cuestión es muy distinta, pues se parte exactamente de la premisa inversa en la medida que el perjuicio económico sufrido por la hacienda local deriva de una actuación legislativa que ha sido declarada inconstitucional.

Y es que cuando el legislador establece un nuevo beneficio fiscal en los tributos locales excepcionando el criterio general de la compensación previsto en el artículo 9.2 del TR de la LRHL, los Ayuntamientos ya pueden hacer sus previsiones presupuestarias a los efectos de contemplar que en los ejercicios futuros tendrán un menoscabo de sus ingresos. Previsión que no pueden hacer cuando resulta que a raíz de la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal los Ayuntamientos se ven de golpe obligados a devolver unos ingresos que ya han percibido y aplicado en ejercicios pasados.

A nuestro modo de ver, esta singular situación afecta de lleno al principio de suficiencia financiera de las haciendas locales, pues no se trata de obtener menos ingresos a futuro, sino de devolver ingresos ya percibidos en el pasado. Y por tanto, en la medida que los Ayuntamientos se han limitado a exigir el impuesto establecido por el legislador para cumplimentar los principios de suficiencia y autonomía local, el Estado está obligado a compensarles por los perjuicios económicos que les acarree la declaración de inconstitucionalidad de la ley dictada por el propio Estado.

11. CONCLUSIONES

1. Tras la LRHL de 1988, posteriormente objeto de refundición por el vigente TR de la LRHL de 2004, se implantó respecto al IIVTNU un sistema forfatario que, interpretado literalmente: (i) provoca la sujeción a gravamen de transmisiones que no denuncien incremento de valor real; (ii) también provoca que el gravamen a satisfacer por las transmisiones pueda ser incluso superior al incremento de valor real; (iii) y, en todo caso, no permite aportar prueba en contrario del incremento de valor calculado forfatarientemente.

2. Este sistema había sido ya denunciado por buena parte de la doctrina científica, alegando que no respetaba el principio de capacidad, pero no fue hasta la crisis económica de 2007 cuando el problema adquirió un nivel práctico significativo, pues se empezaron a dar numerosas situaciones en las que materialmente la transmisión del terreno no había dado lugar a un incremento de valor del terreno o que, si lo había dado, el incremento del valor era inferior al determinado tributariamente y, por ende, que el sistema forfatario previsto por el legislador para cuantificar el Impuesto de plusvalía estaba gravando total o parcialmente plusvalías ficticias, irreales.

3. Ante ello, la mayor parte de las doctrinas científica y de los tribunales entendieron que podía mantenerse la constitucionalidad de la ley si se interpretaba en el sentido que el sistema forfatario previsto por el legislador para determinar la base imponible del IIVTNU constituía una presunción *iusuris tantum*, de tal manera que los contribuyentes podían aportar prueba en contrario a que no había mediado incremento real

imprevisible como el tiempo que puede tardar el TC en la emisión y publicación de sus sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de una ley. *Vid.* en este sentido C. GARCÍA DE LA ROSA, 2018, págs. 269-271.

de valor o, en su caso, que el incremento de valor real era inferior al que se determinaba por el sistema legal forfatario.

4. Pero este criterio, a nuestro juicio el más adecuado a derecho, no ha sido compartido por el TC, quien ha sentado doctrina en el sentido que el sistema forfatario previsto por el legislador encierra una ficción jurídica que debe declararse inconstitucional.

5. Hasta la fecha, el TC ha dictado cuatro sentencias por las que se declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos reguladores del IIVTNU. Tres afectan a territorios forales: (i) STC 26/2017, de 16 de febrero –Guipúzcoa–; (ii) STC 27/2017, de 1 de marzo, –Álava–; y, (iii) STC 72/2017, de 5 de junio –Navarra–. Y una afecta al territorio común: STC 59/2017, de 11 de mayo –TR de la LRHL–. Aun cuando presentan algún ligero matiz de redacción, entendemos que sustancialmente contemplan idéntica doctrina constitucional.

6. La premisa básica de la que parten las sentencias del TC examinadas es que el IIVTNU, tal y como está configurado por el TR de la LRHL y por las Normas Forales impugnadas, es constitucional siempre y cuando no grave incrementos de valor irreales, ficticios. Ello, a nuestro modo de ver, implica que continúan estando sometidos a gravamen los incrementos de valor reales.

7. El TC impone al legislador la reforma de la ley para adaptarla a la doctrina constitucional. En tanto en cuanto no se produzca tal reforma legal, los Ayuntamientos tienen el grave problema consistente en que: (i) Están obligados a gestionar el tributo; (ii) a tales efectos están obligados a aplicar los preceptos legales reguladores del IIVTNU siempre y cuando se adecuen a la doctrina sentada por el TC; (iii) sin embargo, como el TC exige que esta adecuación venga impuesta por una reforma legal, tenemos que en ausencia de cobertura legislativa la adecuación no puede derivar de una Ordenanza fiscal y, ni que decir tiene, de una práctica gestora municipal.

8. Hasta la fecha, los legisladores forales sí que han dado respuesta al mandato del TC dictando la normativa destinada a adecuar el IIVTNU a la doctrina constitucional. Desde luego que puede discutirse el acierto de su contenido, pero cuanto menos dan seguridad jurídica a los Ayuntamientos gestores del impuesto.

9. En cambio, el legislador de territorio común aún no ha dictado la norma por la que se adecue el TR de la LRHL a la doctrina constitucional sobre el IIVTNU. Ello provoca una situación de extrema inseguridad jurídica que tan sólo en parte se ha solventado tras los criterios interpretativos fijados por la STS de 9 de julio de 2018 respecto a la declaración de inconstitucionalidad parcial del IIVTNU efectuada por la STC 59/2017.

10. Los criterios interpretativos fijados por la STS citada pueden, a nuestro juicio, clasificarse con base a los principios que los justifican.

11. Con base a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, se explica que la STS fije una doctrina interpretativa que evita disparidad de criterios. En este sentido ya había sido útil la aprobación por parte de los órganos municipales de los criterios a seguir tras la declaración de inconstitucionalidad parcial del IIVTNU efectuada por la STC 59/2017.

12. Con base en el principio de capacidad económica, se explica que la STS considere que no son susceptibles de estar gravados los supuestos en los que no se ha puesto de manifiesto un incremento de valor del terreno.

13. En atención al principio de legalidad y de preferencia de ley en el marco de la doctrina del TC, se explica que la STS considere la constitucionalidad parcial de los artículos 107.1 y 107.2.a) del TR de la LRHL, lo cual implica la aplicación de las reglas reguladoras de la base imponible.

14. Con base en el principio de contribución a los gastos públicos, se explica que la STS admita la exacción del tributo en la medida que la transmisión denuncie un incremento de valor del terreno.

15. En atención al principio de salvaguarda de los derechos y garantías de los obligados tributarios en la gestión tributaria, se explica que la STS interprete la inconstitucionalidad total del artículo 110.4 del TR de la LRHL, en la medida que impide a los sujetos pasivos acreditar la existencia de una situación inexpressiva de capacidad económica.

16. Destacamos que la STS sienta dos criterios relevantes sobre la carga y los medios de prueba: (i) Esta Sentencia interpreta que no ha de ser la Administración quien demuestre que la transmisión del terreno ha generado un incremento de valor, pues la carga de la prueba en materia de sujeción tributaria recae sobre el contribuyente, de tal manera que es éste quien, en su caso, ha de demostrar que la transmisión no denuncia incremento de valor. Criterio que, aun reconociendo singular, estimamos respeta la proporcionalidad procesal por ajustarse al principio de facilidad probatoria. (ii) Esta Sentencia interpreta que los contribuyentes pueden servirse de cualquier medio de prueba admisible en Derecho, como por ejemplo, la mera aportación de las escrituras públicas de compraventa, de donación o sucesorias.. Criterio éste nada singular, pues está en perfecta sintonía con el principio general de libertad de prueba.

17. La STS, sin embargo, guarda silencio sobre otros problemas no menos importantes que plantea la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU. Se trata de los criterios interpretativos ignorados por la STS.

18. Así, ni las SSTC sobre el IIVTNU ni la citada STS se pronuncian sobre los supuestos de plusvalías escasas, esto es, de los supuestos en que, si bien el incremento de valor existe, la aplicación del tributo puede absorber en exceso la capacidad económica gravada. A nuestro modo de ver, el principio de interdicción de la confiscatoriedad –íntimamente unido al de capacidad– impone que aun cuando la transmisión denunciara un incremento de valor del terreno, el Impuesto no puede absorber la totalidad de la capacidad económica gravada. Lo cual implica: (i) Por un lado, que el sujeto pasivo tenga derecho a probar que el incremento de valor es inferior al que se desprende de los criterios forfatorios actualmente contemplados por el TR de la LRHL. (ii) Por otro lado, que la normativa que el legislador dicte para adecuar la normativa del IIVTNU a la doctrina constitucional respete el principio de proporcionalidad y, por supuesto, no dé lugar al error de salto consistente en que a un incremento de valor real le pueda corresponder una cuota igual o superior al mismo.

19. Ni las SSTC sobre el IIVTNU ni la citada STS se pronuncian sobre el alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad. A nuestro modo de ver: (i) En tanto en cuanto no medie sentencia judicial firme, serán revisables todos los pagos efectuados por IIVTNU desde que fue instaurado por la LRHL de 1988. (ii) Revisión que consistirá en adecuarlos a la declaración de inconstitucionalidad que el TC ha dictado sobre los preceptos legales en base a los cuales se efectuaron. (iii) De tal manera que si se acredita que el importe pagado no se adecúa a la doctrina constitucional cabrá solicitar su devolución, por más que estemos ante una situación jurídica firme en vía administrativa.

20. En el supuesto que nos ocupa entendemos que en la medida que las autoliquidaciones y liquidaciones giradas por el IIVTNU se ajustaban al mandato del legislador, su pago constituía un ingreso debido. Ahora bien, a la par debe aceptarse que, desde el primer momento en que el TC ha declarado la inconstitucionalidad sin limitación temporal y *ex origine* de los preceptos legales que amparaban el pago, éste deviene ingreso indebido si no se ajusta a la doctrina constitucional que prohíbe el gravamen de incrementos de valor irreales.

21. Entendemos que el plazo de prescripción para solicitar la devolución de ingresos indebidos es de cuatro años a contar desde la publicación en el BOE de la STC por la que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos legales con base en los cuales se ha producido el ingreso.

22. El procedimiento de devolución a seguir es el siguiente: (i) Cuando se trata de actos que no han adquirido firmeza en vía administrativa, lo procedente es instar el procedimiento de devolución de ingresos indebidos junto a la rectificación de la autoliquidación (art. 221.4 LGT) o, en su caso, junto al recurso de reposición destinado a que la Administración dicte el correspondiente acto administrativo de reconocimiento de la devolución (art. 221.2 LGT). (ii) Cuando se trate de actos que sí han adquirido firmeza en vía administrativa lo procedente es instar el procedimiento de devolución de ingresos indebidos en el seno del procedimiento especial de revisión consistente en la revocación (art. 219.2 LGT) o en la nulidad de pleno derecho (art. 217 LGT), cabiendo destacar que este último no se ve afectado por el plazo de prescripción.

23. Acudiendo a la normativa positiva, sabemos que hasta el momento han sido los Territorios forales quienes han dictado la normativa de adaptación del IIVTNU a la doctrina constitucional. En ella se establece que las modificaciones introducidas no tienen carácter retroactivo sobre los devengos anteriores, ya a la fecha de publicación de la propia norma foral (es el caso de Vizcaya), ya a la fecha de publicación de las respectivas Sentencias del TC (es el caso de Guipúzcoa, Álava y Navarra). Y, en todo caso, que no son aplicables a los actos que hayan adquirido firmeza con anterioridad a tal fecha. Se observa, pues, que los legisladores forales interpretan que la declaración de inconstitucionalidad efectuada por las SSTC 26, 37 y 72/2017 –Guipúzcoa, Álava y Navarra– no tiene efectos *ex tunc*. Criterio que, por los motivos expuestos no compartimos, pero es al que deberán estarse los Ayuntamientos de estos territorios históricos en tanto en cuanto el TC no se pronuncie sobre semejante limitación temporal fijada por el legislador foral.

22. Pues bien, cuando se trate de Ayuntamientos de régimen común, al no mediar todavía la pertinente normativa legal de adaptación del IIVTNU a la STC 59/2017, no les resta otro remedio que permanecer a la espera, siendo aquí cuando la opción que consideramos más ajustada a derecho por parte de los Ayuntamientos es que acudan al instituto de la suspensión, suspendiendo la tramitación de todos los expedientes de revisión que se insten por los contribuyentes a los efectos de solicitar la devolución de lo pagado por IIVTNU.

23. Si, de acuerdo con la propuesta que venimos defendiendo, el Ayuntamiento opta como opción más ajustada a derecho, suspender el procedimiento de revisión hasta que el legislador se decida modificar el TR de la LRHL para adaptarlo a la doctrina del TC sobre el IIVTNU, es fácil que transcurra el plazo máximo

para notificar la resolución. En este supuesto, el contribuyente tiene dos opciones: (i) Esperar a que el Ayuntamiento dicte resolución expresa; o, (ii) acudir a los tribunales.

24. En el supuesto de que ni tan siquiera los tribunales reconocieran el derecho a la devolución de ingresos indebidos, se abriría para el contribuyente la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador con base en el art. 32 LRJSP.

25. Los Ayuntamientos están facultados para exigir al Estado las compensaciones económicas por las devoluciones a los contribuyentes que se vean obligados a realizar con motivo de la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU, pues de otro modo se atentaría contra el principio de suficiencia financiera de las entidades locales, principio éste que resulta basilar para el cumplimiento del principio de autonomía local.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. (1990): *El Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*. Granada: Comares.
- ALÍAS CANTÓN, M. (2017): “Efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de diversos artículos del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en *Crónica Tributaria*, núm. 164.
- ALÍAS CANTÓN, M. (2017b): “La escritura como prueba para acreditar la depreciación del valor a efectos del IIVTNU”, en *Quincena Fiscal*, núm. 11.
- ALONSO GONZÁLEZ, L. M. (1995): “La sentencia del Tribunal Constitucional 221/1992, en materia de impuesto sobre plusvalía: un paso más hacia el distanciamiento del principio de capacidad económica”, en *Revista de Hacienda Local*, núm. 74.
- ANGLÈS JUANPERE, B. (2018): “La nueva plusvalía municipal, de momento”, en *Tributos Locales*, núm. 134.
- ARANA LANDÍN, S. (2018): “Los primeros intentos de mantenimiento del IIVTNU tras la declaración de inconstitucionalidad: vuelta a la vulneración del principio de capacidad contributiva, de no confiscatoriedad y del derecho de defensa”, en *Tributos Locales*, núm. 134.
- BARRIO GALLARDO, A. (2018): “El cálculo de la plusvalía a debate tras su declaración de inconstitucionalidad parcial”, en *Quincena Fiscal*, núm. 15.
- CARBAJO DOMINGO, M. A. y VEGA FELGUEROSO, J. (2018): “La responsabilidad patrimonial en las Leyes 39 y 40/2015”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 6.
- CASANA MERINO, F. (1994): *El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*. Madrid: Marcial Pons.
- CASANA MERINO, F. (2017b): “Los incrementos de valor inconstitucionales en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 8. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i8.10445>.
- CUBILLES SÁNCHEZ-POBRE, P. (2017): “El IIVTNU, ¿llegó por fin el momento de modificarlo?”, en *Tributos Locales*, núm. 129.
- CHECA GONZÁLEZ, C. (2000): *Los tributos locales. Análisis jurisprudencial de las cuestiones sustantivas más controvertidas*. Madrid: Marcial Pons.
- CHICO DE LA CÁMARA, P. (2012): *La revisión de actos tributarios en la esfera local*. Madrid: Renta Grupo Editorial, (Tributos Locales, monografía núm. 1).
- CHICO DE LA CÁMARA, P. (2013): “Pérdidas de valor en el IIVTNU y Principio de Capacidad Económica”, en *Tributos Locales*, núm. 111.
- DEL BLANCO GARCÍA, A. y GARCÍA CARRETERO, B. (2015): “Cuestiones controvertidas y propuestas de reforma del IIVTNU”, en *Tributos Locales*, núm. 122.
- ENTRENA CUESTA, R. (1981): *Curso de Derecho administrativo*, vol. I/1. Madrid: Tecnos.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, E. (1993): “Impuesto sobre el Valor de los Terrenos: de la presunción a la ficción jurídica”, en *Gaceta Fiscal*, núm. 108.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, E. (1995): *Presunciones y legales y Derecho tributario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- FALCÓN Y TELLA, R. (1993): “La posible inconstitucionalidad del IIVTNU”, en *Revista Técnica Tributaria*, núm. 21.
- FERREIRO LAPATZA, J. J. (1989): “Análisis constitucional de la nueva Ley reguladora de las Haciendas Locales”, en *Revista de Hacienda Autonómica y Local*, núm. 55-56.
- GARCÍA DE LA ROSA, C. (2018): “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por declaración de inconstitucionalidad de las Leyes en la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público”, en *Civitas-Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 191.
- GARCÍA FRÍAS, A. (2017): “Reflexiones sobre el presente y el futuro del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana a la luz de las SSTC 57 y 59/2017, de 11 de mayo”, en *Civitas-Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 175.
- GARCÍA LUENGO, J. (2002): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Civitas.

- HERNÁNDEZ, A. (1991): “El Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en *La reforma de las Haciendas Locales*, t. II. Valladolid: Lex Nova.
- LÓPEZ LEÓN, J. (2002): *Gestión e Inspección del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*. Madrid: El Consultor.
- LÓPEZ LEÓN, J. y VERA MESA, A. J. (2018): “Reflexiones sobre el Proyecto de Ley de modificación del TRLRHL relativo al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en *Tributos Locales*, núm. 135.
- MACHO PÉREZ, A. B. (2006): *El principio de irretroactividad en derecho tributario*, tesis doctoral. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, D. (2017): “Significado y alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la regulación del IIVTNU en Guipúzcoa y Álava”, en *Revista de Contabilidad y Tributación-CEF*, núm. 409.
- MARTÍN QUERALT, J. (2017): “Los perfiles siempre litigiosos del Impuesto Municipal de Plusvalía. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 2017”, en *Carta Tributaria*, núm. 25.
- MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J. M. (2017): “Alcance y efectos de la declaración de inconstitucionalidad parcial de la normativa legal del IIVTNU (ST 59/2017, de 11 de mayo)”, en *Tributos Locales*, núm. 131.
- MORENO SERRANO, B. (2012): *Impuesto sobre el incremento de valor de los Terrenos de naturaleza urbana. Aspectos más relevantes de su ordenamiento jurídico*. Las Rozas: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.
- MORENO SERRANO, B. (2017): “La «plusvalía» al borde del abismo”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 6.
- NIETO MONTERO, J. J. (1997): *La Gestión de los Impuestos Municipales*. Pamplona: Aranzadi.
- ORÓN MORATAL, G. (1992): “El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en *Palau 14*, núm. 18.
- PAGÈS I GALTÉS, J. (2006): *Tratado de ordenanzas fiscales*. Madrid: Marcial Pons.
- PAGÈS I GALTÉS, J. (2010): “La responsabilidad patrimonial de los entes locales en materia de ordenanzas fiscales”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 22.
- PALAO TABOADA, C. (2017): “Por qué yerra el TC en sus sentencias sobre el IIVTNU”, en *Nueva Fiscalidad*, núm. 2.
- QUESADA SANTIUSTE, F. (2001): *Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*. Barcelona: Bayer Hermanos.
- REBÉS I SOLÉ, J. E. (1987): “L’Impost municipal sobre l’increment del valor dels terrenys (I)”, en *Manual de Dret Tributari Local*. Barcelona: Escola d’Administració Pública de Catalunya.
- RUBIO DE URQUÍA, J. I. (2017): “El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la Plusvalía municipal; ahora toca que se pronuncie el legislador”, en *Tributos Locales*, núm. 129.
- RUBIO DE URQUÍA, J. I. (2018): “Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular y reforma del IIVTNU”, en *Tributos Locales*, núm. 134.
- RUBIO DE URQUÍA, J. I. y ARNAL SURÍA, S. (1989): *Ley reguladora de las Haciendas Locales*. Madrid: Abella.
- SÁNCHEZ GALIANA, J. A. (2002): *Fiscalidad inmobiliaria en la Hacienda Municipal*. Granada: Comares.
- SIMÓN ACOSTA, E. (1987): “L’Impost municipal sobre l’increment del valor dels terrenys (III)”, en *Manual de Dret Tributari Local*. Barcelona: Escola d’Administració Pública de Catalunya.
- URQUIZU CAVALLÉ, A. (2018): “La tributación de la vivienda de los no residentes en territorio español: análisis y propuestas de reforma normativa en referencia al Impuesto sobre la Renta de no Residente”, en *Reformando las tenencias de la vivienda*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VARONA ALABERN, J. E. (2010): “A vueltas con la inconstitucionalidad del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana”, en *Quincena Fiscal*, núm. 18.
- VILLCA POZO, M. (2018): “Tributación asequible a la promoción del acceso a la vivienda: propuestas de reforma en los impuestos que gravan la adquisición de la vivienda”, en *Reformando las tenencias de la vivienda*. Valencia: Tirant lo Blanch.



La contratación de los servicios jurídicos en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹

The contracting of legal services under law 9/2017, november 8th, on public sector contracts

Jesús Rubio Beltrán
Diputación Provincial de Zaragoza (España)
jrubiobeltran@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Funcionario de Administración Local (Técnico de Administración General, Rama Jurídica), con una trayectoria profesional de más de 18 años en el ámbito local, y habiendo desempeñado diferentes puestos de trabajo en entidades locales de la provincia de Zaragoza, a los que se atribuye el asesoramiento legal preceptivo, y también el control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, en particular en el sector de la contratación pública. Master en Contratación Pública Local por el Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid.

RESUMEN

La Directiva 2014/24/UE, aprobada por el Parlamento Europeo el 14 de enero de 2014 y publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 28 de marzo de 2014, incorpora novedades en cuanto al régimen jurídico de los contratos de servicios en general, y también en cuanto al régimen aplicable a los contratos de servicios jurídicos, en particular. Transpuesta la Directiva por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, las exclusiones de los servicios jurídicos de su regulación y aplicación, lejos de ser respetadas, no han sido atendidas por el legislador nacional, ni tan siquiera en la regulación de un régimen simplificado de contratación de estos servicios. Este estudio aborda el tratamiento de la contratación de los servicios jurídicos en la LCSP; las particularidades en la contratación de estos servicios derivadas de la mutua confianza como elemento que caracteriza la prestación de los servicios jurídicos; y la necesidad de un tratamiento diferenciado en la contratación de determinados servicios jurídicos –los excluidos por el art. 10.d) de la Directiva–, como medida posible en aplicación de la Directiva 2014/24/UE².

¹ Trabajo Fin de Máster presentado en la Sexta Edición del Máster de Contratación Pública Local de la Universidad Autónoma de Madrid, bajo la dirección académica de la Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid Silvia Díez Sastre, Madrid, junio 2018.

² Abreviaturas, siglas y acrónimos utilizados: CE: Constitución Española de 1978; DA: Disposición adicional; ICAL: Orden HAP/1781/2013, de 20 de septiembre, por la que se aprueba la Instrucción del modelo normal de contabilidad local; IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido; JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; JCCA Ar: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; JCCA Cat: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña; art.: artículo; LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público; LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; LALA, Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón; TRRL: 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; TRLRHL: 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; LCAP: Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; TRLCSP: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se

PALABRAS CLAVE

Contratos públicos; servicios jurídicos; calificación del contrato; transposición de Directivas.

ABSTRACT

Directive 2014/24/EU, passed by the European Parliament on January 14th 2014 and published in the Official Journal of the European Union on March 28th 2014, throws new light on the legal regime of general service contracts, and particularly on the regime applicable to contracts of legal services. Once the Directive has been transposed into Law 9/2017 of November 8th on Public Sector Contracts, the exclusions of legal services from their regulation and application, far from being respected, have not been addressed by the national legislator, nor even in the regulation of a simplified system for contracting these services. This paper addresses the treatment of contracting legal services under the Public Contracts Law, the peculiarities of the contract of these services based on mutual trust as an element that distinguishes the provision of legal services, and the need for differentiated treatment when contracting certain legal tools –those excluded by art. 10.d) of the Directive–, as a possible measure in application of Directive 2014/24/EU.

KEYWORDS

Public contracts; legal services; qualification of the contract; transposition of Directives.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. LOS SERVICIOS JURÍDICOS COMO PRESTACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. 2.1. LOS SERVICIOS JURÍDICOS EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE. 2.2. LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS EN LA LCSP. 2.3. EL TRATAMIENTO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS EN OTROS PAÍSES DE LA UE. ALGUNOS ELEMENTOS DIFERENCIADORES EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS JURÍDICOS. 3.1. EL OBJETO DEL CONTRATO DE SERVICIOS JURÍDICOS. 3.2. EL PRECIO EN EL CONTRATO DE SERVICIOS JURÍDICOS. 3.3. LAS EXIGENCIAS DE SOLVENCIA EN EL CONTRATO DE SERVICIOS JURÍDICOS. 3.4. LA EXPERIENCIA COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN EN EL CONTRATO DE SERVICIOS JURÍDICOS. 3.5. LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS JURÍDICOS. 3.6. LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO. LA NECESIDAD DE UN TRATAMIENTO DIFERENCIADO EN LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS. 4.1. EL TRATAMIENTO DIFERENCIADO DE ALGUNOS SERVICIOS EN LA LCSP: LOS DENOMINADOS «SERVICIOS INTELECTUALES». 4.2. EL ELEMENTO FORMAL DEL CONTRATO DE SERVICIOS JURÍDICOS: LA VOLUNTAD DE LAS PARTES Y LA MUTUA CONFIANZA. CONCLUSIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2014/24/UE ha modificado sustancialmente el régimen jurídico de la regulación de los servicios, eliminado su división en categorías y la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados en atención a esa división. En lo que se refiere a la regulación de los servicios jurídicos, la Directiva establecía que estos servicios solamente quedaran sujetos a la normativa contractual pública cuando su presupuesto superara

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.; LGP: Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; LTBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno; LTPA: Ley 8/2015, de 25 marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón; RD: Real decreto; RGLCAP: 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; ROF: Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales; RPEL: Real Decreto 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos; RFALHN: Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional); EAB: Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española; CDEO: Código Deontológico Abogacía adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, aprobado en el Pleno de 27 de septiembre de 2002 y modificado en el Pleno de 10 de diciembre de 2002; STS: Sentencia Tribunal Supremo; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia; TACPA: Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; TC: Tribunal Constitucional.

los 750.000 euros (art. 4 de la Directiva), y que su objeto contractual no hubiera sido excluido expresamente al amparo de los artículos 7 a 17 de la misma³.

Una de las novedades que introduce la Directiva 2014/24/UE⁴ es, precisamente, la exclusión de su ámbito de aplicación de determinados servicios jurídicos. En concreto, el art. 10.d) de la Directiva, que regula determinadas «exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios», dispone la inaplicación de la misma a aquellos contratos públicos de servicios que tengan como objeto:

«d) cualquiera de los siguientes servicios jurídicos:

- i) *representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (Considerando 25) en:*
 - *un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o*
 - *un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.*
- ii) *asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el inciso i) de la presente letra, o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE.*
- iii) *servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario.*
- iv) *servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos proveedores sean designados por un órgano jurisdiccional en el Estado miembro en cuestión o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales.*
- v) *otros servicios jurídicos que en el Estado miembro de que se trate estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público.».*

En el ámbito de la contratación pública los servicios jurídicos constituyen uno de los contratos típicos del sector público. Se recogen expresamente tanto en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, como en el Anexo II del hasta hace poco vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) dentro de la categoría 21. Y, actualmente, figuran como uno de los considerados como servicios específicos o especiales relacionados en el Anexo IV de la LCSP.

Dentro de esta categoría se incluyen una relación de servicios de muy diferente naturaleza y que el vocabulario común de contratos (CPV) aprobado por el Reglamento Núm. 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, califica en tres grandes subcategorías que encuadra en los códigos 79110000-8 a 79140000-7: Representación en juicio; Asesoría; y Documentación e información jurídicas.

La propia Directiva de contratación pública los define con más precisión y restringe los servicios jurídicos, concretamente los dos primeros (servicios de representación en juicio y asesoría) a los definidos en el art. 1 de la Directiva 77/249/CEE, del Consejo, de 22 de marzo de 1977, que son las actividades de abogacía ejercidas en concepto de prestación de servicios. Y, a su vez, excluye estos servicios jurídicos de la aplicación de la Directiva (art. 10.d).

Por tanto, los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio en el ámbito de la contratación pública se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del derecho.

Los servicios prestados por abogados están regulados en España en el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. El 31 de mayo de 2001 se

³ MORENO JUNCEDA, J. (abogado) (2017): «¿Por qué los servicios jurídicos no están excluidos de la Ley de Contratos Públicos?» (31 de octubre de 2017). *Conflegal*. <https://conflegal.com/20171031-por-que-los-servicios-juridicos-no-estan-excluidos-de-la-ley-de-contratos-publicos/> (consultado: 15-06-2018).

⁴ Informe 14/2016, de 20 de julio, de la Junta Consultiva Contratación Administrativa de Aragón.

suscribió el Pacto de Estado para la reforma de la justicia con el fin de abordar una modernización íntegra de nuestro sistema judicial, impulsando un nuevo modelo de justicia global y estable que garantice con rapidez, eficacia y calidad los derechos de los ciudadanos. Los abogados deben jugar en este proceso un papel esencial. En este sentido, el punto veinte del Pacto de Estado, relativo a los abogados, prevé de manera explícita la aprobación de un nuevo Estatuto de la Abogacía que constituya un nuevo marco normativo para el ejercicio de la profesión.

Para alcanzar una justicia más ágil y eficaz resulta fundamental modernizar la regulación de la profesión de abogado como colaborador necesario de la función jurisdiccional. El papel que desempeña el abogado en el ejercicio de su profesión y en defensa de su cliente contribuye activamente a mejorar e incrementar la calidad de la Justicia.

El art. 1 EAB establece que la abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la justicia.

En el ejercicio profesional, el abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía y al consiguiente régimen disciplinario colegial.

Es sobre esta categoría de servicios jurídicos –de representación en juicio y asesoría, y el resto de servicios que enumera el art. 10.b) de la Directiva 2014/24/UE–, incorporados por el legislador nacional en el art. 19.2.e) LCSP para ser excluidos de la regulación armonizada cualquiera que sea su importe, pero no de la aplicación de la LCSP, y no sobre el resto de servicios jurídicos, sobre la que se demanda la necesidad de un tratamiento diferenciado para su contratación por el sector público o bien su exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP.

En este contexto, este trabajo aborda el tratamiento de la contratación de los servicios jurídicos en la LCSP. El estudio a realizar parte del análisis de los diferentes elementos que conforman este contrato de servicios: el objeto, el precio, la voluntad de las partes y la duración del contrato. En particular, y como elemento fundamental, se analiza el elemento subjetivo de la mutua confianza en la prestación de los servicios jurídicos. Este análisis concluirá, de ser posible, en la caracterización del contrato de servicios jurídicos como un contrato con características intrínsecas especiales.

Posteriormente, se hará una aproximación a las actuaciones relativas a la contratación de los servicios jurídicos en el sector público: la preparación del contrato, los procedimientos de licitación, la adjudicación y la formalización del contrato; analizando, respecto a estas cuestiones procedimentales, las dificultades y peculiaridades que surgen al aplicar las previsiones contenidas en la LCSP a este específico tipo de servicios. Con el análisis de las actuaciones preparatorias del contrato, se tratará también de concluir, de ser posible, la necesidad de exigir un tratamiento diferenciado en la contratación de los servicios jurídicos por el sector público.

Y, por último, se acometerá el estudio del tratamiento especial que la LCSP realiza de algunos servicios: los denominados «servicios intelectuales». Y la posibilidad de que los servicios jurídicos, con tal consideración, gocen también de un tratamiento diferenciado en la LCSP o bien, como posibilita la Directiva 2014/24/UE, sean excluidos de su ámbito de aplicación, exclusión de la que existen modelos de los que tomar ejemplo en el Derecho comparado europeo.

II. LOS SERVICIOS JURÍDICOS COMO PRESTACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

2.1. Los servicios jurídicos en la Directiva 2014/24/UE

La Directiva 2014/24/UE incorpora novedades en cuanto al régimen de los contratos de servicios en general, y también en cuanto al régimen aplicable a los contratos de servicios jurídicos, en particular.

Así, en relación con los contratos de servicios, desaparece su clasificación en 27 categorías, y con ello la dualidad de regímenes jurídicos en función de que el contrato lo fuera de las categorías 1 a 16 ó 17 a 27. De ello cabe deducir, en primer lugar, que la categoría de «contrato de servicios sujeto a regulación armonizada» a la que se refería el art. 16 TRLCSP queda uniformizada desde el punto de vista objetivo, subsistiendo alguna diferencia si atendemos al umbral económico del contrato, como más adelante se indicará. Hasta ahora sólo estaban sujetos a regulación armonizada los contratos de servicios comprendidos en las catego-

rías 1 a 16 del Anexo II del TRCLSP que superasen un determinado umbral económico, pero en ningún caso los de las categorías 17 a 27, estando los contratos de servicios jurídicos comprendidos en la categoría 21.

Al analizar el régimen particular de los contratos de servicios jurídicos previsto en la Directiva es donde apreciamos novedades importantes. Y es que este tipo de contratos únicamente quedarán sujetos a la Directiva cuando concurren dos condiciones. La primera, que el importe del contrato supere los umbrales económicos fijados en el art. 4 de la Directiva 2014/24/UE. Y la segunda, que el objeto del contrato no haya sido objeto de una exclusión expresa conforme a lo dispuesto en los artículos 7 a 17 de la citada Directiva.

En este sentido, el art. 4 de la Directiva sitúa en 750.000 euros el umbral económico de sometimiento a las disposiciones de la Directiva para los servicios sociales y los servicios específicos recogidos en el Anexo XIV, entre los que se encuentran los contratos de servicios jurídicos en la medida en que no estén excluidos en virtud del art. 10.d), y de 135.000 o 209.000 euros, en el resto de contratos de servicios, en función del poder adjudicador del que se trate.

Y una de las novedades que introduce la Directiva 2014/24/UE es, precisamente, la exclusión de su ámbito de aplicación de determinados servicios jurídicos. En concreto, los referidos en el art. 10.d) de la Directiva.

La Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, a la que se refiere la Directiva 2014/24/UE, está dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados. Y por ello el Considerando 25 de la Directiva 2014/24/UE, justifica la exclusión a la que se refiere el art. 10.d) en los siguientes términos: «*Determinados servicios jurídicos son facilitados por proveedores de servicios nombrados por un tribunal o un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, implican la representación de clientes en un proceso judicial por abogados, deben ser prestados por notarios o guardar relación con el ejercicio de una autoridad oficial. Dichos servicios jurídicos son prestados normalmente por organismos o personas nombrados o seleccionados mediante un procedimiento que no puede regirse por las normas de adjudicación de los contratos, como ocurre, por ejemplo, en algunos Estados miembros, con el nombramiento del ministerio fiscal. Por consiguiente, estos servicios jurídicos deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva*».

Con independencia del carácter claro y preciso de la exclusión de los servicios jurídicos a través de abogado contenida en esta Directiva –lo que habría de haber supuesto su efecto directo desde el 18 de abril de 2016 mientras no se promulgara la nueva Ley–, la doctrina consultiva⁵ vino recordando, al igual que los Tribunales Administrativos Públicos de Contratos, entre ellos el de Aragón⁶, que dicho efecto directo requiere de la transposición formal al derecho interno, en especial cuando se trata del llamado efecto vertical descendente, por lo que habría que esperar a que la citada exclusión fuera transpuesta al derecho español para que fuera efectiva.

Sobre la aplicación directa del art. 10 de la Directiva, hay que recordar lo ya señalado con carácter general para cualquier precepto del que se predique su efecto directo⁷: su contenido debe ser claro, preciso e incondicionado, es decir, que no requiera previamente de ningún acto de concreción para ser aplicado, tal y como se explica, entre otros, en el Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la JCCA Ar. En este sentido, el art. 10.d) de la Directiva 2014/24/UE puede considerarse un precepto claro y preciso respecto de la exclusión del ámbito de la regulación de la Directiva de los trabajos de servicios jurídicos de defensa mediante abogado, por lo que cumpliría con tales requisitos para su aplicación directa.

Sin embargo, dado que conforme a la jurisprudencia del TJUE existe prohibición del efecto directo vertical descendente, los poderes adjudicadores no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta, en perjuicio de los particulares o alterar su propio estatus jurídico. De esta forma, en tanto la mencionada exclusión no sea incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, por transposición expresa de la Directiva por el legislador nacional, no puede invocarse su aplicación⁸.

Por otra parte, en cuanto a los contratos de servicios jurídicos no excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, por no tener encaje en ninguno de los supuestos señalados en el art. 10.d), habría que distinguir aquellos mencionados en el Anexo XIV de la Directiva (Códigos CPV 79100000-5 a 79140000-7), al que remite el art. 74 de la misma, para los cuales está prevista la aplicación de un régimen «simplificado» (según indica el Considerando 116 de la Directiva) definido en el Capítulo I del Título III de la Directiva 2014/24/UE.

⁵ Documento de Estudio de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, presentado y aprobado el 1 de marzo de 2016.

⁶ Acuerdo 53/2016, de 31 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

⁷ Informe 14/2016, de 20 de julio, de la Junta Consultiva Contratación Administrativa de Aragón.

⁸ Acuerdo 53/2016, de 31 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

No obstante, los artículos 74 y siguientes de la Directiva no resultan de aplicación directa, por lo que resulta precisa también su transposición al Derecho nacional. Para el resto de contratos de servicios jurídicos –no excluidos ni sometidos al régimen de los artículos 74 y siguientes–, resultará de aplicación el régimen general previsto para los contratos de servicios.

La referencia que se hace al CPV 75231100-5 en el Anexo XIV, y que se ha incorporado en el Anexo IV de la LCSP, debe entenderse como un error pues no se recoge en el Reglamento (CE) 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV⁹.

De especial interés para los abogados y para los organismos y las empresas del sector público que contratan los servicios de estos profesionales puede resultar el nuevo tratamiento de la contratación pública de algunos servicios jurídicos y las posibilidades en su prestación que se generaría, bien de regularse un procedimiento especial para la contratación de estos servicios o bien de aplicar la exclusión prevista en la Directiva.

2.2. La regulación de los servicios jurídicos en la LCSP

Los servicios jurídicos prestados al sector público no tienen una regulación específica en la LCSP equiparándose al resto de servicios, igual que ocurría con la regulación del TRLCSP, a salvo de la exclusión de la regulación armonizada de determinados servicios jurídicos, y algunas cuestiones procedimentales de poca o escasa relevancia.

El art. 17 LCSP define el contrato de servicios en los siguientes términos: «*Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*».

Y el art. 11.2 y 3 LCSP, con la denominación «*Otros negocios y contratos excluidos*», excluye del ámbito de aplicación de la norma, únicamente, y a diferencia de la regulación contenida en la Directiva 2014/24/UE, los siguientes servicios jurídicos: a) *Las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general, es decir, los servicios jurídicos sometidos a arancel, y b) Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación.*

Quedan de este modo incorporados y sometidos a las previsiones de la LCSP, de forma casi incomprensible, los servicios jurídicos que la Directiva 2014/24/UE excluía de forma expresa en el art. 10.d).

Únicamente, la LCSP, al regular los contratos sujetos a regulación armonizada, excluye en el art. 19.2.e) de la regulación armonizada, con independencia del valor estimado del contrato, los siguientes servicios jurídicos que, no obstante, quedan sometidos a la aplicación de la LCSP:

- 1.º La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.
- 2.º El asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior de la presente letra, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado.
- 3.º Los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público.
- 4.º Los servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos prestadores sean designados por un órgano jurisdiccional o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales.

⁹ SANMARTÍN MORA, M. A. (2018): "La contratación de prestaciones de carácter intelectual en la Ley 9/2017 de contratos del sector público". *Observatorio de Contratación Pública*. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.342/relcategoria.121/relmenu.3/chk.22526a1a262b201d1ee7b78e398eb1e7> (consultado: 15-06-2018).

5.º Otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público.

Al contrario, sí que están sujetos a regulación armonizada el resto de servicios jurídicos, distintos de los antes señalados, cuyo importe sea superior a 750.000 euros y estén incluidos en el Anexo IV (servicios sociales y otros servicios específicos), con los Códigos CPV 79100000-5 a 79140000-7.

Y pese a que la Directiva permitía para estos servicios la exclusión en los supuestos del art. 10.d), y la regulación de un procedimiento específico simplificado para determinados servicios jurídicos, la LCSP ni los ha excluido, ni ha regulado ningún procedimiento específico.

Por último, la LCSP recoge algunas previsiones que resultan aplicables en virtud de que los servicios jurídicos están incluidos dentro de los servicios especiales del Anexo IV de la LCSP. Son previsiones de poca y escasa trascendencia y que, en ningún caso, sustituyen el procedimiento general de contratación aplicable a la contratación de los servicios jurídicos por el sector público: si se usa un anuncio de información previa este podrá abarcar un plazo superior a 12 meses (art. 134.6), y la modificación de estos contratos no exige publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 207.3)¹⁰.

2.3. El tratamiento de los servicios jurídicos en otros países de la UE

La Directiva 2014/24/UE reconoce unas características intrínsecas especiales en la prestación de determinados servicios jurídicos que conllevan la exigencia de un tratamiento específico para este tipo de servicios que no queda cubierto por las condiciones, más restrictivas, que impone la normativa de contratación pública.

El Considerando 25 de la Directiva justifica la exclusión a la que se refiere el art. 10.d) en el hecho de que el mercado de los servicios jurídicos es eminentemente un mercado nacional porque el Derecho varía en cada Estado miembro, y no es éste un mercado que se abra a la concurrencia de operadores de otros Estados. También es esa la razón por la que la Directiva aumenta el umbral económico para la aplicación de la regulación armonizada a los servicios jurídicos. El legislador europeo ha ponderado los principios de la contratación pública y ha considerado que no siempre hay que abrir las licitaciones o hay que hacerlo con el mismo grado de publicidad y garantías. El legislador europeo no aplica las medidas y garantías previstas en las Directivas, o las pondera en su justa medida, cuando las circunstancias del mercado no exigen su protección. Y así se ha considerado en el caso de la prestación de los servicios jurídicos.

En el Derecho comparado existen ejemplos claros de aplicación de este modo de interpretar la Directiva que pueden ser extrapolados y copiados a nuestro Derecho nacional.

En Francia la regulación de este tipo de servicios tiene sus especificidades. Sin perjuicio de la exclusión de los servicios públicos de la regulación de los servicios legales de representación de las reglas de la Contratación Pública, este tipo de servicios quedan sometidos a algunas reglas de procedimiento que derivan de que el objeto del contrato principal se refiera solo a los servicios legales de representación legal de un cliente por un abogado en un procedimiento legal, en el sentido de la exclusión prevista en el art. 10.d) de la Directiva 2014/24/UE, a los que se refiere la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, en cuyo caso quedan excluidos de su aplicación, o bien si los servicios se refieren a un objeto más amplio que esos concretos servicios jurídicos e incorporan otro tipo de servicios, en cuyo caso quedan sometidos a la aplicación de la norma y a unas reglas específicas de procedimiento, igual que el resto de servicios.

La regulación de los servicios jurídicos, que denomina «*servicios legales representativos de contratación pública*», se encuentra en el art. 29, Décret núm. 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics¹¹.

En Alemania, aprovechando la posibilidad de exclusión de determinados servicios jurídicos prevista en el art. 10.d) de la Directiva 2014/24/UE, a los que se refiere la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, los servicios jurídicos se excluyen cuando regulan la adjudicación de contratos públicos por poderes adjudicadores.

¹⁰ SANMARTÍN MORA, M. A. (2018): "La contratación de prestaciones de carácter intelectual en la Ley 9/2017 de contratos del sector público". *Observatorio de Contratación Pública*. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.342/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.22526a1a262b201d1ee7b78e398eb1e7> (consultado: 15-06-2018).

¹¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decree/2016/3/25/EINM1600207D/jo/texte> (consultado: 15-06-2018).

La regulación de la exclusión se encuentra en el art. 116 de la Ley de Defensa de la Competencia (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung von 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245).

Se indica que están excluidos los contratos que celebran poderes adjudicadores siempre que tengan por objeto servicios jurídicos cuando afecten a las siguientes prestaciones concretas:

a) Representaciones por un abogado:

- aa) En procedimientos judiciales o administrativos tanto de carácter nacional como internacional.
- bb) Procedimientos de arbitraje o conciliación nacional o internacional.

b) Asesoramiento por un abogado, siempre que sea para preparar una representación de las indicadas en el apartado anterior o cuando puedan darse circunstancias o exista una alta probabilidad de que acabe abriéndose un procedimiento de los indicados en el apartado anterior.

c) Actividades asumidas por notario: fe pública y certificados.

d) Actividades realizadas en el marco de un procedimiento judicial (contratar a expertos, etc.) o servicios jurídicos que solicita un órgano judicial o que impone la Ley.

e) Actividades que exigen el ejercicio de potestades públicas, aunque sea parcialmente.

Es decir, se recoge de forma clara y meridiana la exclusión de los servicios jurídicos, y de estos servicios en concreto, que coinciden con los previstos en la Directiva, de la aplicación del derecho alemán previsto en la Ley de la Competencia para la contratación de los poderes adjudicadores.

Y, por último, también en Italia se excluyen los servicios jurídicos del mismo modo que en el Derecho alemán y francés.

El art. 17.1.d) del Codice dei Contratti Pubblici¹², que entró en vigor el 19 de abril de 2016, una vez incorporada la Directiva 2014/24/UE, indica que las disposiciones del presente código no se aplicarán a los contratos y a las concesiones de los servicios en relación a los servicios legales a los que se refiere el art. 10.d) de la Directiva 2014/24/UE.

En definitiva, la propia Directiva 2014/24/UE abre a los Estados miembros, reconociendo que el mercado de los servicios jurídicos es eminentemente nacional y de poco o escaso interés para el mercado, la posibilidad de excluir de su aplicación los servicios jurídicos descritos en el art. 10.d) de la Directiva. El legislador nacional debería tomar nota de este modo de actuar e interpretar las Directivas en esos mismos términos para su transposición a las normas nacionales.

III. ALGUNOS ELEMENTOS DIFERENCIADORES EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS JURÍDICOS

3.1. El objeto del contrato de servicios jurídicos

La calificación de un contrato es una consecuencia directa del principio de legalidad contenido en el art. 103 CE, y no puede quedar al albur del órgano de contratación, sino que requiere un detenido estudio y análisis del contenido de las prestaciones de su objeto¹³.

Los contratos de servicios jurídicos se califican en derecho común como de arrendamiento de servicios conforme a lo dispuesto en el art. 1544 del Código Civil: «*En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*».

En el ámbito de la contratación pública los servicios jurídicos constituyen uno de los contratos típicos del sector público cuyo ámbito ha quedado delimitado al definir el concepto de servicios jurídicos en el capítulo 1.

En relación al objeto del contrato, queda por determinar, y a priori resulta complejo, las prestaciones que puede incluir el objeto del contrato de servicios jurídicos así definido conforme al art. 99 LCSP. Las necesidades de asesoría y representación en juicio pueden ser complejas, difíciles de determinar en contenido y duración, confrontan con el fraccionamiento del contrato, y deben respetar los principios que rigen la contratación del sector público contenidos en el art. 1 LCSP.

¹² https://www.codiceappalti.it/documenti/CodiceAppalti.it_Ultimo_aggiornamento.pdf (consultado: 15-06-2018).

¹³ Acuerdo 343/2014, de 20 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

El art. 99 LCSP prescribe que el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado y que no podrá fraccionarse 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 y, además, 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.

El concepto de «*unidad funcional*» es el que determina el contenido del principio de objeto completo en cada caso: *unidad funcional* y «*totalidad del objeto del contrato*» son lo mismo. Esto significa que sólo si existe más de una unidad funcional en el marco del objeto contractual sería posible el fraccionamiento o la división por lotes¹⁴.

El objeto del contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, puede incorporar actuaciones e intervenciones diversas que en todo caso afectan al ámbito competencial del poder adjudicador, y puede comprender tanto la asistencia jurídica para preparar el proceso (comparecencia y personación en el proceso, preparación del expediente a remitir al órgano judicial, emplazamiento de interesados en el recurso, etc.), como la propia representación en juicio (formulación de demanda y contestación, pruebas, testigos, recursos frente a autos y sentencias, etc.), en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales.

Las variadas actuaciones que pueden incorporarse al objeto de este contrato de servicios impiden y dificultan que el *órgano de contratación* pueda determinar de forma exacta y precisa el contenido completo de la asistencia y representación en juicio en el momento de la preparación de la licitación. Es decir, si el objeto debe incluir todas las actuaciones referidas o las mismas pueden o deben ser objeto de contratos independientes, o bien, si procede su licitación en lotes¹⁵. Sería así posible establecer respecto a este tipo de contrato de servicios su licitación en lotes (por ejemplo, tomando como referencia las especialidades procedimentales y procesales de las distintas ramas del Derecho (penal, administrativo, civil, mercantil y laboral), lo que podría determinar la división de un contrato de asistencia jurídica para la defensa en juicio de una entidad en lotes en atención a las diversas especialidades o ramas del Derecho. Y también sería posible establecer la división en lotes del objeto del contrato en atención a la complejidad técnica de los asuntos jurídicos tratados, o bien de la cuantía económica de los mismos.

De este modo, queda constatada la dificultad que supone para el órgano de contratación la determinación del objeto del contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, en el modo exigido por el art. 99 LCSP.

3.2. El precio en el contrato de servicios jurídicos

El art. 100 LCSP, referido al presupuesto base de licitación, también puede plantear algún problema en relación a su determinación para este tipo de contratos de servicios jurídicos. Por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el IVA, salvo disposición en contrario, y en el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. Y es en este punto donde hay que preguntarse cuáles son los precios de mercado en los contratos de servicios jurídicos de asistencia y defensa en juicio¹⁶.

A tal efecto, el art. 100 LCSP prescribe que el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en los que, el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución, formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia, cuestión ésta difícil de aplicar al contrato de servicios jurídicos pese a que el servicio se presta por personas físicas, el abogado.

Pero respecto a la determinación del precio del contrato y en un sentido distinto, el art. 44 del EAB, al remitir la fijación del precio del contrato a la libertad de las partes, determina que «*el abogado tiene derecho a*

¹⁴ AGUDO GONZALEZ, J. (2013): "El Fraccionamiento de los Contratos: Invalidez y Fraude de Ley". *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, núm. 161, págs. 147-181.

¹⁵ Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. *Resolución núm. 65/2018*, de 28 de febrero de 2018.

¹⁶ Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. *Resolución núm. 65/2018*, de 28 de febrero de 2018.

una compensación económica adecuada por los servicios prestados, así como al reintegro de los gastos que se le hayan causado. La cuantía de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el abogado, con respeto a las normas deontológicas y sobre competencia desleal. A falta de pacto expreso en contrario, para la fijación de los honorarios se podrán tener en cuenta, como referencia, los baremos orientadores del Colegio en cuyo ámbito actúe, aplicados conforme a las reglas, usos y costumbres del mismo, normas que, en todo caso, tendrán carácter supletorio de lo convenido y que se aplicarán en los casos de condena en costas a la parte contraria. Dicha compensación económica podrá asumir la forma de retribución fija, periódica o por horas. Respecto a las costas recobradas de terceros se estará a lo que libremente acuerden las partes, que a falta de pacto expreso habrán de ser satisfechas efectivamente al abogado. Se prohíbe en todo caso la cuota litis en sentido estricto, entendiéndose por tal el acuerdo entre el abogado y su cliente, previo a la terminación del asunto, en virtud del cual éste se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por ese asunto».

La determinación del precio del contrato también puede verse dificultada por la indefinición del objeto al que se ha hecho referencia en el epígrafe precedente, afectando con ello también a la obligación de determinar el valor estimado del contrato. Y a este respecto, el art. 101, referido al valor estimado, que nos servirá de valor de referencia para determinar el concreto régimen de publicidad al que debe someterse la licitación del contrato de servicios, deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial. Asimismo, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

Y así, debemos plantearnos también si es posible prorrogar un contrato de asistencia y representación en juicio o, si en origen, como se apuntó al analizar el objeto de este contrato, éste debe incluir todos los recursos e instancias posibles, aunque luego se desista de su ejercicio, y ello al efecto de determinar el valor estimado del contrato, y con ello el régimen de publicidad al que debe someterse la licitación.

Debe hacerse referencia también a que en materia de honorarios de los servicios de asistencia y representación en juicio han desaparecido los antaño denominados criterios orientativos en materia de honorarios que establecían el devengo de unas determinados cuantías, bien fijas o variables, en función de las actuaciones, referidas a tipología y orden jurisdiccional, del abogado interviniente.

El ámbito natural de aplicación de los criterios de honorarios que en la actualidad publican los Colegios de Abogados ha de ser el de las impugnaciones de honorarios en las tasaciones de costas, en el que la determinación de los honorarios mediante acuerdos alcanzados entre abogado y cliente queda excluida por ser un tercero, el condenado en costas, quién debe satisfacer no ya los honorarios del abogado –que sabido es que en todo caso corresponde al cliente–, sino el importe que por tal concepto sea susceptible de ser incluido en una tasación de costas y exigible a la parte condenada en el proceso judicial.

Pero traída esta argumentación al momento de fijación del precio del contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, hay que preguntar cómo encaja este sistema de determinación de la cuantía de los honorarios regida por el principio de libertad y el acuerdo entre abogado y cliente¹⁷, y también, en caso de discrepancia en el precio fijado, u oposición a su cuantía, cómo se coordinan los criterios en materia de honorarios, con los criterios de fijación del precio y el valor estimado del contrato establecidos en el art. 100 y 309 LCSP. A priori, estos criterios en materia de honorarios tampoco encajan con la prestación de este servicio y con la obligación del órgano de contratación de fijar el precio y el valor estimado del contrato con carácter previo a su licitación.

3.3. Las exigencias de solvencia en el contrato de servicios jurídicos

Es fundamental en la preparación de la licitación de un contrato de servicios jurídicos la determinación de los criterios de solvencia y de los criterios de adjudicación del contrato. Un elemento fundamental y necesario de este contrato es la mutua confianza¹⁸. Es por ello que se hace imprescindible en la preparación de

¹⁷ Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. *Resolución núm. 65/2018*, de 28 de febrero de 2018.

¹⁸ FERNANDEZ LEÓN, Ó. (2014): “La confianza, fundamento de la relación abogado-cliente”. *Legaltoday* (10 de febrero de 2014). <http://www.legaltoday.com/gestion-del-despacho/estrategia/articulos/la-confianza-fundamento-de-la-relacion-entre-abogado-cliente> (consultado: 15-06-2018).

la licitación de este contrato tratar de encajar este elemento subjetivo. La confianza se demuestra a través de los trabajos previos realizados por el profesional a contratar.

La solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios, también en los jurídicos, se refiere a los conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad de los empresarios para la prestación del servicio (art. 90 LCSP), y que se concreta en la exigencia por el órgano de contratación de uno o varios de los siguientes medios:

- a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.
- b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad.
- c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.
- d) Cuando se trate de servicios o trabajos complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin especial, un control efectuado por el órgano de contratación o, en nombre de este, por un organismo oficial u homologado competente del Estado en que esté establecido el empresario, siempre que medie acuerdo de dicho organismo.
- e) Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la ejecución del contrato, así como de los técnicos encargados directamente de la misma, siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación.
- f) En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.
- g) Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y del número de directivos durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.
- h) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.
- i) Indicación de la parte del contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar.

En relación a la experiencia, como solvencia técnica, se ha venido admitiendo, con algunas reservas, la experiencia previa en determinadas materias que afectaban al conocimiento del derecho local o a un ámbito específico de especialización jurídica, pero sin que tal exigencia de experiencia pueda restringir de forma desproporcionada el acceso a la licitación y la limitación de la competencia, ni resultar desproporcionada en relación al fin que se persigue. Nada impide tampoco que, en relación a la exigencia de personal técnico cualificado determinado en el pliego, el mismo pueda ser integrado con medios profesionales externos, adicionales a los mínimos exigidos en el pliego, y sin que sea admisible la subcontratación, en atención a la naturaleza y condiciones del contrato¹⁹.

También, en relación a la experiencia exigida al licitador en la defensa jurídica a entidades locales con población de derecho superior a 20.000 habitantes, el TACRC ha mantenido el criterio señalado concluyendo que dicha exigencia restringe excesivamente la competencia al no prever otras medidas alternativas como acreditar un número superior de contratos en municipios de población inferior a 20.000 habitantes o haber trabajado para entidades que sí hubieran suscrito contratos con municipios de más de 20.000 habitantes, anulando esta exigencia. También considera este Tribunal que restringe excesivamente la competencia, y por ende resulta desproporcionado, que no se permitan otros medios para probar la experiencia profesional en el ámbito administrativo más que el haber estado colegiado como abogado ejerciente durante el tiempo de 10 años. Ello restringe el acceso a la licitación a quienes tienen amplios conocimientos jurídico-administrativos adquiridos como funcionarios públicos, así como el hecho de que múltiples profesionales jurídicos por cuenta ajena no están colegiados como ejercientes. Y así no cabe concluir que el único modo en que una persona puede adquirir experiencia en el funcionamiento de la Administración sea como abogado colegiado²⁰.

¹⁹ Resolución núm. 207, de 14 de marzo de 2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

²⁰ Resolución núm. 238/2016, de 1 de abril de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Sin embargo, la experiencia previa, referida a los títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la ejecución del contrato, así como de los técnicos encargados directamente de la misma, sí que puede ser considerada al determinar la solvencia, pero siempre que no se evalúe como un criterio de adjudicación.

El art. 90 LCSP también refiere la solvencia técnica a la «*fiabilidad*» como término equivalente a seguridad y obtención de resultados satisfactorios, pero distinto al elemento confianza, y fundamental, pese a ser un elemento subjetivo, en la relación entre abogado y cliente.

La experiencia que podría equipararse a confianza, de ser exigida no respecto a los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato de cualquier destinatario, público o privado, sino sólo de los servicios de estas características realizados para el órgano de contratación, viene prohibida por el art. 40.b) LCSP que determina que son causas de anulabilidad, no ya de nulidad como refería el art. 32 TRLCSP, todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración²¹. Esta prohibición obliga a descartar la posibilidad de integrar el elemento de la confianza en el abogado como criterio de solvencia técnica.

3.4. La experiencia como criterio de adjudicación en el contrato de servicios jurídicos

Y respecto a los criterios de adjudicación del contrato de servicios jurídicos, el art. 145.5 y 6 LCSP no ha alterado los requisitos que deben cumplir los criterios de adjudicación para resultar válidos, debiendo estar vinculados al objeto del contrato y referirse a aspectos de la oferta y ser publicados, además, de forma previa.

Atendiendo al interés público que persigue el contrato y a su objeto, el órgano de contratación puede fijar diferentes criterios de valoración y su ponderación para establecer un sistema de comparación de ofertas que permita lograr la mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos, atendiendo a la calidad y al precio, para obtener la oferta más ventajosa.

La experiencia en la ejecución del contrato de servicios jurídicos puede constituir, con matices, un criterio de solvencia técnica, pero no puede ser un criterio de valoración, dado que no se refiere o proyecta sobre la oferta concreta, sino que se refiere a aspectos intrínsecos del licitador. No cabe considerar como criterio de valoración circunstancias relativas a la solvencia del licitador. Y no cabe, además, introducir criterios abiertos genéricos y arbitrarios que no permitan un control posterior de la adjudicación²².

Como novedad, el art. 145.2.2 LCSP permite ahora incorporar como criterio cualitativo para evaluar la mejor relación calidad-precio aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato, y que podrán ser, entre otros, referidos a la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución²³.

Esta opción abre una nueva vía para la contratación de los servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, y podrá ser considerada cuando la calidad profesional de los equipos humanos que se adscriban al contrato pueda configurarse como una característica intrínseca de la oferta vinculada al objeto del contrato, en particular, en los servicios de carácter intelectual.

Sin embargo, llevados estos criterios de valoración que se analizan al elemento clave en la relación abogado-cliente, la confianza, de nuevo encontramos dificultades para poder valorar de forma objetiva un elemento subjetivo. La posibilidad apuntada en el párrafo precedente lo es respecto a la calidad de los equipos humanos adscritos al contrato (a su experiencia previa y currículum), pero no al elemento de la confianza, que, como elemento subjetivo, se antoja otra vez difícil su valoración y ponderación, su reflejo en los pliegos de licitación y su publicación previa como exige la LCSP.

3.5. La duración del contrato de servicios jurídicos

Con carácter general, la duración de los contratos del sector público debe establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter

²¹ MESA VILA, M. El artículo se publicó en el número 47 de la *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel, enero 2018).

²² *Resolución núm. 238/2016*, de 1 de abril de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

²³ CHINCHILLA PEINADO, J. A. (2018): "La preparación del contrato". *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, págs. 82-115. Ed. Iurisutilitas.es.

periódicamente a concurrencia su realización, así como la necesidad de que el expediente se refiera a la totalidad de su objeto.

La duración máxima de los contratos de servicios, también de los jurídicos, se encuentra limitada a cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que el órgano de contratación pudiera acordar respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al órgano contratante (art. 29.4 LCSP).

Por su parte, el art. 29.8 LCSP señala que los contratos menores definidos en el art. 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

No obstante, el apartado 4, inciso final, del referido art. 29 admite la posibilidad de que cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario, posibilidad de difícil acomodo al contrato de servicios jurídicos de asistencia y representación en juicio, dado que no se trata de un servicio continuado o recurrente.

Sin embargo, debe denunciarse que se ha eliminado en la LCSP la referencia expresa, como hacía el art. 303.3 del TRLCSP, a la posibilidad de que los contratos para la defensa jurídica y judicial de la Administración tuvieran la duración precisa para atender adecuadamente sus necesidades, reconociendo con ello una de las particularidades de este tipo de servicios, a saber, que su duración puede ser indeterminada.

La dificultad para determinar la duración de estos contratos viene dada por la complejidad de la defensa jurídica y judicial, y por la limitación que supone la prohibición de fraccionamiento del contrato.

Es por ello necesario determinar de forma previa y precisa²⁴ la naturaleza y la extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato de servicios proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, dando cumplimiento a la obligación impuesta por el art. 99 LCSP. Es decir, los contratos de servicios jurídicos del sector público deben integrar todas las prestaciones que sean precisas para alcanzar su fin.

De esta forma, para evitar posibles fraccionamientos del objeto del contrato, además de definir el objeto del contrato como prestaciones que sean susceptibles de un aprovechamiento individualizado, se deberá tener cuenta también la vertiente temporal de la prestación, así como la posible incidencia que la división o el fraccionamiento del contrato podrían tener sobre los principios (y obligaciones) de publicidad de la licitación y sobre la concurrencia.

La duración de los contratos de defensa jurídica y judicial puede suponer una necesidad continuada en el tiempo por lo que establecer la duración de un contrato de forma limitada, un año o dos, por ejemplo, puede suponer un fraccionamiento en el tiempo del objeto del contrato que posibilita, en detrimento de los principios de publicidad, concurrencia y libertad de acceso a las licitaciones, adjudicaciones sucesivas al mismo adjudicatario mediante un procedimiento sin publicidad.

Es decir, la duración no depende de la naturaleza de las prestaciones sino de que no se sobrepase un importe que permita acudir a un procedimiento de adjudicación que deberá ser excepcional por contradecir el principio de publicidad que es garantía de la libre concurrencia (Cámara de Cuentas de Madrid. Informe de Fiscalización 2014).

La LCSP, una vez más, no ha considerado las características y peculiaridades de este tipo de servicios jurídicos, y la imposibilidad de determinar en origen, como consecuencia de la dificultad para determinar el objeto del contrato, la duración exacta de la asistencia y representación en juicio.

3.6. Los procedimientos de licitación y la adjudicación el contrato

Ya se ha dejado constancia de la dificultad que supone para el órgano de contratación determinar de forma exacta y precisa el contenido de esta asistencia y representación en juicio, y con ello las dificultades en la determinación del objeto del contrato de servicios jurídicos. Es decir, si comprende todas las actuaciones

²⁴ Informe 14/2016, de 20 de julio, de la Junta Consultiva Contratación Administrativa de Aragón.

o las mismas pueden o deben ser objeto de contratos independientes, o si procede su licitación en lotes. Es además una necesidad coyuntural del órgano de contratación y no una necesidad recurrente, lo que da idea de que su tratamiento no puede ser equivalente a otros servicios de carácter habitual o continuado.

Y el hecho de que éste sea un servicio no recurrente y puntual del órgano de contratación ha fomentado la utilización del contrato menor para su contratación por el sector público.

En la actualidad, se estima que es posible su utilización siempre que, de acuerdo con el art. 118 LCSP, no se supere el importe de 15.000 euros, no tenga una duración superior a un año, y no exista fraccionamiento del contrato.

La duración del contrato, derivada de la duración del proceso judicial, no obstante, puede dificultar la utilización de este procedimiento, máxime con las limitaciones adicionales objetivas y subjetivas ahora introducidas por la LCSP.

También era y es posible utilizar este procedimiento del contrato menor y contratar diferentes prestaciones cuando el importe total de todas ellas no supere el importe máximo establecido para el contrato menor y su duración no exceda de un año (Informe JCCA Cat. 14/2014, de 22 de julio).

No obstante, la utilización de este procedimiento ha sido muy discutida. El Informe 30/2012, de 7 de mayo, de la JCCA, cuestiona que se haya contratado mediante diferentes contratos menores adjudicados al mismo profesional la asistencia y defensa en juicio de la entidad local, concluyendo la necesidad de que el ayuntamiento, al tratarse de una necesidad recurrente y continuada, debió haber licitado un contrato que englobara todos los juicios. No obstante, dicha conclusión no puede ser considerada como norma general y sólo será aplicable cuando exista fraccionamiento²⁵, es decir, cuando se rompa la unidad funcional. Esta unidad funcional puede existir y quedar justificada cuando nos encontramos ante un juicio de especial complejidad técnica.

Sin embargo, este procedimiento resolvía, en cierto modo, los problemas derivados de la urgencia y perentoriedad de los plazos establecidos para el ejercicio de acciones y la representación en juicio.

En relación a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, que en aplicación del art. 174.e) TRLCSP era posible cuando el valor estimado del contrato fuera inferior a 100.000 euros y existiera una razón de interés público para acudir a este procedimiento, la regulación actual de este procedimiento en la LCSP no permite su utilización (art. 168 LCSP).

Asimismo, en la regulación anterior, podía acudirse al procedimiento negociado sin publicidad cuando existiera un supuesto de imperiosa urgencia (art. 170.e) TRLCSP) que no pudiera resolverse a través de la tramitación de urgencia prevista en el art. 112 TRLCSP. No obstante, en relación a la defensa judicial y la interposición de sucesivos recursos ante instancias judiciales, tal motivo no puede tener la consideración de acontecimiento imprevisible que justifique su utilización (Informe JCCA 2/13, de 25 de julio de 2014).

E incluso, podría plantearse la utilización de este procedimiento sin publicidad en el supuesto del art. 170.d) TRLCSP, según el cual se podrá acudir al procedimiento negociado cuando «*por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, el contrato solo pueda encomendarse a un empresario determinado*». Sin embargo, tampoco el hecho de que un determinado despacho de abogados haya llevado el pleito anteriormente o tenga un conocimiento específico de una materia concreta o de un asunto determinado, puede justificar el empleo de este procedimiento, por cuanto ese especial conocimiento no conlleva la exclusividad que comporta la aplicación al caso de este tipo de procedimiento, de uso tan restrictivo. Así, nada obsta a que existan otros despachos que también puedan llevar este pleito o tengan conocimientos para ello²⁶.

No obstante, y pese a las limitaciones de uso planteadas, también este procedimiento resolvía de algún modo, las dificultades de contratación que se plantean en la contratación de este tipo de servicios jurídicos.

La aplicación del procedimiento abierto prevista por el art. 156 LCSP debe plantearse cuando nos encontramos ante una necesidad recurrente y continuada del órgano de contratación, y puede plantearse bien con un único objeto o bien mediante su división en lotes (tal y como se analizó al examinar el objeto del contrato).

La LCSP no recoge especialidad alguna para la tramitación del procedimiento abierto respecto a los servicios jurídicos por lo que, es evidente, los dilatados plazos de tramitación de este procedimiento, pese a la ampliación –o especialidad–, contenida en el art. 134.6 LCSP respecto a que si se usa un anuncio de

²⁵ CHINCHILLA PEINADO, J. A. "La preparación del contrato". *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, págs. 82-115. Ed. *lurisutilitas.es*.

²⁶ Informe JCCA 30/2012, de 7 de mayo de 2012.

información previa este podrá abarcar un plazo superior a 12 meses, o la reducción de plazos prevista con la tramitación de urgencia (art. 119 LCSP), no casan con la agilidad procedimental que demanda el objeto del contrato de servicios jurídicos y la inmediatez procesal.

El procedimiento abierto simplificado regulado en el art. 159 LCSP, y pese a que su tramitación es más rápida, tampoco resuelve los problemas apuntados, dado que entre las condiciones de licitación a incorporar en el pliego se encuentra la de que entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no supere el veinticinco por ciento del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en que su ponderación no podrá superar el cuarenta y cinco por ciento del total. Y como servicios intelectuales se citan, a título de ejemplo, los servicios de ingeniería y arquitectura.

Del análisis de los elementos del contrato de servicios jurídicos realizado se concluye que la finalidad del objeto de este tipo de contratos de servicios jurídicos es la obtención de un resultado en el que intervienen factores humanos, intelectuales y de estrategia, lo que llevan a caracterizar este servicio, al igual que otros, como un servicio de carácter intelectual. Esta caracterización impediría la utilización para la contratación de estos servicios del procedimiento abierto simplificado si se pretenden incorporar o valorar criterios como la calidad profesional de los equipos humanos que se adscriban al contrato y pueda configurarse como una característica intrínseca de la oferta vinculada al objeto del contrato, quedando limitada su ponderación, al porcentaje indicado, pese a su trascendencia como elemento fundamental de este contrato.

Tampoco se considera de aplicación el procedimiento abierto simplificado especial regulado en el art. 159.6 LCSP, del que se excluyen expresamente los servicios intelectuales.

Por último, y en lo que se refiere a la posibilidad de utilizar un acuerdo marco para la contratación de los servicios jurídicos, el art. 219 LCSP determina que uno o varios órganos de contratación del sector público podrán celebrar acuerdos marco con una o varias empresas con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, que no podrá exceder de cuatro años, en particular por lo que respecta a los precios, y en su caso, a las cantidades previstas, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. Este sistema de racionalización técnica de la contratación podría utilizarse en los contratos de servicios jurídicos cuando el órgano de contratación tuviera la necesidad de contratar un volumen elevado de este tipo de servicios. En otro caso, y en particular en las entidades locales de pequeño tamaño, la complejidad técnica de este sistema de contratación desaconseja su utilización.

En conclusión, los procedimientos de licitación previstos por la LCSP para este tipo de servicios, y dado que no se regula ninguna especialidad para los servicios jurídicos, no pueden satisfacer las exigencias y particularidades que deben ser consideradas en la contratación de los servicios jurídicos. Los procedimientos previstos en la LCSP están ideados para la contratación de servicios ordinarios y recurrentes del órgano de contratación. Y sólo de considerar los servicios jurídicos como servicios intelectuales sería posible aplicar a su licitación las especialidades previstas por la LCSP, también escasas e insuficientes, para la contratación de los servicios intelectuales.

IV. LA NECESIDAD DE UN TRATAMIENTO DIFERENCIADO EN LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS

4.1. El tratamiento diferenciado de algunos servicios en la LCSP: los denominados «servicios intelectuales»

La LCSP recoge una serie de previsiones específicas para la adjudicación de los contratos de servicios que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual. Se reconoce expresamente «*la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo*» en la DA 41 LCSP, no así a los servicios jurídicos.

La mayor parte de las especialidades que afectan a la contratación de los servicios intelectuales se incluyeron durante el debate parlamentario del Proyecto en el Congreso de los Diputados, a instancia de colegios, asociaciones y foros profesionales como los que firmaron en 2015 la «*Declaración para la calidad en los servicios de la arquitectura y de la ingeniería*», entre los que cabe destacar al Consejo Superior de

los Colegios de Arquitectos de España (CSCAE)²⁷. El Consejo de Arquitectos ha trabajado en la LCSP desde el año 2011 elaborando una propuesta de reglamento para los Concursos de Proyectos presentada al Ministerio de Hacienda y de Fomento y que no fue considerada por estar pendiente la transposición de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública. En el año 2015 se presentaron alegaciones al borrador del anteproyecto de Ley y el pasado mes de junio de 2017 se presentaron 13 enmiendas a todos los grupos parlamentarios. De igual forma estas enmiendas se presentaron al Ministerio de Fomento junto con los apoyos de 26 colegios y demarcaciones, 11 escuelas de arquitectura, 12 instituciones vinculadas con la arquitectura y la sociedad civil, 654 arquitectos y 11 ciudadanos defendiendo y apoyando las enmiendas del Colegio de Arquitectos. En total 714 cartas que representan a más de 60.000 arquitectos, estudiantes y ciudadanos interesados en que la calidad de la arquitectura en las ciudades prevalezca sobre criterios económicos en la contratación de estos servicios por las Administraciones Públicas²⁸.

Las enmiendas presentadas ante los grupos parlamentarios y los diferentes actores en la tramitación de la LCSP resumen la posición histórica de los arquitectos y las reivindicaciones constantes de la profesión sobre la problemática en la adjudicación de los contratos del sector público y con esta nueva actuación ante el legislador han tratado y conseguido revertir definitivamente los graves problemas causados hasta ahora por una inconsecuente, inadaptada e impropia regulación sobre la licitación de los servicios de arquitectura.

En relación a los procedimientos de adjudicación de servicios intelectuales de especial complejidad, como es el caso de algunos servicios de arquitectura o de ingeniería, la LCSP considera adecuada la utilización del procedimiento restringido (art. 160.4 LCSP), y en aquellos que tengan por objeto la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad, los órganos de contratación deberán aplicar un concurso de proyectos (art. 183.3 LCSP), al que seguirá la tramitación de un procedimiento negociado sin publicidad con el ganador o ganadores del concurso (art. 168.d) LCSP). En ningún caso podrá utilizarse en la adjudicación de estos contratos la subasta electrónica (art. 143.2 LCSP). Y tampoco les resulta de aplicación el procedimiento abierto simplificado abreviado que regula el art. 159.6 LCSP.

Y en relación los criterios de adjudicación el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación debiendo utilizarse varios criterios (art. 145.3.g) LCSP). Los criterios de adjudicación utilizados tienen que permitir obtener prestaciones de gran calidad que respondan lo mejor posible a las necesidades planteadas, exigiendo respecto a los criterios de calidad que representen, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas (art. 145.4 LCSP). En el procedimiento abierto simplificado previsto en el art. 159.1.b) LCSP se exige que si se incluyen criterios evaluables mediante juicio de valor su ponderación no podrá superar el cuarenta y cinco por ciento del total. Y también, como ya se adelantó al hablar de los criterios de valoración, la posibilidad de incorporar como criterio cualitativo para evaluar la mejor relación calidad-precio aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato, y que podrán ser, entre otros, referidos a la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución²⁹.

Por último, la LCSP incorpora también otras especialidades en el procedimiento de contratación de los servicios denominados intelectuales relativos a la subsanación de errores, indemnizaciones y responsabilidades en el contrato de elaboración de proyectos de obras (art. 314 y 315 LCSP).

En definitiva, la LCSP regula un tratamiento diferenciado para la contratación de los servicios intelectuales introduciendo en su articulado especialidades procedimentales que permiten resolver y revertir los problemas de la licitación de los servicios de arquitectura e ingeniería.

Analizados los elementos que conforman el contrato de servicios jurídicos ha quedado acreditado que las características intrínsecas de este contrato, en particular la concurrencia de voluntades en la formalización del contrato como fiel reflejo de la mutua confianza que rige la prestación de este tipo de servicios, obligan a caracterizar esta prestación de un modo especial. Los servicios jurídicos de asesoría y represen-

²⁷ SANMARTÍN MORA, M. A. (2018): "La contratación de prestaciones de carácter intelectual en la Ley 9/2017 de contratos del sector público". *Observatorio de Contratación Pública*. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.342/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.22526a1a262b201d1ee7b78e398eb1e7> (consultado: 15-06-2018).

²⁸ Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España (CSCAE). <https://www.cscae.com/index.php/es/conoce-cscae/area-juridica/enmiendas-a-la-ley-de-contratos-del-sector-publico> (consultado: 15-06-2018).

²⁹ CHINCHILLA PEINADO, J. A. (2018): "La preparación del contrato". *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Ed. Iurisutilitas. es (páginas 82-115).

tación en juicio en el ámbito de la contratación pública se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del derecho.

Respecto a sus elementos, se ha dejado constancia de que el objeto del contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, puede incorporar actuaciones e intervenciones diversas que en todo caso afectan al ámbito competencial del poder adjudicador, y puede comprender tanto la asistencia jurídica para preparar el proceso (comparecencia y personación en el proceso, preparación del expediente a remitir al órgano judicial, emplazamiento de interesados en el recurso, etc.), como la propia representación en juicio (formulación de demanda y contestación, pruebas, testigos, recursos frente a autos y sentencias, etc.), en cualquiera de los órdenes e instancias jurisdiccionales. Y sobre esta categoría de servicios jurídicos y con este objeto –la representación en juicio y asesoría, y en relación al objeto del contrato, resulta tarea compleja, y así se ha demostrado, la determinación exacta de todas sus prestaciones.

En lo que se refiere al precio del contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, no es fácil encajar el sistema de determinación de la cuantía de los honorarios regida por el principio de libertad y el acuerdo entre abogado y cliente (art. 44 EAB), y también, en caso de discrepancia en el precio fijado, u oposición a su cuantía, cómo se coordinan los criterios en materia de honorarios, con los criterios de fijación del precio y el valor estimado del contrato establecidos en el art. 100 y 309 LCSP. Estos criterios en materia de honorarios tampoco encajan con la prestación de este servicio y con la obligación del órgano de contratación de fijar el precio y el valor estimado del contrato con carácter previo a su licitación, y ello con el fin último de someter la licitación del servicio al régimen de publicidad que en atención al importe del valor estimado del contrato sea exigible.

El artículo 1 EAB establece que la abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la justicia. En el ejercicio profesional, el abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía y al consiguiente régimen disciplinario colegial.

En definitiva, todos estos elementos que conforman el contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, configuran y dotan a estos servicios de unas características especiales. La finalidad del objeto de este tipo de contratos de servicios jurídicos es la obtención de un resultado en el que intervienen factores humanos, intelectuales y de estrategia, lo que llevan a caracterizar este servicio, al igual que otros, como un servicio de carácter intelectual. Y esta caracterización de los servicios jurídicos como servicios intelectuales debe conducir a dotarlos de un tratamiento y de una regulación específica para su contratación por el sector público, o bien a su exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP.

4.2. El elemento formal del contrato de servicios jurídicos: la voluntad de las partes y la mutua confianza

La mutua confianza, como apunta Manuel Mesa Mila³⁰, es la base sobre la que se construye la relación entre abogado y cliente. Esta afirmación tiene su apoyo y fundamento jurídico en el art. 4 del Código Deontológico de la Abogacía³¹, previsto en el Estatuto de la Abogacía Española, que prescribe lo siguiente³²:

«... Artículo 4. Confianza e integridad

La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente.

El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél.

³⁰ MESA VILA, M. El artículo se publicó en el número 47 de la *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel, enero 2018).

³¹ *Código Deontológico de la Abogacía Española*, adaptado al *Estatuto General de la Abogacía Española*, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, aprobado en el Pleno de 27 de septiembre de 2002 y modificado en el Pleno de 10 de diciembre de 2002.

³² FERNANDEZ LEÓN, Ó. (2014): “La confianza, fundamento de la relación abogado-cliente”. *Legaltoday* (10 de febrero de 2014). <http://www.legaltoday.com/gestion-del-despacho/estrategia/articulos/la-confianza-fundamento-de-la-relacion-entre-abogado-cliente> (consultado: 15-06-2018).

En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía o en colaboración con otros profesionales, el abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a dichos principios de confianza e integridad o implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo...».

La base de la confianza se configura de este modo como una obligación jurídica, pero con un carácter marcadamente personal y subjetivo. Sin embargo, la relación entre abogado y cliente va más allá de su marco normativo, pues en ella destaca, sobre todos los demás, un elemento esencial para la supervivencia de la misma: la confianza, y cuya ausencia o pérdida nos llevará inevitablemente a su extinción. Sin confianza no hay negocio jurídico. La relación del abogado con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza (art. 13).

El Código Deontológico de la Abogacía Europea³³ señala en su apartado 2.2, dedicado a la Confianza e Integridad Moral de la relación profesional, que: «*No pueden existir relaciones de confianza si existen dudas en cuanto a la honradez, probidad, rectitud y veracidad del abogado. Para este último, estas virtudes tradicionales son obligaciones profesionales*».

Y, finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que la relación del cliente con su abogado está basada en la confianza de suerte que, desaparecida ésta, debe cesar dicha relación (STS de 3 de abril de 1990)³⁴.

Por lo tanto, la confianza que informa la relación entre abogado y cliente será, en principio, producto de la necesidad del cliente en confiar en quien está dotado de una experiencia y conocimiento de la que él carece, confianza que se irá transformando y solidificando a través de la actuación del abogado que, conocedor de sus obligaciones y deberes, actuará comprometido con ellos entregándose a la defensa de los intereses de su cliente sin fisuras o incertidumbres, sin olvidarse, eso sí, que la confianza se construye lentamente y se destruye rápidamente, pues como decía Augusto Cury³⁵, «*La confianza es un edificio difícil de construir, fácil de demoler y muy difícil de reconstruir*».

Nos encontramos, de este modo, ante un elemento fundamental de obligada presencia y que no puede quedar al margen de los contratos de servicios jurídicos del Sector Público. Pero ¿cómo encajamos un concepto tan marcadamente subjetivo e inherente y singular de cada persona en un procedimiento administrativo rígido y reglado como el procedimiento de adjudicación de contratos públicos previsto en la LCSP? ¿Es este elemento subjetivo suficiente para exigir y demandar un tratamiento diferenciado para la contratación de los servicios jurídicos o es necesario algún elemento adicional?

Y aunque este elemento tenga difícil acomodo en la rigidez de un procedimiento administrativo de licitación de un contrato, es necesario averiguar si es posible su encaje, ya que se trata de un elemento fundamental y obligatorio, por mandato legal, de la relación jurídica entre abogado y cliente. El análisis efectuado sobre la posibilidad de trasladar el elemento confianza a la preparación del contrato de servicios jurídicos bien como solvencia técnica (epígrafe 3.3.), bien como criterios de adjudicación del contrato (epígrafe 3.4) obliga a concluir, casi la imposibilidad, de encajar este elemento fundamental del contrato de servicios jurídicos con la rigidez del procedimiento administrativo de contratación y con las exigencias de la LCSP.

V. CONCLUSIONES FINALES

La Directiva 2014/24/UE reconoce unas características intrínsecas especiales en la prestación de determinados servicios jurídicos, los referidos en el art. 10.d), que determinan un tratamiento específico para este tipo de servicios, y que supone la inaplicación de la misma a los contratos públicos de servicios jurídicos excluidos.

El Considerando 25 de la Directiva justifica la exclusión a la que se refiere el art. 10.d) en el hecho de que el mercado de los servicios jurídicos es eminentemente un mercado nacional porque el Derecho varía en cada Estado miembro, y no es éste un mercado que se abra a la concurrencia de operadores de otros Estados. También es esa la razón por la que la Directiva aumenta el umbral económico para la aplicación

³³ Código Deontológico de la Abogacía Europea, aprobado en sesión plenaria en Estrasburgo el 28 de octubre de 1988 por el Consejo de Abogados de la Comunidad.

³⁴ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, Sentencia de 3 abril de 1990. Ponente: DELGADO BARRIO, F. J. LA LEY 1876-JF/0000.

³⁵ Augusto Cury (Colina, Brasil, 2 de octubre de 1958) es un médico psiquiatra, psicoterapeuta y escritor brasileño en ejercicio desde 1980, autor de numerosos libros de Psicopedagogía y Psicología preventiva.

de la regulación armonizada a los servicios jurídicos. El legislador europeo ha ponderado los principios de la contratación pública y ha considerado que no siempre hay que abrir las licitaciones o hay que hacerlo con el mismo grado de publicidad y garantías. El legislador europeo no aplica las medidas y garantías previstas en las Directivas, o las pondera en su justa medida, cuando las circunstancias del mercado no exigen su protección. Y así se ha considerado en la prestación de los servicios jurídicos.

Una vez transpuesta la Directiva por la LCSP, las exclusiones de los servicios jurídicos de su regulación contenidas en la Directiva no han sido atendidas por el legislador nacional, ni tan siquiera en la regulación de un régimen simplificado de contratación, como prevé la Directiva para determinados servicios jurídicos considerados como servicios específicos o especiales (los recogidos en el Anexo XIV de la Directiva y en el Anexo IV de la LCSP).

Analizados los elementos que conforman el contrato de servicios jurídicos ha quedado acreditado que las características especiales de este contrato, en particular la concurrencia de voluntades en la formalización del contrato como fiel reflejo de la mutua confianza que rige la prestación de este tipo de servicios, obligan a caracterizar esta prestación de servicios de manera especial. Los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio en el ámbito de la contratación pública se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del derecho.

Respecto a sus elementos, se ha dejado constancia de que el objeto del contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, puede incorporar actuaciones e intervenciones diversas que en todo caso afectan al ámbito competencial del poder adjudicador, y puede comprender tanto la asistencia jurídica para preparar el proceso (comparecencia y personación en el proceso, preparación del expediente a remitir al órgano judicial, emplazamiento de interesados en el recurso, etc.), como la propia representación en juicio (formulación de demanda y contestación, pruebas, testigos, recursos frente a autos y sentencias, etc.), en cualquiera de los órdenes e instancias jurisdiccionales. Y sobre esta categoría de servicios jurídicos y con este objeto –la representación en juicio y asesoría, y en relación al objeto del contrato, resulta tarea compleja, y así se ha demostrado, la determinación exacta de todas sus prestaciones.

En lo que se refiere al precio del contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, tampoco es fácil encajar el sistema de determinación de la cuantía de los honorarios regida por el principio de libertad y el acuerdo entre abogado y cliente (art. 44 EAB), y también, en caso de discrepancia en el precio fijado, u oposición a su cuantía, cómo se coordinan los criterios en materia de honorarios, con los criterios de fijación del precio y el valor estimado del contrato establecidos en el art. 100 y 309 LCSP. Estos criterios en materia de honorarios tampoco encajan con la prestación de este servicio y con la obligación del órgano de contratación de fijar el precio y el valor estimado del contrato con carácter previo a su licitación, y ello con el fin último de someter la licitación del servicio al régimen de publicidad que en atención al importe del valor estimado del contrato sea exigible.

No es posible iniciar la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización (art. 153.6 LCSP), y esta previsión confronta con la inmediatez que exige, en su caso, la defensa en juicio o la interposición en plazo de un nuevo recurso judicial.

La finalidad del contrato de servicios jurídicos, en todo caso, está relacionada con el interés público que consiste en la defensa jurídica del poder adjudicador en el ejercicio de las competencias que le son propias.

En definitiva, todos estos elementos que conforman el contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, configuran y dotan a estos servicios de unas características especiales. La finalidad del objeto de este tipo de contratos de servicios jurídicos es la obtención de un resultado en el que intervienen factores humanos, intelectuales y de estrategia, lo que llevan a caracterizar este servicio, al igual que otros, como un servicio de carácter intelectual. Y esta caracterización de los servicios jurídicos como servicios intelectuales, obligatoriamente, debe conducir a también a dotarlos de un tratamiento y de una regulación específica para su contratación por el sector público.

Adicionalmente, se han estudiado las actuaciones preparatorias del contrato de servicios jurídicos aplicando las previsiones contenidas en la LCSP. Y así se han podido constatar, de nuevo, las dificultades que surgen al tratar de reflejar en la documentación preparatoria de la licitación los elementos que conforman el contrato: la determinación concreta del contenido de la asistencia y representación en juicio y su división en lotes; la solvencia técnica versus la confianza; los criterios de adjudicación versus la organización y cualificación del personal; y los procedimientos de licitación previstos por la LCSP para este tipo de servicios. Y dado que la LCSP no regula ninguna especialidad para la contratación de los servicios jurídicos, esta regulación no puede satisfacer las exigencias y particularidades que deben ser consideradas en la contratación de los servicios jurídicos. Los procedimientos previstos en la LCSP están ideados para la contratación de servi-

cios ordinarios y recurrentes del órgano de contratación. Y sólo de considerar los servicios jurídicos como servicios intelectuales sería posible aplicar a su licitación las especialidades previstas por la LCSP, también escasas e insuficientes, para la contratación de los servicios intelectuales.

Esta caracterización de los servicios jurídicos, obligatoriamente, debe conducir a dotarlos de un tratamiento y de una regulación específica para su contratación por el sector público, o bien a su exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP, exclusión de la que existen modelos de los que tomar ejemplo en el Derecho comparado europeo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZALEZ, J. (2013): “El Fraccionamiento de los Contratos: Invalidez y Fraude de Ley”, en *Revista de Estudios Locales CUNAL*, Número extraordinario.
- CASTELLANO, J., RIVERA, R., et al. (2016): *Estudio Coste y utilidad de las Diputaciones provinciales: claves para un debate necesario*, coordinado por la Fundación ¿Hay Derecho? http://www.ugtdipgra.es/wp-content/uploads/2016/05/Coste-y-Utilidad_de_las_Diputaciones-2016.pdf (consultado: 15-06-2018).
- CASTIÑEIRA PIÑEIRO, J. C. (2018): “Los contratos de servicios en la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Revista de Estudios Locales CUNAL*, núm. 205, págs. 318-334.
- CHINCHILLA PEINADO, J. A. (2018): “La preparación del contrato”, en *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, págs. 82-115. Ed. Iurisutilitas.es.
- DÍEZ SASTRE, S. (2017): “Análisis de las novedades en el ámbito de aplicación de la normativa contractual”, en *Anuario Aragonés de Gobierno Local 2016*, págs. 319-358.
- Documento de Trabajo de los servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores* [SEC (2011) 1169, de 4 de octubre de 2011].
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2012): *Las relaciones «contractuales» entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad titulado Hacia una contratación pública eficiente, REF: DER2012-39003-C02-0. La nueva contratación pública, págs. 111-139.
- GARCÍA SÁNCHEZ, I. M., PRADO LORENZO, J. M., CUADRADO BALLESTEROS, B. (2013): “Descentralización y externalización de los servicios municipales: efecto en la eficiencia y calidad de vida”, en *Formas de Gestión y eficiencia de los servicios públicos municipales*, págs. 29-66. Sevilla: Fundación Pública Andaluza. Centro de Estudios Andaluces. Consejería de la Presidencia, Junta de Andalucía.
- MESA VILA, M. (2018): “La mutua confianza como fundamento de los contratos de servicios jurídicos, su no tratamiento en el ámbito de la contratación pública”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 47. Iustel, enero 2018.
- PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (coord.) y VAZQUEZ GARRANZO, J. (coord.) (2018): *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público adaptados a la Orden HFP/1298, de 26 de diciembre*, págs. 299-374. Wolters Kluwer.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2009): “Las encomiendas a entes instrumentales en la legislación foral de contratos públicos de Navarra: Contraste con el Derecho comunitario europeo y la Legislación Básica Estatal”, en *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio de 2009, núm. 47, págs. 39-86.
- SANMARTÍN MORA, M. A. (2018): *La contratación de prestaciones de carácter intelectual en la Ley 9/2017 de contratos del sector público*. Observatorio de Contratación Pública. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.342/releategoria.121/relemenu.3/chk.22526a1a262b201d1ee7b78e398eb1e7> (consultado: 15-06-2018).
- SANTIAGO IGLESIAS, D. (2015): “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del Sector Público: Una Propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de Contratación al ordenamiento español”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, Iustel, 2015.

Autores / Authors

MANUEL REBOLLO PUIG

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba desde 1994. Líneas de investigación: Fuentes del Derecho, organización, actividad, medios y control de la Administración pública, Derecho Administrativo sancionador.

JAVIER SOLA TEYSSIERE

Catedrático E. U. de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla. Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Principales líneas de investigación: Derecho del turismo, ordenación territorial de los espacios turísticos, unidad de mercado, Derecho Administrativo económico.

MANUEL FERNÁNDEZ SALMERÓN

Manuel Fernández Salmerón es Licenciado en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense y Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Es Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia y está acreditado a CU. Sus principales líneas de investigación son: sistema de fuentes y control judicial de la actividad administrativa; procedimiento administrativo; Derecho Audiovisual; Derecho Ambiental; modernización y tecnificación del sector público; transparencia y privacidad en la actividad administrativa.

JAVIER SIERRA RODRÍGUEZ

Javier Sierra Rodríguez es Licenciado en Ciencias Políticas y Doctor en Derecho por la Universidad de Murcia. Está acreditado como PCD y es profesor asociado del área de Ciencia Política en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia. Sus líneas de investigación están relacionadas con la transparencia, el gobierno abierto y los sistemas electorales.

ESTEFANÍA ÁLVAREZ MENÉNDEZ

Estefanía Álvarez Menéndez es Doctora con mención internacional por la Universidad de Oviedo y Profesora Asociada del área de Derecho Financiero y Tributario en la citada Universidad. Es miembro del Grupo de Investigación "Derecho Financiero y Tributario" dirigido por la Profesora Isabel García-Ovies Sarandeses. Su principal línea de investigación es la revisión jurisdiccional de actos en materia tributaria, y de modo particular, el recurso de casación contencioso-administrativo sobre el que ha publicado recientemente una monografía.

IÑIGO SANZ RUBIALES

Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valladolid. Principales líneas de investigación: derecho ambiental, derecho administrativo sancionador.

MARÍA ANTONIA ARIAS MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Vigo. Investigadora en proyectos I+D financiados en convocatorias públicas nacionales y/o internacionales cuya temática se refiere principalmente a Derecho autonómico, derecho local y derechos sociales. Sobre dichas materias versan los trabajos objeto de sus publicaciones en distintas obras colectivas y en diferentes revistas científicas especializadas (*REDA*, *RAP*, *RGDA*, *DA*, etc.).

IRENE ROVIRA FERRER

Irene Rovira es Licenciada en Derecho (Universitat Pompeu Fabra, 2006) y Doctora en Sociedad de la Información y el conocimiento, especialidad en Derecho Financiero y Tributario (Universitat Oberta de Catalunya, 2010). Actualmente es Profesora Agregada de Derecho Financiero y Tributario en la Universitat Oberta de Catalunya y sus principales líneas de investigación se circunscriben en los derechos y deberes de los obligados tributarios, la imposición directa y la fiscalidad autonómica y local.

CARLOS ARCE JIMÉNEZ

Doctor en Derecho por la UCO. Profesor dr. del Área de Derecho Constitucional de la UCO. Profesor de posgrado en CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales) y la Universidad Centroamericana «José Simeón Cañas» (El Salvador). Coordinador del Área de migraciones de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. Líneas de investigación: ciudadanía, Derechos Humanos, participación política y migraciones.

JOAN PAGÈS I GALTÉS

Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Secretario de Ayuntamiento, en excedencia. Catedrático de Derecho financiero de la Universitat Rovira i Virgili. Miembro de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya. Línea de investigación centrada en la financiación local y autonómica.

JESÚS RUBIO BELTRÁN

Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Funcionario de Administración Local (Técnico de Administración General, Rama Jurídica), con una trayectoria profesional de más de 18 años en el ámbito local, y habiendo desempeñado diferentes puestos de trabajo en entidades locales de la provincia de Zaragoza, a los que se atribuye el asesoramiento legal preceptivo, y también el control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, en particular en el sector de la contratación pública. Master en Contratación Pública Local por el Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid.