

Artículos

Contratos «open-house»: comprar sin licitar

«Open-house» contracts: buying without tendering

SILVIA DÍEZ SASTRE 5-23

La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo

Local regulation of short-term rentals: solutions through urban planning

JOSEP M. AGUIRRE I FONT 24-41

Qué se puede y qué no se puede colgar en un balcón consistorial. A vueltas con la exhibición de símbolos en espacios públicos institucionales y el pretendido deber de neutralidad de la Administración

What may and may not be hung on a town hall balcony. On the display of symbols on public buildings and public Administrations' alleged duty of neutrality

JUAN MARÍA MARTÍNEZ OTERO 42-57

Estudios breves

¿Un estatuto básico para los municipios pequeños?: Un comentario de urgencia

A basic statute for the small municipalities?: An urgent comment

ELOÍSA CARBONELL PORRAS 58-70

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

El agujero negro de los premios literarios municipales

The black hole of municipal literary awards

MIGUEL JOSÉ IZU BELLOSO 71-85

El derecho a la ciudad sostenible

The right to sustainable city

JOSÉ ZAMORANO WISNES 86-106

Recensiones

ZAFRA VÍCTOR, Manuel, *La autonomía local en una Constitución reformada*

GUSTAVO GARCÍA-VILLANOVA ZURITA 107-110

GARRIDO JUNCAL, Andrea, *Los Servicios Sociales en el s. xxi. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*

BEATRIZ AGRA COSTA 111-113

GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles, *Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural*

JOSÉ LUIS DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ 114-116



reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **15**
Nueva época
Abril, **2021**



Nº DE CERTIFICADO: FECYT-394/2020
FECHA DE CERTIFICACIÓN: 12 de julio 2019 (8º convocatoria)
EDICIONES CERTIFICADAS: 13 de julio 2021



ISSN: 1989-8975
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i15>
<https://inap.es>
<https://reala.inap.es>

Directora del INAP: Consuelo Sánchez Naranjo
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

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

Contratos «open-house»: comprar sin licitar

«Open-house» contracts: buying without tendering

SILVIA DÍEZ SASTRE 5

La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo

Local regulation of short-term rentals: solutions through urban planning

JOSEP M. AGUIRRE I FONT 24

Qué se puede y qué no se puede colgar en un balcón consistorial. A vueltas con la exhibición de símbolos en espacios públicos institucionales y el pretendido deber de neutralidad de la Administración

What may and may not be hung on a town hall balcony. On the display of symbols on public buildings and public Administrations' alleged duty of neutrality

JUAN MARÍA MARTÍNEZ OTERO 42

Estudios breves

¿Un estatuto básico para los municipios pequeños?: Un comentario de urgencia

A basic statute for the small municipalities?: An urgent comment

ELOÍSA CARBONELL PORRAS 58

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

El agujero negro de los premios literarios municipales

The black hole of municipal literary awards

MIGUEL JOSÉ IZU BELLOSO 71

El derecho a la ciudad sostenible

The right to sustainable city

JOSÉ ZAMORANO WISNES 86

Recensiones

ZAFRA VÍCTOR, Manuel, La autonomía local en una Constitución reformada

GUSTAVO GARCÍA-VILLANOVA ZURITA 107

GARRIDO JUNCAL, Andrea, Los Servicios Sociales en el s. xxi. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación

BEATRIZ AGRA COSTA 111

GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles, Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural

JOSÉ LUIS DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ 114



REALA, número 15, abril de 2021
Sección: ARTÍCULOS
Recibido: 19-02-2021
Aceptado: 06-03-2021
Publicado: 15-04-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10911>
Páginas: 5-23

Contratos «open-house»: comprar sin licitar

«Open-house» contracts: buying without tendering

Silvia Díez Sastre

Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3101-0469>

silvia.diez@uam.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Desde 2018 es directora del Instituto de Derecho Local de la misma Universidad y, desde 2011, codirige, junto a Jesús Colás Tenas, su Máster en Contratación Pública Local. Sus principales líneas de investigación se centran en el Derecho local, el Derecho de la contratación pública, la justicia administrativa y la metodología jurídica.

RESUMEN

En Alemania es habitual que se celebren contratos «open-house» para adquirir productos farmacéuticos. Estos contratos se celebran sin una licitación previa. Todos los operadores económicos que cumplen los requisitos fijados por el poder adjudicador celebran un contrato idéntico. El ente contratante no elige a un operador jurídico frente a otro ni puede limitar el número de participantes. Por su parte, los proveedores interesados no presentan oferta, solo demuestran que están en condiciones de satisfacer la necesidad anunciada. La comunidad jurídica alemana ha debatido durante años si esta forma de proceder vulnera las normas de contratación pública. La discusión se ha zanjado por el TJUE, que ha confirmado la exclusión del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación pública de aquellos casos en los que no existe una decisión de selección por parte del poder adjudicador. En este contexto, el presente trabajo expone el contexto de surgimiento de los contratos «open-house» en el Derecho alemán y su tratamiento en el Derecho europeo. A continuación, propone un concepto de «open-house» al que se anuda un régimen jurídico determinado, especialmente en clave procedimental. Por último, reflexiona sobre el encaje de esta figura en el Derecho español.

PALABRAS CLAVE

Contrato público; contrato «open-house»; licitación; Derecho de contratación pública.

ABSTRACT

German contracting authorities usually enter into «open-house» contracts in order to purchase pharmaceuticals. These contracts are concluded with no competitive tendering procedure. Every economic operator fulfilling the requirements established by the contracting authority enters into an identical contract. The contracting authority does not designate an economic operator to whom contractual exclusivity is to be awarded, nor can it limit the number of participants. On the other hand, interested economic operators submit no tender, they only have to prove that they can meet the contracting authority's needs. The German legal community has discussed over the years whether these contracts breach EU public procurement law. The CJEU has settled the debate, confirming that these contracts fall outside the scope of EU Directives because there is no contracting authority's selection decision involved. This work discusses the emergence of «open-house» contracts in German law and the EU law approach thereto. See below a notion of «open-house» contracts tied to a specific legal regime, particularly regarding procedural aspects. Finally, there is a discussion on the status of «open-house» contracts within Spanish law.

KEYWORDS

Public contract; open-house contract; tendering; public procurement law.

SUMARIO

PLANTEAMIENTO. 1. LOCALIZACIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN. 1.1. EL ORIGEN EN EL DERECHO ALEMÁN. 1.2. LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LAS SENTENCIAS EUROPEAS DE REFERENCIA. 2. EL CONCEPTO DE CONTRATO «OPEN-HOUSE». 2.1. NOTAS DEFINITORIAS. 2.1.1. Partes. 2.1.2. Objeto. 2.1.3. Onerosidad. 2.1.4. Ausencia de selectividad. 2.1.5. ¿Apertura permanente? 2.2. NOMBRE DEL CONCEPTO. 3. EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS «OPEN-HOUSE». 4. LOS PROCEDIMIENTOS «OPEN-HOUSE». 4.1. Directrices en el Derecho europeo. 4.2. Directrices en el Derecho alemán. 4.2.1. Igualdad de trato y no discriminación. 4.2.2. Publicidad. 5. EL ENCAJE DE LOS CONTRATOS «OPEN-HOUSE» EN EL DERECHO ESPAÑOL. 5.1. LOS CONTRATOS «OPEN-HOUSE» EN LA LEGISLACIÓN BALEAR DE ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS. 5.2. LAS ACCIONES CONCERTADAS COMO CONTRATOS «OPEN-HOUSE». 5.3. LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS A LOS CONTRATOS «OPEN-HOUSE». REFLEXIONES FINALES.

PLANTEAMIENTO¹

Desde el mes de marzo de 2020 se han multiplicado en TED (*tender electronic daily* del Diario Oficial de la Unión Europea, DOUE) los anuncios de contratos o procedimientos «open-house» de poderes adjudicadores alemanes con el fin de adquirir productos farmacéuticos en el marco de la pandemia de la COVID-19. Conforme a esta fórmula, todos los operadores económicos que cumplen los requisitos fijados por el poder adjudicador celebran un contrato idéntico para el suministro de ciertos productos; posteriormente, el médico, el farmacéutico o el paciente eligen el medicamento del proveedor que prefieran. El ente contratante no selecciona a un operador jurídico frente a otro; tampoco puede limitar el número de participantes (Gabriel y Burholt, 2017, p. 323). Realiza una *offerta ad incertas personas* a diferencia de la *invitatio ad offerendum* que tiene lugar en la licitación de un contrato público (Gaßner y Strömer, 2014, p. 811). Por su parte, los proveedores interesados no presentan ninguna oferta, solo demuestran que están en condiciones de satisfacer la necesidad anunciada. A pesar de que estos procedimientos o contratos se pueden dar a conocer por la vía ordinaria de publicación de los contratos públicos y de que, en ocasiones, se pueden confundir con la contratación de emergencia (Schumm y Klumb, 2020), representan una forma distinta de adquirir bienes y servicios en el mercado que no exige la tramitación de una licitación previa.

La utilización de esta técnica, prevista en origen para la adquisición de medicamentos con rebaja de precios, se ha prolongado y extendido durante años en Alemania. Desde abril de 2007 hasta 2019, se registraron en el DOUE más de 2.300 anuncios de este tipo de contratos. Esto supone que un tercio de las adquisiciones de productos farmacéuticos se realizó mediante contratos «open-house», mientras que el resto se licitó conforme a las reglas de contratación pública. Sin embargo, la expansión de este tipo de compras ha ido acompañada de una viva discusión sobre la necesidad de someterlo o no a las reglas europeas de contratación pública (Gabriel, 2019, p. 568). La proyección internacional de las fórmulas «open-house» ha venido de la mano de la confirmación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de su compatibilidad con el Derecho de la contratación pública (sentencias Falk Pharma, C-410/14 y Tirkonnen, C-9/17). En estos pronunciamientos el TJUE asume en su práctica totalidad los argumentos elaborados en una parte de la comunidad jurídica germánica. Para el Tribunal, esta forma de adquirir bienes en el mercado no

¹ Tuve la oportunidad de presentar un borrador de este trabajo en el *Seminario de Investigación en Derecho Administrativo*, dirigido por la Profesora Sofia Simou, el 29 de enero de 2021. Agradezco sinceramente a los participantes sus observaciones, comentarios y críticas, que me han sido de gran utilidad para llevar a término este estudio.

Abreviaturas utilizadas: art.: artículo; arts.: artículos; Beschl.: Beschluss (resolución administrativa); BGBl.: Bundesgesetzblatt (diario oficial federal alemán); Cdo.: considerando; CE: Constitución Española de 1978; coord.: coordinadora; DAK: Deutsche Angestellten Krankenkasse (caja del seguro médico); DC: Directiva 2014/23/UE; DCP: Directiva 2014/24/UE; dir.: director; dirs.: directores; DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea; DS: Directiva 2014/25/UE; ed.: editora; GmbH: Gemeinschaft mit beschränkter Haftung (sociedad de responsabilidad limitada); LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; LSG: Landessozialgericht (Tribunal Superior de Justicia en Alemania – jurisdicción social); núm.: número; NZBau: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (revista); NZS: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (revista); pp.: páginas; OBCP: Observatorio de Contratos Públicos; OLG: Oberlandesgericht (Tribunal Superior de Justicia en Alemania – jurisdicción civil y penal); PharmR: Pharma Recht. Fachzeitschrift für das gesamte Arzneimittelrecht (revista); REALA: Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época; REDA: Revista Española de Derecho Administrativo; SGB: Sozialgesetzbuch (Código de la Seguridad Social alemán); ss.: siguientes; SSTJUE: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TED: tender electronic daily; TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; VG: Vergabekammer (órgano de recursos contractuales).

constituye un contrato público en la medida en que no entraña la selección de un operador económico frente a los demás. No hay decisión de adjudicación en exclusiva, en consecuencia, este tipo de compras no se somete a las Directivas de contratación pública, sin perjuicio de su posible sujeción a las reglas generales del Derecho primario.

En los últimos meses hemos asistido en España a un fracaso en cadena de las reglas de contratación pública. En un primer momento, al igual que en otros países de nuestro entorno, la ruptura del mercado acontecida en la primera ola de la pandemia dificultó la aplicación de algunas normas básicas de la contratación pública. Posteriormente, la necesidad de ejecutar los fondos vinculados al Plan europeo de Recuperación de forma ágil y eficaz ha conducido al descarte preliminar de las normas ordinarias de contratación pública –como se pone de manifiesto en las disposiciones sobre contratación pública del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia–. El legislador considera que la contratación vinculada a estos fondos debe transcurrir por cauces normativos aprobados específicamente para esta finalidad. Sin embargo, no solo es necesario realizar los ajustes oportunos en las normas de contratación pública, también es preciso identificar las posibilidades de adquisición de bienes y servicios que existen más allá del Derecho de los contratos públicos (Gimeno Feliu, 2020b).

En este escenario, los contratos «open-house» representan un espacio poco explorado en el que se abre un amplio margen de actuación para los Estados miembros, limitado por algunas reglas del Derecho primario europeo y del Derecho nacional. En un momento en el que es preciso agilizar las compras públicas sin menoscabar las garantías de la competencia y de control del gasto, merece la pena detenerse a analizar los contornos de esta figura, así como los requisitos que se derivan del ordenamiento jurídico, tanto europeo como interno. En esa línea, el presente trabajo propone un concepto de contrato «open-house». Para ello, parte de su origen en el Derecho alemán y de su tratamiento en la jurisprudencia del TJUE (1.); reconstruye las notas definitorias que lo conforman y analiza su denominación (2.); y determina tanto el Derecho aplicable (3.) como, en concreto, el procedimiento a seguir para su celebración (4.). El estudio concluye con un breve análisis sobre el posible encaje de los contratos «open-house» en el Derecho español (5.) y unas sucintas reflexiones finales.

1. LOCALIZACIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN

El concepto de contrato «open-house» surge en el Derecho alemán, pero termina de perfilarse gracias a los pronunciamientos del TJUE en torno a la compatibilidad de este tipo de fórmulas con las normas europeas de contratos públicos. Por esa razón, como paso previo a la elaboración teórica del concepto de contrato «open-house», hay que hacer un esfuerzo para localizar y contextualizar su origen. De este modo, se siguen los pasos descritos en la doctrina para una puesta en práctica correcta del Derecho comparado (al respecto, en detalle, Velasco Caballero, 2020, pp. 161-163). Con esa finalidad, seguidamente se identifican las normas de Derecho positivo que han dado lugar a esta figura y se exponen las reflexiones de la doctrina y la jurisprudencia alemanas. A continuación, se da cuenta con cierto detalle de los supuestos de hecho que suscitaron los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en el marco de sendas cuestiones prejudiciales.

1.1. El origen en el Derecho alemán

La configuración jurídica de los contratos «open-house» está ligada al particular modelo alemán de gestión sanitaria contenido, fundamentalmente, en el Libro V del Código de la Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch, SGB*). En este país las prestaciones sanitarias públicas se realizan a través de las cajas públicas o entidades gestoras del seguro médico (*Krankenkassen*). Estas cajas son corporaciones de Derecho público con autonomía, financiadas principalmente por los asegurados y los empleadores. La Ley les obliga a realizar las prestaciones sanitarias de la forma más eficiente posible (§ 4 SGB V). En esa tarea se someten a unas estrictas reglas, tanto desde el punto de vista del aseguramiento de las prestaciones, como de contratación pública (Hansen y Heilig, 2017, p. 290). Entre las prestaciones sanitarias garantizadas en este sistema destaca la provisión de medicamentos, que se lleva a cabo normalmente por las farmacias públicas vinculadas a las cajas del seguro médico. Estas farmacias están obligadas a proveer al asegurado de los medicamentos prescritos y a sustituirlos por medicamentos más baratos siempre que la receta médica solo

se refiera al principio activo o que no excluya expresamente la posibilidad de sustituir el medicamento prescrito por otro equivalente (§ 129 (1) 1 SGB V).

Con el fin de rebajar los costes vinculados a la adquisición de medicamentos, el legislador reformó el Código de la Seguridad Social en 2003 permitiendo que las cajas aseguradoras y las farmacéuticas celebraran contratos que incluyeran descuentos en el precio². De este modo se quería asegurar, asimismo, el suministro de dichos productos (Gabriel y Burholt, 2017, p. 323). El modelo fue un éxito. En 2015 se habían celebrado más de 21.000 contratos con descuento para la adquisición de más de 15.000 medicamentos (Hansen y Heilig, 2017, p. 291). Los contratos se llevaron a cabo de dos formas distintas: algunas cajas optaron por procedimientos ordinarios de contratación pública; otras cajas empezaron a utilizar en 2007 un sistema de acuerdos con algunas farmacéuticas para que toda su producción de ciertos genéricos tuviera descuento –a esta técnica se la denominó contratos de cartera de productos (*Portfolioverträge*)–.

La segunda fórmula de contratación facilitó en gran medida el acceso al mercado de productores de genéricos, sin necesidad de participar en procedimientos de licitación, largos y costosos (Hansen y Heilig, 2017, p. 291). Sin embargo, surgieron las dudas en la comunidad jurídica sobre la posibilidad de que se estuvieran adjudicando directamente contratos públicos sin la preceptiva licitación. En 2007, el órgano administrativo federal de recursos contractuales³ y el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf⁴ se pronunciaron en contra de la posibilidad de adjudicar los contratos señalados sin un procedimiento competitivo. Consideraron que eran contratos públicos sometidos a las reglas de adjudicación del Derecho europeo. Posteriormente, en 2008, el legislador federal estaba tan convencido de la necesidad de aplicar las reglas de contratación pública en estos casos que reformó el Código de la Seguridad Social para que no cupiera ninguna duda al respecto⁵.

A pesar de esta reforma legal y de los pronunciamientos señalados, las *Krankenkassen* continuaron celebrando acuerdos sobre carteras de productos sin licitación previa. Así que el legislador federal reformó de nuevo el Código de la Seguridad Social para establecer que todos los contratos sobre carteras de productos celebrados con anterioridad se extinguirían el 30 de abril de 2013. En ese contexto, para compensar la elevación de costes que supondría el cambio de modelo, algunas cajas aseguradoras comenzaron a adquirir medicamentos con descuento a partir de sistemas «open-house», que también se llamaron «open-book» o procedimientos de participación o admisión (*Zulassungsverfahren*) (Hansen y Heilig, 2017, p. 292) –en la publicación de estos procedimientos en TED se utiliza habitualmente el término «open-house»–. De acuerdo con este sistema, las cajas del seguro médico señalan el descuento deseado en determinados medicamentos y contratan en idénticas condiciones con todas las farmacéuticas que estén interesadas (Gabriel y Burholt, 2017, p. 324). Posteriormente, será el médico, el farmacéutico o el paciente quien elegirá comprar los medicamentos a uno u otro operador; la caja aseguradora pagará a cada una de las farmacéuticas en función del gasto que se haya realizado efectivamente. En este modelo, los operadores no pueden influir en las condiciones establecidas, que se fijan unilateralmente por las cajas (Hansen y Heilig, 2017, p. 292). Además, para garantizar los principios de transparencia y de igualdad de trato, la celebración de estos contratos se publica a nivel europeo.

Esta fórmula de contratos o procedimientos «open-house» se ha valorado positivamente por una parte importante de la doctrina alemana. Desde una perspectiva económica se considera que puede ser útil cuando se produce una transición entre una patente que expira y el establecimiento de un mercado de genéricos; en este supuesto la utilización del modelo «open-house» puede contribuir a desarrollar el mercado. En la misma línea de garantía de buen funcionamiento del mercado, se entiende que estas técnicas pueden contribuir al mantenimiento de la competencia en supuestos de adquisición de principios activos que están protegidos por una patente –en el caso, claro está, de que esa competencia sea posible–. La mayor parte de las farmacéuticas parece estar conforme con este sistema que les permite ocupar un espacio en el mercado sin correr el riesgo de ser expulsados del mismo durante varios años en el caso de fracasar en un proceso de licitación pública (Bauer, Hunold et al., 2015, p. 208). Además, no tienen que arriesgar el coste de participar en una licitación cuyo resultado es incierto (Gaßner y Strömer, 2014, p. 811). No obstante, otras empresas señalan que la fija-

² La reforma se llevó a cabo mediante la Ley de garantía de las contribuciones al seguro médico y a las pensiones (*Beitragssatzsicherungsgesetz vom 23-12-2002, BGBl I S. 4637*).

³ Por todas, la resolución VK Bund, Beschl. v. 15-11-2007, VK 2-105/07, GesR 2008, 32-36f.

⁴ La referencia de la sentencia es: OLG Düsseldorf Beschl. v. 19-12-2007, VII-Verg 49/07, juris.

⁵ La modificación se llevó a cabo mediante la Ley sobre la estructura organizativa y el desarrollo del seguro médico de 15 de diciembre de 2008 (*GKV-Organisationsstruktur-Weiterentwicklungsgesetz vom 15-12-2008, BGBl I S. 2426*).

ción unilateral de precios por las cajas del seguro médico no tiene ninguna contrapartida positiva, ya que en los contratos públicos al menos se consigue la exclusividad durante su periodo de duración (Hansen y Heilig, 2017, p. 292). Desde el punto de vista de la calidad del servicio, se afirma que los contratos «open-house» aumentan la probabilidad de que el asegurado encuentre el medicamento prescrito en su farmacia, reduciendo las disfunciones que puedan derivarse de los problemas de suministro y producción (Gaßner y Strömer, 2014, p. 811; también Gabriel y Burholt, 2017, p. 325). Este efecto positivo aumenta en el caso de medicamentos que no pueden sustituirse por otros, como sucede en el caso de biosimilares (Hansen y Heilig, 2017, p. 292).

Las ventajas señaladas no han impedido que la comunidad jurídica germánica haya estado inmersa durante años en un debate sobre la compatibilidad de los contratos «open-house» con las normas europeas de contratación pública. En esta discusión han participado tanto los órganos de la jurisdicción social y de la jurisdicción civil, como los órganos administrativos de recursos contractuales, que han resuelto numerosos recursos interpuestos contra la celebración de estos contratos. A continuación, se describen brevemente los hitos más destacados en la discusión.

El Tribunal de lo Social del *Land* de Renania del Norte-Westfalia se pronunció a favor de los contratos «open-house» en 2010. Señaló que la existencia de una decisión de elección de un operador frente a otro era determinante para aplicar el Derecho de contratación pública. Por esa razón, en los contratos «open-house» no existiría contrato público, porque no hay selectividad o exclusividad de un operador frente a otro. Además, indicó que el Derecho europeo no obliga a los poderes adjudicadores a licitar contratos públicos para proveerse de bienes, obras y servicios en el mercado; pueden utilizar otras técnicas al margen de los contratos públicos (en detalle, Neun, 2016, p. 682)⁶. En sentido opuesto, la jurisprudencia del órgano federal de recursos contractuales (*Vergabekammer des Bundes*)⁷ entendió que la salvaguardia de la competencia en el mercado interior impide que los poderes adjudicadores adjudiquen contratos sin un procedimiento previo de licitación, por lo que procedió a anular varios procedimientos de este tipo (Brackmann, 2014, p. 530; Gaßner, 2016, p. 768; Portner y Rechten, 2017, p. 587). A su juicio, las normas de contratación pública no prevén la existencia de una adjudicación compartida entre varios operadores, no exclusiva, lo que supondría que los contratos «open-house» son contrarios a Derecho⁸.

Este debate se clausuró definitivamente con el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE preguntando por la compatibilidad de los contratos «open-house» con el Derecho europeo (Gaßner y Sauer, 2018, p. 289). El eje de la cuestión se centraba en determinar si una decisión de un poder adjudicador que no supone elegir a un operador frente a otros puede considerarse o no contrato público y, por tanto, si debe someterse a las reglas contenidas en las Directivas. El TJUE concluyó que la existencia de selección y exclusividad es un elemento esencial de los contratos públicos, por lo que los contratos «open-house» son conforme a Derecho y quedan al margen de la aplicación del Derecho secundario. Seguidamente se exponen los supuestos de hecho que dieron lugar a los pronunciamientos del Tribunal, con el fin de contextualizarlos adecuadamente.

1.2. Los supuestos de hecho de las sentencias europeas de referencia

El *leading case* europeo en materia de contratos «open-house» es la sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016 recaída en el asunto Falk Pharma (C-410/14). La sentencia resuelve una cuestión prejudicial interpuesta por el *Oberlandesgericht* de Düsseldorf (Alemania) en el marco del litigio suscitado entre Dr. Falk Pharma GmbH (empresa privada) y DAK Gesundheit (caja pública o entidad gestora del seguro médico), con intervención de Kohlfarma GmbH (empresa privada)⁹.

DAK había puesto en marcha un sistema de contratos de rebaja en el precio con farmacéuticas que comercializaban medicamentos cuyo principio activo fuese la mesalazina. Previamente había publicado en

⁶ LSG Renania del Norte-Westfalia, sentencia de 14 de abril de 2010 – L 21 KR 69/09 SFB, NZBau 2010, 653. En un sentido similar: LSG Baden-Württemberg, sentencia de 23 de enero de 2009, L 11 WB 59/71/08; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11-1-2012 – VII-Verg 67/11, BeckRS 2012, 06486; y 2. VK-Bund Beschl. 21-01-2015 – VK 2-113/14.

⁷ Estos órganos de recursos contractuales son muy similares a los españoles en la medida en que también tienen naturaleza administrativa y existen a nivel federal y regional (Díez Sastre, 2012: 146 ss.).

⁸ Entre otras, las siguientes resoluciones: VK-Bund Beschl. v. 21-1-2015 – VK 2-113/14; VK-Bund Beschl. v. 20-2-2014 – VK 1-4/14, juris, núm. margen 50 ss.; VK-Bund Beschl. v. 6-7-2011 – VK 3-80/11, juris, núm. margen 96 ss.; VK-Bund Beschl. v. 15-6-2011 – VK 3-65/11, juris, núm. margen 73 ss.; VK-Bund Beschl. v. 14-6-2011 – VK 3-62/11, juris, núm. margen 86 ss.; VK-Bund Beschl. v. 10-6-2011 – VK 3-59/11, juris, núm. margen 74 ss.; VK-Bund Beschl. v. 12-11-2009 – VK 3-193/09.

⁹ OLG Düsseldorf: «Open-house» Konzept, NZS 2014, pp. 822-826.

el DOUE un anuncio relativo a un procedimiento para la celebración de estos contratos, señalando que no se sometía al Derecho de contratos públicos –aunque el TJUE no utiliza el término, se trataría de un contrato «open-house»–. DAK trataba de cumplir, de este modo, con lo dispuesto en el SGB, que, en ciertas circunstancias, obliga a los farmacéuticos a suministrar este tipo de productos en el marco de un contrato de rebaja en el precio con una duración máxima de dos años (arts. 129.1 y 130a, apartado 8). En relación con el procedimiento, merece la pena detenerse en la descripción que realiza el TJUE:

«[d]icho procedimiento preveía la participación de todas las empresas interesadas que cumplieren los requisitos de admisión y la celebración con cada una de esas empresas de contratos idénticos, cuyas condiciones estaban preestablecidas y no eran negociables. Además, cualquier otra empresa que cumpliera dichos requisitos podía adherirse, en las mismas condiciones, al sistema de acuerdos de rebaja durante el periodo de rebaja de éste (sic).».

En el marco del procedimiento señalado, DAK celebró un contrato con Kohlpharma, la única empresa que manifestó su interés por el anuncio; unos días después se publicó en el DOUE. Semanas más tarde, Falk Pharma interpuso recurso ante el órgano federal de recursos contractuales, alegando que el sistema de acuerdos era incompatible con el Derecho de contratación pública –este tipo de recursos había sido muy habitual en la práctica en relación con este sistema de adquisición de medicamentos (Brackmann, 2014, p. 529)–. DAK y Kohlpharma adujeron que los poderes adjudicadores no están obligados a adjudicar contratos de carácter exclusivo, mientras que Falk Pharma interpretó que los poderes adjudicadores tienen obligación de convocar una licitación para adquirir bienes en el mercado. A juicio del órgano federal de recursos contractuales no parece que el Derecho primario o el Derecho secundario obliguen a celebrar contratos públicos en todas las adquisiciones. Del mismo modo que en su día se admitieron las concesiones de servicios –antes de su regulación en la Directiva 23/2014/UE (STJUE Eurawasser, C-206/08)–, caben otras técnicas distintas de los contratos públicos que integran el catálogo de formas disponibles para que los entes públicos se provean de bienes y servicios en el mercado (Brackmann, 2014, p. 530).

Esta decisión del órgano federal de recursos contractuales se impugnó por Falk Pharma ante el OLG de Düsseldorf. Este órgano judicial decidió dirigir una cuestión prejudicial al TJUE para zanjar el debate abierto desde hacía años en Alemania. Planteó dos preguntas al Tribunal: la primera es si puede entenderse que hay contrato público en el sentido del artículo 1.2 a) Directiva 2014/18/UE –vigente en el momento de planteamiento de la cuestión– cuando un poder adjudicador organiza un procedimiento que conduce a celebrar uno o varios contratos sin seleccionar a uno o varios operadores económicos. En el caso de que la selección sea un elemento característico del contrato público, la segunda pregunta se centra en determinar cuáles son los requisitos procedimentales que deben concurrir para no seleccionar a uno o varios operadores económicos en el marco del procedimiento de este tipo. El órgano entiende que pueden ser los siguientes:

- a) publicación a nivel europeo del procedimiento;
- b) fijación de normas inequívocas sobre la celebración del contrato y la adhesión a este;
- c) establecimiento previo de las condiciones contractuales para que ningún operador económico pueda influir en el contenido del contrato;
- d) garantía de adhesión en todo momento;
- e) y publicación de la celebración de los contratos a nivel europeo.

Junto al supuesto de hecho de Falk Pharma, hay que referirse al asunto Tirkonnen resuelto en la sentencia de 1 de marzo de 2018 (C-9/17). En este caso, se presenta cuestión prejudicial por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de Finlandia (*Korkein hallinto-oikeus*) en el marco de un procedimiento iniciado por Dña. Maria Tirkonnen contra la agencia del espacio rural de este país. Esta agencia había abierto un procedimiento para seleccionar a los prestadores de servicios de asesoramiento a explotaciones agrarias. Conforme al sistema finlandés, los agricultores que cumplan ciertos requisitos pueden acudir a cualquiera de los asesores que sean parte del sistema; posteriormente, el Estado retribuye al asesor por el trabajo realizado en función de las horas de servicio (Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona, 13-12-2017, Tirkonnen, Asunto C-9/17).

En el procedimiento de creación de este «pool» de asesores se abrieron dos fases: la primera se refería a criterios de aptitud y criterios mínimos; la segunda consistía en un examen. Dña. Maria Tirkonnen fue excluida en la primera fase por no haber cumplimentado correctamente uno de los formularios. En su recurso alega que el procedimiento no se refería a la adjudicación de un contrato público, sino a un régimen de licencia y que, por tanto, se le debía reconocer el derecho a completar su expediente. Tras la desestimación

de su recurso interpuso recurso de casación, en cuya sede el Tribunal Supremo se pregunta por el carácter contractual o no del sistema de asesoramiento descrito desde el punto de vista del Derecho europeo. Al respecto, afirma el Tribunal nacional que en la licitación no se establecía ningún criterio de adjudicación que permitiera comparar las ofertas entre sí y que, por tanto, la agencia del espacio rural no pudo valorar ni comparar las proposiciones presentadas. Simplemente, todos los participantes que cumplieran los requisitos y superaron el examen se incorporaron al sistema, que se configuró como un acuerdo marco. Ahora bien, a diferencia del supuesto de Falk Pharma, señala el Tribunal finlandés que en este caso el sistema no estaba abierto de forma permanente, sino que se cerraba durante un tiempo tras la adopción de la resolución de adjudicación definitiva. En esta situación, pregunta al TJUE si un sistema como este puede considerarse un contrato público desde el punto de vista del Derecho europeo.

En los dos casos señalados, Falk Pharma y Tirkonnen, el TJUE llega a la conclusión de que no existe un contrato público y que, por tanto, no se aplican las reglas del Derecho de la contratación pública. El motivo fundamental es que no existe una decisión de selección del poder adjudicador, que beneficie a unos operadores económicos frente a otros. En ese espacio encajaría el concepto de contrato «open-house» acuñado por la doctrina alemana, que se trata de definir seguidamente.

2. EL CONCEPTO DE CONTRATO «OPEN-HOUSE»

Como se ha visto hasta el momento, el concepto de contrato «open-house» surge en Alemania para designar una forma de adquisición de medicamentos en el mercado muy concreta, caracterizada, principalmente, por la inexistencia de una decisión de selección de un operador económico. A partir de esa caracterización es posible elaborar un concepto jurídico de contrato «open-house» útil para determinar su régimen jurídico y posible encaje en el ordenamiento jurídico de otros Estados miembros más allá del Derecho germánico. Con esa finalidad debe realizarse un proceso de abstracción de las notas del concepto que delimiten su intensión. Asimismo, debe valorarse la idoneidad del término utilizado para designarlo (Díez Sastre, 2018a, pp. 118-144). En esa tarea es imprescindible tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE. Ahora bien, hay que advertir que los pronunciamientos del TJUE en esta materia no están encaminados a caracterizar este tipo de adquisición de bienes en el mercado; de hecho, no se refieren en ningún momento al término contrato o procedimiento «open-house». El Tribunal se limita a resolver las preguntas planteadas en la respectiva cuestión prejudicial. Esas preguntas se orientan a dilucidar si este tipo de fórmulas debe considerarse o no sujeto a las disposiciones de las Directivas de contratación pública. Por esa razón, la propuesta de concepto de contrato «open-house» que se ensaya en este trabajo se nutre, en positivo, de la configuración que se le ha dado en el Derecho alemán y, en negativo, de la jurisprudencia del TJUE, centrada en destacar aquellos elementos que diferencian este tipo de contratos de los contratos públicos regulados en las Directivas –se realiza, de este modo, una definición *per genus proximum et differentiam specificam* (Díez Sastre, 2018a, p. 175)–.

2.1. Notas definitorias

La jurisprudencia del TJUE en los asuntos descritos se esfuerza en definir el concepto de contrato público y distinguirlo de otras formas de adquisición, como es el caso de los contratos «open-house». La definición de un concepto permite determinar su intensión, esto es, cuáles son las notas necesarias y suficientes que deben darse en un fenómeno de la realidad para entender que está comprendido en el concepto de que se trate. En el ámbito jurídico la fijación de la intensión de un concepto puede tener gran trascendencia, en la medida en que puede llevar a anudar consecuencias jurídicas a los fenómenos que se consideren englobados en el mismo (Díez Sastre, 2018a, p. 49). En el caso de los contratos «open-house», es posible identificar una serie de notas definitorias referidas a las partes, el objeto, la onerosidad, así como la existencia de selectividad o exclusividad. Además, cabe preguntarse si la apertura del sistema durante su vigencia es o no una nota definitoria de estos contratos. A continuación, se desarrolla cada una de ellas.

2.1.1. Partes

Una de las notas definitorias de los contratos «open-house» es la determinación de las partes del contrato. Desde el punto de vista del ente contratante, en la medida en que el concepto de contrato «open-house» se acuña en la órbita de influencia del Derecho europeo, la entidad pública debe ostentar la condición de

poder adjudicador (Gaßner, 2016, p. 767). Para ello debe reunir una serie de requisitos: tener personalidad jurídica propia, realizar una parte de actividad de interés general, al margen del funcionamiento normal del mercado, y estar controlada o financiada mayoritariamente por otro poder adjudicador. Esos requisitos deben interpretarse funcionalmente conforme a la jurisprudencia del TJUE¹⁰.

La exigencia de cumplimiento de los requisitos de poder adjudicador se explica porque las reglas europeas de contratación pública, derivadas tanto del Derecho primario como del Derecho secundario, se proyectan únicamente sobre este tipo de entidades, así como sobre las entidades adjudicadoras definidas en el marco de la contratación en sectores especiales («Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo (sic) parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, 2006/C 179/02»). De hecho, en el supuesto de Falk Pharma, la entidad adjudicadora era una caja pública del seguro médico (DAK); este tipo de entidades ostenta la condición de poder adjudicador según la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 11 de junio de 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07). En el asunto Tirkonnen, la agencia de desarrollo rural de Finlandia también parece reunir la condición de poder adjudicador, aunque no se ofrecen datos para llevar a cabo ese análisis. Si un ente no reúne la condición de poder adjudicador, su contratación se somete a las reglas del Derecho interno, pero no a las normas europeas –así sucede en España, conforme a lo dispuesto en el Libro III de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)–. De modo que no habría problema para diferenciar un contrato «open-house» de un contrato público si quien contrata no es poder adjudicador, porque en ese caso no habría contrato público únicamente por esa razón subjetiva y no se aplicaría el Derecho europeo.

Desde la perspectiva del contratista, hay que destacar que el contrato «open-house» se dirige a un número indeterminado de operadores económicos que pueden tener interés en realizar la prestación requerida por la entidad pública. No puede hablarse de un contratista en exclusiva, como sucedería en un contrato público, sino de un conjunto de posibles contratistas. Como se ha señalado anteriormente, el ente contratante realiza una *oferta ad incertas personas* (Gaßner, 2016, p. 767). A estos efectos, podría formar parte del contrato «open-house» cualquier operador económico, definido en el artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE la condición de operador económico debe interpretarse de forma amplia. Puede ser una persona física o jurídica, una entidad pública o una agrupación de esas personas o entidades siempre que estén en condiciones de realizar la prestación que se requiere por la entidad contratante. A estos efectos es irrelevante que la persona o entidad tenga o no ánimo de lucro, o que solo realice esas actividades de forma ocasional; lo determinante es su capacidad para intervenir en el mercado ofreciendo bienes y servicios¹¹.

2.1.2. Objeto

La estructura de la relación entablada entre la entidad contratante y los proveedores en los contratos «open-house» condiciona el objeto idóneo en esta forma de adquisición. De forma que el objeto de este tipo de contratos presenta algunas diferencias con respecto al objeto de los contratos públicos (Gaßner, 2016, p. 768). Ciertamente, en los asuntos resueltos por el TJUE las prestaciones adquiridas mediante contratos «open-house» podrían haber sido objeto de un contrato público. En la sentencia Falk Pharma el contrato tenía como objeto el suministro de productos farmacéuticos y en la sentencia Tirkonnen se contrataban servicios de asesoramiento en el ámbito de la agricultura.

Ahora bien, puesto que en los contratos «open-house» no puede existir una decisión de selección, ni, en consecuencia, criterios de valoración de ofertas, sería necesario identificar aquellas prestaciones en las que esta forma de adquisición ofrece más ventajas por las propias características del objeto del contrato o por la especial estructura del mercado. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando se vaya a comprar bienes y servicios comunes, que puedan describirse de forma sencilla y clara, y que se presten de forma tendencialmente homogénea, sin grandes diferencias entre los distintos proveedores. En esa línea, los contratos

¹⁰ Entre otras, SSTJUE Mannesmann, C-44/96; BFI Holding, C-360/96; Agorà, C-223/99 y C-260/99; Universale-Bau, C-470/99; Adolf Truley, C-373/00; Riitta Korhonen, C-18/01; Comisión c. España, C-84/03; Bayerischer Rundfunk, C-337/06; Ing. Aigner, C-393/06; Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07; Comisión c. Alemania, C-536/07; Wall AG, C-91/08; IVD, C-526/11; LitSpecMet, C-567/15; NKBM, C-215/17; y Asmel, C-3/19.

¹¹ Al respecto, SSTJUE CoNISMa, C-305/08; Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11; Spezzino, C-113/13; Data Medical Service, C-568/13; Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14; y Parsec Fondazione, C-219/19.

«open-house» pueden ajustarse bien a aquellos casos en que la entidad contratante tenga una necesidad constante de abastecimiento de algún tipo de producto o servicio; o en los supuestos en que los productos o servicios se destinan a los usuarios, que podrán elegir entre distintos proveedores. Más discutible sería la posibilidad de que un contrato de estas características tenga como objeto una obra, en la medida en que es necesario que la prestación pueda llevarse a cabo de forma igual por un número indeterminado de operadores, aunque es una posibilidad que no puede descartarse de antemano.

En cualquier caso, lo relevante es que el contrato «open-house» no está vinculado a ningún sector concreto de actividad por sus especiales características –como podría pensarse en el caso de las prestaciones sociales y sanitarias (Gaßner, 2016, p. 769; Csaki, 2018, p. 598)–. El TJUE admite su utilización en cualquier sector siempre que se reúnan las condiciones que permiten su exclusión del ámbito de aplicación de Derecho de contratos públicos. De manera que es una forma de adquisición al margen de las normas europeas, sin perjuicio del ámbito de actividad sobre el que se proyecte. La doctrina del Tribunal de Justicia debe aplicarse a cualquier procedimiento que conduzca a un resultado compartido o no exclusivo (Neun, 2016, p. 681; Kimmig, 2017, p. 30).

2.1.3. Onerosidad

La siguiente nota definitoria del concepto de contrato «open-house» es la onerosidad. Conforme al artículo 2.1.5) Directiva 2014/24/UE, los contratos públicos son «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios». La onerosidad se refiere simplemente a la generación de obligaciones y derechos patrimoniales recíprocos entre las partes del contrato (Vilalta Reixach, 2018, p. 348)¹². Por esa razón, el TJUE reconoce que los contratos celebrados con cada uno de los operadores económicos en el marco de un contrato «open-house» puede considerarse un contrato oneroso que cumple los requisitos para considerarse un contrato público. Al fin y al cabo, se trata de una forma de adquirir bienes y servicios en el mercado a cambio de un precio. La existencia de onerosidad es, probablemente, lo que permite caracterizar a estos acuerdos como verdaderos contratos, aunque no sean contratos públicos desde la óptica del Derecho europeo. Además, los separa de técnicas distintas que no tienen carácter contractual, como, por ejemplo, las licencias o autorizaciones sin límites ni cuotas.

2.1.4. Ausencia de selectividad

Las notas definitorias expuestas expresan pocas diferencias con los contratos públicos. Junto a ellas, la característica esencial, que ayuda a distinguir definitivamente un contrato «open-house» de un contrato público, es la ausencia de una decisión previa de selección por parte del poder adjudicador (Gaßner, 2016, p. 768). El TJUE entiende que no hay contrato público cuando, cumpliéndose el resto de los requisitos propios de un contrato público –desde un punto de vista subjetivo y objetivo–, no existe selección por el poder adjudicador de un operador económico frente a otros ni, por tanto, exclusividad del adjudicatario frente a sus competidores –tal y como alegaba el órgano de recursos alemán en la sentencia Falk Pharma– (Portner y Rechten, 2017, p. 587). De este modo, el Tribunal introduce un elemento teleológico esencial en el concepto de contrato público (Kimmig, 2017, p. 30). Además, pone fin a la oscilación jurisprudencial que debatía en Alemania si la existencia de una decisión selectiva era consecuencia de la existencia de un contrato público o un elemento no escrito del supuesto de hecho de las normas de contratación pública –a pesar de no aparecer expresamente en el tenor literal, ni en la motivación o sistemática de las normas de contratos públicos en el momento en que se planteó la cuestión prejudicial en 2014– (Gaßner y Strömer, 2014, p. 812; Käser, 2018).

Para el Tribunal, «la elección de una oferta –y, por tanto, de un adjudicatario– es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de los contratos públicos (...) y, por consiguiente, al concepto de contrato público» (STJUE Falk Pharma). Las disposiciones de las Directivas de contratos públicos sirven para realizar los principios del TFUE, así como para proteger los intereses de los operadores económicos europeos (Kimmig, 2017, p. 33). Cuando no existe una selección por el poder adjudicador, no existe ningún peligro para la competencia ni ninguna necesidad de aplicar las estrictas reglas de contratación pública. No hay riesgo

¹² SSTJUE Ordine degli Ingegneri delle Provincia di Lecce y otros, C-159/11; Piepenbrock, C-386/11; e IBA Molecular Italy Srl, C-606/17.

de discriminación –que conduzca a una preferencia de operadores nacionales frente a extranjeros–, ni de concesión de una ventaja económica a un operador económico cuando se articula un sistema que admite a todos los operadores que reúnen los requisitos previamente establecidos (Csaki, 2018: 599). El resultado es un concepto de contrato público inescindiblemente unido a la existencia de una decisión selectiva (Wollenschläger, 2010, p. 526; Gaßner, 2016, p. 768; Kimmig, 2017, p. 33). Esta interpretación jurisprudencial se alinea perfectamente con lo dispuesto en distintos preceptos de las vigentes Directivas de contratos (Directiva 2014/23/UE, en adelante, DC; Directiva 2014/24/UE, en adelante, DCP; y Directiva 2014/25/UE, en adelante, DS)¹³. Sin ánimo de exhaustividad, pueden ofrecerse los siguientes ejemplos:

- a) En la propia definición de contratación pública, el artículo 1.2 DCP incluye expresamente la idea de selección de los operadores económicos: «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público, de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que las obras, los suministros o los servicios estén o no destinados a un fin público».
- b) En la DCP, al regular el procedimiento restringido y la invitación a candidatos en determinados procedimientos se alude a los «candidatos seleccionados» (arts. 28.4 y 54.1 DCP; también en los arts. 46.2 y 74.1 DS); del mismo modo que se habla de los «participantes seleccionados» en relación con el diálogo competitivo (art. 30.3 DCP); y de la comunicación de datos a los «candidatos descartados» (art. 55.2 DCP) –el artículo 40 DC también se refiere a la información sobre los «licitadores seleccionados»–. En sede de modificación de contratos, se establece como una de las condiciones para entender que una modificación es sustancial el límite de la posible «selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente» (art. 72.4 a) DCP). Para llevar a cabo esa tarea de selección deben emplearse criterios de adjudicación, que son fundamentales para la contratación pública, como indica el Considerando 89 DCP: «La noción de criterios de adjudicación es clave en la presente Directiva [...] en último término, todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder adjudicador considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas».
- c) El Considerando 4 DCP alude a la existencia de diversas acciones públicas que suponen el desembolso de fondos públicos sin ser contratos públicos: es el caso de las subvenciones y de las «situaciones en las que todos los operadores que cumplan determinadas condiciones están autorizados a desempeñar una determinada tarea, sin ningún procedimiento de selección», como los modelos de elección por clientes o los cheques de servicios, que son simples regímenes de autorización (por ejemplo, licencias de medicamentos o servicios médicos). En esos casos, dice la Directiva que «no deben entenderse como una contratación» –en la versión inglesa su utiliza el término *procurement* para referirse a esa contratación, lo que deja más claro que esos supuestos quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, aunque puedan considerarse contratos a nivel interno–.
- d) Por último, en la regulación de las concesiones y de la contratación en los sectores excluidos también aparecen claras referencias a la selectividad como criterio de aplicación de sus reglas. Se habla del «procedimiento que conduce a la selección del concesionario» (Cdo. 68 DC), así como de la selección y evaluación cualitativa de los candidatos (arts. 38 DC y 78 DS); y en el Considerando 13 DC se afirma que: «Los regímenes en los que todos los operadores que cumplan determinadas condiciones están autorizados a realizar una determinada tarea, sin selectividad alguna, tales como los sistemas de elección por el cliente y de bonos de servicios, no deben considerarse concesiones [...]».

Tanto la jurisprudencia del TJUE como las Directivas abren un espacio más allá de los contratos públicos, que permite adquirir bienes y servicios en el mercado sin necesidad de licitar. Los contratos «open-house» ocupan ese espacio, en cuanto que se refieren a la celebración de contratos sin que exista una decisión previa que elija a un operador frente a otros. En la práctica, esa inexistencia de selectividad se traduce en la imposibilidad de utilizar criterios de valoración o adjudicación de ofertas que permita comparar entre ofertas¹⁴. Solo pueden emplearse criterios de selección o admisión (*Zulassung*) (Dreher, 2019, p. 276).

¹³ La cursiva en las citas de las distintas Directivas a lo largo del texto es mía.

¹⁴ STJUE Tirkonnen, C-9/17.

Al respecto, hay que atender a la diferencia entre criterios de selección y de adjudicación que ha establecido el TJUE. El Tribunal recuerda que no son criterios de adjudicación aquellos que no están orientados a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que se vinculan a «la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión»¹⁵. En los contratos «open-house» solo cabrían criterios de selección, que aseguren la capacidad de los proveedores para ejecutar la prestación en las condiciones establecidas por la entidad contratante.

2.1.5. ¿Apertura permanente?

La última de las notas definitorias de los contratos «open-house» tiene que ver con su carácter abierto, esto es, con la posibilidad de que cualquier operador interesado se sume al contrato durante su periodo de vigencia. La apertura permanente de este sistema de contratación se ha considerado tradicionalmente un elemento esencial en la doctrina alemana. En ese sentido, se plantea la posibilidad de que los contratos «open-house» sean cruzados, incorporando a nuevos operadores económicos o a nuevos poderes adjudicadores (Gaßner, 2016, p. 768). Sin embargo, el TJUE ha negado la necesidad de esta característica para entender que no hay contrato público. La sentencia del asunto Tirkonnen señala que es posible que el sistema se cierre durante un periodo de tiempo, sin que ello suponga que se esté ante la celebración de un contrato público o de un acuerdo marco. Entiende el Tribunal que lo determinante es la ausencia de criterios de adjudicación en el procedimiento que permitiera valorar y comparar las ofertas admisibles. Si no existió una decisión de selección no se está ante un contrato público, con independencia de que la posibilidad de contratar estuviera permanente abierta o se cerrara durante el periodo de vigencia de los contratos. De manera que un contrato «open-house» puede cerrarse por el tiempo que dure su vigencia del mismo modo que un acuerdo marco. La diferencia, una vez más, radica en la ausencia de criterios de valoración de ofertas y, por tanto, de una decisión de selección o adjudicación.

2.2. Nombre del concepto

Tras la determinación de las notas definitorias del concepto de contrato «open-house», hay que referirse a la idoneidad del término, esto es, del nombre con el que se designa. La jurisprudencia del TJUE no utiliza en ningún momento el término contrato «open-house». Se refiere de forma neutra a la celebración de sistemas de acuerdos que permiten la participación de varios operadores. Ya se ha señalado que el TJUE no tiene intención de perfilar los contratos «open-house» en sus sentencias. Solo pretende trazar la línea que separa a los contratos públicos de otras figuras. El término contrato «open-house» sí se utiliza, sin embargo, de forma habitual, en la doctrina y jurisprudencia alemanas para referirse a este tipo de fórmulas. Esta denominación se apoya en la tradición alemana de que el sistema de contratación esté abierto a cualquier operador económico durante su periodo de vigencia; aunque, en Alemania, algunos autores prefieren utilizar otros nombres para referirse al mismo fenómeno: es el caso de los contratos no exclusivos (Kimmig, 2017, p. 30) o de los procedimientos de admisión o participación (*Zulassungsverfahren*) (Gabriel y Burholt, 2017, p. 323; Käser, 2018).

Estas reflexiones son importantes en la medida en que esta forma de contratar puede tener interés más allá del Derecho alemán, lo que supone que debe denominarse de alguna manera. Al respecto, hay que atender a los criterios de formación de los conceptos jurídicos referidos al término (Díez Sastre, 2018a, pp. 193-196). Aunque el TJUE no exija la apertura del sistema de contratos durante su vigencia, parece que la terminología de contrato «abierto» o de contrato «open-house» puede seguir siendo útil para referirse a un contrato donde todos los operadores pueden acceder sin necesidad de presentar ofertas y sin que exista una decisión de selección. Además, se trata de una terminología que entronca con la denominación de contrato «in-house» tan arraigada en el Derecho de los Estados miembros a partir de la jurisprudencia Teckal del TJUE¹⁶. Esto garantiza su familiaridad, así como su resonancia, al estar expresado en lengua inglesa. De este modo se mantiene también el término de origen del concepto, permitiendo contextualizarlo y seguir su evolución en el futuro.

¹⁵ SSTJUE Lianakis, C-532/06 y Ambisig, C-601/13, referidas a la distinción entre criterios de solvencia o aptitud y criterios de adjudicación o de valoración de las ofertas.

¹⁶ STUE Teckal, C-107/98.

3. EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS «OPEN-HOUSE»

La inexistencia de una decisión de selección en los contratos «open-house» justifica la exclusión del ámbito de aplicación de las reglas de contratación pública contenidas en las Directivas de 2014 (Portner y Rechten, 2017, p. 588; Dreher, 2019, p. 276). Si no hay contrato público que pueda afectar a la competencia en el mercado porque no se elige a un operador frente a otro, no hay que aplicar las reglas de contratación pública. Ahora bien, el hecho de que este tipo de contratos se sitúe al margen de las Directivas de contratación pública no supone que estén en un limbo jurídico. Es necesario dilucidar qué normas se les aplican tanto a nivel europeo como a nivel interno.

En efecto, los contratos «open-house» no se someten a reglas aplicables a los contratos públicos, como pueden ser, por supuesto, las relativas a los procedimientos de adjudicación, las comunicaciones electrónicas o la obligación de remitir información estadística (Gaßner, 2016, p. 768). Pero esto no excluye la aplicación de las normas del Derecho primario bajo determinadas circunstancias. Del mismo modo que sucede con los contratos públicos no sometidos o parcialmente sometidos al Derecho europeo, en el caso de que pueda identificarse un interés transfronterizo cierto¹⁷, habría que aplicar los principios del Derecho primario vinculados a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (Neun, 2016, p. 684; Hansen y Heilig, 2017, p. 295; Csaki, 2018, p. 599). Si ese interés transfronterizo no existiera, habría que remitirse a las normas del Derecho interno.

A nivel interno, hay que tener en cuenta que el TJUE no condiciona la consideración que se haga en cada Estado miembro en torno a la naturaleza de estos acuerdos, que debe determinarse en el ordenamiento jurídico nacional. En el Derecho alemán, donde se ha desarrollado la figura, este tipo de contratos tendría naturaleza civil. Se trata de contratos sometidos a una serie de reglas nacionales que trascienden los principios europeos: es el caso de la obligación de abrir un procedimiento de participación con publicidad (Gaßner, 2016, pp. 768-769); de la sujeción de este tipo de contratos a las reglas generales del Código Civil relativas a los contratos (Gaßner y Sauer, 2018, p. 291); así como de la aplicación de reglas de Derecho presupuestario que rigen la adquisición de bienes y servicios en el mercado por debajo de los umbrales de las directivas europeas. En esta misma línea, se señala la importancia que tiene la aplicación del principio de buena fe en la relación entablada entre el ente público y los operadores económicos (Gaßner, 2016, p. 769). La inexistencia de un régimen jurídico completo para este tipo de fórmulas en el Derecho interno se ha criticado en la doctrina. Sería necesario ofrecer mayor seguridad jurídica, sin mermar demasiado la posible creatividad del sector público en la utilización de esta herramienta. La reforma de 2016 que transpuso las Directivas europeas de 2014 se considera una oportunidad perdida para introducir una regulación suficiente de este tipo de contratos (Gaßner, 2016, p. 770).

4. LOS PROCEDIMIENTOS «OPEN-HOUSE»

La referencia general al Derecho aplicable a los contratos «open-house», debe complementarse con un análisis detallado a las directrices que se han establecido en torno al procedimiento que debe preceder a su celebración. El hecho de que no sea preciso licitar, no supone que se produzca una adjudicación directa (Gabriel, 2019: 568). La utilización de un procedimiento que no entraña selección es la causa de que no se consideren contratos públicos, pero ello no obsta a que deban someterse a algunos requisitos procedimentales que se han decantado en el Derecho europeo y, en mayor medida, en el Derecho alemán.

4.1. Directrices en el Derecho europeo

En la sentencia *Falk Pharma*, el órgano de recursos contractuales alemán pregunta al TJUE por los requisitos que garantizarían la conformidad a Derecho de un procedimiento «open-house». En concreto, alude a exigencias procedimentales ligadas a principios de Derecho primario: igualdad y no discriminación, así como de la obligación de transparencia. Al respecto, el Tribunal señala que solo cuando el objeto del contrato «open-house» tenga interés transfronterizo cierto, sería preciso someter su celebración a las normas fundamentales del TFUE. En concreto, debería respetar los principios de igualdad y no discriminación,

¹⁷ Sobre ese concepto, entre otras, SSTJUE SECAP y Santorso, C-147/06 y 148/06; «Spezzino» y otros, C-113/13; Generali-Providencia Biztosító, C-470/13; Enterprise Focused Solutions, C-278/14; y Comune di Fossano, C-318/15.

así como la obligación de transparencia, que se traduce en obligaciones de publicidad adecuadas con el fin de que los operadores económicos potencialmente interesados tengan conocimiento del procedimiento y de sus características esenciales (Käser, 2018; Dreher, 2019, p. 284). Más allá de estas precisiones, el Tribunal no llega a concretar cuáles han de ser los particulares requisitos procedimentales que deben concurrir (Gaßner, 2016, p. 769; también, Portner y Rechten, 2017, p. 588). Entiende que los Estados miembros tienen cierto margen de apreciación para establecer las medidas que garanticen el cumplimiento de esos principios en sus ordenamientos jurídicos¹⁸. El Derecho europeo abre, así, un amplio margen a los Estados miembros para concretar la forma de llevar a práctica este tipo de fórmula.

4.2. Directrices en el Derecho alemán

El debate suscitado en la comunidad jurídica alemana en torno a la conformidad a Derecho de los contratos «open-house» ha llevado aparejado el desarrollo de una serie de requisitos que deben acompañar su celebración y que se articulan en torno a las exigencias básicas de igualdad y no discriminación y publicidad.

4.2.1. Igualdad de trato y no discriminación

Los contratos «open-house» suponen la apertura de un procedimiento de participación con unas condiciones establecidas de antemano unilateralmente por el ente contratante que deben darse a conocer a los posibles interesados. Esto significa que es necesario abrir un procedimiento sobre la base de una documentación que contenga los requisitos vinculados a la ejecución de la prestación, descritos de forma neutral, sin favorecer a determinados productos o servicios (Portner y Rechten, 2017, p. 590). La información que se ofrezca por esta vía debe ser, además, adecuada para permitir la participación de los operadores económicos interesados. Debe contener suficiente información sobre el procedimiento, el clausulado del contrato que se firmará al terminar la tramitación, una descripción de la prestación a realizar, los criterios utilizados para la admisión de los operadores económicos, así como un modelo de aceptación por el operador de las condiciones del procedimiento (Wollenschläger, 2010, p. 592 y ss.; Portner y Rechten, 2017, p. 589).

Como se ha señalado, la principal característica de este procedimiento es que no puede incluir criterios de adjudicación que permitan comparar entre distintas ofertas. No se aplica el Derecho de la contratación pública porque no se genera una ventaja competitiva o una posición beneficiosa para un operador económico con respecto a otros. Por esa misma razón, no es posible negociar ningún aspecto de la prestación con los posibles interesados en el marco del procedimiento de participación (Schumm y Klumb, 2020; también Gaßner, 2016, p. 767 y Portner y Rechten, 2017, p. 589). El ente contratante se compromete a celebrar un contrato idéntico con cada uno de los operadores económicos que cumplan los requisitos establecidos en el procedimiento (Gaßner, 2016, p. 768). Solo puede entenderse que no hay selectividad ni exclusividad en la medida en que todos los interesados sean tratado del mismo modo. Si se beneficiara a uno por encima de los demás, dejaría de estarse ante una fórmula al margen del Derecho de contratos públicos (Gaßner y Sauer, 2018, p. 292).

Un problema importante que se plantea en relación con la garantía de igualdad de trato y no discriminación es lograr un tratamiento igual entre todos los operadores en la distribución de la prestación requerida. Como ejemplo, señala la doctrina al

emana que una posibilidad sería que, entre todos los operadores económicos que han entrado en el sistema, preste el servicio aquel que lo haga con mayor rapidez. La rapidez en el suministro sería un criterio objetivo y admisible en todo caso (Gaßner, 2016, p. 769). Sin embargo, parece que ese criterio sí introduce una valoración cualitativa de la forma de llevar a cabo la prestación entre unos y otros operadores. Así que podría pensarse en otros criterios que no introduzcan ningún elemento de selección. Es lo que sucedería en un sistema de reparto por cuotas iguales entre todos los participantes, en un modelo de rotación con un sorteo previo o en la selección del operador de forma libre por parte del usuario de la prestación. Sea cual sea el criterio elegido, debe garantizarse la objetividad del reparto de la prestación entre todos los operadores y la igualdad de trato entre ellos (al respecto, en detalle, Malaviya, 2009, p. 138 ss.; Wollenschläger, 2010, p. 558 ss.).

¹⁸ Entienden, a mi juicio, erróneamente, que sí se asumen las exigencias apuntadas por el órgano de recursos alemán, Schumm y Klumb, 2020.

4.2.2. Publicidad

Junto a la garantía de igualdad de trato y no discriminación, el Derecho alemán pone especial énfasis en la publicidad que debe darse en la celebración de los contratos «open-house». A este respecto, se diferencia entre la publicidad del procedimiento y la publicidad de los contratos celebrados con posterioridad (Portner y Rechten, 2017, p. 588).

Por lo que respecta a la publicidad del procedimiento, el órgano federal de recursos contractuales señaló hace años que la publicación en la sede electrónica del poder adjudicador era insuficiente¹⁹. El deber de transparencia y la garantía de las libertades del mercado interior exigen que la publicidad se lleve a cabo a nivel europeo. Solo en ese modo se asegura que operadores de otros países con interés en la prestación puedan tomar parte en el procedimiento (Portner y Rechten, 2017, p. 588). Puesto que no existe una vía de publicación europea genérica, se considera que una buena forma de cumplir con esa exigencia es publicar el procedimiento en el diario electrónico de licitaciones (*tenders electronic daily*, TED), la versión online del Suplemento del DOUE (DO S) dedicado a la contratación pública europea.

Desde 2015 hasta 2021 se han publicado en TED más de 1.500 contratos de este tipo licitados por distintos poderes adjudicadores alemanes, la mayor parte cajas públicas del seguro médico. Y entre los meses de marzo y junio de 2020 se contabilizan más de 230 contratos adjudicados por esta vía en Alemania; la mayoría referidos a la adquisición de productos sanitarios y farmacéuticos²⁰. Los contratos aparecen como procedimientos «open-house» referidos a acuerdos marco que se adjudican mediante procedimiento abierto y con un único criterio de adjudicación, el precio. De este modo, se logra publicidad a nivel europeo cumplimentando los distintos elementos que exige TED para publicar licitaciones de contratos públicos. Esta práctica introduce, no obstante, un alto grado de inseguridad jurídica. Puede confundir a los operadores económicos que deben diferenciar las características de este tipo de contratos «open-house» de los contratos públicos, ya que todos se publican por el mismo medio y con la misma apariencia.

Por otro lado, existen dudas en cuanto a la obligatoriedad de la publicidad de los contratos celebrados. El TJUE no llegó a responder a la pregunta formulada sobre esta cuestión en la sentencia *Falk Pharma*. Parece que solo le preocupaba que se garantizara la publicidad del procedimiento con el fin de asegurar su conocimiento por potenciales operadores económicos interesados. De modo que puede interpretarse que esta publicidad no es obligatoria. Sin embargo, en la doctrina alemana se aducen argumentos a favor de esta exigencia (Portner y Rechten, 2017, p. 589). Así, el Considerando 126 de la Directiva 2014/24/UE señala la importancia de la transparencia en las decisiones en materia de contratación pública para evitar la corrupción. En esta misma línea, la STJUE *Teleaustria* (C-324/98) señaló que la publicidad debe servir a la apertura de la competencia, pero también para controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Estas razones se consideran suficientes en la doctrina alemana para entender que los contratos «open-house» celebrados tras la tramitación del oportuno procedimiento también debe ser objeto de publicidad (Portner y Rechten, 2017, p. 589). Este es el único medio que permite controlar, además, que, efectivamente, la prestación se está llevando a cabo por todos los proveedores en las condiciones establecidas en la documentación previa.

5. EL ENCAJE DE LOS CONTRATOS «OPEN-HOUSE» EN EL DERECHO ESPAÑOL

Las reflexiones realizadas hasta el momento en torno a la caracterización jurídica de los contratos «open-house» conducen inevitablemente a la pregunta sobre su posible encaje en el Derecho español. Un análisis en profundidad de esa posibilidad excede del objeto de este trabajo. Aquí solo se identifican algunos casos que pueden estar relacionados con los contratos «open-house». Se trata de la utilización de esta figura en la reciente legislación de Illes Balears sobre la adquisición de medicamentos y, de forma breve, de otros casos que pueden canalizar las técnicas «open-house», como pueden ser las acciones concertadas o conciertos sociales y los procedimientos de licitación de la legislación de contratos públicos²¹.

¹⁹ BKartA, Beschl. v. 12-11-2009 – VK 3-193/09, BeckRS 2012, 50935.

²⁰ Información obtenida en TED; última consulta, 25 de enero de 2021.

²¹ En el nivel local, hay que referirse al Ayuntamiento de Vinaròs (Castelló) que ha sido pionero poniendo en marcha un modelo «open-house» para adquirir los cheques de alimentos y productos de primera necesidad que se ponen a disposición de las personas y familias en situación de vulnerabilidad.

Antes de iniciar este análisis, es necesario destacar, al menos, dos diferencias fundamentales con el Derecho alemán que conducen a unos efectos muy distintos en la posible incorporación de los contratos «open-house» en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, hay que tener presente el reconocimiento legal de los contratos administrativos, que se relacionan con la noción europea de contrato público de una manera muy distinta a los contratos públicos alemanes considerados, a nivel interno, como contratos privados (Díez Sastre, 2012, p. 64 ss.). Por otro lado, es preciso atender a la densa normativa básica estatal en este ámbito (LCSP), muy alejada de la norma federal alemana en materia de contratos públicos (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB). El legislador estatal ha extendido el concepto de contrato público más allá de las exigencias del Derecho europeo (Díez Sastre, 2018b: p. 29 ss.), reduciendo considerablemente el margen disponible para la legislación autonómica de desarrollo. En concreto, la LCSP solo se remite a la normativa de las Comunidades Autónomas para regular «instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social» (D. A. 49.^a LCSP). Por esa razón, un problema fundamental que debe resolverse en el Derecho español es determinar si las Comunidades Autónomas tienen competencia, y con qué alcance, para articular formas de celebración de contratos «open-house».

5.1. Los contratos «open-house» en la legislación balear de adquisición de medicamentos

Recientemente se ha introducido una novedosa regulación a nivel autonómico en el ámbito de la compra de medicamentos que tiene como finalidad incorporar a nuestro ordenamiento jurídico los contratos «open-house». El legislador balear ha excluido expresamente del ámbito de aplicación de las reglas de contratación pública la adquisición de medicamentos con precios de venta de laboratorio fijados administrativamente para el Sistema Nacional de Salud o con precios de referencia (art. 16 Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19). Explica el legislador autonómico en la Exposición de Motivos que en estos casos no se deben aplicar los principios de la contratación pública en la medida en que se ha producido una negociación previa sobre los precios por una entidad pública. Además, señala que esta técnica atiende a la doctrina del TJUE de la sentencia Falk Pharma.

Descendiendo al detalle de la regulación, la Ley prevé que en los medicamentos con protección de patente se realice una adquisición directa (art. 17 Ley 2/2020). Para la compra de genéricos, medicamentos de referencia y, en principio, biosimilares, se introducen dos posibilidades: conforme a la primera es posible elegir entre los distintos productos ofertados por todos los proveedores que asuman una serie de condiciones previamente establecidas por el órgano competente para adquirirlos; además, se permite la incorporación de nuevos proveedores que asuman las condiciones señaladas (art. 18.1 Ley 2/2020). De acuerdo con la segunda posibilidad, puede elegirse a uno de los proveedores llevando a cabo un procedimiento de selección con criterios cualitativos previa valoración de las ofertas presentadas (art. 18.2 Ley 2/2020). En los tres casos señalados, para la adquisición tanto de medicamentos con protección de patente, como de genéricos, medicamentos de referencia y biosimilares, se afirma que el acuerdo de adquisición tiene naturaleza privada.

El legislador balear ha introducido, de este modo, tres fórmulas que considera al margen de la aplicación de las reglas de contratación pública porque existe un proceso de negociación previa del precio de los productos adquiridos. Sin embargo, en sentido estricto solo una de las tres modalidades de adquisición previstas encajaría en el concepto de los contratos «open-house». Se trata de la relativa a la adquisición hospitalaria de medicamentos genéricos que permite que se incorpore al contrato cualquier proveedor interesado que asuma las condiciones establecidas por la entidad adjudicadora. En ese caso, es claro que para el Derecho europeo no existe contrato público y no es necesario aplicar las reglas de contratación pública de las Directivas. De manera que podría interpretarse que el legislador autonómico se apoya en la competencia atribuida por la D. A. 49.^a LCSP para regular «instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de interés social». En esta interpretación, el concepto europeo de contrato público serviría para integrar la remisión legal a la normativa autonómica. El «instrumento no contractual» sería aquel que no es un contrato público a nivel europeo, aunque pueda ser contrato a nivel nacional. No hay que olvidar que el concepto tradicional de contrato del sector público y de contrato administrativo de la LCSP (arts. 2.1 y 25.1) llevaría, muy probablemente, a introducir este tipo de contratos en el ámbito de aplicación de la legislación básica; a no ser que se interpretara que la nota de selectividad también es esencial para aplicar las reglas nacionales de contratación del sector público.

Por lo que respecta a las otras dos formas de adquisición de medicamentos establecidas en la normativa balear, no es posible entender que encajan en el concepto de contratos «open-house». La justificación de la inaplicación de las normas de contratación pública deberá apoyarse en otros motivos. No puede decirse que no hay contrato público. El legislador balear argumenta, como se ha dicho, que en estos casos no se aplican las normas de contratación pública porque existe un sistema de fijación administrativa del precio de los medicamentos (García Álvarez, 2020). Es más, la compra de medicamentos se ha planteado por parte de la doctrina como un sector peculiar donde confluyen derechos constitucionales, como la protección de la salud (art. 43 CE) y derechos fundamentales, como el derecho a la vida y la integridad física (art. 15 CE). Por esa razón, se justifica la posibilidad de utilizar formas de adquisición al margen de la contratación pública (Gimeno Feliu y García-Álvarez, 2020, p. 102-103). Se aduce que, en realidad, la causa del contrato no es el propio de un contrato de suministros ordinario y que el eje de la adjudicación debe ser la mejor asistencia a los pacientes.

El problema que plantea esta interpretación es que en la sentencia Falk Pharma el TJUE no excluye la aplicación de las reglas de contratos públicos porque el sector de la adquisición de medicamentos presente especialidades propias. Es más, en los servicios a las personas, como los servicios sociales y sanitarios, se introducen particularidades regulativas, pero no se afirma que no se celebran contratos públicos sometidos al Derecho europeo (Cdo. 114 DCP y Cdo. 54 DC). En Falk Pharma el TJUE señala que no existe un contrato público porque no se produce una decisión de selección de un operador frente a otro. De manera que cuesta entender que en estos casos no se aplique el Derecho europeo de contratos públicos, aunque sea de forma modulada. Por otro lado, a nivel interno, ya se ha señalado que las Comunidades Autónomas solo pueden regular «instrumentos no contractuales» en los términos de la D. A. 49.^a LCSP. No se hace ninguna excepción apoyada en la especialidad de la causa y finalidad del contrato. De manera que la competencia autonómica para regular estas formas de adquisición al margen de la legislación básica se pone en entredicho en la medida en que sí se esté celebrando un contrato público –y siempre que, como se ha señalado antes, se integre esta previsión competencial con el concepto de contrato público perfilado por la jurisprudencia del TJUE–.

Otro argumento a favor de la exclusión de la adquisición de medicamentos de las reglas de contratos públicos es que en las acciones concertadas y en la compra pública pre-comercial existen criterios de selección, sin que pueda hablarse de contratos públicos (Gimeno Feliu, 2020b). Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE pivota sobre la idea de selectividad o exclusividad para excluir la aplicación de las reglas de contratación pública, tanto para el caso concreto de las acciones concertadas (Díez Sastre, 2020) –a las que se hace referencia más adelante–, como de los contratos «open-house» en general. En el caso de la compra pública pre-comercial, la exclusión del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación pública y de la legislación de contratación pública a nivel interno se basa en la articulación no contractual de la relación entre la entidad adjudicadora y el operador económico. Aunque exista selectividad, en esos casos no se entabla entre las partes la relación propia de un contrato público. De hecho, las Directivas señalan los casos en que los contratos de servicios públicos de investigación y desarrollo se someten a las reglas de contratos (art. 14 DCP): a) cuando los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad; y b) cuando el servicio prestado se remunere íntegramente por el poder adjudicador (Gimeno Feliu, 2020a; Jaramillo Villacís, 2020). Así se pone de manifiesto que, cuando la relación de onerosidad es propia de un contrato público, existe una contraprestación propia de un contrato público y concurren las demás notas definitorias de los contratos públicos, se está necesariamente en el ámbito de aplicación de las Directivas.

Para terminar con el análisis de la fórmula balear, hay que atender a las reglas procedimentales. En todas las modalidades de compra previstas en la norma autonómica se establecen las siguientes exigencias:

«[l]a tramitación exige:

- a) Justificación de la necesidad y de la existencia de crédito.
- b) Solicitud formal a la empresa cuya aceptación implica el compromiso de cumplimiento de los plazos de entrega» (arts. 17.2 y 18.3 Ley 2/2020).

Esta regulación parece demasiado parca si se compara con el desarrollo de los principios de igualdad y no discriminación y de publicidad que se ha llevado a cabo en el Derecho alemán; así como con las exigencias del Derecho primario en los casos en que el contrato pueda tener interés transfronterizo cierto. El hecho de que pueda haber la posibilidad de adquirir bienes y servicios al margen de las reglas

de contratación pública no anula el deber de mantener unas garantías mínimas en el marco del mercado interior. La regulación balear debería reforzar el procedimiento previo a la celebración de estos contratos. En esa tarea pueden ser útiles las consideraciones realizadas en el Derecho alemán que se han expuesto más arriba.

5.2. Las acciones concertadas como contratos «open-house»

Las acciones concertadas o conciertos sociales se han caracterizado en la normativa de algunas Comunidades Autónomas como «instrumentos no contractuales» en el marco de lo establecido en la D. A. 49.^a LCSP²² (Garrido Juncal, 2017, p. 88; Gimeno Feliu, 2018, p. 45). Se trata de una forma de adquisición de prestaciones en el ámbito social o sanitario, según los casos, que se tramita de acuerdo con los procedimientos establecidos al efecto en la normativa autonómica, al margen de la legislación básica en materia de contratación pública.

Tanto la competencia autonómica en la materia como la exclusión de la aplicación de las reglas de contratación se apoyan en la naturaleza no contractual de este tipo de técnicas, lo que necesariamente lleva a pensar que quizás se trate de una forma de celebrar contratos «open-house». En estos casos los sujetos, el objeto y el carácter oneroso son los propios de un contrato público; el hecho de que estas acciones concertadas se reserven a entidades sin ánimo de lucro no obsta para poder considerarlos, en su caso, contratos públicos. De manera que solo se tratará de «instrumentos no contractuales», en el sentido de que no son contratos públicos, si no hay una decisión de selección de unos operadores frente a otros. El problema está en que, en la mayoría de los casos, la legislación autonómica prevé dos fases diferenciadas: una primera fase de cumplimiento de requisitos previos y una segunda fase de valoración de las distintas entidades, en la que se prefiere a unas entidades frente a otras (Díez Sastre, 2020, p. 258 ss.). En los casos en que exista una decisión de selección de unos proveedores frente a otros, no puede hablarse de una forma de contrato «open-house» y tampoco, por tanto, de un «instrumento no contractual». De hecho, los problemas vinculados a la exclusión de este tipo de fórmulas de la legislación básica de contratos públicos ha sido objeto de una reciente cuestión prejudicial planteada ante el TJUE (C-436/20) por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Habrá que esperar al pronunciamiento del TJUE para aclarar la naturaleza de estas acciones concertadas y su encaje, en su caso, en los contratos «open-house» o en los contratos públicos.

5.3. La aplicación de la legislación de contratos a los contratos «open-house»

La tercera de las opciones de encaje de los contratos «open-house» en el Derecho español consiste en celebrarlos en el marco de las normas de contratación pública. Aunque no parece que sea una práctica habitual en la actualidad, la Sentencia del Tribunal Supremo 7308/2009, de 20 de noviembre de 2009, da cuenta de un buen ejemplo en este sentido. El Consejo General del Poder Judicial abrió en 2004 una licitación en el marco de la legislación de contratación pública vigente en su momento con el fin de adquirir bases de datos de legislación y jurisprudencia para su utilización por los miembros de la carrera judicial. A pesar de abrir un procedimiento de licitación pública ordinario, los pliegos determinaban que todos los proveedores que cumplieran ciertas condiciones serían adjudicatarios en las mismas condiciones. En una resolución posterior referida a otro asunto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (resolución 890/2014, de 5 de diciembre) hace alusión a este caso, afirmando que la naturaleza de ese contrato es «atípica», porque el contrato no se adjudicaba a la oferta más ventajosa, sino que se admitía a todas las ofertas que cumplieran con las prescripciones técnicas, siendo los miembros de la carrera judicial los encargados de elegir cuál preferían utilizar. Aunque el concepto de contrato «open-house» no estaba acuñado en ese momento, no cabe duda de que se trata de un ejemplo de esta forma de adquisición. Este caso pone de manifiesto que sería hipotéticamente posible celebrar contratos «open-house» en el marco de la legislación de contratos públicos, siempre que se excluya la aplicación de las reglas orientadas a valorar y comparar las ofertas de los licitadores y que esa exclusión se admita posteriormente por los órganos encargados de velar por la aplicación de las reglas de contratación pública.

²² Sirvan como ejemplo los siguientes casos: artículo 3 Ley 11/2016, de 15 de diciembre, Aragón; artículo 3 Ley 7/2017, de 30 de marzo, Valencia; y artículo 8 Ley 10/2018, de 22 de noviembre, Extremadura.

REFLEXIONES FINALES

El debate abierto en Alemania en torno a los contratos «open-house» y la solución ofrecida por el TJUE recuerdan a la comunidad jurídica que el presupuesto de aplicación del Derecho europeo en materia de contratos públicos sigue explicándose en clave económica. Allí donde no hay riesgo de distorsionar la competencia y el buen funcionamiento del mercado, porque no hay selectividad, no rigen las normas de las Directivas. Puede haber contrato a nivel nacional, pero no hay contrato a nivel europeo. La lógica económica de la contratación pública sigue siendo, así, una directriz fundamental en la interpretación del alcance y sentido de las normas europeas. Además, el Tribunal manda un mensaje claro a las entidades adjudicadoras nacionales que no están obligadas a utilizar únicamente los contratos públicos como forma de proveerse de bienes y servicios en el mercado. Y podría irse más allá: los contratos «open-house» ponen de manifiesto que los contratos públicos no siempre son necesariamente la forma óptima de garantizar el buen funcionamiento del mercado.

Por supuesto, el criterio de la selectividad puede criticarse en cuanto que define los contratos públicos desde un prisma de protección del mercado y de la competencia²³, sin tener en cuenta otros elementos que han impregnado el Derecho de contratos públicos a nivel interno en los Estados miembros y que también tienen su reflejo en los principios del Derecho primario europeo, como pueden ser la eficiencia y control del gasto público (Kimmig, 2017, p. 33). Sin embargo, no parece posible –al menos de momento– determinar en qué casos la utilización de contratos públicos es más eficiente económicamente que el recurso a las fórmulas «open-house». Así que puede ser razonable confiar en que los aplicadores del Derecho tienen más información que el legislador a la hora de optar por una u otra fórmula de adquisición de bienes en el mercado.

En un plano distinto, el papel de los actores involucrados en la discusión sobre los contratos «open-house» en Alemania puede ofrecer datos interesantes para analizar los posibles riesgos de la especialización en el Derecho. Los órganos de recursos contractuales alemanes fueron tendencialmente reacios a admitir los contratos «open-house» como una técnica al margen de las normas de contratación pública. La inexistencia de una previsión expresa en el Derecho de contratación pública justificaba su prohibición, desde su punto de vista. Además, hay que tener en cuenta que su competencia solo se vincula a la existencia de contratos públicos, lo que puede incentivar una interpretación expansiva de este concepto. Por el contrario, los órganos judiciales fueron más flexibles, en general, para entender que los contratos «open-house» constituían una forma distinta de actuar en el mercado. Ciertamente, las razones que subyacen a esta distinta toma de postura pueden ser múltiples, pero la especialización podría jugar un papel importante en la explicación.

Para concluir, en tiempos de pandemia los contratos «open-house» ofrecen una alternativa a la contratación que puede simplificar y agilizar la adquisición de bienes y servicios (Schumm y Klumb, 2020). En Alemania, se han llegado a calificar de «regalo» para los poderes adjudicadores creativos, que pueden ensayar por esta vía nuevas formas de satisfacer sus necesidades en el mercado (Gaßner, 2016). Se trata de un concepto gestado en el Derecho alemán, compatible con el Derecho europeo y que abre un margen eficaz de gestión para los Estados miembros; parece que este puede ser un momento idóneo para aprovecharlo en el Derecho español.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bauer, C., Hunold, M., Hüschelrath, K., Jahn, R., Kotschedoff, M., Laitenberger, U., Lux, G., May, U., Walendzik, A., Wasem, J., Weegen, L. (2015). *Rabattvertragsausschreibungen in der Generikaindustrie in Deutschland: Auswirkungen auf Marktstruktur, Anbietervielfalt und Wettbewerb*. Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845260655>
- Brackmann, R. (2014). Das «Open-House-Modell» – am Vergaberecht vorbei? *NZBau*, 2014(9), 529-530.
- Csaki, A. (2018). Vorliegen einer Auswahlentscheidung bei öffentlichem Auftrag – «Open-House-Modell». *NZBau* 2018(10), 598-600.
- Díez Sastre, S. (2020). La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios. En A. Agulló Agüero (dir.) y E. Marco Peñas (coord.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero* (pp. 231-261). Tirant lo Blanch.
- Díez Sastre, S. (2018a). *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y formación de los conceptos jurídicos*. Marcial Pons.

²³ SSTJUE BFI Holding, C-360/93 y Comisión c. Alemania, C-271/08.

- Díez Sastre, S. (2018b). Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: el régimen jurídico aplicable. En S. Díez Sastre (ed.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales* (2.ª edición). Iuris Utilitas.
- Díez Sastre, S. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Marcial Pons.
- Dreher, M. (2019). Die Open-House-Verfahren. Entwicklung und Stand der vergaberechtsfreien Zulassungsverfahren. *NZBau*, 2019(5), 275-284.
- Gabriel, M. (2019). Offenes Haus, geschlossene Tür: Der Vergaberechtsschutz bei Open-House-Verfahren vor dem Aus. *NZBau*, 2019(9), 568-570.
- Gabriel, M. y Burholt, CH. (2017). First come first served? – Open-house Rabattverträge für «substitutionsschwache» Generika-Arzneimittel aus vergabe- und kartellrechtlicher Sicht. *PharmR*, 2017(8), 323-332.
- García Álvarez, G. (2020). Regulación y compra pública de medicamentos. *REDA*, 205, 61-96.
- Garrido Juncal, A. (2017). Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate. *Revista Catalana de Dret Públic*, 55, 84-100. <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i55.2017.3007>
- Gaßner, M. (2016). Das Open-house-Urteil des EuGH – Ein Geschenk für kreativer Beschaffer [Anmerkung zu EuGH Urt. v. 2-6-2016 – C-410/14]. *NZS*, 2016(20), 767-770.
- Gaßner, M. y Sauer, S. (2018). Open-House-Verträge und Biosimilars im Spannungsfeld unterschiedlicher Regulierungsmechanismen. *PharmR*, 2018(6) 288-295.
- Gaßner, M. y Strömer, J. M. (2014). Mutiges Querdenken oder Abschied von der klassischen Subsumtion? – Der «Open-house» – Beschluss der OLG Düsseldorf vom 13. August 2014 – VII – Verg 13/14. *NZS*, 2014(21), 811-815.
- Gimeno Feliu, J. M. (2020a). Las fronteras del contrato público. Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo. *REDA*, 205, 19-60.
- Gimeno Feliu, J. M. (2 de diciembre de 2020b). *Las fronteras del contrato público: el caso de la adquisición de medicamentos*. OBCP. www.obcp.es
- Gimeno Feliu, J. M. (2018). La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 52, 12-65.
- Gimeno Feliu, J. M. y García Álvarez, G. (2020). *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor*. Aranzadi.
- Hansen, K. y Heilig, C. (2017). Beschaffung von Arzneimitteln durch die Krankenkassen im vergaberechtsfreien Zulassungsverfahren. *NZS*, 2017(8), 290-296.
- Jaramillo Villacís, A. L. (15 de junio de 2020). *Compra pública pre-comercial: ¿qué abarcan los servicios de I+D?* OBCP. www.obcp.es
- Käser, B. (2018). Open-House-Verträge – sog. Zulassungsverfahren. En A. Dageförde, *Handbuch für den Fachanwalt für Vergaberecht*. Bundesanzeiger Verlag. <http://www.reguvis.de>
- Kimmig, B. (2017). Der Open-House-Vertrag vor dem EuGH. *Bucerius Law Journal*, 2017(1), 30-36. <https://law-journal.de/archiv/jahrgang-2017/heft-1/open-house/>
- Malaviya, N. (2009). *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren. Zur staatlichen Güterverteilung in Konkurrenzsituationen*. Mohr Siebeck.
- Neun, A. (2016). Vergaberechtsfreiheit des «Open-House-Modells». *NZBau*, 2016(11), 681-684.
- Portner, D. y Rechten, S. (2017). Das Open-House-Modell – Möglichkeiten für eine praxisgerechte Verfahrensausgestaltung. *NZBau*, 2017(10), 587-592.
- Schumm, M. y Klumb, V. (2020). Vergabe- und EU-Beihilfenrecht. En H. Schmidt (ed.), *COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise* (pp. 38-42). C. H. Beck.
- Velasco Caballero, F. (2020). *Administraciones públicas y Derechos administrativos*. Marcial Pons.
- Vilalta Reixach, M. (2018). Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. En J. M.ª Gimeno Feliu (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Aranzadi, 325-267.
- Wollenschläger, F. (2010). *Verteilungsverfahren. Die Staatliche Verteilung knapper Güter: Verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung*. Mohr Siebeck.



REALA, número 15, abril de 2021
Sección: ARTICULOS
Recibido: 03-03-2021
Aceptado: 23-03-2021
Publicado: 15-04-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10916>
Páginas: 24-41

La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo¹

Local regulation of short-term rentals: solutions through urban planning

Josep M. Aguirre i Font

Universitat de Girona (España)

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1797-893X>

josepmaria.aguirre@udg.edu

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor agregado interino de Derecho administrativo de la Universitat de Girona y colaborador docente de la Universitat Oberta de Catalunya. Doctor en Derecho por la Universitat de Girona y premio extraordinario de doctorado en Derecho, Economía y Empresa 2013. Sus publicaciones se centran en el Derecho ambiental desde cuatro líneas de investigación: la ordenación del litoral, el urbanismo, el ruido y el cambio climático.

RESUMEN

El auge de las viviendas turísticas en España, a lo largo de la última década, ha puesto el fenómeno en el centro del debate público y ha llevado a muchos municipios a plantearse la necesidad de ordenarlos o limitarlos. Este artículo analiza, a través de la óptica de la jurisprudencia, las experiencias acumuladas de los últimos años mediante la legislación turística, las ordenanzas municipales y la planificación urbanística. El análisis de los diferentes instrumentos normativos, y singularmente los ejemplos de Barcelona y Bilbao, nos permite extraer algunas conclusiones útiles y al mismo tiempo proponer soluciones normativas óptimas para abordar este fenómeno, compatibilizando el derecho a la ciudad o a una vivienda digna y la libertad de prestación de servicios.

PALABRAS CLAVE

Economía colaborativa; viviendas de uso turístico; ordenanzas municipales; planeamiento urbanístico; directiva de servicios.

ABSTRACT

The boom in short-term rentals in Spain, over the last decade, has put the phenomenon at the center of public debate and has led many municipalities to consider the need to organize or limit them. This article analyzes, through the eyes of jurisprudence, the experiences accumulated in recent years through tourism legislation, local regulation and urban planning. The analysis of the different regulatory instruments, and particularly the examples of Barcelona and Bilbao, allows us to draw some useful conclusions and at the same time propose optimal regulatory solutions to address this phenomenon, making the «right to the city» or the «right to housing» compatible with the freedom to provide services.

KEYWORDS

Sharing economy; short-term rentals; local regulation; urban planning; directive of services.

¹ Este artículo se ha redactado en el marco del proyecto “El urbanismo y sus instrumentos de incidencia positiva en el medio ambiente y en el cambio climático” (DER2017-85624-C3-1-R) dirigido por el Dr. Joan M. Trayter Jiménez y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE REGULAR O LIMITAR LA ACTIVIDAD DE LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS. 1. EL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: LOS LÍMITES DE LA NORMATIVA TURÍSTICA PARA INTRODUCIR RESTRICCIONES AL USO DE VIVIENDA TURÍSTICA. 2. LAS LIMITACIONES URBANÍSTICAS Y LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 3. LA LIMITACIÓN DE LA IMPLANTACIÓN DE VIVIENDAS TURÍSTICAS MEDIANTE ORDENANZA MUNICIPAL: UNA VÍA INEFICAZ. 4. LA REGULACIÓN URBANÍSTICA DE LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS: LOS EJEMPLOS DE BARCELONA Y BILBAO. 4.1. BARCELONA: EL PLAN ESPECIAL URBANÍSTICO DE REGULACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO (PEUAT). 4.2. BILBAO: LA MODIFICACIÓN DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE ARTICULAR UN RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN DE LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS DE NATURALEZA TEMPORAL Y QUE GARANTICE LA LIBRE CONCURRENCIA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE REGULAR O LIMITAR LA ACTIVIDAD DE LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS

La pandemia mundial de COVID-19 ha puesto de nuevo el derecho a la vivienda y las dificultades de la administración pública para garantizarlo en el centro del debate público. Un problema, el de acceso a la vivienda, que a medio plazo se verá agravado por la recesión económica y la pérdida de puestos de trabajo que pueden incrementar el sobre coste de la vivienda y las tasas de carencia de hogar en el conjunto de la Unión Europea².

En el caso español los déficits históricos en materia de vivienda social, y singularmente la inexistencia de un parque público de vivienda social³, ponen el foco de nuevo en la necesidad de garantizar que el suelo vinculado a un uso residencial se ponga al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada que exige el art. 3.4 del Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRUR).

El problema del acceso a la vivienda en el mercado, agravado por la inexistencia de unas políticas públicas que ofrezcan alternativas a los sectores sociales con mayores dificultades, se hace singularmente más problemático en las ciudades con mayor presión turística, donde una parte de la oferta habitacional se ha desplazado hacia el mercado de las viviendas de uso turístico, lo que ha conllevado un encarecimiento del alquiler tradicional (Roca, 2016, 40-48; Duatis et al., 2016, 50-56; García et al., 2020, 15).

A pesar de que el número de viviendas turísticas, sobre el total del parque construido, constituye aún un porcentaje ínfimo en el conjunto del Estado –321.000 viviendas, que representan un 1,3% del parque construido (INE, 2020)–, su incremento a lo largo de los últimos años ha vuelto a poner en el debate público la necesidad de regular su implantación. Sin lugar a duda ha contribuido a ello el papel activo de los *lobbies* turísticos, que ven en las viviendas turísticas una competencia desleal a la actividad hotelera (Exceltur, 2015, 72). Los datos corroboran el incremento de la presión de la vivienda turística en el mercado de alojamientos turísticos, pues el potencial de plazas de vivienda turística en España, de 1,6 millones, ha llegado a acercarse al total de plazas hoteleras existentes, de 1,9 millones, e incluso superar la capacidad media de plazas disponibles, que es de 1,5 millones.

La distribución de las viviendas turísticas, sin embargo, no es homogénea. El 76,8% de las viviendas turísticas se encuentran en la franja costera, y solo el 23,2% están situadas en zonas interiores. Tampoco por comunidades la distribución es igual, pues tres de ellas –Andalucía, Cataluña y la Comunidad Valenciana– acaparan prácticamente tres quintas partes del total del parque estatal. La concentración de viviendas turísticas es singularmente importante en las ciudades de Madrid y Barcelona, que aglutinan el 10,6% del total –más de 120.000 plazas entre las dos–, particularmente en determinados barrios del centro.

La concentración excesiva de viviendas turísticas influye en el precio del mercado de alquiler tradicional, conlleva en muchos casos problemas asociados de convivencia en los bloques plurifamiliares, donde

² Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos (2019/2187(INI)).

³ Un total de 0,9 viviendas por cada 100 habitantes según Eurostat, lo que representa un 2,5% del total del parque de viviendas principales.

conviven viviendas habituales y turísticas, y también problemas en entornos urbanos que se degradan por la presión turística y el fenómeno de la *turistificación* (Socias, 2018, 134, 137 y 2020, 227-230; Boix, 2018, 382-383).

Todo ello ha llevado a muchos municipios a plantearse la necesidad de regular o limitar la actividad de las viviendas turísticas mediante instrumentos propios –sea mediante ordenanzas o regulación urbanística–. En este artículo analizaremos las capacidades y los límites de la regulación municipal para abordar el fenómeno de las viviendas turísticas. Para ello estudiaremos en primer lugar el régimen de intervención administrativa en las viviendas de uso turístico a través de la normativa turística autonómica, para adentrarnos posteriormente en los mecanismos normativos para introducir limitaciones. La voluntad del trabajo es discernir, a partir de las diferentes experiencias y de la jurisprudencia recaída, cuáles son los vehículos normativos óptimos para abordar este fenómeno.

1. EL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: LOS LÍMITES DE LA NORMATIVA TURÍSTICA PARA INTRODUCIR RESTRICCIONES AL USO DE VIVIENDA TURÍSTICA

El crecimiento exponencial de las viviendas turísticas en España a lo largo de los últimos 10 años ha llevado aparejado el desarrollo de una normativa específica que las ha regulado. La necesidad de abordar esta realidad ya se puso de manifiesto en el preámbulo de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que por vez primera excluía el alojamiento privado para el turismo de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) y lo derivaba a su normativa sectorial. En la Ley se motivaba la exclusión por el hecho de que este uso «podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos» (Guillén, 2015, 115).

A partir de ahí las comunidades autónomas han ido desarrollando, mediante sus competencias en materia turística, marcos normativos propios para regular dicha actividad (Herrero, 2017, 156-160; Román Sánchez et al., 2017, 403-412), sometiendo la misma a regímenes de comunicación previa o declaración responsable con unas exigencias mínimas vinculadas, esencialmente, al respeto de la normativa de vivienda, urbanística o de propiedad horizontal, lo que a efectos prácticos condicionaba la apertura de la actividad de vivienda de uso turístico fundamentalmente al hecho de disponer de cédula de habitabilidad, que los usos de la zona no prohibiesen su implantación y que la misma tampoco estuviera prohibida por los estatutos de la comunidad de propietarios.

A pesar de que algunas de las normativas autonómicas, como la de Madrid⁴, habían explorado mayores exigencias o limitaciones al desarrollo de las viviendas turísticas mediante la normativa sectorial –como la exigencia de visado colegial, la limitación mínima de noches o la inscripción previa al registro– el Tribunal Supremo (TS), en la Sentencia 1741/2018, de 10 de diciembre, aplicando las previsiones de la Directiva 2006/123/CE y su normativa de desarrollo, ha ido limitando estas previsiones por no estar justificadas en términos de necesidad y proporcionalidad, lo que ha llevado a adaptar esa normativa, eliminando las restricciones de la normativa turística⁵.

También Canarias, con una importantísima planta hotelera, intentó establecer limitaciones al desarrollo de las viviendas turísticas en su regulación⁶. Por un lado, en relación con el procedimiento, intentó desvirtuar la declaración responsable condicionando el inicio efectivo de la actividad al hecho de que el Cabildo Insular entregara a la persona titular de la vivienda cierta documentación –lo que fue anulado por diversas sentencias⁷ del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la comunidad, al entender que se estaba desnaturalizando la declaración responsable y sometiendo la actividad a un control administrativo previo–. Por el otro, en relación con el ámbito de aplicación de la normativa, Canarias pretendía excluir las viviendas de uso turístico justamente de las zonas más turísticas, con el argumento de carácter económico que las viviendas turísticas no compitiesen con el resto de los establecimientos de alojamiento –previsión anulada por el TSJ de las

⁴ Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.

⁵ Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.

⁶ Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁷ STSJ de las Islas Canarias de 21 de marzo de 2017 y 5 de julio de 2017.

Islas Canarias⁸ y confirmada en casación por el TS—. En este sentido, el TS, en la STS 1766/2018, de 27 de noviembre, afirmó que este tipo de limitaciones son contrarias al principio de libertad de empresa del artículo 38 CE y a la libre prestación de servicios de la Directiva 2006/123/CE, pues intentar favorecer la oferta de productos de alojamiento tradicionales resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad enunciados en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En la misma regulación también se anuló la pretensión del Gobierno canario de prohibir la cesión por habitaciones, al entender que se trataba de una medida contraria a los principios de regulación recogidos en el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, en particular del principio de necesidad y proporcionalidad, y que no existía ninguna prohibición en la LAU –SSTS 25/2019 y 26/2019, de 15 de enero—. En términos idénticos, la limitación del alquiler de habitaciones también fue anulada del Decreto gallego por la STS 1401/2019, de 21 de octubre, por no apreciarse razones de interés general que la justificasen.

Sí que recibió el aval de la jurisprudencia del TS el Decreto de la Junta de Castilla y León, que no introducía limitaciones al ejercicio de la actividad de vivienda turística, pero exigía determinados requisitos. Según la STS 1237/2019, de 24 de setiembre, los elementos temporales referidos a la habitualidad de la actividad y a la duración del hospedaje –para determinar la aplicación de la normativa sectorial– no contravienen la directiva de servicios, pues la simple exclusión de la normativa sectorial únicamente supone que el ejercicio de la actividad es libre. En la misma sentencia se concluyó que la exigencia de placa identificativa, de unos estándares de habitabilidad o de un servicio de asistencia telefónica durante 24 horas tampoco puede considerarse desproporcionada, pues protege los derechos de los consumidores y usuarios. Algunos de los mismos requisitos, también incorporados en la normativa gallega, fueron de nuevo avalados en la STS 1401/2019, de 21 de octubre, por idénticos motivos.

Sea como fuere, las pocas limitaciones en la normativa turística no han sido obstáculo para que los ayuntamientos intentaran desarrollar marcos normativos propios para limitar la implantación de viviendas turísticas, fuese mediante ordenanza municipal o mediante regulación urbanística de los usos del suelo. De hecho, algunas normativas sectoriales ya prevén abiertamente esta posibilidad, como la Ley de turismo de Cataluña, que faculta al Ayuntamiento de Barcelona –en el marco de su régimen especial, establecido por la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta municipal de Barcelona– a regular las actividades de alojamiento turístico en viviendas de uso turístico y en hogares compartidos mediante ordenanzas municipales, que pueden establecer requisitos particulares y pueden fijar limitaciones temporales y periodos máximos de vigencia de la habilitación para ejercer estas actividades. También el Decreto gallego que contempla la posibilidad de que los ayuntamientos establezcan limitaciones en lo que respecta al número máximo de viviendas de uso turístico por edificio o por sector –previsión esta última que fue objeto de la STS 625/2020, de 1 de junio, que admitió la legalidad de la cláusula afirmando que no es posible excluir *a priori* que en un determinado ayuntamiento concurren circunstancias que puedan constituir una razón imperiosa de interés general para limitar el número de viviendas de uso turístico—. De hecho, con carácter más general, las normativas autonómicas contemplan la exigencia de que la actividad de vivienda turística se adecue a las previsiones urbanísticas o de otra normativa sectorial.

Ahora bien, a pesar de estas previsiones, el juego entre la abierta normativa turística y las eventuales exigencias de la normativa sectorial o municipal plantean algunos problemas jurídicos sobre las técnicas utilizadas para introducir las limitaciones en la actividad de viviendas turísticas y los límites de las mismas desde dos perspectivas: la idoneidad de introducir limitaciones mediante ordenanzas o planeamiento urbanístico y los márgenes de las normas para imponer limitaciones a actividades económicas de conformidad con la Directiva 2006/123/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Analicémoslos a continuación.

2. LAS LIMITACIONES URBANÍSTICAS Y LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El debate público en torno a las viviendas turísticas se ha ido reproduciendo a lo largo y ancho de la geografía europea, y singularmente en los municipios con mayor presión turística o dificultades de acceso a la vivienda. Ello, inevitablemente, ha planteado en muchos municipios la búsqueda de soluciones jurídicas para

⁸ STSJ de las Islas Canarias de 21 de marzo de 2017 y 25 de mayo de 2017.

limitar la implantación de estas actividades, lo que ha abierto un debate recurrente sobre la adecuación de estas a las reglas de la Directiva 2006/123/CE, sobre el que se ha pronunciado la jurisprudencia del TJUE.

En este sentido, sobre los límites que las normativas urbanísticas pueden introducir en determinadas actividades y su relación con la directiva de servicios, ha tenido ocasión de pronunciarse el TJUE en su Sentencia de 30 de enero de 2018 (Asuntos C-360/15, C-31/16) afirmando que «la Directiva 2006/123 no se opone a que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supedita al respeto de un límite territorial de esta índole, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad enunciadas en su artículo 15, apartado 3» (apartado 132). En el caso en cuestión, el TJUE valoraba si un plan urbanístico podía preservar la habitabilidad del centro de la ciudad de un municipio y evitar la existencia de locales desocupados en zona urbana en interés de una buena ordenación del territorio; la conclusión de la Gran Sala fue que «el objetivo de protección del entorno urbano puede constituir una razón imperiosa de interés general que justifique un límite territorial como el controvertido en el litigio principal» (apartado 135).

Esta sentencia habilitaba al planificador urbanístico a imponer restricciones territoriales para el acceso o ejercicio de una actividad económica siempre que estuvieran justificadas por razones de interés general y cumplieren los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (Otero, 2020, 290).

Pero el precedente jurisprudencial más cercano y relevante, para la materia que nos ocupa, lo tenemos en la Sentencia del TJUE de 22 de setiembre de 2020 en los asuntos acumulados C-724/18 *Calvi Apartments* y C-727/18 *Procureur général près la cour d'appel de Paris y ville de Paris*. En la sentencia el TJUE analiza la adecuación del Código de la Construcción y de la Vivienda francés en relación con el régimen de autorización de las viviendas turísticas y la posibilidad de condicionar la misma a una compensación consistente en la transformación simultánea en vivienda de un inmueble que tenga otro uso.

En primer lugar, la Gran Sala determina que la Directiva 2006/123/CE se aplica a la actividad de alquiler de viviendas turísticas, efectuada de forma reiterada por periodos de tiempo breves, con independencia de su carácter profesional o no. No solo esto, sino que la propia sentencia dispone que la regulación de las viviendas turísticas no constituye una normativa aplicable a cualquier persona –sino solamente a los arrendadores de viviendas turísticas– y en consecuencia queda fuera de las exclusiones previstas para las normativas generales en materia de ordenación del territorio o urbanismo. Se trata de un pronunciamiento nuclear y que había sido cuestionado recurrentemente por la jurisprudencia española, que en muchos casos entendía, como veremos, que la planificación urbanística de las viviendas turísticas se mantenía fuera del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios.

Partiendo de la anterior premisa, la Gran Sala examina la normativa francesa afirmando que la autorización previa para el alquiler de viviendas turísticas constituye un «régimen de autorización» de conformidad con la Directiva y por ello debe cumplir las condiciones previstas en los artículos 9.1 y 10.2 de la misma. En este sentido, el TJUE juzga si el objetivo de la normativa, de dar respuesta al deterioro de las condiciones de acceso a la vivienda y al aumento de las tensiones en los mercados inmobiliarios para garantizar el derecho a una vivienda digna, constituye una razón imperiosa de interés general. Su conclusión en este extremo es positiva, al afirmar que el «Tribunal de Justicia ya ha reconocido que las exigencias de la política de vivienda de protección oficial y de lucha contra la presión inmobiliaria, en particular cuando un mercado concreto experimenta una escasez estructural de viviendas y una densidad de población especialmente alta, pueden constituir razones imperiosas de interés general»⁹.

En segundo lugar, el TJUE entra a valorar si la medida acordada se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva. Aquí la Gran Sala aprecia que la normativa resulta circunscrita solamente al arrendamiento turístico, que se excluyen las que constituyen residencia principal del arrendador y que tiene un alcance geográfico restringido a unos pocos municipios densamente poblados que experimentan tensiones del mercado de alquiler de inmuebles como consecuencia del alquiler vacacional. Así mismo, el TJUE descarta que los controles *a posteriori* permitan frenar de manera inmediata y eficaz la rápida transformación de viviendas turísticas que tienen importantes impactos en el mercado de alquiler tradicional. Por todo ello concluye que la medida es proporcionada al objetivo perseguido.

Entrando en las condiciones del artículo 10.2, la Gran Sala considera justificados y proporcionados los criterios de la normativa francesa de que se arriende «de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo a clientes de paso que no fijan en él su domicilio» o la posibilidad de «fijar condiciones a la vista de

⁹ Véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 1 de octubre de 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07, EU:C:2009:593, apartado 30, y de 8 de mayo de 2013, *Libert y otros*, C-197/11 y C-203/11, EU:C:2013:288, apartados 50 a 52.

objetivos de diversidad social y en función de las características de los mercados locales de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de viviendas, acompañándolas, si fuera necesario, de una obligación de compensación en forma de transformación accesoria y concomitante en viviendas de inmuebles con otro uso», con la salvedad de que tales condiciones de concesión sean conformes con los requisitos establecidos por el propio artículo 10.2 y que tal obligación pueda satisfacerse en condiciones transparentes y accesibles.

Todo ello da un importante margen de discrecionalidad a las autoridades locales francesas, y en consecuencia al resto de estados miembros, para entrar a regular las actividades de alquiler de turismo vacacional dentro de los límites de la propia Directiva, de conformidad con la interpretación de la Gran Sala.

Partiendo de esta premisa, analicemos a continuación la idoneidad de los diferentes instrumentos normativos utilizados por los municipios –ordenanzas e instrumentos de planeamiento– para regular y limitar la implantación de las viviendas de uso turístico a partir de la jurisprudencia de los TSJ y del propio TS.

3. LA LIMITACIÓN DE LA IMPLANTACIÓN DE VIVIENDAS TURÍSTICAS MEDIANTE ORDENANZA MUNICIPAL: UNA VÍA INEFICAZ

A pesar de que la normativa autonómica se ha visto condicionada estos últimos años por una jurisprudencia reacia a introducir limitaciones a la actividad de las viviendas turísticas, esto no ha sido obstáculo para que muchos municipios intentaran abordar la regulación y limitación de esta actividad mediante sus propios instrumentos normativos. Aunque, como veremos en este artículo, el instrumento natural para ordenar o limitar usos son los planes urbanísticos, no son pocos los ejemplos de ordenanzas municipales que también lo han intentado.

Las técnicas normativas utilizadas por muchas de estas ordenanzas son diversas: establecimiento de un régimen de inspección obligatorio para todos los que presenten una declaración responsable; incorporación de mayores exigencias para desarrollar la actividad de las previstas en la normativa autonómica; zonificación del municipio y limitación del porcentaje de viviendas turísticas; obligación de mantener una distancia mínima entre viviendas turísticas, o limitación de su implantación al cumplimiento de parámetros urbanísticos.

Grosso modo, el conjunto de técnicas utilizadas por las ordenanzas municipales se resume en dos grupos: 1) las que configuran un régimen jurídico que desvirtúa la declaración responsable o la comunicación previa, y 2) las que introducen directamente regulaciones propias del planteamiento urbanístico –zonificación, limitación por distancias, parámetros urbanísticos, etc.–.

En relación con la modificación del régimen de declaración responsable o la comunicación previa, observamos cómo algunos ayuntamientos, sin habilitación legal para ello, exigen la presentación de documentación no prevista en la normativa autonómica o bien establecen un sistema de control obligatorio, en un plazo breve, para todos los que formalicen una declaración responsable o la comunicación previa, equivalente a un régimen de licencia. A pesar de tratarse de técnicas abiertamente ilegales, hay pocas sentencias que entren a controlarlas, probablemente porque en estos casos no impiden el ejercicio de la actividad y en consecuencia hay menos litigiosidad. Destaca, sin embargo, la Sentencia 3142/2020, de 16 de julio, del TSJ de Cataluña (TSJC), por la que la Sala anula diversos artículos de una ordenanza municipal que pretendía establecer un control obligatorio de todas las declaraciones responsables formalizadas mediante la exigencia de presentación de documentación que verificase el cumplimiento de los datos y circunstancias en el plazo de un mes desde la presentación de la declaración responsable. Ello convertía *de facto* el régimen de declaración responsable en un régimen de autorización, pues la no superación de la inspección obligatoria conllevaba la extinción del título habilitante.

Más importancia parecen tener, por número y relevancia jurídica, los múltiples intentos de muchos ayuntamientos de introducir, mediante ordenanza, limitaciones propias del planeamiento urbanístico a la actividad de las viviendas turísticas (ACCO, 2014, 4-9). De todas ellas, el uso de la zonificación o la exigencia de determinados parámetros urbanísticos –como las características de la vivienda o su ubicación– son los más recurrentes. A diferencia de las técnicas que modificaban el régimen de declaración responsable o comunicación previa, algunas de las previsiones de estas ordenanzas son claramente limitativas del uso de vivienda turística, sin que en las mismas se justifiquen las limitaciones en términos de necesidad y proporcionalidad. En la mayoría de los casos estas ordenanzas, que como desarrollaremos a continuación no tienen encaje en nuestro marco normativo, no han sido objeto de control jurisdiccional, sea por su reciente aprobación, sea porque su adopción en pequeños municipios simplemente no ha sido impugnada.

Sobresale, en esta regulación municipal, un precedente relevante: la ordenanza municipal reguladora del uso urbanístico de vivienda turística y alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico de Donostia¹⁰ (Atxukarro, 2017, 1.598-1.604 y 2019, 2-6), anulada por la Sentencia 1/2020, de 9 de enero, del TSJ del País Vasco.

La Ordenanza de Donostia, aprobada en 2018, suponía un desarrollo del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de conformidad con la previsión de su artículo 8.4, que permitía reajustar y complementar la sistematización de usos del PGOU y abría la posibilidad de que el Ayuntamiento, mediante ordenanza, tipificara y regulara los usos no incluidos en el PGOU por la analogía de sus efectos urbanísticos con los de otros usos (AVC, 2018, 8).

En este contexto, la ordenanza desarrollaba el concepto y los requisitos del uso de vivienda turística, definía las condiciones del inmueble, lo sistematizaba como un uso terciario de naturaleza hotelera, lo que imponía condiciones importantes a la implantación en las plantas altas –limitando el uso a edificios enteros o bien a plantas bajas o primeras plantas– y, sobre todo, definía una zonificación de la ciudad en que prohibía totalmente el uso en la zonas saturadas (Parte Vieja) y lo circunscribía a las otras zonas por las condiciones mencionadas.

La Sentencia del TSJPV 1/2020, de 9 de enero, que ya es firme, declara la nulidad de la Ordenanza y del artículo 8.4 del PGOU en que se fundamentaba, sin entrar en la regulación concreta, pues se limita a afirmar que la legislación urbanística del País Vasco «no contempla las Ordenanzas como instrumentos normativos para regular, modificar, complementar, desarrollar, o reajustar los usos urbanísticos». No es posible, en consecuencia, modificar la regulación de usos urbanísticos sin modificar el planeamiento urbanístico, pues las ordenanzas son meramente complementarias de la ordenación urbanística.

Parece obvio que, si la sentencia vasca excluye la utilización de las ordenanzas municipales complementarias de la ordenación urbanística para ordenar usos, excluya con carácter general la utilización de cualquier ordenanza municipal con independencia de su naturaleza jurídica para ordenar usos urbanísticos. De hecho, esta conclusión, a nuestro entender, es perfectamente extrapolable al conjunto del Estado, pues la definición del uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general es un monopolio de la ordenación territorial y urbanística, de conformidad con lo que dispone el artículo 4, de carácter básico, del TRLSRU. Por lo tanto, no es posible, fuera de sus instrumentos normativos –los planes– entrar a regular usos del suelo.

4. LA REGULACIÓN URBANÍSTICA DE LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS: LOS EJEMPLOS DE BARCELONA Y BILBAO

Descartada la utilización de las ordenanzas municipales para introducir limitaciones adicionales que desvirtúen la declaración responsable o la comunicación previa, o el uso de estas para regular los usos del suelo, centrémonos en las regulaciones urbanísticas.

Como se ha expuesto, la ordenación del uso del suelo constituye un monopolio de la ordenación territorial y urbanística, y es el entorno normativo idóneo para valorar y adaptar cualquier regulación limitativa de la actividad de vivienda turística. Pero al mismo tiempo la aplicación de la técnica urbanística *a priori*, como apunta Estanislao Arana (2018, 14-18), puede plantear dudas en relación con la libertad de presentación de servicios y su adecuación a la propia Directiva de Servicios.

Las regulaciones urbanísticas adoptadas son diversas: zonificación de la ciudad y definición de incompatibilidad del uso o densidad máxima permitida; prohibición de compatibilidad del uso turístico con el residencial en el mismo inmueble; definición de los estándares de los edificios donde se pueden ubicar las viviendas turísticas; distinción del uso residencial del de naturaleza turística; prohibiciones totales de viviendas turísticas y prohibiciones relativas; regulaciones que buscan el reagrupamiento de las viviendas o la extinción de títulos, etc.

La jurisprudencia, con carácter general, admite la necesidad de una regulación urbanística que busca en primer término distinguir el uso residencial del turístico (Bauzá, 2018, 318-321), no solo por las importantes implicaciones que puede tener desde la perspectiva del ejercicio del derecho de acceso a la vivienda del artículo 47 de la CE, sino también por las consecuencias que un uso u otro tiene en términos de infraestructuras, servicios, dotaciones y equipamientos, pues parece evidente, como reconocen los tribunales, que no es lo mismo una ocupación temporal que una permanente¹¹.

¹⁰ BOP de Gipuzkoa de 26 de marzo de 2018.

¹¹ Sentencia del TSJ Andalucía, de 29 de junio de 2015, confirmada por la STS 2318/2016, de 17 de octubre de 2016.

De hecho, en las recientes SSTS 1550/2020, de 19 de noviembre, y 75/2021, de 26 de enero, el Tribunal advierte sobre los riesgos de la viviendas turísticas y sus consecuencias para la ciudad, su identidad y la vida de los residentes de una manera muy explícita: «en las grandes ciudades, es igualmente posible y previsible llegar a su desertización (gentrificación), en determinados lugares, al alterarse la forma de vida de los residentes habituales, debido a la transformación –de hecho– de un uso tradicional residencial, en otro, pujante y turístico, con todas la consecuencias que de ello se derivan, pues, es evidente que cuando más auténtico es un lugar, a más gente atrae, pero, cuanta más gente atrae, más se diluye su auténtica identidad, y con ello la vida de los residentes habituales del mismo lugar. Es, en síntesis, convertir las ciudades –o las partes esenciales de la mismas– en un a modo de parque temático, en vez de un lugar habitable y de convivencia. La ciudad se convierte en un problema y no en un sistema de solucionar los problemas de sus habitantes.».

Este problema justifica, para el TS, la intervención del planeamiento urbanístico: «Todo ello nos conduce a confirmar la posibilidad –y la necesidad– de intervención municipal en la materia, en uso y ejercicio de la potestad de planeamiento, que cuenta con un claro respaldo y legitimación democrática, y que, además, se nos presenta como realizada por la Administración más cercana al ciudadano, y articulada con un mayor grado de participación y conocimiento de la concreta realidad local.».

Ahora bien, la aplicación concreta de las técnicas urbanísticas para limitar y ordenar las viviendas turísticas, lejos de ser pacífica, ha sido objeto de muchísima controversia jurídica a lo largo de la última década, que ha servido para ir perfilando sus principales características.

Abordamos su estudio, en este artículo, a partir de dos ejemplos de éxito dispar: el primero, la ordenación de Barcelona a través de una regulación singular de los establecimientos de alojamiento turístico mediante un plan especial –anulado por el TSJC– y el segundo, la regulación de Bilbao, con una modificación de su plan general, con el mismo objetivo, pero que cuenta con el respaldo del TSJ del País Vasco (TSJPV) y el TS. Son dos modelos muy ilustrativos de los problemas y retos que ha tenido que abordar el urbanismo para hacer frente al fenómeno de las viviendas turísticas.

4.1. Barcelona: el plan especial urbanístico de regulación de establecimientos de alojamiento turístico (PEUAT)

La ciudad de Barcelona tiene, con datos de 2020¹², 9.561 viviendas turísticas legalizadas, que representan un 1,4 % sobre los domicilios existentes y un 1,17 % en relación con el conjunto de viviendas, cifra que creció de forma muy rápida los primeros años de la década pasada (Artigot, 2017, 8 y Cuscó et al., 2015, 11) pero se ha mantenido congelada los últimos años como consecuencia de las limitaciones municipales¹³, y que con toda seguridad la crisis producida por la pandemia de COVID-19 ha hecho disminuir de forma singular¹⁴.

A pesar de ello, algunos estudios apuntan a la existencia de un parque de viviendas turísticas mucho más grande, según datos del INE, la ciudad de Barcelona tenía en agosto de 2020 –en plena pandemia de COVID-19, y sin apenas turismo– un total de 17.280 viviendas turísticas anunciadas a través de plataformas digitales (INE, 2020).

Todo ello explica la cruzada del Ayuntamiento de Barcelona en la última década para regular y limitar la implantación de viviendas turísticas, que se ha desarrollado en paralelo a un proceso de liberalización de la normativa turística de la Generalitat en relación con las viviendas turísticas: si en 2010 en Cataluña se exigía licencia municipal¹⁵, en 2012 se pasó a pedir una comunicación previa muy simplificada¹⁶, y a partir de 2015 –hasta la actualidad– solamente es necesaria una mera declaración responsable¹⁷.

¹² Datos de la Memoria del PEUAT-2021.

¹³ En 2010 había 824 viviendas turísticas legalizadas, que aumentaron hasta las 9.606 en 2014, una cifra prácticamente idéntica a la actual, de 9.561 en 2020.

¹⁴ La patronal del sector calculaba, en mayo de 2020, que un 40 % de las viviendas turísticas se habían reconvertido al alquiler tradicional (<http://bit.ly/3pCeJkG>; última visualización, 20 de enero de 2021), y esta cifra ya había aumentado al 62 % en setiembre de 2020 (<http://bit.ly/3dwkHAY>; última visualización, 20 de enero de 2021).

¹⁵ Artículo 6 del Decreto 64/2010, de 9 de noviembre, de regulación de las viviendas de uso turístico.

¹⁶ Artículo 68 del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico.

¹⁷ Artículo 13.a) y anexo I de la Ley 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica, y artículo 32 y anexo de la Ley 18/2020, de 28 de diciembre, de facilitación de la actividad. Los requisitos de las viviendas turísticas se regulan en los artículos 221-1 y 221-2 del Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña.

Aunque en Barcelona la regulación del alojamiento turístico se remonta a la modificación de su Plan General en 1989 –para regular las nuevas zonas de dotación hotelera con ocasión de los Juegos Olímpicos de 1992– los intentos de frenar el fenómeno de las viviendas turísticas empiezan en 2010, con el Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hotelería y otras actividades en Ciutat Vella¹⁸. Un instrumento de planeamiento que exigía que las viviendas turísticas, en esa zona de la ciudad, se ubicaran en edificios sin viviendas –de primera o segunda residencia– y que las nuevas solicitudes de autorización se acompañasen, por parte del solicitante, de la renuncia previa del titular de una autorización existente.

El TSJC entra en el fondo de aquella primera regulación a través de diferentes sentencias¹⁹, pero solo en relación con los hoteles (no las viviendas turísticas), entendiéndose que la regulación de usos turísticos del Plan especial queda fuera del ámbito de la Directiva de Servicios y validando la regulación de distancias o densidades de los establecimientos, que entiende razonables para evitar la concentración de establecimientos en un mismo lugar. En cambio, las sentencias sí anulan la exigencia que para obtener una nueva licencia se requiera previamente la renuncia de una anterior, al entender que desde la perspectiva del titular de la licencia representa «una ilícita intromisión tendente a la exigencia de extinción de derechos adquiridos reglamentadamente con arreglo a la normativa anterior», y desde la perspectiva de que quienes no sean titulares de ninguna licencia supone literalmente una exclusión del derecho de solicitarla y obtenerla. Estas primeras coordinadas jurisprudenciales marcarán el futuro de la regulación de usos turísticos en Barcelona.

En 2013 se opera una modificación del Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hotelería y otras actividades en Ciutat Vella²⁰. Ahora la nueva regulación, en lugar de exigir una renuncia, condiciona la implantación de una nueva vivienda de uso turístico a la baja de otra licencia otorgada, exigiendo igualmente que la baja se aportase con la solicitud de la nueva licencia. El cambio terminológico intenta evitar su anulación judicial, pues el Ayuntamiento de Barcelona entiende que la baja, en lugar de renuncia, no obliga a renunciar a ningún derecho adquirido, pero sí sirve para controlar la densidad máxima establecida por la norma. No solo esto; la regulación de 2013 también incorpora, mediante la disposición adicional primera, un plazo máximo de 6 años para que las viviendas turísticas existentes se agrupen en edificios enteros donde no haya viviendas principales o secundarias, o bien se extingan.

En el enjuiciamiento del Plan especial de 2013, el TSJC entra a analizar la regulación de las viviendas turísticas en diferentes sentencias²¹. La Sala entiende como legítimo el interés y objetivo del Plan de compatibilizar el uso turístico y otros con el uso de vivienda por la población residente «mediante el bloqueo del número total de plazas existentes, estableciendo como presupuesto, para el emplazamiento de una nueva actividad, la baja de otra actividad». También entiende que la regulación se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios. Ahora bien, igual que con la regulación de 2010, la exigencia de presentar una baja para obtener una licencia es anulada con idénticos motivos a los expuestos anteriormente. Las sentencias recaídas también cuestionan la legalidad de la disposición que obliga a reagrupar viviendas turísticas o extinguirlas, al entender que no es posible extinguir títulos habilitantes sin indemnización previa, y la anulan.

La jurisprudencia del TSJC marca el campo de juego: es posible y legítimo entrar a limitar las viviendas de uso turístico sin infringir la Directiva de Servicios, pero ello no debe comportar la exigencia a los nuevos solicitantes de aportar la renuncia o la baja de anteriores titulares. Tampoco es admisible extinguir los títulos habilitantes existentes sin indemnización previa.

En 2016 estas previsiones específicas para Ciutat Vella fueron derogadas y sustituidas por una regulación global en toda la ciudad del uso de vivienda turística. El Plan especial urbanístico de regulación de las viviendas turísticas²² incorpora las previsiones singulares de Ciutat Vella y extiende, mediante la configuración de la densidad máxima de viviendas turísticas admisibles por zonas, la prohibición de otorgar nuevos títulos habilitantes a otras zonas de la ciudad sin que se produjera con carácter previo una baja, prohibiendo incluso el otorgamiento de nuevos títulos a las zonas más céntricas de la ciudad. Junto a estas limitaciones,

¹⁸ Pla especial d'establiments de concurrència pública, hoteleria i altres serveis del Districte de Ciutat Vella (BOP de Barcelona de 30 de setembre de 2010).

¹⁹ Entre otras, sentencias 357/2014, de 12 de junio; 199/2014, de 2 de abril; 431/2014, de 16 de julio, y 620/2014, de 5 de noviembre.

²⁰ Modificació del Pla especial d'establiments de concurrència pública, hoteleria i altres activitats a Ciutat Vella (BOP de Barcelona de 16 de setembre de 2013).

²¹ Entre otras, sentencias 323/2017, de 29 de mayo; 371/2017 de 12 de junio; 73/2018, de 25 de enero, y 616/2019, de 28 de junio.

²² Pla especial urbanístic per a la regulació dels habitatges d'ús turístic a la ciutat de Barcelona (BOP de Barcelona de 21 de abril de 2016).

se añade también una condición adicional de densidad máxima por isla de casas, en algunos casos, y la exigencia de que el edificio donde se pretende ubicar la vivienda turística no estuviera destinado a vivienda el 1 de julio de 2015²³.

A efectos prácticos, la regulación suponía *de facto* una suspensión de otorgamiento de nuevos títulos habilitantes en toda la ciudad, en una clara voluntad de limitar la actividad en lugar de ordenarla o intentar configurarla, como se expresaba con todas las letras en la memoria del documento urbanístico: «La consecuencia de esta acción estratégica es la de no permitir ningún tipo de aumento de las viviendas turísticas concedidas hasta la fecha. La creciente proliferación de las viviendas turísticas en la ciudad y las dificultades para hacer compatible esta actividad con las dinámicas urbanas propias de los barrios y sus residentes así lo aconsejan y piden.».

Se trataba de una regulación temporal, pues el propio documento se tramitó en paralelo al Plan especial urbanístico de regulación de establecimientos de alojamiento turístico (PEUAT), y contemplaba en su disposición final única que la regulación quedaría sustituida por este último en el momento en que fuera ejecutivo. Y efectivamente fue así: en marzo de 2017 se publicaba el PEUAT²⁴, que recogía igualmente la voluntad de bloquear el aumento de las viviendas turísticas (Rodríguez Font, 2016, 172-173; ACCO, 2017, 1-13; Román Márquez, 2018, 22-39).

A pesar de la corta vida del Plan especial urbanístico de regulación de las viviendas turísticas, esto no fue obstáculo para la interposición de diversos recursos contenciosos que años después de que el plan perdiera vigencia terminaron de nuevo en sentencias que anulaban el mismo. El TSJC estimó la necesidad de resolver sobre el fondo, a pesar de la pérdida de vigencia, por la eventualidad de que una posible anulación del PEUAT resucitase la vigencia del Plan especial urbanístico de regulación de las viviendas turísticas de 2016.

En este sentido, el TSJC dictó entre primavera y verano de 2019 una decena de sentencias²⁵ que partían de la misma premisa sobre la que se había construido la jurisprudencia de los planes de usos de Ciutat Vella: el Plan especial se encontraba fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, la planificación no afecta al acceso de una actividad de servicios o su ejercicio, sino que se trata de normas relativas a la ordenación del territorio o al urbanismo. Pero, además, añadía la Sala, «nos hallamos en presencia de “razones imperiosas de interés general”, tal como éstas han sido definidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, más si reparamos en que la motivación de la figura de planeamiento impugnada ofrece unos propósitos que persiguen configurar un determinado modelo de ciudad».

De hecho, el TS, en la reciente Sentencia 75/2021, de 26 de enero, concluye que la regulación del Plan especial urbanístico de regulación de las viviendas turísticas en relación con la zonificación, que limita el crecimiento de las viviendas turísticas, está plenamente justificada por «la Administración que mejor conoce la ciudad de Barcelona» y por ello, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, debe «excluirse la vulneración, tanto de la Directiva 2006/123, como de la legislación interna que la traspone».

Esto no fue obstáculo para que el TSJC anulara, en una primera sentencia (302/2019, de 4 de abril), las exigencias que el Plan introducía en relación con la tramitación del título habilitante –respuesta en el plazo máximo de 30 minutos a cualquier requerimiento municipal, satisfacer gastos a la administración municipal, depósitos o avales, acuerdo de la junta de propietarios y de nuevo depósitos y avales– que excedían de las previsiones de la normativa turística catalana. A criterio de la Sala, aquella regulación turística no tenía ninguna cobertura legal en un plan urbanístico. También anuló la previsión de la normativa que pretendía acreditar el uso del edificio, a 1 de julio de 2015, a partir de la simple alta formal del mismo en el catastro. Así mismo, anuló una previsión según la cual las viviendas dadas de baja por expediente sancionador implicaban una reducción de la densidad máxima de las viviendas turísticas previstas en el Plan, pues a partir de una simple sanción administrativa de naturaleza temporal se imponían consecuen-

²³ El 1 de julio de 2015 era la fecha de suspensión de licencias acordada por el Ayuntamiento de Barcelona para elaborar el planeamiento urbanístico necesario para regular adecuadamente la implantación de alojamientos turísticos en la ciudad (BOP de Barcelona de 2 de julio de 2015).

²⁴ Pla Especial Urbanístic per a la regulació dels establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut, residències col·lectives d'allotjament temporal i habitatges d'ús turístic a la ciutat de Barcelona (BOP de Barcelona de 27 de enero de 2017).

²⁵ Sentencias de la Sala Contencioso-Administrativa del TSJC 302/2019, de 4 de abril; 450/2019, de 21 de mayo; 451/2019, de 21 de mayo; 472/2019, de 28 de mayo; 473/2019, de 28 de mayo; 544/2019, de 12 de junio; 659/2019, de 2 de julio; 684/2019, de 9 de julio; 719/2019, de 15 de julio, y 752/2019, de 29 de julio. Buena parte de ellas incorporan la jurisprudencia fijada por la Sala en la Sentencia 628/2018, de 3 de julio, que daba conformidad a la Modificación del Plan General Metropolitano en cuanto a la regulación de las viviendas de uso turístico en el municipio de Badalona.

cias indefinidas en el planeamiento. Finalmente, también declaró la nulidad de un artículo que limitaba el régimen de las edificaciones en situación de disconformidad más allá de las previsiones de la legislación urbanística.

Estas tesis se confirmaron en las sentencias posteriores, que también acabaron anulando, en la 472/2019, de 28 de mayo, la previsión que se había incorporado al Plan especial de Ciutat Vella de 2013, que daba 6 años para reagrupar las viviendas de uso turístico en un único edificio o extinguirlas. Entendió la Sala, como ya había apuntado en 2017 en relación con el Plan especial de Ciutat Vella de 2013, que esta previsión debía ser indemnizada.

Las sentencias del TSJC daban validez de nuevo a la regulación de la densidad propuesta, y por vez primera también a la exigencia de que los nuevos títulos se condicionaran a la materialización de bajas, que ahora ya no debían aportarse por el solicitante, sino que este elemento debía constatarse directamente por la administración a los efectos de acreditar la densidad.

Finalmente, el Plan especial urbanístico de regulación de las viviendas turísticas, fue anulado en su integridad por la Sentencia 544/2019, de 12 de junio, por la falta de un buen estudio económico y financiero que previese «los medios con que cuenta la administración para afrontar el coste de los beneficios fiscales, subvenciones, ayudas económicas, indemnizaciones expropiatorias, adquisiciones de bienes de particulares objeto de catalogación o del ejercicio de los derechos de tanteo o retracto que se prevén», y singularmente, como justificaba la sentencia, cuando el propio documento de planificación preveía la extinción de títulos por falta de adecuación al Plan.

Las lecciones parecen claras: es posible limitar el crecimiento de las viviendas turísticas mediante la técnica de la densidad urbanística, pero no modificar la regulación turística o extinguir títulos sin previa indemnización. Y en cualquiera de los casos la planificación urbanística, de una innegable importancia económica, debe contar con un buen estudio económico y financiero.

A pesar de ello, como veremos a continuación, el PEUAT aprobado antes de las citadas sentencias reiteró los errores del Plan especial urbanístico de regulación de las viviendas turísticas y terminó con la misma suerte: anulado (Rodríguez Florido, 2020, 277-294).

El PEUAT mantiene, en esencia, la misma regulación que el Plan especial urbanístico de regulación de las viviendas turísticas aprobado solo unos meses antes, motivo por el cual el TSJC, cuando dictaminó sobre el mismo²⁶ –en paralelo a las sentencias del Plan especial urbanístico de regulación de las viviendas turísticas– volvió sobre los viejos argumentos: el Plan se encontraba fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE y la figura que buscaba preservar determinadas zonas de las secuelas de los usos turísticos estaba suficientemente justificada; no es posible extinguir títulos habilitantes sin indemnización previa, y sobre todo, el informe de sostenibilidad económica que incorporaba el Plan no contenía ninguna evaluación económica y financiera de las actuaciones a desarrollar. Destaca como novedad la anulación también de la exigencia de que para implantar nuevas viviendas turísticas se requiera una autorización del 100% de la propiedad del edificio, regulación de naturaleza civil impropia de un plan urbanístico.

En este contexto, las experiencias del Ayuntamiento de Barcelona de los últimos años para limitar las viviendas turísticas, aunque valientes, innovadoras y apuntadas en la dirección correcta, han resultado ineficaces por las debilidades de los propios instrumentos de planeamiento. A pesar de ello, el pasado 29 de enero de 2021 el Ayuntamiento de Barcelona volvió a aprobar inicialmente el nuevo Plan Especial Urbanístico para la regulación de los establecimientos de alojamiento turístico (PEUAT-2021)²⁷.

La aprobación del nuevo PEUAT 2021 no se realiza en sustitución del PEUAT 2017, pues las sentencias que lo anularon no son todavía firmes²⁸, sino como una revisión del PEUAT 2017. Aun así, la memoria no ignora las sentencias dictadas por el TSJC, al afirmar que la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Ad-

²⁶ Sentencias del TSJC 438/2019, de 21 de mayo; 466/2019, de 27 de mayo; 764/2019, de 29 de julio; 765/2019, de 29 de julio; 769/2019, de 29 de julio; 880/2019, de 7 de octubre; 881/2019, de 7 de octubre; 912/2019, de 15 de octubre; 939/2019, de 22 de octubre; 1001/2019, de 11 de noviembre; 1022/2019, de 18 de noviembre; 1024/2019, de 18 de noviembre; 1043/2019, de 25 de noviembre; 1091/2019, de 9 de diciembre; 1093/2019, de 9 de diciembre; 1094/2019, de 9 de diciembre; 1095/2019, de 9 de diciembre; 1099/2019, de 9 de diciembre; 1100/2019, de 9 de diciembre; 1101/2019, de 9 de diciembre; 1130/2019, de 17 de diciembre, y 1134/2019, de 17 de diciembre.

²⁷ Aprobación inicial del Pla especial urbanístic per a la regulació dels establiments d'allotjament turístic, albergs de joventut, habitatges d'ús turístic, llars compartides i residències col·lectives docents d'allotjament temporal (BOP de Barcelona de 1 de febrero de 2021).

²⁸ El TS no ha admitido a trámite los recursos de casación, pero algunas de las sentencias se encuentran pendientes del recurso de casación autonómico.

ministrativo avala la planificación municipal y al mismo tiempo corrige algunos de los aspectos cuestionados, como la falta de evaluación económica y financiera o la anulación de títulos habilitantes sin indemnización.

El nuevo PEUAT 2021, que ahora inicia la tramitación, incorpora algunos elementos novedosos en relación con la anterior normativa, como la prohibición de viviendas turísticas en las viviendas unifamiliares o la prohibición general de implantación de viviendas compartidas previstas por primera vez en la normativa turística catalana desde agosto de 2020²⁹.

Desaparece, en cambio, uno de los elementos que había caracterizado la normativa reguladora de las viviendas turísticas en Barcelona desde el 2010: la exigencia de que las viviendas se ubicaran en edificios enteros sin viviendas principales o secundarias. El motivo es que la nueva normativa no puede obligar a los propietarios a obtener el aval del 100% de los propietarios, ni tampoco al reagrupamiento de viviendas turísticas bajo amenaza de extinción del título. A pesar de ello, la normativa mantiene dos elementos que *de facto* imposibilitan el desarrollo de nuevas viviendas turísticas: la prohibición de situar viviendas turísticas en edificios que tuvieran viviendas principales o secundarias a 1 de julio de 2015 y, sobre todo, las reglas de densidad, que impiden nuevos títulos habilitantes en la zona centro de la ciudad, y únicamente permiten abrir nuevas viviendas turísticas en otras zonas de la ciudad si previamente se da una baja de un título habilitante existente.

El PEUAT 2021 refuerza la exigencia de informe previo para la apertura de una nueva vivienda turística, el mecanismo mediante el cual la administración verifica si el censo de viviendas turísticas permite un eventual crecimiento en la zona en que se solicita. La nueva regulación dispone que la emisión favorable del informe garantiza «la reserva de plazas en el emplazamiento concreto y que este emplazamiento no se puede ver afectado por la apertura de nuevos establecimientos o la ampliación de plazas de establecimientos existentes que superen la densidad máxima de plazas en el área determinada según criterios radiales o lineales durante un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación del informe previo». Así mismo, se dispone que «durante la vigencia de un informe previo no se podrá solicitar ningún otro informe previo en relación con el mismo emplazamiento, excepto que se solicite una ampliación de la reserva de plazas previamente efectuada».

El informe, un documento preceptivo y vinculante ya previsto actualmente en el PEUAT 2017, constituye *de facto* una autorización administrativa encubierta, como apunta Gabriel Doménech (2018, 70), al tratarse de un acto expreso previo e imperativo para poder desarrollar la actividad.

Ahora la nueva regulación va un paso más allá en la configuración de este mecanismo y no solo se articula como una auténtica autorización administrativa, sino también como un mecanismo de patrimonialización de derechos, pues la emisión del informe no solo implica la reserva del derecho en relación con el solicitante, sino que bloquea la posibilidad que nadie más lo solicite durante un plazo mínimo de seis meses. El citado plazo se interrumpe por múltiples motivos, entre ellos: la tramitación de un plan especial durante un máximo de 9 meses; durante la tramitación de licencias de obras mayores y comunicados diferidos de obras; durante el plazo de inicio y ejecución de las obras y sus prórrogas, y durante el plazo de 3 meses más para presentar la comunicación con certificado previo.

Todo ello conllevará que cualquier solicitud de informe puede llegar a bloquear durante muchos meses, o incluso años, la posibilidad de solucionar nuevos informes en el mismo emplazamiento, lo que a efectos prácticos supone articular un obstáculo real al desarrollo de nuevas actividades, y por lo tanto se configura como una limitación contraria a la Directiva 2006/123/CE de servicios en el mercado interior.

El PEUAT 2021 articula, pues, un régimen jurídico que va mucho más allá de la mera declaración responsable prevista en la normativa turística catalana para exigir, además, una autorización de naturaleza urbanística –mediante informe preceptivo y vinculante– que implica una reserva de la plaza frente a otros operadores, es decir, comporta que haya una limitación numérica de las autorizaciones disponibles.

En este contexto es importante recordar que la limitación del número de autorizaciones –una posibilidad prevista legalmente por una razón imperiosa de interés general–³⁰ exige dos condiciones básicas³¹ que el PEUAT 2021 no cumple: a) El procedimiento de concesión por las Administraciones Públicas garantizará el cumplimiento de los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia com-

²⁹ Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña.

³⁰ Artículo 11.1.b de la Directiva 2006/123/CE y 8.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

³¹ Artículo 12 de la Directiva 2006/123/CE y artículo 8.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

petitiva; y b) La autorización que se conceda tendrá una duración limitada y proporcionada atendiendo a las características de la prestación del servicio y no dará lugar a un procedimiento de renovación automática ni conllevará, una vez extinguida la autorización, ningún tipo de ventaja para el prestador cesante o para personas especialmente vinculadas a él.

Es igualmente muy cuestionable la prohibición absoluta en toda la ciudad del alquiler de habitaciones en viviendas compartidas por el titular de la misma vivienda. Se justifica la prohibición en la memoria por el hecho de que esta modalidad de alojamiento puede desequilibrar la oferta existente ya cubierta con las actuales viviendas turísticas, y que además es de muy difícil control, al requerir en todos los casos el auxilio judicial para acceder a las viviendas. Ahora bien, la prohibición absoluta parece ignorar la jurisprudencia del TS, que anuló previsiones idénticas en la normativa canaria y gallega, al entender que no concurrían en ellas justificaciones de interés general que permitieran prohibir solo el alquiler de habitaciones en lugar del conjunto de la vivienda vacacional³².

Finalmente, el PEUAT 2021 reitera –mediante la disposición adicional quinta– la previsión de que las autorizaciones de viviendas turísticas que causen baja como consecuencia de un procedimiento de disciplina o de comprobación del cumplimiento de los requisitos para el ejercicio de la actividad impliquen un decremento de la densidad máxima de viviendas de uso turístico habilitadas legalmente en la ciudad. Se trata de una previsión anulada por la Sentencia del TSJC 302/2019, de 4 de abril, en que la Sala apuntaba que la «reducción en la densidad máxima de viviendas de usos turísticos impide radicalmente ese uso en el futuro a ese sujeto infractor, lo que patentiza en definitiva una nueva sanción de naturaleza superior sin cobertura legal».

En definitiva, la regulación propuesta, a pesar de encajar desde la perspectiva urbanística de limitación de usos, tiene un mal encaje: 1) en la normativa turística catalana, que solamente exige una declaración responsable para iniciar la actividad; 2) en la Directiva 2006/123/CE y su normativa de desarrollo, al incorporar obstáculos injustificados y no prever mecanismos que garanticen el acceso en términos de igualdad a las autorizaciones existentes; 3) en la prohibición absoluta de alquiler de habitaciones prohibida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y también 4) en la jurisprudencia del TSJC, que anuló el mecanismo de reducción de la densidad como consecuencia de las actividades que causen baja por incumplimiento de la normativa, que ahora se reitera.

4.2. Bilbao: la modificación del Plan General de Ordenación Urbana

En el caso de Bilbao, la presión de las viviendas turísticas es menor que en Barcelona. Según el Gobierno Vasco, en 2017 había 620 con título habilitante, lo que supone sólo un 0,38 % del total de viviendas de la ciudad. Con los datos disponibles (INE, 2020), había en Bilbao en agosto de 2020 –en plena pandemia de COVID-19 y sin apenas turismo– 1.005 viviendas turísticas ofertadas en plataformas digitales, lo que representa un 0,6 % del parque total de viviendas. A pesar de ello, la importancia progresiva del turismo en la ciudad, que en los últimos 25 años ha pasado de ser una actividad irrelevante a convertirse en un sector que representa el 5,2 % del PIB, junto con el incremento progresivo de los alojamientos en viviendas turísticas –que el 2016 ya representaban el 8,3 % del total de pernoctaciones– llevaron al Ayuntamiento de Bilbao a impulsar su regulación.

Con ello, según se justificaba en la exposición de motivos, se quería corregir las disfuncionalidades y problemas de convivencia de determinados usos en el mismo edificio, al mismo tiempo que se quería corregir el encarecimiento y escasez de vivienda de alquiler (CNMC, 2018, 54).

La técnica utilizada mantiene similitudes con la utilizada en Donostia –estableciendo requisitos de la ubicación de la vivienda en el edificio y limitaciones en relación con determinadas zonas– pero en lugar de recurrir a la ordenanza municipal lo hace directamente a través de una modificación de su PGOU³³.

Con carácter general, en el PGOU de Bilbao solo se permite la existencia de viviendas turísticas en la primera planta de los edificios residenciales o en plantas inmediatamente inferiores a las destinadas a vivienda si estas tienen un acceso independiente, y en determinados ámbitos³⁴ se reduce esta posibilidad a una

³² SSTS 26/2019, de 15 de enero, y 1401/2019, de 21 de octubre.

³³ Modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico (BOP de 13 de febrero de 2018).

³⁴ En los ámbitos del Plan de Rehabilitación del Casco Viejo y del Plan Especial de Rehabilitación y Reforma Interior de Bilbao La Vieja.

única vivienda turística por edificio. Así mismo, es importante destacar que el PGOU califica las viviendas turísticas dentro del uso de equipamiento y lo diferencia del uso residencial entendido como el alojamiento estable y permanente de las personas.

A nivel de autorización de la actividad, la normativa turística vasca³⁵ exige la presentación de una declaración responsable de inicio de la actividad turística ante la Administración turística de Euskadi y la inscripción en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas de Euskadi. Así mismo, la normativa exige disponer de licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad y cumplir los requisitos «en materia de infraestructuras, urbanismo, construcción y edificación (...)». Para cumplir con esta exigencia de la normativa, el PGOU exige con carácter previo al inicio de la actividad la obtención de un informe urbanístico de conformidad de la vivienda a la regulación de usos previstos en el mismo.

La regulación del PGOU fue objeto de diversas sentencias³⁶ del TSJPV que confirmaron la regulación urbanística en su integridad. Entre todas, destaca la Sentencia 292/2019, de 11 de junio, que desestimaba un recurso de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), posteriormente también confirmada en casación por la STS 1550/2020, de 19 de noviembre.

En el recurso, la CNMC alegaba que la regulación suponía una barrera de entrada en el mercado del alojamiento turístico, en muchos casos insalvable, que afectaba al 67 % del parque existente; que la exigencia de un informe urbanístico suponía una carga de tipo administrativo, y que las restricciones que imponía a la oferta de viviendas turísticas no encontraban justificación desde el punto de vista de su necesidad y proporcionalidad.

Las sentencias del TSJPV, confirmadas por el TS, entienden que la calificación de las viviendas turísticas como equipamiento es irreprochable, pues necesariamente debe diferenciarse del uso residencial estable y permanente, y es obligación del planificador «calificar el suelo necesario para satisfacer el derecho a la vivienda, y lo ha de hacer dando cumplimiento simultáneo a la red dotacional de sistemas generales y locales (...) ordenación que puede verse alterada y resultar incongruente, si el destino al uso de VUT se deja en manos del mercado, puesto que ello puede suponer el indeseable efecto de su concentración en ámbitos más propicios para la satisfacción del interés de los turistas con desplazamiento de la población residente».

Por todo ello, el TSJPV y el TS entienden que «la ordenación limitativa resulta necesaria por una razón imperiosa de interés general, cual es la preservación del derecho a la vivienda de la población afectada por la ordenación y la protección del entorno urbano». De hecho, el TS en la STS 1550/2020, citando la doctrina establecida en la reciente STJUE de 22 de septiembre de 2020, concluye que «no cabe duda de que el Ayuntamiento de Bilbao se ha situado –al aprobar su norma reglamentaria– en el ámbito del espacio que, con precisión, se describe por la STJUE, alegando y justificando, en un marco de prudencia, equilibrio y proporcionalidad, unas razones como las tomadas en consideración por el Tribunal de Luxemburgo».

En relación con el informe urbanístico, el TSJPV lo justifica al entender que el cambio de uso residencial de la vivienda a equipamiento, de conformidad con la legislación urbanística vasca, está sujeta a licencia y por ello no es disconforme a derecho la exigencia de un informe urbanístico favorable, sin perjuicio de que la normativa turística únicamente exija una declaración responsable.

En conclusión, las sentencias del TSJPV y del TS avalan las restricciones al uso de vivienda turística mediante la técnica de la calificación de esta como equipamiento y defienden la necesidad de establecer limitaciones para proteger el derecho constitucional a la vivienda. Tampoco aprecian disfunción alguna entre la exigencia de la declaración responsable para iniciar la actividad, de conformidad con la normativa turística, y de un informe urbanístico –o una licencia urbanística– para acreditar el cambio de uso de residencial a equipamiento desde la perspectiva de la legislación urbanística.

A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE ARTICULAR UN RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN DE LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS DE NATURALEZA TEMPORAL Y QUE GARANTICE LA LIBRE CONCURRENCIA

El crecimiento sostenido del turismo en España en los últimos años, sumado a los problemas estructurales de acceso al mercado de la vivienda y a la inexistencia de políticas públicas que contribuyan a resolverlo, ha puesto al fenómeno de la vivienda turística en el centro del debate público en la última década.

³⁵ Decreto 101/2018, de 3 de julio, de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico.

³⁶ Entre otras, 292/2019, de 11 de junio; 354/2019, de 10 de julio, y 374/2019, de 17 de setiembre.

A pesar de tratarse de un fenómeno pequeño, que representa poco más del 1 % del parque de viviendas construidas, su incidencia en las ciudades donde desplaza a una parte de la oferta habitacional contribuye al encarecimiento de la oferta de alquiler y puede conllevar otros problemas de convivencia en los inmuebles donde se ubican o en los barrios donde se concentran, lo que ha llevado a muchos municipios a plantearse la necesidad de ordenarlos o limitarlos.

La experiencia de los últimos 10 años para ordenar esta actividad, mediante la legislación turística, las ordenanzas municipales y la planificación urbanística, pero sobre todo gracias a la jurisprudencia del TJUE, el TS y los diferentes TSJ, permite extraer algunas conclusiones útiles y al mismo tiempo proponer soluciones normativas óptimas para abordar este fenómeno.

Por un lado, la normativa sectorial turística no parece el instrumento idóneo para limitar, obstaculizar o directamente prohibir el desarrollo de la actividad de vivienda turística. Hemos de tener en cuenta que prácticamente todas las comunidades, como apunta Gabriel Doménech (2018, 69), han sometido esta actividad a comunicación previa o declaración responsable. El motivo parece lógico: no concurren los requisitos de la Directiva de Servicios para exigir una autorización previa. Partiendo de esta premisa, los diferentes intentos de desnaturalizar el régimen de autorización previa o declaración responsable, así como establecer mayores exigencias o limitaciones no justificadas en los términos de necesidad y proporcionalidad de la Directiva de Servicios, han terminado anulados. La misma suerte han tenido los intentos de establecer, mediante normativa turística, la prohibición de la actividad de viviendas turísticas en determinados emplazamientos, o bien prohibir totalmente la cesión de habitaciones.

La normativa sectorial turística permite fijar determinados requisitos o estándares de esta actividad, vinculados por ejemplo a la protección de consumidores y usuarios, y naturalmente condicionar también el desarrollo de la actividad de vivienda turística al respeto del resto de legislación sectorial: esencialmente de vivienda, urbanística y de propiedad horizontal.

Por otro lado, la jurisprudencia del TJUE ha avalado la utilización del planeamiento urbanístico para limitar territorialmente una actividad sin que esto suponga una vulneración de la Directiva de Servicios. De hecho, en la reciente Sentencia de 22 de setiembre de 2020 sobre viviendas turísticas ha admitido que el establecimiento de limitaciones –para garantizar el derecho a una vivienda digna a la población– constituye una razón imperiosa de interés general que justifica su adopción. La Gran Sala avala pues el régimen de autorización de las viviendas turísticas y la posibilidad de condicionar la misma a una compensación consistente en la transformación simultánea en vivienda de un inmueble que tenga otro uso. Ahora bien, lo condiciona en cualquier caso a las condiciones previas de los artículos 9.1 y 10.2 de la Directiva de Servicios.

En este contexto, muchos ayuntamientos a lo largo y ancho del país han intentado en los últimos años, sin habilitación legal previa, introducir regulaciones o limitaciones adicionales a las viviendas turísticas. Las soluciones adoptadas, mediante ordenanzas municipales, de regímenes jurídicos que desvirtúan la declaración responsable o la comunicación previa o bien introducen directamente regulaciones propias del planeamiento urbanístico en la ordenanza, han acabado anuladas cuando han llegado a los tribunales.

La alternativa a esta infructuosa vía, como nos han indicado las recientes SSTs 1550/2020, de 19 de noviembre y 75/2021, de 26 de enero, es la intervención de las viviendas turísticas a través del planeamiento urbanístico, que en palabras del propio Supremo «cuenta con un claro respaldo y legitimación democrática», y además permite «un mayor grado de participación y conocimiento de la concreta realidad local».

Un recorrido a través de las experiencias de planificación urbanística de las viviendas turísticas en Barcelona y Bilbao, y las docenas de pronunciamientos jurisprudenciales sobre los mismos, nos permite radiografiar el estado de la cuestión, extraer algunas conclusiones útiles y proponer algunas mejoras normativas.

El caso de Barcelona, desde la óptica de las sentencias del TSJC, demuestra que es posible y legítimo entrar a limitar o prohibir nuevas viviendas de uso turístico en determinadas zonas mediante la técnica de la zonificación y la densidad, pero no se puede imponer a los solicitantes requisitos desproporcionados –como la exigencia de la renuncia o baja de anteriores titulares– o regulaciones turísticas impropias de la normativa urbanística, ni tampoco pretender la extinción de las viviendas no adaptadas al nuevo planeamiento sin indemnización previa. Sea como fuere, el principal escollo de los planes especiales dictados en los últimos años ha sido esencialmente formal, por la falta de un buen estudio económico y financiero que ha terminado con su anulación.

Ahora el Ayuntamiento de Barcelona está impulsando una nueva planificación de las viviendas turísticas. La nueva regulación plantea algunas dudas importantes, como la prohibición absoluta de alquiler de habitaciones o el refuerzo de un modelo de autorización previa encubierta, mediante un informe previo para la apertura de nuevas viviendas turísticas, que actúa además como un mecanismo limitativo de otras autorizaciones, al bloquear la posibilidad de desarrollar durante meses o años nuevas actividades en el mismo emplazamiento.

A diferencia de la experiencia de Barcelona, la regulación urbanística de las viviendas turísticas en Bilbao ha sido avalada sin objeciones por el TSJPV y el TS. En el caso de Bilbao también se establecen limitaciones por zonas, además de otras en relación con la posición de la vivienda turística dentro del edificio. En Bilbao las viviendas turísticas son calificadas como equipamiento, lo que permite diferenciarlas claramente del uso residencial, y por ello la jurisprudencia entiende que está plenamente justificado el doble régimen de control administrativo: declaración responsable por la vía de la legislación turística e informe urbanístico de conformidad con el planeamiento urbanístico.

En ambas ciudades la aplicación del citado planeamiento limitativo ha configurado *de facto*, en las zonas céntricas de las ciudades, un régimen de monopolio de carácter indefinido para los actuales titulares de los títulos habilitantes para ejercer la actividad.

Partiendo de esta realidad, creo necesario plantearse una adecuación del actual marco legislativo que avance hacia un régimen más respetuoso con los artículos 11 y 12 de la Directiva de Servicios y con el 8.1 de la Ley 17/2009, que garantice que este número limitado de títulos habilitantes –allí donde está justificado por razones urbanísticas– tienen una duración limitada y que en el procedimiento de concesión se garantiza el cumplimiento de los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva. De hecho, la temporalidad de la declaración responsable de vivienda turística es una previsión que actualmente ya contempla la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, justamente por razones urbanísticas.

Este nuevo modelo, además, tiene el gran reto de incorporar en él a los títulos habilitantes existentes sin tener que asumir la indemnización de su extinción. Por ello sería necesario prever un régimen transitorio en esta nueva legislación, con un plazo razonable, para exigir que los actuales titulares de viviendas turísticas –en ciudades con los títulos limitados urbanísticamente– se adaptaran a la nueva regulación o se extinguieran sus títulos. Este régimen transitorio podría operar como un mecanismo indemnizatorio de los títulos a extinguir, de conformidad con lo previsto en el artículo 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que dispone la posibilidad de que el propio acto legislativo regule la forma de indemnizar la lesión causada por el mismo (Moret et al., 2017, 27-34)³⁷.

Con todo ello se garantizaría que el mercado de las viviendas turísticas, allí donde justificadamente se limitase por el planeamiento a un número concreto de títulos, no quedase en régimen de monopolio de los titulares de los títulos habilitantes existentes. Se trataría de compatibilizar así las exigencias de las razones imperiosas de interés general, que justifican limitar las viviendas de uso turístico, y al mismo tiempo garantizar un escrupuloso respeto a las reglas de la Directiva de Servicios y su normativa de desarrollo.

El derecho a una vivienda digna o el derecho a la ciudad (Gifreu, 2020, 29-58) no deben ser obstáculo –ni pretexto– para impedir el correcto desarrollo de la libertad de prestación de servicios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arana García, E. (2018). La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias. *REALA*, 10, 6-21. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10545>
- Artigot Golobardes, M. (2017). Retos de las viviendas turísticas en Barcelona: entre el mercado y la regulación. *Papeles de Economía Española*, 151, 189-206. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2957677>
- Atxukarro Arruabarrena, I. (2017). La regulación urbanística de las viviendas para uso turístico. *El Consultor de los ayuntamientos y los juzgados*, 12, 1.598-1.604.
- Atxukarro Arruabarrena, I. (2019). El urbanismo, el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y el derecho de la competencia: usos urbanísticos y ejercicio de actividades en edificios residenciales. El caso de las viviendas turísticas. *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, 159, 1-29.
- Autoritat Catalana de la Competència (ACCO) (diciembre de 2014). *Recomendaciones sobre la regulación detallada de los usos del suelo desde la óptica de la competencia* (ref. núm. ES 8/2014). http://acco.gencat.cat/web/contenut/80_acco/documents/arxiu/actuacions/ES_8_2014_USOS_DEL_SOL_CAT.pdf

³⁷ Esta vía, aunque criticada por la doctrina (Doménech, 2019, 11), fue la escogida en su momento por la Ley de Costas, para evitar indemnizar a las propiedades privadas que se incorporaban al dominio público marítimo terrestre –validada posteriormente por la STC 149/1991, de 4 de julio– y mucho más recientemente por el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, que establecía un régimen transitorio para indemnizar a los titulares de autorizaciones que se extinguían con la nueva regulación. Sobre las «expropiaciones regulatorias» también se puede leer a Gabriel Doménech (2012, 1-60).

- Autoritat Catalana de la Competència (ACCO) (13 de julio de 2017). *Nota sobre la aprobación definitiva del Plan especial urbanístico de alojamientos turísticos (PEUAT) de Barcelona* (ref. OB 33/2017). http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20170720_OB-33-2017-Nota-PEUAT-CAST.pdf
- Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) (2018). *Informe sobre la ordenanza reguladora del uso urbanístico de vivienda turística y alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico del Ayuntamiento de San Sebastián* [Proyecto LEA/AVC, núm. 250-PROM-2017]. https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/informes/es_informes/adjuntos/250_INFORME_ORDENACION_URBANA_DONOSTIA_web_es.pdf
- Bauzá Martorell, F. J. (2018). Intervención administrativa en la vivienda turística vacacional. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 189, 313-346.
- Boix Palop, A. (2018). Economía colaborativa para el desarrollo local. En M. R. Alonso Ibáñez (dir.), *La sostenibilidad socioeconómica de las ciudades: estudios jurídicos* (pp. 369-409). Tirant lo Blanch.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) (2018). *Estudio sobre las viviendas de uso turístico en España* (ref. E/CNMC/003/18). CNMC. <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00318>
- Cuscó Puigdemívol, E. y Font Garolera, J. (2015). Nuevas formas de alojamiento turístico: comercialización, localización y regulación de las viviendas de uso turístico en Cataluña. *Biblio3W: Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, 20(1.134). <https://doi.org/10.1344/b3w.0.2015.26123>
- Doménech Pascual, G. (2012). Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2012. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260792>
- Doménech Pascual, G. (2018). La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico. En *Anuario de Derecho Municipal 2017* (número 11, pp. 43-73). Marcial Pons.
- Doménech Pascual, G. (2019). Penalty y expulsión. La economía de las plataformas digitales en el sector de los taxis y los VTC. En A. Ortí Vallejo y G. Rubio Gimeno (eds.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa. Perspectivas general y sectoriales*. Aranzadi.
- Duatis, J., Buhigas, M. y Cruz, H. (2016). *Impacte del lloguer vacacional en el mercat de lloguer residencial de Barcelona*. Ajuntament de Barcelona.
- Exceltur (25 de junio de 2015). *Alojamiento turístico en viviendas de alquiler: impactos y retos asociados. Impactos sociales y económicos sobre los destinos españoles derivados del exponencial aumento del alquiler de viviendas turísticas de corta duración, impulsado por los nuevos modelos y canales de comercialización P2P*. Recuperado de <https://www.exceltur.org/monograficos/alojamiento-turistico/>
- García López, M. À., Jofre Monseny, J., Martínez Mazza, R. y Segú, M. (2020). Do short-term rent platforms affect housing markets? Evidence from Airbnb in Barcelona. *Journal of Urban Economics*, 119, (artículo 103.278). <https://doi.org/10.1016/j.jue.2020.103278>
- Gifreu Font, J. (2020). Derecho a la ciudad, ¿un sumatorio de derechos ciudadanos o un derecho independiente? En C. Barrero Rodríguez y J. M. Socías Camacho (coords.), *La ciudad del siglo XXI: Transformaciones* [Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)] (pp. 29-58). INAP.
- Guillén Navarro, N. A. (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46, 101-144. http://bibliotecavirtual.aragon.es/bva/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=3712844
- Herrero Suárez, C. (2017). Las viviendas de uso turístico: ¿el enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos. *Revista de Estudios Europeos*, 70, 147-158. <http://www.ree-uva.es/index.php/sumarios/2017/n-70-julio-diciembre-2017/106>
- INE, Instituto Nacional de Estadística (2020). *Medición del número de viviendas turísticas en España y su capacidad*. https://www.ine.es/experimental/viv_turistica/experimental_viv_turistica.htm
- Moret Millás, V. y Gatóo Jimenez de Laiglesia, S. (2017). La responsabilidad del Estado-legislador, antecedentes y situación tras la reforma de 2015. *Revista de las Cortes Generales*, 100-102, 7-46. <https://doi.org/10.33426/rcg/2017/100-102/26>
- Otero Oitavén, M. M. (2020). El planificador urbanístico ante el reto de la ordenación de las viviendas de uso turístico. Legitimidad y oportunidad. En C. Barrero Rodríguez y J. M. Socías Camacho (coords.), *La ciudad del siglo XXI: Transformaciones* [Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)] (pp. 285-293). INAP.
- Roca Cladera, J. (dir.) (2016). *Informe sobre la incidència de l'activitat turística en l'accessibilitat a l'habitatge a Barcelona*. Centre de Política del Sòl i Valoracions – UPC. <https://ajuntament.barcelona.cat/informaciourbanistica/cerca/es/fitxa/B1463/--/ap/>
- Rodríguez Florido, I. (2020). La regulación del alojamiento turístico en Barcelona: el PEUAT y los distintos pronunciamientos judiciales recaídos sobre su legalidad. *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 45, 295-312.
- Rodríguez Font, M. (2016). La regulació de l'allotjament col·laboratiu a Catalunya: anàlisi de les propostes de l'Autoritat Catalana de la Competència. en *Revista Catalana de Dret Públic*, 53, 163-181. <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i53.2016.2847>

- Román Márquez, A. (2018). Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época (REALA)*, 10, 22-39. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10566>
- Román Sánchez, I. M., Paulova, N., Nieto González, J. L. y Bonillo Muñoz, D. (2017). La legislación sobre los apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico en España, comparativa por comunidades autónomas. *International Journal of Scientific Management and Tourism*, 3(4), 397-417. <http://www.ijosmt.com/index.php/ijosmt/article/view/296>
- Socías Camacho, J. M. (2018). Estado regulador y alojamiento colaborativo. El régimen de la intervención pública limitadora de la prestación del servicio. *Revista de Administración Pública*, 205, 131-170. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.04>
- Socías Camacho, J. M. (2020). Espacio público en la ciudad turística. En C. Barrero Rodríguez y J. M. Socías Camacho (coords.), *La ciudad del siglo XXI: Transformaciones* [Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)] (pp. 225-257). INAP.



REALA, número 15, abril de 2021
Sección: ARTICULOS
Recibido: 05-03-2021
Aceptado: 07-04-2021
Publicado: 15-04-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10919>
Páginas: 42-57

Qué se puede y qué no se puede colgar en un balcón consistorial. A vueltas con la exhibición de símbolos en espacios públicos institucionales y el pretendido deber de neutralidad de la Administración

What may and may not be hung on a town hall balcony. On the display of symbols on public buildings and public Administrations' alleged duty of neutrality

Juan María Martínez Otero
Universidad de Valencia (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8882-5466>
juan.maria.martiez@uv.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor de Derecho Administrativo y Derecho de la Información en la Universidad de Valencia. Su principal línea de investigación es la regulación del sector audiovisual. También se ha ocupado de algunos interrogantes que suscitan las nuevas tecnologías digitales en relación con los derechos fundamentales. Ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Oxford, Cambridge y King's College London.

RESUMEN

El presente artículo estudia qué se puede y qué no se puede legítimamente exhibir en los edificios públicos, prestando una particular atención al contexto local, donde se han suscitado los debates jurídicos más acalorados en los últimos años. La primera parte del artículo analiza el alcance del deber de neutralidad de las administraciones públicas. La segunda parte propone tres criterios para responder a la cuestión planteada: el objeto que se exhibe, el mensaje que transmite y el tiempo de exhibición. El artículo se cierra saliendo al paso de la llamada «excusa democrática» empleada como patente de corso para exhibir cualquier mensaje en los espacios públicos.

PALABRAS CLAVE

Espacio público; neutralidad; banderas; autonomía política; Entes locales.

ABSTRACT

This paper analyses what may and may not be legitimately exhibited in public buildings, paying particular attention to the local context, where the most heated debates have taken place in recent years. The first part of the paper examines the scope of public Administrations' duty of neutrality. The second part proposes three criteria to answer the question posed: the exhibited object, the message it transmits and the duration of the exhibition. The article closes by addressing the so-called «democratic excuse» used as carte blanche to display any message in public spaces.

KEYWORDS

Public space; neutrality; flags; political autonomy; local government.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. SOBRE EL PRETENDIDO DEBER DE NEUTRALIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO TIENE LIBERTAD DE EXPRESIÓN, POR LO QUE NO DEBERÍA PARTICIPAR ACTIVAMENTE EN LOS DEBATES POLÍTICOS. 2.2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (EN CIERTO SENTIDO) NI DEBE NI PUEDE SER NEUTRAL. 2.3. SOBRE LA AUTONOMÍA POLÍTICA DE LOS ENTES LOCALES. 3. CRITERIOS PARA DISCERNIR QUÉ SE PUEDE Y QUÉ NO SE PUEDE COLGAR. 3.1. EL OBJETO EXHIBIDO. 3.2. EL SIGNIFICADO DEL MENSAJE. 3.3. EL TIEMPO DE EXHIBICIÓN. 4. EXHIBICIÓN DE SÍMBOLOS Y RIESGO DE TOTALITARISMO DE LAS MAYORÍAS. 5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Ciertamente, el debate acerca de qué símbolos o mensajes pueden legítimamente exhibirse en espacios públicos institucionales no es nuevo¹. En fechas recientes, no obstante, ha cobrado nuevo vigor, en el contexto de reivindicaciones independentistas, regionalistas y republicanas, expresadas mediante la instalación de ciertos elementos en balcones y fachadas de edificios públicos.

El último episodio de este debate –calificado desde algunas tribunas como la «guerra de las banderas» (v.g. Bauzá, 2021, p. 26 o Troncoso, 2018, p. 42)– ha sido abierto por la STS 1163/2020, de 26 de mayo, que anula un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife que aprobaba la exhibición en un mástil contiguo al consistorio de la bandera del movimiento independentista canario, un día concreto del año. La sentencia del Alto Tribunal, que unifica doctrina, afirma que en los edificios públicos solo resulta conforme a Derecho la exhibición de banderas oficiales. De este modo, parece excluirse de plano la práctica –hasta cierto punto generalizada– de exhibir en edificios públicos banderas no oficiales, ya sea para conmemorar efemérides, celebrar fiestas o solidarizarse con algunas causas.

Lejos de sentar una doctrina clara y matizada, la citada sentencia es acusadamente simplista y superficial, de modo que ha generado más dudas que certezas. Estas dudas tardaron poco en generar controversias jurídicas y saltar a la opinión pública, y lo hicieron con motivo de la celebración del Día del Orgullo Gay del año 2020. ¿Resulta conforme con la doctrina del Supremo la práctica, ampliamente extendida, de exhibir en edificios públicos la bandera arcoíris, representativa del movimiento LGBTIQ+? Las respuestas judiciales y doctrinales a esta pregunta han sido divergentes².

Tomando pie de la sentencia citada, así como del debate surgido en torno a la exhibición de la bandera arcoíris, el presente trabajo se propone responder a la pregunta de qué se puede y qué no se puede colgar legítimamente en los espacios públicos institucionales, prestando una particular atención a los espacios municipales, por constituir éstos el escenario más habitual de este tipo de exhibiciones y, por ende, de controversias³.

El artículo se abre explorando el concepto de neutralidad de la Administración pública, que es uno de los pilares sobre los que el Supremo construye su argumentación para excluir la exhibición de banderas no oficiales en edificios públicos. La parte central del artículo realiza una serie de distinciones que se entienden oportunas para enjuiciar la legalidad de la exhibición de elementos en edificios públicos. Estas distinciones giran en torno al elemento expuesto –banderas y otros–; al mensaje transmitido –de interés privado, partidista, sectorial o general–; y a la duración de la exhibición –puntual o indefinida. El artículo se cierra saliendo al paso de la «excusa democrática», esgrimida a modo de patente de corso para justificar la exhibición de cualquier elemento apoyado por una mayoría de los vecinos o ciudadanos.

¹ Para una cata de litigios sobre la exhibición de símbolos en edificios públicos, resulta de interés: Belda (2019, p. 73).

² A título meramente ejemplificativo, valga consignar dos resoluciones jurisdiccionales de la misma fecha y contenido contradictorio. Mediante auto de 26 de junio de 2020, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Cádiz, suspendió la decisión de enarbolar la bandera arcoíris en la fachada del Ayuntamiento de Cádiz y ordenó su retirada, entendiéndolo que se trataba de una bandera no oficial. Por su parte, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Madrid, mediante auto de la misma fecha, avaló la exhibición de la bandera en el Ayuntamiento de Alcalá de Henares.

³ En el presente artículo centramos nuestra atención en los «espacios públicos institucionales», en oposición al espacio público no institucional, que los ciudadanos pueden utilizar como canal de expresión de sus ideas y preferencias políticas, siempre de acuerdo con los principios que disciplinan el uso de los bienes demaniales. Una aproximación al espacio público no institucional como entorno de participación política puede consultarse en: Martínez Otero (2020).

2. SOBRE EL PRETENDIDO DEBER DE NEUTRALIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En el fondo del debate que abordamos late la cuestión acerca del grado de neutralidad que cabe esperar de la Administración en relación con los diversos temas que preocupan a los ciudadanos y que son objeto de discusión en la opinión pública. Y ello porque la colocación de cualquier elemento en un espacio público –ya sea una bandera, un cartel o una pancarta– implica una toma de posición que, evidentemente, nunca es neutral⁴.

La delimitación de cuál ha de ser el grado de neutralidad exigible a las administraciones públicas es ciertamente compleja. Entre la asepsia total –tan indeseable como imposible en un Estado Social– y el partisanismo descarado –incompatible con un Estado democrático y pluralista– existe un amplísimo marco de intervención en el que la Administración deberá encontrar el justo medio, combinando una legítima toma de postura sobre algunas cuestiones con el respeto al pluralismo. No existe una respuesta unívoca que permita identificar de forma exacta y apriorística dónde se encuentra el punto justo entre ambos polos.

En cualquier caso, sí es posible ofrecer tres aristas por las que puede discurrir el razonamiento jurídico a fin de dilucidar qué grado de neutralidad es justo exigir a la Administración a la hora de apoyar o difundir públicamente ciertas causas mediante la exhibición de elementos en los edificios públicos.

2.1. La Administración pública no tiene libertad de expresión, por lo que no debería participar activamente en los debates políticos

Una primera cuestión está clara: ni la Administración ni los poderes públicos como tales gozan de libertad de expresión⁵. Por consiguiente, la Administración debe abstenerse de manifestar su opinión en los debates presentes en la opinión pública, manteniendo respecto de los mismos una cierta neutralidad. Así lo subrayó tempranamente la STC 5/1981, de 13 de febrero, en el contexto de un recurso de inconstitucionalidad sobre una ley educativa: «en un sistema jurídico-político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas, y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales»⁶.

Afirmar esto no equivale a excluir el debate público sobre estas cuestiones, como es natural. En democracia, todo –o casi todo– debería poderse discutir. La cuestión radica en identificar quiénes deben ser los sujetos de dicha discusión o deliberación pública y quiénes deben quedar al margen. A nuestro entender, en la medida en que carecen de libertad de expresión, las administraciones deben abstenerse de participar en estos debates, dejando el campo de la deliberación pública a los ciudadanos, sus representantes, los grupos parlamentarios en los órganos representativos, los partidos políticos y las organizaciones de la sociedad civil⁷.

Esta abstención de la Administración se encuentra en sintonía con el principio de neutralidad ideológica del Estado, reconocido por la jurisprudencia en el contexto del artículo 16 CE. Conforme a este principio, los poderes públicos deben actuar «desde la más exquisita neutralidad, abandonando toda pretensión tendente a imponer oficialmente una determinada ideología política» (Peralta, 2012, p. 254). El deber de neutralidad ideológica del Estado, por tanto, «impide que algún tipo de opinión o ideología –o, en el terreno simbólico, sus símbolos y emblemas representativos– sea fomentada, propiciada, asumida o de cualquier forma protegida por las Administraciones Públicas» (Zunón, 2016, p. 9)⁸. Y ello porque dicho apoyo partidista implicaría una forma de adoctrinamiento o proselitismo que restringiría injustificadamente la libertad ideológica de los ciudadanos, particularmente la de aquellos que sostienen posiciones contrarias a las defendidas por la Administración⁹.

⁴ Así lo reconoce la STS 1163/2020, de 26 de mayo, que, en su Antecedente de Hecho 3º identifica como la cuestión de interés casacional «si resulta compatible con el marco constitucional y legal vigente, y, en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas, la utilización –incluso ocasional– de banderas no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos (...)».

⁵ Así, entre muchas, las STS 1163/2020, de 26 de mayo, F. J. 4º; SSTC 244/2007, de 10 de diciembre; 14/2003, de 28 de enero; y 254/1993, de 20 de julio.

⁶ STC 5/1981, de 13 de febrero, F. J. 9º.

⁷ Como señala Bauzá (2021, p. 4), «los miembros de la Corporación, las autoridades y los funcionarios sí ostentan tales derechos [libertad ideológica y de expresión], pero deberán ejercerlos al margen de los medios materiales públicos».

⁸ En sentido similar, Climent Gallart, J. (2016, p. 307).

⁹ Como señala Zunón: «la libertad ideológica garantiza a los vecinos un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno ideológico vinculado a la propia individualidad, lo cual es por completo incompatible con el hecho de que la entidad local de la que forman parte *ex lege* como residentes y vecinos del municipio (arts. 12.2, 15 y 16 LBRL)

No puede ignorarse, además, que la participación oficial u oficiosa de una Administración en un debate público implica una distorsión del mismo y una amenaza al pluralismo político, habida cuenta de la posición de preminencia que las administraciones públicas ocupan a la hora de transmitir sus mensajes a la ciudadanía. Lo advierte con acierto Villaverde (2018), criticando la creciente tendencia de las instituciones públicas a participar en los debates de actualidad:

«la irrupción de estas opiniones institucionales puede alterar gravemente la apertura y libertad del debate público de ideas porque lo que dice una institución pública puede tener efectos jurídicos y viene acompañada de una *auctoritas* que puede desequilibrar el igual peso que debe tener en el proceso de comunicación pública toda opinión que circula en él»¹⁰.

Por lo anteriormente expuesto, podría concluirse que el hecho de que la Administración se inmiscuya en el debate público hablando en nombre de la colectividad y utilizando medios que son de todos –ya sea a través de acuerdos, comunicados oficiales, perfiles institucionales en redes sociales, o elementos expuestos en edificios públicos– para tomar partido por una determinada causa objeto de controversia no se compadece bien con el principio de neutralidad ideológica del Estado, pudiendo llegar a constituir una verdadera desviación de poder (Zunón, 2016, p. 8).

Así lo viene sosteniendo cierta jurisprudencia, que declara inválidos acuerdos de administraciones públicas que contienen posicionamientos políticos, por considerarlos contrarios al deber de neutralidad que debe presidir su actuación.

Así, la STS 8574/1992, de 20 de noviembre, ratificó la anulación de un acuerdo de la Universitat de València que denominaba catalán, en lugar de valenciano, a la lengua cooficial de la Comunidad Valenciana. Tras constatar que el fondo del asunto no era filológico ni académico, sino exclusivamente político, y que el ordenamiento jurídico calificaba dicha lengua como valenciano, el Tribunal Supremo concluyó que la anulación del acuerdo no había vulnerado la autonomía universitaria, toda vez que entre «las facultades que comporta esa autonomía, y que son muchas, no está la de, cual si de un partido político se tratara (art. 6. de la Constitución), la Universidad participe como tal institución en las contiendas políticas»¹¹.

En una línea análoga, la STS 2088/2019, de 26 de junio, relativa a una declaración de independencia del municipio de Caldes de Montbui, suscribe de forma tangencial esta idea, cuando señala en su Fundamento Jurídico 8º que «una Administración Pública no se puede manifestar en una materia de la trascendencia de la que aborda el acuerdo recurrido [la independencia de Cataluña] asumiendo una posición de parte e identificando con ella a la Corporación misma (...)».

En el ámbito autonómico encontramos cuatro sentencias del TSJ del País Vasco que resultan de interés. Todas ellas anulan acuerdos municipales muy similares, que, con motivo de la convocatoria de las fiestas patronales, incluyen la celebración de actos u homenajes a personas relacionadas con la banda terrorista ETA. Los acuerdos fueron declarados inválidos por contravenir el principio de neutralidad que debe regir el quehacer de las administraciones públicas. La argumentación de las sentencias, prácticamente idénticas, es la siguiente:

«la actuación de conformidad con ese principio [de neutralidad política] y los otros principios generales de aplicación a la actuación de todos los poderes públicos constituye un límite al ejercicio de la autonomía local (...), de suerte que el Ayuntamiento no puede actuar como portavoz, instrumento o cauce de expresión de las reivindicaciones, por legítimas que sean, de individuos, colectividades o grupos singularizados por una determinada ideología u opción política, pues en ese caso se produce en menoscabo del interés general la confusión de ese ideario, creencia o religión con los cometidos y fines del ente local»¹².

La jurisprudencia extiende la exigencia de neutralidad a otras corporaciones de Derecho público, como los colegios profesionales. En efecto, la STS 2209/2019, de 27 de junio, ratifica la anulación de un acuerdo del Colegio de Abogados de Barcelona en favor del derecho a decidir, al considerar que «una corporación de

proclame por adhesión (siquiera sea simbólicamente) un ideario propio corporativo que es contrario a sus creencias y convicciones personales». Zunón (2016, p. 10).

¹⁰ En sentido similar, Vázquez Alonso (2017, p. 18).

¹¹ STS 8574/1992, de 20 de noviembre, F. J. 10º.

¹² STSJ PV 5792/2011, de 17 de octubre, F. J. 2º. Las otras sentencias mencionadas son: SSTSJ PV 5786/2011, de 24 de octubre; 1808/2016, de 22 de junio; y 1492/2017, de 27 de marzo.

Derecho Público, representativa de una profesión y a la que es obligatorio afiliarse para ejercerla, no puede abandonar la posición de neutralidad que le es propia en ese campo para asumir posiciones ideológicas y políticas de parte» (...), cuando dichas posiciones tienen un carácter «parcial y divisivo»¹³.

Todavía en el contexto de las aspiraciones independentistas de una parte de la sociedad catalana, resulta pertinente citar la Sentencia 137/2020 del Juzgado n.º 3 de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona, de 30 de septiembre, que anula una declaración de la Universidad de Barcelona de apoyo a los «presos del proceso». En su Fundamento Jurídico 5º, la sentencia afirma que la universidad pública, «como administración institucional que es, no es ajena a esa exigencia de neutralidad ideológica que se predica del resto de poderes públicos, por ser esa condición *sine qua non* para servir con objetividad los intereses generales».

Este conjunto de pronunciamientos judiciales permite concluir que la Administración –ya sea territorial, institucional o corporativa– no debe adoptar decisiones o conductas partidistas, parciales o divisivas, que impliquen una toma de posición institucional u oficial en cuestiones abiertas al debate público, como si gozase de un derecho a la libertad de expresión que no ostenta. Y ello se aplica a cualquier forma de actuación o expresión de la Administración, también a la consistente en exhibir elementos en los espacios públicos institucionales.

2.2. La Administración pública (en cierto sentido) ni debe ni puede ser neutral

Como acabamos de exponer, existe una corriente doctrinal y jurisprudencial que rechaza la exhibición de ciertos símbolos en edificios públicos en virtud del deber de neutralidad que debe presidir la actuación de las administraciones. El problema de esta apelación a la neutralidad es que la misma, en cierto sentido, no exige lo que parece defender la citada corriente –la imparcialidad de Administración–, sino casi exactamente lo contrario. En efecto, *stricto sensu* la neutralidad de la Administración garantiza su disponibilidad o permeabilidad para acoger las directrices fijadas por el Gobierno de turno, también las políticas, sin oponer resistencias ni frenos ideológicos frente a las mismas¹⁴. Es decir, que, de acoger el significado más extendido o lato del término neutralidad, sería preciso concluir que la Administración ni puede ni debe ser neutral¹⁵. Veamos por qué.

Conforme al artículo 103 CE, la misión de la Administración es servir con objetividad a los intereses generales¹⁶. La determinación de estos intereses se encuentra en la propia Constitución, así como en textos de naturaleza estatutaria y legal. Su concreción, mediante el diseño de políticas públicas, corresponde al Gobierno, quien está llamado a priorizar unos intereses sobre otros en función de las necesidades del momento y de su propio programa político, respaldado por la ciudadanía en las elecciones.

De lo anterior se deduce que la Administración no debe ser una organización aséptica, sino que en su actuación está llamada a perseguir activamente unos determinados intereses públicos reconocidos por el ordenamiento, y hacerlo tal y como se determine desde instancias gubernamentales (art. 97 CE). Este rol activo, además, es particularmente propio de un Estado social, en el que los poderes públicos están llamados a asumir de forma activa la defensa y promoción de las «condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas»; remover «los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud»; y facilitar «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2 CE). La cláusula del Estado social no solo admite, sino que exige una toma de posición activa de los poderes públicos para promover los derechos y libertades de los ciudadanos y establecer un marco de convivencia que los garantice y potencie¹⁷.

¹³ STS 2209/2019, de 27 de junio, F. J. 5º.

¹⁴ Como señala Santamaría Pastor (2016, p. 85), la neutralidad implica que la Administración debe «servir con igual eficacia y dedicación al Gobierno que en cada momento haya sido investido por el Parlamento». La neutralidad así entendida entraña la obligación de la Administración de «respetar la elección de alternativas, tiempos y prioridades políticas que realice el Gobierno». García Costa (2011, p. 29).

¹⁵ A la confusión conceptual entre los términos neutralidad, imparcialidad y objetividad han contribuido ciertas sentencias que las tratan como sinónimos. Así, por ejemplo, la STS 3768/1988, de 19 de mayo, F. J. 3º; o la STC 77/1985, de 27 de junio, F. J. 29º. Dos valiosos intentos de clarificación de estos términos pueden consultarse en: Garrido Falla (2001, pp. 1.598-1.599); y García Costa (2011, pp. 29 y ss.).

¹⁶ El artículo 3 LRJSP, bajo el rótulo «principios generales», incluye la objetividad como el primero de ellos. Ni la Constitución ni la LRJSP se refieren en su articulado al principio de neutralidad.

¹⁷ Como señala Salerno (2000, p. 178), esa toma de posición activa se plasmará frecuentemente en campañas de comunicación y manifestaciones expresivas.

Por consiguiente, la Administración pública no debe ser una organización neutral, como tampoco lo son por esencia el Legislativo ni el Ejecutivo, que, en virtud de su naturaleza democrática y política, pondrán el acento en la promoción de unos intereses generales u otros. En el cumplimiento de su misión constitucional –sometida al principio de legalidad y a la dirección gubernamental–, la Administración debe comprometerse activamente en el servicio de dichos intereses generales, y no regirse por una difusa obligación de neutralidad que la convertiría en una organización inútil y amorfa.

Esta afirmación, sin embargo, admite una importante excepción durante el período de campaña electoral. En estos períodos los poderes públicos sí tienen una obligación de neutralidad –en el sentido lato del término–, con el fin de no interferir injustamente en el proceso electoral y preservar la igualdad del sufragio (Ridao, 2019, pp. 49-50). Esta obligación, que encuentra desarrollo legal en el artículo 50 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, es la que ha llevado a la Junta Electoral Central a ordenar la retirada de determinados símbolos partidistas de balcones municipales y espacios públicos en períodos electorales¹⁸. Ahora bien, fuera de campaña, el deber de neutralidad de la Administración –entendida como pura imparcialidad– no cuenta con un respaldo jurídico consistente.

La Administración, por lo tanto, no debe ser neutral. Pero es que además ni siquiera cabe imaginar que pudiera serlo. Y ello porque un gran número de actuaciones administrativas implica una toma de postura que, en último término, puede ser calificada de parcial y política. Un ayuntamiento puede construir polideportivos o residencias de ancianos; puede promocionar el judo o el ajedrez; puede invertir en una radio municipal o en mejorar el alumbrado público. Cualquier decisión que se adopte implicará primar unos intereses sobre otros, y siempre habrá ciudadanos que se sientan preteridos por esa decisión. Pretender que la Administración sea neutral, que no secunde las políticas públicas fijadas por el Gobierno ni promueva causas que no sean unánimemente respaldadas por la población, solo deja abiertas dos vías: la inacción total o el totalitarismo, que mediante la coacción violenta ignora, esconde o reprime cualquier forma de disenso (García Costa, 2011, p. 29).

Por lo anteriormente expuesto, entendemos que, a la hora de exigir la retirada de ciertos mensajes controvertidos de espacios públicos institucionales, más que a un dudoso deber de neutralidad, resulta más oportuno apelar al principio constitucional de pluralismo (art. 1.1 CE)¹⁹. Y ello por tres motivos. En primer lugar, porque el principio de pluralismo cuenta con un asiento normativo mucho más sólido que el de neutralidad, que no se encuentra positivizado en la Constitución ni en ninguna de las grandes normas administrativas²⁰. En segundo lugar, porque la neutralidad política de la Administración, en el sentido en el que comúnmente se esgrime, no es ni deseable ni posible, como hemos procurado demostrar. Y, finalmente, porque el concepto de pluralismo es más acorde con la naturaleza social de nuestro Estado. En efecto, mientras que la neutralidad parece exigir que lo público no sea utilizado –o patrimonializado– por ninguno, el pluralismo aspira a que pueda ser utilizado por todos en pie de igualdad. En lugar de cerrar el espacio público a las manifestaciones sociales, culturales o políticas, consecuencia lógica de una neutralidad típicamente «liberal», el pluralismo abre dicho espacio a la participación de todos, en la línea marcada por el artículo 9.2 CE²¹.

De lo dicho hasta aquí cabe concluir que, salvo en período de campaña electoral, la Administración ni puede ni debe ser neutral en el sentido lato del término, sino que ha de orientar su actuación a la persecución de los intereses generales definidos por el ordenamiento y especificados por el Gobierno. Si para dicha persecución se entiende necesaria o conveniente la exposición de elementos en espacios públicos, esta resultará perfectamente legítima, sin que quepa oponer a la misma un pretendido deber de neutralidad. El criterio de admisibilidad de esas exhibiciones será su compatibilidad con el pluralismo político, que excluye la patrimonialización del espacio público en favor de una determinada posición.

¹⁸ En este sentido y entre muchos, véanse los Acuerdos de la Junta Electoral Central 189/2015, de 13 de mayo; 401/2015, de 10 de septiembre; y 383/2019, de 21 de mayo, todos ellos relativos a la colocación de símbolos partidistas durante campañas electorales en Cataluña.

¹⁹ En un sentido análogo al que proponemos, Vázquez Alonso (2017, p. 52) vincula la neutralidad con el principio de igualdad, como presupuesto para la participación política de los ciudadanos.

²⁰ En efecto, el principio de neutralidad no es reconocido como tal ni en la Constitución ni en la LRJSP, cuyo artículo 3 recoge un prolijo catálogo de «principios generales». La Exposición de Motivos de esa norma, sin embargo, sí que menciona expresamente el «principio de neutralidad».

²¹ De alguna manera, la contraposición entre pluralismo y neutralidad es análoga a la que, en el ámbito de la libertad religiosa (art. 16.3 CE) opone laicidad positiva y laicidad negativa. Aunque ambas expresiones implican la neutralidad del Estado en materia religiosa, la primera admite el reconocimiento y apoyo de las religiones –en la línea del pluralismo que venimos defendiendo–, mientras que la segunda exigiría una indiferencia de los poderes públicos ante el fenómeno religioso. Sobre el particular, resultan ilustrativas la STC 46/2001, de 15 de febrero; y Manent Alonso (2013, p. 141 y ss.).

2.3. Sobre la autonomía política de los Entes locales

Una tercera arista sobre la que construir nuestra argumentación es la naturaleza política –y no meramente administrativa– de los Entes locales. Este innegable dato influye decisivamente en su legitimidad para realizar actuaciones de carácter político, como puede ser exhibir mensajes de dicha índole en los espacios públicos institucionales.

La Constitución española reconoce en su Título VIII la autonomía del Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes locales, si bien en estos últimos su dimensión política queda algo desdibujada, al no contar con un Poder Legislativo propio y no establecerse una separación nítida entre sus órganos políticos y administrativos²². Aunque municipios y provincias cuentan con órganos de representación democrática y pueden ser caracterizados como entidades políticas primarias, la extensión de su autonomía dependerá del marco delimitado por la legislación estatal y autonómica, que en todo caso deberá respetar un mínimo indisponible²³.

Mucho se ha discutido sobre el alcance de la autonomía municipal, y no es este el lugar para abordar en detalle los extremos de dicho debate²⁴. Baste con señalar que desde posiciones más reacias a admitir una plena autonomía local se subraya que ésta es limitada y debe circunscribirse al ámbito de los intereses y competencias municipales establecido de forma exhaustiva por la Constitución y las leyes; mientras que, desde posiciones proclives a su pleno reconocimiento, se destaca la legitimidad democrática de los órganos de gobierno municipales, y se reconoce a los Entes locales una capacidad de actuación más amplia, que se extiende a cuestiones de interés general allende el estricto círculo de intereses vecinales y de las competencias expresamente atribuidas por el ordenamiento jurídico.

Lejos de tratarse de una cuestión puramente academicista, el alcance de la autonomía política local comporta numerosas consecuencias prácticas. En relación con el objeto de nuestro estudio, el grado de autonomía política que se reconozca a los municipios y provincias condicionará el juicio de legitimidad sobre la exhibición de elementos en sus edificios públicos. Quien ponga el foco en la naturaleza administrativa de los Entes locales tenderá a exigir una mayor neutralidad en la exhibición de mensajes y una menor implicación en debates públicos que desborden el ámbito local. *Contrario sensu*, quien los conciba como entidades democráticas y representativas, titulares de un verdadero poder político, admitirá con más naturalidad que Ayuntamientos y Diputaciones adopten posiciones políticas sobre los más diversos temas, como hacen los Gobiernos estatal y autonómicos²⁵.

Sin descender a mayores detalles, puede afirmarse que la Constitución admite ambas interpretaciones de la autonomía local, la extensiva y la restrictiva, siempre y cuando su concreta determinación respete un reducto de autonomía local que permita que la institución sea reconocible como tal²⁶. La determinación concreta del alcance de la autonomía local dependerá, pues, de dos factores.

En primer lugar, del margen de actuación que la legislación reconozca a los Entes locales. En este sentido, es preciso convenir que tanto la legislación positiva como su interpretación jurisprudencial en los cuarenta años de práctica constitucional se han mostrado generosas con la autonomía municipal. Sirva para ilustrarlo el artículo 25 LBRL, que contiene un catálogo de competencias municipales amplio y de *numerus apertus* (25.2º), complementado con una cláusula general marcadamente abierta (25.1º). Asimismo, los controles gubernativos a los que se sujeta la actuación municipal son sustancialmente inferiores a los existentes en períodos históri-

²² En efecto, los artículos 137 y 140 CE reconocen la autonomía de los Entes locales en la gestión de sus respectivos intereses, si bien ninguno de los dos preceptos califica dicha autonomía como «política». La naturaleza y extensión de la autonomía local ha sido objeto de numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, entre los que destacan las tempranas SSTC 4/1981, de 2 de febrero; y 32/1981, de 28 de julio.

²³ Nuestra doctrina y jurisprudencia explicaron tempranamente la configuración constitucional de la autonomía política como una garantía institucional. Cfr. Parejo Alfonso (1981). En palabras de Sánchez Morón (2018, p. 355), «la autonomía local (...) es un componente esencial del orden jurídico-político establecido en la Constitución, a través del cual se realiza, como ocurre con las Comunidades Autónomas, la distribución vertical del poder».

²⁴ Una posición restrictiva de la autonomía municipal es defendida, entre otros, por Parada Vázquez (2007). Ciertos pronunciamientos del Tribunal Supremo parecen avalar dicha posición, como las SSTS 7875/1988, de 11 de noviembre o la 2088/2019, de 26 de junio, que anulan acuerdos municipales por referirse a cuestiones extramuros de los intereses estrictamente locales. Para una visión más extensiva de la autonomía local, véase por todos Embid Irujo (1993, p. 279 y ss.) y Barata i Mir (1999, p. 99 y ss.). Las SSTS 3994/1987, de 8 de junio y 1691/2008, de 23 de abril, entre muchas otras, acogen estos postulados más extensivos.

²⁵ En este sentido se pronuncia Díaz González (2019, pp. 160-161), quien entiende que vedar a los municipios la posibilidad de pronunciarse sobre cuestiones de interés general equivaldría a petrificar injustificadamente sus posibilidades de participación en el debate público.

²⁶ STC 32/1981, de 28 de julio, F. J. 3º. Sobre la «garantía institucional» como límite de la acción del Legislador, resulta de interés: Baño León (1988).

cos precedentes²⁷. Finalmente, avala la interpretación extensiva la posibilidad de que los municipios planteen conflictos en defensa de su autonomía ante el Tribunal Constitucional, incorporada con la Ley Orgánica 7/1999 como consecuencia del Pacto Local trabajosamente alcanzado a final de la década de los 90.

El segundo factor de delimitación de la autonomía local al que hacíamos referencia no es otro que la aplicación cotidiana del marco jurídico vigente, que se plasma en las relaciones interadministrativas concretas y en la jurisprudencia menor. Pues bien, la aplicación cotidiana del marco constitucional y legal también avala una interpretación extensiva de la autonomía local. Así lo acredita, por ejemplo, la anuencia con la que el Estado y las Comunidades Autónomas admiten el ejercicio de las competencias propias e impropias de los Entes locales, que ha llegado incluso a ignorar el estrecho corsé configurado por algunas versiones –posteriormente declaradas inconstitucionales– de la normativa básica estatal (Boix Palop, 2017, p. 32). A idéntica conclusión apunta que la mayoría de actuaciones políticas de los municipios sobre cuestiones supramunicipales –v.g. declaraciones institucionales, comunicados oficiales, exhibición de símbolos, peticiones a otras administraciones– son aceptadas pacíficamente tanto por los tribunales como por las administraciones superiores, que solo muy puntualmente reaccionan contra las mismas por percibir las como una intromisión ilegítima en las propias competencias (Díaz González, 2019, p. 160).

Por consiguiente, cabe afirmar que actualmente predomina una visión extensiva de la autonomía local²⁸. Volviendo al objeto de nuestro estudio, esta concepción amplia de la autonomía local conlleva necesariamente una mayor permisividad con la exhibición de mensajes en los espacios públicos institucionales. En efecto, si se admite que los Entes locales son entes políticos primarios, con una generalidad de fines, y que sus órganos representan democráticamente a la población, será razonable reconocerles un amplio margen de actuación política, que en ocasiones se materializará en la exhibición de símbolos de dicha naturaleza en los espacios públicos.

Habrà quien celebre esta tendencia, en el entendimiento de que los Entes locales son los entes políticos más cercanos a los ciudadanos y los que mejor pueden vehicular sus aspiraciones y anhelos, también los de naturaleza política; y habrá también quien la denueste, percibiendo una creciente polarización en todos los niveles de gestión pública, un abuso del mandato representativo por parte de los concejales –«que se meten donde no les llaman»– y un repliegue de los espacios públicos compartidos ajenos a la lucha partidista. Lo que no resulta coherente, no obstante, es admitir que el ordenamiento jurídico se decanta por una concepción amplia de la autonomía política local y, al mismo tiempo, rechazar que los Entes locales participen activamente en la vida pública y política, que es exactamente lo que hacen cuando exhiben determinados mensajes en los espacios públicos institucionales.

3. CRITERIOS PARA DISCERNIR QUÉ SE PUEDE Y QUÉ NO SE PUEDE COLGAR

En el epígrafe anterior se han presentado tres líneas argumentales sobre las que articular la respuesta a la cuestión objeto del presente estudio. Valga enunciarlas de nuevo:

1. La Administración pública no tiene libertad de expresión y deberá abstenerse de participar en los debates presentes en la opinión pública;
2. La Administración pública no tiene un deber de neutralidad, sino que debe servir activamente a los intereses generales señalados por la legislación y el Gobierno. Ahora bien, dicho servicio debe hacerse respetando el principio de pluralismo;
3. Más allá de su dimensión puramente administrativa, los Entes locales gozan de autonomía política, por lo que podrán desarrollar actuaciones de dicha naturaleza.

La conjugación de estas tres afirmaciones –no siempre sencilla–, será la que nos permita responder qué se puede y qué no se puede exhibir en un edificio público. Para ello, será oportuno atender a tres elementos del elemento exhibido.

²⁷ La regulación de estos controles se contiene en los Capítulos II y III del Título V de la LBRL. Para una visión crítica sobre la eliminación de estos controles, véase: Parada Vázquez (2007, p. 65 y ss.).

²⁸ En cualquier caso, conviene dejar constancia de que esta tendencia hacia el reconocimiento de una autonomía política extensiva de los Entes locales no es unívoca. De ello dan fe, por ejemplo, el férreo control financiero que el Estado viene ejerciendo sobre las cuentas públicas locales desde el año 2012 o el intento homogeneizador de reforma local del año 2013. Sobre el impacto (deseado y real) de la reforma local de 2013 en la autonomía local, resulta de interés: Velasco Caballero (2014).

3.1. El objeto exhibido

La panoplia de elementos que cabe exhibir en un edificio público es ciertamente variada: banderas, escudos, pancartas, carteles, guirnaldas, estandartes, lonas, lazos, muñecos, tapices... Todos y cada uno de estos objetos son idóneos para transmitir –de forma más o menos explícita– un determinado mensaje.

Entre este amplio surtido de elementos, las banderas revisten ciertas peculiaridades que, a nuestro entender, las hacen acreedoras de un tratamiento jurídico específico y diferenciado. Veamos por qué.

Parafraseando la definición del diccionario de la Real Academia, podemos definir una bandera como una tela que se emplea como enseña o señal de una institución, colectividad o causa. Las banderas, por tanto, son símbolos, y como tales han sido empleados de forma multiseccular para proclamar una identidad, declarar unos ideales o sostener una causa. Como símbolo político, toda bandera cumple dos finalidades: la diferenciadora y la integradora. La bandera, en primer lugar, diferencia una comunidad, causa o colectivo de los demás; y, en segundo lugar, contribuye a la cohesión de sus integrantes, construyendo y reforzando un vínculo de pertenencia (Solozábal Echevarría, 2008, pp. 17-19)²⁹. Lejos de resultar cosméticas o espurias, ambas finalidades revisten una importancia crucial para la conformación y pervivencia de una comunidad política, por lo que no es de extrañar que los ordenamientos jurídicos les hayan prestado una detenida atención. Consciente de esta trascendencia, el Constituyente español reguló la bandera en el Título Preliminar de la Norma Suprema, y estableció una reserva de estatuto para las banderas autonómicas³⁰.

Las banderas, por lo tanto, constituyen poderosos símbolos políticos, idóneos para identificar a una comunidad y a sus integrantes³¹. Este significado identificador de las banderas es el que convierte en espionosa la exhibición en edificios públicos de banderas no oficiales, toda vez que dicha exhibición implica de algún modo la asunción por parte de una comunidad política de una identidad ajena a la constitucional o legalmente reconocida, identidad no necesariamente compartida por todos los miembros de la comunidad. Si conforme a nuestro ordenamiento las banderas –y otros símbolos oficiales– tienen como finalidad expresar la identidad y reforzar la cohesión política de una comunidad, tanto la utilización oficial de banderas alternativas como la utilización partidista de las banderas oficiales constituye un atentado contra la identidad y la cohesión de la comunidad política. Frente a la vocación esencialmente integradora de las banderas oficiales –que idealmente invitan «a trascender e ir más allá de las discrepancias y las divisiones, teniendo en cuenta todo lo que nos une» (Troncoso, 2018, p. 39)–, las banderas no oficiales generan habitualmente división, fragmentando la comunidad política en bandos o facciones.

Los símbolos que representan las diferentes comunidades políticas reconocidas en la Constitución –estatal, autonómica y local– son los que son, y han sido aprobados siguiendo procedimientos democráticos estrictamente tasados. Pretender su sustitución o complemento con otras banderas no oficiales, a las que se pretende dotar de una representatividad de la que adolecen, resulta contrario al ordenamiento constitucional y al marco estatutario. Y ello independientemente de que el enarbolamiento de dichas banderas se realice de manera puntual o indefinida, puramente informal o como consecuencia de una decisión mayoritaria formalizada en un Pleno municipal.

Así lo expresa el TSJ de Navarra, en el marco de un litigio sobre la exhibición de una bandera republicana:

«no se trata de negar el derecho que tiene cualquier partido o grupo político, en su sede o en sus propias dependencias, al uso de la bandera que estime conveniente, pero cuando se trata de un edificio público, cual es el Ayuntamiento, no se puede hacer uso en el mismo, ni en el balcón principal, ni en cualquiera de sus fachadas o ventanas, se trate o no de un mástil o cualquier otro tipo de exhibición pública, de otra bandera que no sea la oficial o la propia bandera del Municipio, que además deben de ser las aprobadas legal o estatutariamente, como precisa

²⁹ Ambas funciones de las banderas han sido reconocidas en la STC 94/1985, de 29 de julio, F. J. 7º.

³⁰ A nivel estatal, el régimen jurídico de las banderas viene descrito en el artículo 4 CE y en la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas. En el ámbito autonómico, y conforme al artículo 4 CE, rige la reserva de estatuto. A nivel local, la regla general es que la iniciativa para la adopción de banderas, escudos y emblemas corresponda a un Acuerdo del Pleno Municipal, adoptado por mayoría absoluta. En este sentido, y a título ejemplificativo, véanse los artículos 17 y siguientes del Decreto 72/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que se regulan los símbolos, tratamientos y honores de las entidades locales de la Comunitat Valenciana.

³¹ Lo expone con acierto Belda (2019, p. 67) cuando señala: «singularización de la comunidad, identificación en ella del individuo e instrumento de movilización hacen del símbolo, como puede comprobarse, un componente de relevancia para las personas y la comunidad política».

dicha normativa, de no hacerlo así y aun cuando también se utilice la bandera de España, se contraviene tanto la citada normativa como el principio de neutralidad política que debe presidir la actuación de la Administración Pública. (...) A la imagen exterior de los edificios públicos les es inherente y les resulta indisoluble su sentido en la organización político-institucional del Estado, que no puede por ello ser arbitrada en cada momento y ocasión por quienes ejercen las potestades que les caracterizan, por más que estas provengan del sufragio o la elección popular»³².

Esta interpretación ha sido avalada por la reciente STS 1163/2020, de 26 de mayo, que, en relación con la bandera independentista de Canarias, afirma: «no es la bandera oficial, por lo que no puede atribuírsele la representatividad del pueblo canario como defiende el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife»³³.

La doctrina sentada por esta reciente sentencia resulta nítida respecto de banderas que pretenden identificar a la colectividad, como puede ser la citada bandera nacionalista canaria, la ikurríña o la estelada³⁴. Mayores dudas suscita, no obstante, la exhibición de otro tipo de banderas –como la arcoíris– que no pretende describir la identidad de la comunidad política, sino defender pública y ocasionalmente una determinada causa. Somos de la opinión de que, en principio, dicha exhibición debe ser restringida. Como veremos inmediatamente, los Entes locales tienen a su disposición un amplio abanico de medios para promover y defender públicamente una determinada causa, por lo que entendemos que el uso de banderas –con toda la carga identitaria que conllevan, y que acabamos de exponer–, debe restringirse a las estrictamente oficiales³⁵.

Excepción hecha de las banderas, los municipios pueden instalar en los edificios públicos una amplia gama de elementos mediante los cuales transmitir a la ciudadanía los mensajes que estimen oportunos. A diferencia de las banderas, estos objetos –ya sean carteles, pancartas, tapices, lonas, lazos...– tienen *a priori* unas connotaciones más asépticas, de modo que su significado dependerá en buena medida del mensaje concreto que pretendan trasladar. De alguna manera, si una bandera indica «quiénes somos», el resto de elementos expresa otros mensajes, tales como «qué queremos», «qué celebramos», o «qué nos parece importante». Así, mientras que la pregunta de quiénes somos –que, conforme a nuestro razonamiento implica la cuestión de «qué bandera podemos colgar»– debe responderse siguiendo unos procedimientos particularmente estrictos y rodeados de las mayores cautelas democráticas; las preguntas acerca de «qué queremos», «qué festejamos» o «qué nos parece relevante aquí y ahora» tienen respuestas mucho más dinámicas y variables, que a menudo corresponde ofrecer al gobierno de turno, llamado a identificar los intereses generales que en un momento dado conviene perseguir.

De todo lo anterior se deduce que los poderes públicos podrán colgar legítimamente en edificios públicos todo tipo de objetos a excepción de banderas no oficiales.

Antes de continuar, conviene precisar que cuando hablamos de bandera lo hacemos en un sentido amplio. De un lado, dicho concepto incluye cualquier símbolo que pretenda representar oficialmente a la comunidad, tanto las banderas propiamente dichas, como los escudos o emblemas. De otro lado, el concepto ha de extenderse no solo a la tradicional pieza de tela rectangular que ondea en un mástil, sino a cualquier forma de representación de dichos símbolos, ya sean murales en una fachada, lonas corridas en un balcón, o proyecciones sobre elementos arquitectónicos. Esta aclaración resulta pertinente para responder a

³² STSJ Navarra 793/2017, de 27 de julio, F. J. 3º. El extracto referido es cita de sendas sentencias de los TSJS del País Vasco y Castilla y León.

³³ STS 1163/2020, de 26 de mayo, F. J. 5º.

³⁴ Respecto de la licitud de exhibir la bandera oficial del País Vasco en instituciones públicas navarras, la jurisprudencia ha variado su criterio. Si inicialmente admitió dicha exhibición, en fechas más recientes la ha considerado contraria al ordenamiento jurídico. Sobre el particular, resulta de interés: Compains (2020).

³⁵ Tras analizar el marco jurídico aplicable a la exhibición de banderas, Zunón (2016, p. 8) concluye: «De esta normativa se desprende con claridad (...) que la competencia atribuida constitucional y legalmente a los entes públicos por la legislación especial para utilizar y exhibir banderas se limita y circunscribe a las banderas –nacional, autonómica y locales– declaradas oficiales». Similar argumentación contiene el citado auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Cádiz, de 26 de junio de 2020, cuyo Razonamiento Jurídico 4º sostiene: «De este modo se diferencian de las banderas oficiales, las banderas que corresponden a instituciones privadas, y que pertenecen a asociaciones, sociedades, agrupaciones con fines deportivos, ideológicos, religiosos, étnicos, culturales, o de determinadas reivindicaciones sociales, etc... que no son consideradas oficiales aunque sí representan los intereses de grupos y organizaciones, es el caso de la bandera arcoíris símbolo del movimiento LGTBI que se ha ubicado en el Ayuntamiento con ocasión del Día del Orgullo Gay, que se celebra el 28 de junio. En esta línea, no es la bandera oficial por lo que no puede atribuírsele la representatividad de todo un pueblo o nación sin perjuicio de la labor del Ayuntamiento [en la lucha contra la discriminación por motivos de orientación sexual]». Para una argumentación contraria, véase: Presno Linera (2020).

interpretaciones torticeras del ordenamiento jurídico, que en fechas recientes han pretendido esquivar la prohibición legal alegando que los objetos expuestos en edificios públicos no eran banderas, sino lonas o colgaduras³⁶.

3.2. El significado del mensaje

Un segundo factor para determinar la legalidad de la exhibición de elementos en los edificios públicos es el mensaje que los mismos transmiten. En este sentido, y sin ignorar que la gama de mensajes que pueden transmitirse frisa lo infinito, entendemos que resulta útil identificar cuatro grandes categorías de mensajes, en función de los intereses que pretenden promover: los partidistas, los de índole privada, los que sostienen causas sectoriales, y los institucionales o de interés general. Veamos cómo la naturaleza del mensaje determina la legitimidad de su exhibición en edificios públicos.

Los mensajes partidistas son aquellos que asumen las posiciones políticas o ideológicas de una parte de la sociedad, procurando provocar una adhesión racional o emocional a las mismas. Se trata, por consiguiente, de mensajes cercanos a la publicidad o la propaganda, y que dividen abiertamente a la comunidad política (Vázquez Alonso, 2017, p. 49). Los lazos amarillos en Cataluña, que vehiculan la protesta por el encarcelamiento de los presos del *procés*, constituyen un buen ejemplo de este tipo de mensajes, como también lo es la exhibición de banderas republicanas o de ikurriñas en edificios públicos navarros³⁷. En esta categoría habría que incluir también otros mensajes asociados a reivindicaciones políticas, como pueden ser pancartas contra los desahucios o los recortes en educación o sanidad³⁸. Pues bien, las instituciones públicas no deben exhibir este tipo de mensajes en los edificios públicos, por mucho que dichas posiciones partidistas sean perfectamente legítimas o mayoritariamente compartidas en su ámbito territorial (Salerno, 2000, p. 188 y ss.). Hacerlo implica patrimonializar en favor de una determinada causa el espacio público, excluyendo del mismo a quienes defienden posiciones discrepantes (Bauzá, 2021, p. 6). Se trata, por lo tanto, de una actuación contraria al principio constitucional de pluralismo. Los espacios públicos institucionales no deberían convertirse ni en espacios monopolizados por determinadas fuerzas políticas, ni en campo de Agramante donde se proclaman y dirimen las diferencias ideológicas.

Los mensajes de interés estrictamente privado tampoco deben ser expuestos en edificios públicos. Esta afirmación admite poco debate. No es infrecuente que en municipios pequeños se instalen pancartas o carteles caseros en lugares públicos –habitualmente, rotondas–, anunciando algún evento de interés fundamentalmente privado, como cumpleaños o enlaces matrimoniales inminentes. La exhibición de este tipo de mensajes –dudosamente legítima en bienes demaniales– resulta abiertamente ilegal en espacios públicos institucionales.

Mayores dudas presentan los mensajes que defienden o sostienen intereses que hemos dado en calificar de sectoriales. En esta categoría encuadramos todos aquellos mensajes que agradan o identifican a una parte de la población y cuyo contenido no es estrictamente político, por lo que no pueden ser calificados de partidistas. Entre los mismos y a título de ejemplo, podemos señalar mensajes en defensa de la comunidad LGBTQ+, de conmemoración de fiestas religiosas, de apoyo a un club deportivo o de solidaridad con el movimiento feminista. A nuestro entender, y a pesar de no representar a todos los ciudadanos, todos estos mensajes resultan perfectamente admisibles. Como hemos tenido ocasión de señalar, en un Estado social los poderes públicos no tienen obligación de neutralidad, y pueden legítimamente apoyar, difundir o promover determinadas causas.

³⁶ A este expediente recurrieron, entre otros, los ayuntamientos de Zaragoza, Barcelona o L'Hospitalet para exhibir banderas arcoíris con motivo del Día del Orgullo Gay en 2020. Cfr. Rincón, R. (24 de junio de 2020). *El veto del Supremo a las banderas no oficiales se cuele en el Orgullo*, *El País* (última visita: 16-02-2021). <https://elpais.com/espana/2020-06-23/el-veto-del-supremo-a-las-banderas-no-oficiales-se-cuela-en-el-orgullo.html>. El Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Madrid, de 26 de junio, rechazó la retirada de la bandera arcoíris con base a este argumento, calificándola de «colgadura con los colores del arco iris».

³⁷ La STS 1841/2016, de 28 de abril, F. J. 2º, explica atinadamente por qué la bandera estelada es un símbolo partidista: «constituye un símbolo de la reivindicación independentista de una parte de los ciudadanos catalanes representados por una parte de los partidos políticos, y sistemáticamente empujado por aquellas fuerzas políticas que defienden esa opción independentista (...). Resulta obvio que su uso y exhibición por un poder público –en este caso de nivel municipal– solo puede ser calificado de partidista en cuanto asociado a una parte –por importante o relevante que sea– de la ciudadanía con una determinada opción ideológica (...), pero no representativa del resto de los ciudadanos que no se alinean con esa opción, ni por consiguiente, con sus símbolos».

³⁸ Estos mensajes, a nuestro entender, sólo serán admisibles cuando cuenten con el respaldo unánime de los concejales. Sería el caso, por ejemplo, de una pancarta contra la instalación de una central nuclear en el municipio, cuando todas las fuerzas políticas locales se opongan a ella. Ridaó (2019, p. 51) considera que los lemas reivindicativos o de protesta a menudo no son propiamente «partidistas», con lo que su exhibición en edificios públicos estaría legitimada.

La naturaleza social de nuestro Estado invita de hecho a esta participación, siempre y cuando la misma respete los valores superiores de nuestro ordenamiento, entre los que se encuentra el pluralismo.

Como es natural, y por mayoritaria que sea, ninguna de estas causas será unánimemente apoyada por los ciudadanos. Ni todos los ciudadanos comulgan con las reivindicaciones de la comunidad LGBTQ+; ni todos los vecinos son devotos de la patrona; ni todos los sevillanos son del Betis. Ahora bien, la falta de consenso en torno a estas realidades no es óbice para que los poderes públicos apoyen dichas causas mediante elementos expuestos en sus edificios públicos, como lo vienen haciendo multiseccularmente de forma comúnmente aceptada. Desde algunas tribunas se ha subrayado en fechas recientes que los entes públicos solo pueden exhibir símbolos que conciten unanimidad entre la ciudadanía (Bauzá, 2021, p. 4). En nuestra opinión, dicha exigencia de unanimidad resulta desproporcionada, ya que resulta difícil imaginar un solo símbolo o mensaje capaz de concitar dicha unanimidad. Ni siquiera las banderas oficiales lo hacen. Por consiguiente, resulta necesario identificar otros criterios que permitan justificar la exhibición de símbolos y mensajes en los edificios públicos, aun cuando los mismos no sean plebiscitariamente apoyados por la comunidad. A nuestro entender, la diferenciación entre causas o símbolos sectoriales y partidistas constituye una buena herramienta para enjuiciar qué puede exhibirse y que no³⁹.

No se nos oculta que, a menudo, la frontera que separa estos intereses sectoriales de los políticos y partidistas puede resultar borrosa. Casi cualquier cuestión es susceptible de ser politizada. De hecho, y tomando tan solo dos ejemplos de los previamente apuntados, es innegable que partidos políticos con un amplio respaldo social defienden un concepto de laicidad que excluye la presencia de símbolos religiosos en edificios públicos; o rechazan abiertamente las pretensiones feministas. Esta evidencia, sin embargo, no convierte los mensajes que venimos calificando de sectoriales en partidistas. Los poderes públicos tienen el derecho –y el deber– de apoyar con su reconocimiento y estímulo las más variadas expresiones sociales, culturales, artísticas, religiosas y deportivas, sin exclusivismos, dentro del marco jurídico vigente y de acuerdo con las preferencias expresadas por la ciudadanía en las elecciones y a través de las diversas formas de asociacionismo y acción colectiva. Estas causas sectoriales no deberían entenderse como partidistas o excluyentes, por mucho que puedan ser antagónicas. Frente a lo que pudiera parecer, que un municipio cuelgue sucesivamente pancartas de apoyo al Barça y al Espanyol; o en defensa de la tauromaquia y del movimiento animalista, no constituye un síntoma de trastorno esquizofrénico, sino una manifestación de pluralismo y de buena salud democrática.

Un último tipo de mensajes son los que pueden calificarse de institucionales o interés general. Se trata de mensajes mediante los que el Gobierno y la Administración trasladan al conjunto de la ciudadanía informaciones o recomendaciones relacionadas con asuntos públicos y alejadas del debate ideológico. Estos mensajes institucionales aspiran a informar, concienciar o movilizar a la ciudadanía para afrontar o resolver conjuntamente cuestiones de interés general, constituyendo manifestaciones de lo que la doctrina ha calificado como comunicación administrativa y de servicio⁴⁰. En la medida en que afectan a la vida en común y respaldan o sostienen determinadas posiciones, no consideramos apropiado caracterizar estos mensajes como apolíticos o neutrales, porque no lo son. A título ejemplificativo, cabría señalar una pancarta invitando a los ciudadanos a utilizar mascarillas en el contexto de una pandemia; a utilizar la lengua cooficial; o a adoptar medidas para proteger el medio ambiente, como la diferenciación de los residuos. Que sectores minoritarios de la población discutan la eficacia de las mascarillas, desprecien la lengua cooficial o nieguen el cambio climático no convierte estos mensajes en sectoriales, ya que no promueven o fomentan causas particulares sino generales, aspirando llegar al conjunto de la población, independientemente de sus posicionamientos ideológicos y sus planteamientos vitales. Pues bien, entendemos que la exhibición en edificios públicos de elementos que trasladen este tipo de mensajes, mínimamente controvertidos, resulta plenamente admisible.

3.3. El tiempo de exhibición

Un último factor relevante a efectos de enjuiciar la exhibición de mensajes en edificios públicos es el temporal. Y ello porque no es lo mismo colocar una pancarta un día, que hacerlo una semana, dos meses o un año.

³⁹ Ridao (2019, p. 51) parece apuntar en la misma dirección cuando afirma: «el hecho de que la Administración tenga que actuar siempre (también cuando exhibe símbolos o mensajes en sus edificios) al servicio de los intereses generales, no quiere decir que solo pueda exhibir símbolos oficiales. Un símbolo, por el hecho de no ser oficial, no es necesariamente partidista (...)».

⁴⁰ Sobre estas formas de comunicación resultan de interés los trabajos de Arena, Cerrillo y Velasco Caballero contenidos en Tornos Mas y Galán Galán (2000).

En este sentido, entendemos que los mensajes de carácter institucional, relativos a intereses generales, pueden mantenerse en los edificios públicos de forma dilatada o incluso indefinida.

Por el contrario, el tiempo de exhibición de mensajes sectoriales debería ser acotado a días o, excepcionalmente, semanas. Y ello por dos motivos. En primer lugar, para evitar la impresión de oficialidad de una determinada causa que, por muy legítima que sea, no deja de ser sectorial. Valgan dos ejemplos: parece admisible que el Día del Corpus ondee en el ayuntamiento de Toledo un pendón con algún motivo eucarístico; o que, para celebrar un título ligero del Atlético de Madrid, se engalane un balcón consistorial de rojiblanco. Ahora bien, prolongar dicha exhibición durante semanas o meses daría la impresión de que Toledo es oficialmente católica o Madrid colchonera, cuando lo cierto es que solo una parte de la sociedad se identifica con dichos credos. Una prolongación excesiva de la exhibición del mensaje distorsiona la realidad que pretende expresar, convirtiéndolo en falaz y abusivo. El segundo motivo que recomienda un razonable acotamiento temporal de la exhibición de mensajes sectoriales es el pluralismo. Como venimos señalando, los poderes públicos están legitimados para respaldar una amplísima variedad de causas, entre las que, habida cuenta de la escasez de tiempo y recursos públicos, deben inevitablemente escoger de acuerdo con sus particulares preferencias e inclinaciones. Ahora bien, dentro de dicha libertad no parece proporcionado dar una excesiva preeminencia a ciertas causas, ya que ello implicaría inevitablemente la preterición de muchas otras. Mantener durante semanas o meses mensajes sectoriales en los edificios públicos resulta, desde esta óptica, un atentado al principio de pluralismo que debe presidir la actuación de los poderes públicos⁴¹.

No se nos esconde que los tres criterios ofrecidos –objeto, mensaje y tiempo–, en la medida en que contienen conceptos jurídicos indeterminados, son discutibles y esencialmente matizables. El ordenamiento jurídico no es una fórmula matemática, y sus definiciones y categorías a menudo dejan zonas grises, que precisan de interpretaciones *ad casum*. Los criterios que hemos apuntado no son una excepción. Así, y por plantear tan solo algunas objeciones que se nos podrían formular, cabría discutir la dudosa frontera que separa una bandera de otros soportes o formas de expresión que combinan colores para transmitir mensajes –lonas, pancartas, globos⁴²–; la dificultad de distinguir las causas partidistas de las sectoriales, y las sectoriales de las generales⁴³; o lo escurridizo del concepto «puntual» u «ocasional», en contraposición a permanente⁴⁴. A todo ello se añade la evidencia de que, a diferencia de los mensajes escritos, los símbolos son realidades polisémicas o ambivalentes, cuyo significado no suele ser unívoco, lo que complica enormemente su clasificación⁴⁵. Sea de ello lo que fuere, pensamos que admitir la existencia de ambigüedades y zonas grises no equivale a sostener la inutilidad de los criterios que se han ofrecido. En muchos casos permitirán ofrecer respuestas claras, justas y predecibles; en los demás, servirán como criterios interpretativos del marco normativo vigente.

4. EXHIBICIÓN DE SÍMBOLOS Y RIESGO DE TOTALITARISMO DE LAS MAYORÍAS

Nos gustaría cerrar estas páginas saliendo al paso de lo que podríamos llamar la «excusa democrática» empleada como patente de corso para justificar la exhibición de determinados símbolos o mensajes en edificios públicos. Esta «excusa democrática» consiste en alegar que la exhibición de ciertos elementos al servicio de intereses partidistas o sectoriales obedece a decisiones mayoritarias de los órganos representativos de la corporación, por lo que refleja el sentir de la mayoría de la población y resulta perfectamente democrática.

⁴¹ Como se apuntó más arriba, Vázquez Alonso (2017, p. 66) entiende que una opción demasiado decidida de los poderes públicos en favor de determinadas posiciones sectoriales contraviene el principio de igualdad. También vincula la neutralidad con la igualdad Martín Rebollo (1992, p. 66).

⁴² ¿Podrían exhibirse globos con los colores arcoíris, en lugar de banderas? ¿Y lonas con el escudo y los colores del equipo de fútbol de la ciudad? ¿Y una pancarta que combine mensajes escritos y banderas?

⁴³ Una pancarta en favor del movimiento feminista o de protesta contra los recortes en educación, ¿es un mensaje que promueve intereses generales, sectoriales o partidistas?

⁴⁴ ¿Dónde termina lo ocasional y comienza lo permanente? ¿Cuánto tiempo es razonable dejar en el balcón consistorial la bandera arcoíris, la imagen de la patrona o la bandera del Logroñés? ¿Un día? ¿Una semana? ¿Tres meses?

⁴⁵ La bandera arcoíris es un claro ejemplo de lo señalado. Dicho símbolo puede significar la repulsa de la discriminación por motivos de orientación sexual (lo que es, indudablemente, de interés general); la celebración de dicha diversidad (que puede ser caracterizada como una causa sectorial); o la reivindicación de una serie de medidas políticas promovidas desde sectores del movimiento LGBTQ+, como el derecho a la libre elección de género sin intervenciones médicas (medidas que en ocasiones no resultan pacíficas ni en el seno de dicho movimiento, por lo que pueden calificarse de partidistas).

Un buen ejemplo de esta «excusa democrática» –alegada como bálsamo de Fierabrás capaz de sanar cualquier vicio de invalidez– lo constituye el acuerdo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, mediante el que se decidió el enarbolamiento de la bandera nacional de Canarias en un mástil anejo al consistorio. So capa de representar el sentir común de la población, el Pleno municipal decide por mayoría la colocación de la citada bandera, contraviniendo el marco normativo vigente aplicable a la exhibición de banderas. En sentido similar, no son pocos los municipios catalanes que –con o sin el refrendo de un acto formal del Pleno– han colocado simbología nacionalista en edificios consistoriales, esgrimiendo que la mayoría de sus vecinos apoyan la causa de la independencia.

Pese a lo que pudiera parecer, la excusa democrática está más cercana al totalitarismo que a la democracia⁴⁶. Ampararse en una mayoría parlamentaria para contravenir el ordenamiento jurídico e imponer al conjunto de la población una determinada ideología política y su simbología propia –por muy mayoritaria que sea–, es una conducta profundamente antidemocrática⁴⁷. Una democracia que merezca tal nombre, en efecto, exige el respeto al marco jurídico vigente y a las minorías.

Así lo recuerda, por ejemplo, la STS 1841/2016, de 28 de abril, cuyo Fundamento Jurídico 3º afirma:

«la vinculación entre democracia y Estado de Derecho no es accesorio, sino sustancial, de manera que solo es posible calificar de actos o decisiones democráticos los que se ajustan, en su procedimiento de adopción y en su contenido, a la ley. (...) El hecho de que los acuerdos en los órganos colegiados se tomen democráticamente en modo alguno los hace conformes a Derecho, sino que precisamente están sujetos al mismo y por ello pueden ser invalidados, sin que la formación democrática de los mismos los sane ni pueda prevalecer sobre el ordenamiento jurídico, que vincula a todos los poderes públicos»⁴⁸.

Como explica Bauzá (2021, p. 21), «una decisión contraria a Derecho no se convierte en lícita por el hecho de que su autor haya sido elegido democráticamente. La elección democrática de un representante político no le habilita a tomar decisiones ilegales».

Este razonamiento se aplica tanto a los símbolos partidistas como a los sectoriales. Los símbolos partidistas no deberían exhibirse nunca en edificios públicos institucionales, por contravenir las exigencias básicas del principio de pluralismo político reconocido en la Constitución. En cuanto a los símbolos que promueven intereses sectoriales, su presencia prolongada o indefinida en edificios públicos implicaría un respaldo desproporcionado por parte del poder público, igualmente incompatible con el pluralismo, así como con la igualdad. Exhibiciones como las descritas supondrían una inaceptable patrimonialización del espacio público en favor de una determinada causa, excluyendo injustamente de dichos espacios a las personas discrepantes.

Frente a las pretensiones legitimadoras de quienes esgrimen la «excusa democrática», es preciso afirmar que democracia y respeto al discrepante son dos conceptos que no pueden escindir-se; cuando lo hacen, la democracia resulta tanto o más dañada que la propia disidencia.

5. CONCLUSIONES

1. A lo largo de las páginas precedentes se ha ofrecido una serie de pautas que permite dilucidar qué puede y qué no puede legítimamente exhibirse en los edificios públicos, prestando una particular atención al contexto local, donde se han suscitado los debates jurídicos más acalorados en los últimos años.

2. Para encuadrar debidamente la cuestión, se ha analizado la existencia y alcance del deber de neutralidad de las administraciones públicas. Sobre el particular, se ha partido de la premisa de que la Administración pública no goza de libertad de expresión y debería abstenerse de participar activamente de los debates presentes en la opinión pública, en los que no le corresponde tomar partido como si fuera un agente privado o social más. En cualquier caso, la justificación de dicho deber de abstención no se encuentra en un pretendido deber de neutralidad, sino en el respeto al pluralismo. Y ello porque, de un lado, la Administración tiene el deber de servir con objetividad a los intereses generales, lo que en un Estado social implica una ac-

⁴⁶ Compartimos plenamente las palabras de Bauzá (2021, p. 5), cuando señala que en la problemática de los símbolos anida «la intolerancia, casi siempre adornada de grosería, y un afán de imposición ideológica con voluntad totalizadora».

⁴⁷ De admitir esta «excusa democrática» habría que suprimir de nuestro marco normativo el recurso de inconstitucionalidad, ya que toda Ley aprobada por los representantes de la ciudadanía sería indiscutiblemente legítima.

⁴⁸ En idéntico sentido, STS 1163/2020, de 26 de mayo, F. J. 4º.

tuación positiva en la persecución y defensa de los mismos ajena a la idea de neutralidad. Y, de otro, porque municipios y provincias, además de administraciones, son entes de naturaleza política cuyos órganos gozan de una legitimidad democrática directa. Pretender hurtar a los Entes locales su capacidad de actuación en el ámbito político supondría un atentado contra la garantía institucional de su autonomía, constitucionalmente reconocida.

3. Esclarecido lo anterior, se han propuesto tres criterios que pueden resultar de utilidad para determinar la legitimidad de la exhibición de distintos elementos en los espacios públicos institucionales.

En primer lugar, será oportuno atender a la naturaleza del elemento exhibido. A este respecto, se ha concluido que en principio podrá instalarse cualquier elemento a excepción de uno: banderas no oficiales. Como se ha pretendido explicar, las banderas tienen una función diferenciadora e identificadora de la comunidad política que las dota de una potencia simbólica muy particular, y que ha justificado su regulación al más alto nivel (artículo 4 CE y Estatutos de Autonomía). La bandera identifica a la comunidad y aspira a aglutinar a todos sus integrantes. En este sentido, enarbolar banderas no oficiales implica una pretensión de modificar o condicionar la identidad de la comunidad que resulta ilegítima.

En segundo lugar, será necesario valorar el tipo de mensaje que el elemento exhibido comunica. A tal efecto, hemos propuesto una cuádruple división, distinguiendo los mensajes partidistas, privados, sectoriales e institucionales o de interés público. Los mensajes de las dos primeras categorías deberían excluirse de los edificios públicos, ya que su exhibición en dichos lugares supone una patrimonialización abusiva de espacios que deberían ser comunes. Por el contrario, los mensajes sectoriales –aquellos con los que puede identificarse una parte de la población y que son ajenos a la contienda política– y los institucionales –referidos a intereses públicos y con un perfil más aséptico– son plenamente admisibles, aunque los mismos no sean necesariamente compartidos por toda la población.

Finalmente, el tiempo de exposición también resulta determinante para responder a la pregunta objeto de estas páginas, particularmente respecto de los elementos que transmiten mensajes sectoriales. En la medida en que dichos elementos apoyan o fomentan causas parciales, su presencia en los edificios públicos debe ser puntual. Lo contrario, una presencia dilatada o indefinida en el tiempo, daría a las causas apoyadas una pátina de oficialidad contraria al pluralismo, al tiempo que restringiría el acceso a dichos espacios comunes de mensajes proclives a otras causas.

4. El artículo se ha cerrado alertando frente a una cierta deriva antidemocrática que, amparándose en mayorías más o menos coyunturales, justifica la ocupación del espacio público institucional por elementos partidistas o sectoriales, desconociendo de forma descarada las exigencias del ordenamiento jurídico y los derechos de las minorías.

En un Estado social el pluralismo implica que los espacios públicos, lejos de no ser de nadie, pertenecen a todos. En este sentido, se ha sostenido que los Entes locales pueden exhibir elementos de apoyo a una pléyade de causas, de acuerdo con las preferencias de sus órganos de gobierno. Sea de ello lo que fuere, dicha libertad no está exenta de límites, como se ha pretendido argumentar. Respetar los mismos, dando cabida al disidente y evitando la patrimonialización de los espacios comunes por las posiciones mayoritarias, además de un gesto de elemental cortesía, es una exigencia democrática que hoy más que nunca parece necesario reivindicar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baño León, J. M. (1988). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, 155-179. http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistas_electronicas?IDR=6&IDN=326&IDA=24909
- Barata i Mir, J. (1999). *Los actos de gobierno en el ámbito municipal*. Tecnos.
- Bauzá Martorell, F. J. (2021). El uso de banderas no oficiales por la Administración. Jurisprudencia reciente. *Revista General de Derecho Administrativo*, 56, 1-27.
- Belda, E. (2019). Elementos simbólicos de la Constitución Española. La protección del uso de los símbolos por las personas e instituciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 117, 45-75. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.117.02>
- Boix Palop, A. (2017). El régimen local tras el fracaso de la reforma de 2013. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 68, 24-35. <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.124>
- Climent Gallart, J. (2016). La jurisprudencia estadounidense sobre el lenguaje simbólico en relación con las banderas y su acogimiento por el TEDH. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 28, 303-328.

- Compains Silva, E. (2020). Navarra y la ikurriña: análisis jurídico de una relación conflictiva. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 32, 115-145. <https://doi.org/10.2436/20.8080.01.55>
- Díaz González, G. M. (2019). Nulidad radical de un Acuerdo municipal de apoyo al proceso soberanista catalán. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, 12, 152-164. <https://doi.org/10.24965/reala.i12.10712>
- Embid Irujo, A. (1993). La actividad de gobierno de las entidades locales y su control jurisdiccional. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 258, 251-288. <https://doi.org/10.24965/reala.vi258.8778>
- García Costa, M. (2011). Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad. *Documentación Administrativa*, 289, 21-42. <https://doi.org/10.24965/da.v0i289.10067>
- Garrido Falla, F. (2001). Artículo 103. En F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución* (pp. 1.595-1.603). Civitas.
- Manent Alonso, L. (2013). El lugar de los símbolos religiosos en los espacios públicos. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 27, 137-165.
- Martín Rebollo, L. (1992). La Administración en la Constitución (Arts. 103-107). *Revista de Derecho Político*, 37, 51-82. <https://doi.org/10.5944/rdp.37.1992.8594>
- Martínez Otero, J. M. (2020). El espacio público urbano como espacio de participación política. En C. Barrero Rodríguez y J. M. Socías Camacho (coords.), *La ciudad del siglo XXI: Transformaciones*. [Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)] (pp. 109-119). AEPDA – INAP.
- Parada Vázquez, J. R. (2007). La segunda descentralización: del Estado Autonómico al Estado Municipal. *Revista de Administración Pública*, 172, 9-77. <http://www.cepc.gov.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=623&IDA=26496>
- Parejo Alfonso, L. J. (1981). *Garantía institucional y autonomías locales*. Instituto de Estudios de Administración Local.
- Peralta Martínez, R. (2012). Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 16, 251-283. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40738>
- Presno Linera, M. A. (24 de junio de 2020). *¿Puede ondear la bandera arcoíris en los edificios públicos?* [Entrada de blog] El derecho y el revés. <https://presnoliner.wordpress.com/2020/06/24/puede-ondear-la-bandera-arcoiris-en-los-edificios-publicos/>
- Ridao Martín, J. (2019). Semiología política, libertad de expresión y neutralidad del espacio público. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 81, 42-51. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421773
- Salerno, A. (2000). La «Comunicación institucional» o «Comunicación imagen». En J. Tornos Mas y A. Galán Galán (coords.), *Comunicación pública: la información administrativa al ciudadano* (pp. 173-213). Marcial Pons.
- Sánchez Morón, M. (2018). *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos.
- Santamaría Pastor, J. A. (2016). *Principios de Derecho Administrativo General* (vol. I). Iustel.
- Solozábal Echevarría, J. J. (2008). Nación y Banderas. *Revista General de Derecho Constitucional*, 6, 1-25.
- Tornos Mas, J. y Galán Galán, A. (coords.) (2000). *Comunicación pública. La información administrativa al ciudadano*. Marcial Pons.
- Troncoso Reigada, A. (2018). La bandera y la capitalidad. *Revista de Derecho Político*, 103, 29-76. <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/23197>
- Vázquez Alonso, V. J. (2017). La neutralidad del Estado y el problema del Government Speech. *Revista de Estudios Políticos*, 177, 13-55. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.177.01>
- Velasco Caballero, F. (2014). Títulos competenciales y garantía constitucional de la autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. En J. A. Santamaría Pastor (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español* (pp. 75-136). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Villaverde Menéndez, I. (18 de junio de 2018). *¿Tienen opinión las instituciones políticas?* IDP [Blog del Instituto de Derecho Público]. <http://idpbarcelona.net/tienen-opinion-las-instituciones-politicas>
- Zunón Villalobos, M. (2016). La exhibición de banderas esteladas por los ayuntamientos en edificios públicos. Una perspectiva jurídico constitucional. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10, 225-238.



REALA, número 15, abril de 2021
Sección: ESTUDIOS BREVES
Recibido: 15-03-2021
Aceptado: 30-03-2021
Publicado: 15-04-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10922>
Páginas: 58-70

¿Un estatuto básico para los municipios pequeños?: Un comentario de urgencia¹

A basic statute for the small municipalities?: An urgent comment

Eloísa Carbonell Porras

Universidad de Jaén (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1127-1730>

eloisa.carbonell@ujaen.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Jaén. Sus principales líneas de investigación se centran en el Derecho de la Organización en general y el Derecho local y los órganos colegiados en particular, así como en el Derecho Público del transporte y la movilidad, además de otros temas como los relativos a la legitimación y los intereses colectivos o la economía colaborativa.

RESUMEN

Desde el verano de 2020, han sido frecuentes las noticias relativas a la intención del Gobierno de adicionar un nuevo título a la legislación básica de régimen local, que estaría dedicado a los municipios pequeños. Este Estatuto Básico para los Municipios de Menor Población se ha vinculado además con el denominado reto demográfico. Se delimita así el objeto de este trabajo, centrado en el estudio del régimen actual de estos municipios, el carácter rural de muchos de ellos y reflexionar sobre el contenido que podría tener el Estatuto Básico y su relación con los problemas demográficos.

PALABRAS CLAVE

Régimen local; municipios pequeños; ámbito rural; planta municipal; despoblación.

ABSTRACT

Since summer 2020 it have been frequently news concernig the Government`s intention to add a new title to the basic legislation of local government, wich it would be dedicated to small municipalities. This Basic Statute for the Small Municipalities has also been linked to the so-called demographic challenge. The aim of this work is based on the study of the current legal regimen on theses municipalities, the rural character of many of them, and thinking about the content that the Basic Statute could have and its relation with demografic problems.

KEYWORDS

Local government; small municipalities; rural character; municipal structure; depopulation.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i del Plan Nacional, "Las Entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea" (DER2016-74843-C3-1-R), del que soy Investigadora principal, y de la Estructura de Investigación de la Universidad de Jaén SEJ 09, integrados ambos en el Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía, "Administración Pública y Ciudadanos: régimen jurídico", (APCI), PAIDI SEJ-630, que dirijo en la Universidad de Jaén. También responde a la Red Temática, acción de dinamización del Plan Nacional, que coordino sobre "Gobiernos locales y economía colaborativa" (GOBECOL), (RED2018-102319-T).

SUMARIO

1. EL PROBLEMA DEMOGRÁFICO Y EL ANUNCIADO ESTATUTO BÁSICO DE LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS: BREVE COMENTARIO DE URGENCIA. 2. DESPOBLACIÓN, MUNICIPIOS PEQUEÑOS Y DE ÁMBITO RURAL: REALIDADES DIFERENTES, AUNQUE RELACIONADAS. 3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MUNICIPIOS PEQUEÑOS: PRINCIPALES CARACTERES Y PARTICULARIDADES. 4. ¿UN ESTATUTO BÁSICO PARA LOS MUNICIPIOS PEQUEÑOS PARA HACER FRENTE AL PROBLEMA DEMOGRÁFICO? 5. REFLEXIÓN FINAL. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTOS.

1. EL PROBLEMA DEMOGRÁFICO Y EL ANUNCIADO ESTATUTO BÁSICO DE LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS: BREVE COMENTARIO DE URGENCIA

El verano pasado el Gobierno anunció su intención de reformar la legislación estatal básica de régimen local para avanzar en la autonomía local y, entre otras cosas, elaborar un Estatuto Básico para los Pequeños Municipios, novedad que se enmarcaría en la Estrategia Nacional frente al Reto Democrático. Este anuncio provocó una especial atención en los medios de comunicación social con numerosas referencias a este Estatuto, que renovarían los municipios más pequeños para adecuarlos a la realidad socio-económica y enfrentarse más adecuadamente al reto demográfico. Al respecto hay que tener en cuenta que el desplazamiento de la población a las grandes ciudades con la consiguiente despoblación de la España rural comenzó hace más de medio siglo, aunque en los últimos tiempos ha cobrado visibilidad en lo que se ha dado en llamar la España vaciada. Entre 2011 y 2019 se ha experimentado un crecimiento demográfico global cercano al 15% (el país pasa de 41,1 a 47,4 millones de habitantes), pero en cuatro Comunidades Autónomas (Extremadura, Galicia, Castilla y León y Asturias) se ha intensificado la pérdida de población que venían sufriendo, y cinco más (Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana y La Rioja) se han sumado a esta tendencia. Con estos datos, se explica la preocupación por este problema que, además, es compartido por otros países de la Unión Europea. Prueba de ello es la referencia que, en el marco de la cohesión económica, social y territorial, realiza el artículo 174 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las zonas rurales y a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes, como las regiones más septentrionales con una escasa densidad de población y las regiones insulares, transfronterizas y de montaña². En España, la importancia política de esta cuestión se ha potenciado en los últimos años³. Así, en la VI Conferencia de Presidentes de Comunidades Autónomas, celebrada el 17 de enero de 2017, se defendió la necesidad de elaborar y desarrollar una estrategia nacional para intentar dar respuesta a los problemas demográficos, especialmente al progresivo envejecimiento de la población, al despoblamiento territorial y a los efectos de la población flotante. Para ello, se creó el Comisionado del Gobierno frente al Reto Demográfico (Real Decreto 40/2017, de 27 de enero), que ha elaborado las Directrices Generales de la Estrategia Nacional Frente al Reto Demográfico, aprobadas por el Consejo de Ministros el 29 de marzo de 2019. En 2020 se refuerza la relevancia política de este tema con la creación del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (Real Decreto 2/2020, de 12 de enero), de la Comisión Delegada del Gobierno para el Reto Demográfico (Real Decreto 399/2020, de 25 de febrero) y de la Conferencia Sectorial de Reto Demográfico⁴. En este contexto, el Plan Normativo 2020, aprobado por el Consejo de Ministros el 8 de septiembre, prevé la modificación de Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL) para la recuperación de la autonomía local con un doble objetivo: por un lado, «para el diseño de políticas públicas y reforma de cuestiones puntuales relativas al procedi-

² En esta línea puede verse el *Informe sobre el impacto del cambio demográfico* de la Comisión, de 17 de junio de 2020, y el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones, *La respuesta de la UE al reto demográfico*, (2017/C 017/08) (Diario Oficial de la Unión Europea, C17/40, de 18 de enero de 2017), con ponencia del Presidente de la Junta de Castilla-La Mancha. Además, el programa Horizonte 2020 incluye entre sus retos sociales el cambio demográfico (<http://eshorizonte2020.cdti.es/index.asp?MP=87&MS=715&MN=1>).

³ Hay que destacar el papel de las Cortes Generales al respecto como refleja el Informe de la Ponencia de estudio para la adopción de medidas en relación con la despoblación rural en la Comisión de Entidades Local en 2015 (Boletín Oficial Cortes Generales. Senado, X Legislatura, núm. 505, de 17 de abril de 2015); y el Informe de 22 de febrero de 2019, de la Comisión Especial de estudio sobre la evolución demográfica y sus consecuencias en España, (Boletín Oficial Cortes Generales. Senado, XII Legislatura, núm. 360, de 1 de abril de 2019), Comisión que se había creado por acuerdo del Pleno de 30 de noviembre de 2016.

⁴ La aprobación del Real Decreto 500/2020, de 28 de abril de 2020, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico supondrá la supresión del Comisionado del Gobierno para el Reto Demográfico. El 23 de julio de 2020 se constituye la Conferencia Sectorial de Reto Demográfico, como órgano de cooperación entre la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades y Ciudades Autónomas.

miento de elaboración de normas locales y al ejercicio de la función representativa de los cargos electos»; por otro lado, «con la finalidad de establecer un Estatuto Básico de Pequeños Municipios para conseguir fijar la población al territorio, mantener la calidad democrática del municipio, cumpliendo así con la cláusula del Estado democrático, y garantizar las condiciones de vida de los ciudadanos con independencia del territorio en el que residan, a través de la prestación de unos servicios públicos de calidad»⁵. Es esta vinculación entre un nuevo régimen jurídico básico para los municipios pequeños con tan amplios y genéricos objetivos la que motiva este breve comentario. Para ello, a continuación, se alude genéricamente a la despoblación y el carácter rural de muchos municipios con escasa población y al régimen jurídico vigente de los municipios más pequeños. Sobre lo anterior se realizan unas consideraciones generales sobre esta relación entre un nuevo Estatuto Básico de los Municipios Pequeños y el denominado reto demográfico. En todo caso, téngase en cuenta desde ya que no existe una concreta propuesta de reforma y, por tanto, no encontrará el lector en las líneas que siguen un análisis de lo que no existe: sólo se reflexiona sobre la pretendida vinculación entre una reforma del régimen jurídico básico de los municipios con menor población, si es que llega a aprobarse, y los problemas demográficos.

2. DESPOBLACIÓN, MUNICIPIOS PEQUEÑOS Y DE ÁMBITO RURAL: REALIDADES DIFERENTES AUNQUE REALACIONADAS

En la recogida de datos sobre la despoblación en España se toma como referencia el municipio pues, como es sabido, el Padrón Municipal de Habitantes es el registro que emplea el Instituto Nacional de Estadística (INE) para la formación de los censos de población, asumiendo también las funciones de supervisión y coordinación de la gestión municipal del Padrón. Por ello, los datos que se emplean para evidenciar el problema demográfico parten de la población municipal: hay 6 815 municipios con menos de 5 000 habitantes que concentran a 5,7 millones de personas (el 12% de la población); 5 007 tienen una población inferior a 1 000 habitantes; y existen 1 400 municipios con menos de 100 residentes. El 20,1% de la población vive en municipios menores de 10 000 habitantes, correspondiendo los porcentajes más elevados a Extremadura (50,2%), Castilla-La Mancha (43,7%) y Castilla y León (43,3%), y los más bajos a la Región de Murcia (3,8%) y la Comunidad de Madrid (5,6%). En la última década ocho de cada diez de estos municipios han perdido hasta 410 000 habitantes, pérdida de población que también se produce en los municipios de menos de 1 000 habitantes (en los que aún viven 1,4 millones de habitantes). Pero la despoblación también afecta a las pequeñas ciudades y capitales de interior: 29 capitales de provincia han perdido población en la última década. Por otra parte, en las dificultades para la prestación de los servicios básicos a los ciudadanos hay que valorar, además del tamaño del municipio, otros factores, como son la dispersión territorial, con numerosos núcleos de población separados, que podrán ser municipios, entidades inframunicipales o carecer de un reconocimiento jurídico; la baja densidad de población, con 3 926 municipios con una densidad inferior a los 12,5 habitantes por km², que es el umbral que la Unión Europea considera como de riesgo demográfico; o el progresivo envejecimiento pues, siendo el país de la Unión Europea con mayor esperanza de vida (82,2 años), hay casi 9 millones de mayores de 65 años que previsiblemente serán más de 15,5 millones en 2050. Este envejecimiento se concentra en los pequeños municipios rurales: en los de menos de 5 000 habitantes, una de cada cuatro personas supera los 65 años, y en los de menos de 1 000 habitantes, casi el 15% de la población alcanza los 80 años. Pero tampoco es un problema privativo de los municipios rurales, y en las grandes ciudades cada vez serán más las personas que superen los 65 años, que en la actualidad son el 19,4% de la población nacional⁶.

Por último, debe tenerse en cuenta que existen una enorme desigualdad entre Comunidades Autónomas, pues no todas tienen un nivel importante de municipios pequeños. Según los datos del INE a enero de 2020, las Comunidades Autónomas con mayor número de municipios con menos de 5 000 habitantes son Castilla y León (2 188), Castilla-La Mancha (845), Cataluña (736) y Aragón (707). En Andalucía, la Comunidad Autónoma con mayor población de España (8 460 000 habitantes) en una extensión de 87 581,13 km², existen 785, 529 con población inferior a los 5 000 habitantes, pero sólo dos con menos de 100 habitantes (Benitagla, en la provincia de Almería, con 58 y Cumbres de Enmedio, en la de Huelva, con 51). En contras-

⁵ https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/PublicidadActiva/Normativa/PlanAnualNormativo.html

⁶ Como señala Díez Sastre, S. (2019, p. 129), el envejecimiento de la población supondrá un reto para la prestación de servicios en el entorno rural y en el urbano, pero también puede plantear problemas de gobernabilidad en los municipios con inferior población.

te, la Comunidad de Castilla y León, con una extensión algo superior a la andaluza (94 224 km²) pero una población sensiblemente inferior (2 393 000 habitantes), cuenta con 2 248 municipios, de los cuales 2 188 no alcanzan los 5 000 vecinos, y 722 no llegan a los 100. O, por referir una comunidad uniprovincial, La Rioja, que además es la menos poblada (320 000 habitantes en 5 045 km²), en la que existen 174 municipios, de los cuales 165 no llegan a los 5 000 vecinos, y 63 cuentan con menos de 100 residentes⁷.

Estos mismos datos, que relacionan el municipios con su población, son utilizados en las propuestas de reforma del mapa municipal que generalmente abogan por la supresión de los municipios más pequeños por cualquiera de los procedimientos posibles (fusión o agregación especialmente) hasta alcanzar una población de 5 000 habitantes al menos, que marcaría la línea de viabilidad comúnmente aceptada⁸. Puede, por tanto, coincidir en que los municipios pequeños son aquellos que no alcanzan esa cifra de población que, además, es la que tiene en cuenta nuestro Derecho Local en diferentes cuestiones como se comprobará. En esta línea, el artículo 13 LBRL condiciona la creación de nuevos municipios a la existencia de un núcleo de población diferenciado que alcancen al menos los 5 000 habitantes⁹. En todo caso, debe tenerse muy presente que estos municipios presentan realidades sustancialmente diferentes teniendo en cuenta la población, la actividad económica predominante, la ubicación... Es evidente que no es lo mismo el de menos de 100 habitantes que el que se aproxima a los 5 000¹⁰; ni el de alta montaña, el costero, el histórico, el distante de una gran ciudad o el situado en un entorno metropolitano; tampoco puede equiparse el que tiene como principal actividad económica el sector primario, con el sector secundario o terciario... y todas estas variantes son susceptibles de combinación: un municipio de alta montaña puede dedicarse a la agricultura o a la ganadería o contar con una estación de invierno como principal actividad económica; el costero puede vivir de la pesca o del turismo, actividad económica también presente en municipios pequeños en entornos naturales sobresalientes, o que cuentan con un notable patrimonio histórico-artístico. Asumiendo esta heterogeneidad, y la diversidad de problemas y soluciones que existen, puede aceptarse, a efectos didácticos, que los municipios pequeños serían los que no alcanzan los 5 000 vecinos.

La despoblación tiene especial incidencia en el entorno rural, al desplazarse la población a los centros urbanos y costeros. En ese contexto, es fundamental la Ley 45/2007, de 13 diciembre, de desarrollo sostenible del medio rural, que subraya que «toda política rural debe buscar el logro de una mayor integración territorial de las zonas rurales, facilitando una relación de complementariedad entre el medio rural y el urbano, y fomentando en el medio rural un desarrollo sostenible». Esta Ley define el medio rural como el espacio geográfico formado por la agregación de municipios o entidades inframunicipales con una población inferior a 30 000 habitantes y una densidad inferior a los 100 habitantes km²; y el municipio rural de pequeño tamaño, como el que posee una población residente inferior a los 5 000 habitantes y se integra en el medio rural. El instrumento fundamental para implantar la política rural es el Programa de Desarrollo Rural Sostenible, que se aplica por zonas rurales. Corresponde a las Comunidades Autónomas delimitar las zonas rurales de su territorio y diferenciarlas en tres categorías: las que necesitan revitalización, las intermedias y las periurbanas¹¹. Sin perjuicio

⁷ Estos datos se extraen de la nota de prensa del INE con el avance de la Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2020. Como en este avance sólo se alude a los cambios en el último año, también se ha tenido en cuenta el documento *El reto demográfico y la despoblación en España en Cifras, 2020*, de la Secretaría General para el Reto Demográfico, que se refiere a la última década. Un análisis más detenido de la evolución demográfica en España entre 2015 y 2016 con apoyo en los datos de población de municipios publicados por el INE, puede verse en el documento de trabajo de la Comisión de Despoblación constituida en 2016 en la FEMP, *Población y despoblación en España 2016*, enero de 2017. En todo caso, téngase en cuenta que en los datos pueden apreciarse variaciones mínimas en función de la fecha que se tome como referencia y que se utilicen los del INE o los de los Registros de entidades locales.

⁸ Puede verse, entre otros, Cosculluela Montaner, L. (2013, p. 11 y ss.); y Cosculluela Montaner, L. (2017, pp. 239-240). También *La planta del Gobierno Local. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, (2013) o el *Documento técnico. Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonomico*, (2012).

⁹ La exigencia de este mínimo de población trae causa de la modificación de la LBRL operada por la Ley 27/2013, de 27 diciembre, de la racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), que, en este punto, sí ha sido considerada conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional (SSTC 41/2016 y 108/2017). También deberá acreditarse el cumplimiento de otros requisitos que aseguren la viabilidad del nuevo municipio, que deberá contar los recursos suficientes para prestar sus competencias, pero no son de tan fácil comprobación como los datos de población que ofrece el Padrón Municipal de Habitantes. Al respecto, Carbonell Porras, E. (2019, pp. 31 y ss.) y Pizarro Nevado, R. (2019, pp. 299 y ss.). También, entre otros, Pons Portella, M. (2016, pp. 113-114); Pizarro Nevado, R. (2017, p. 50 y ss.); y Carbonell Porras, E. (2018, pp. 9-10).

¹⁰ Según los datos estadísticos del Ministerio de Política Territorial de 2020, hay 1 074 municipios con menos de 100 habitantes; 1 553, con población entre 100 y 250; 2 236 en el tramo entre 251 y 1 000 residentes; 928 entre 1 001 y 200 habitantes y 1 019 entre 2 001 y 5 000 residentes.

¹¹ De acuerdo con el artículo 10 de la Ley, las zonas rurales a revitalizar son aquéllas con escasa densidad de población, elevada significación de la actividad agraria, bajos niveles de renta y un importante aislamiento geográfico o dificultades de vertebración territorial; las zonas rurales intermedias son aquéllas de baja o media densidad de población, con un empleo diversificado entre el

de volver sobre esta cuestión con posterioridad, interesa ya subrayar que, para la Ley 45/2007, lo relevante en la existencia de un determinado espacio territorial con unas determinadas características poblacionales generales, no superar los 30 000 habitantes y una densidad inferior a los 100 km², pero el dato de la población del municipio es secundario, integrando también a los que cuentan con población muy superior a los 5 000 habitantes, como el hecho de que se trate de un municipio o una entidad local menor¹². Otra cosa es que los municipios pequeños sean los principales destinatarios de las ayudas destinadas a combatir el problema demográfico en concretos ámbitos materiales de la acción pública.

En efecto, si tenemos en cuenta las acciones generales para el desarrollo rural sostenible y las medidas para su consecución en la Ley 45/2007 y en el Programa de Desarrollo Rural Sostenible se comprueba que son amplias y variadas, mayoritariamente referidas a materias de competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas (agricultura, medio ambiente, empleo, infraestructuras, tecnologías de la información y comunicación, energías renovables, agua, seguridad ciudadana, educación, cultura, sanidad, protección social...). Y sólo en casos puntuales se hace referencia a servicios de competencia municipal¹³, generalmente para hacer referencia a la coordinación, la colaboración y la cooperación interadministrativa¹⁴. Quizá por esto la presencia de representantes de las Entidades locales en los órganos que creó esta Ley se reduce a dos vocales designados por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) en el Consejo para el Medio Rural, que es el órgano de coordinación y cooperación entre las distintas Administraciones públicas¹⁵. Esta relación entre la lucha contra el problema demográfico y el ruralismo con las competencias estatales y autonómicas se mantiene en la actualidad: así, las medidas para luchar contra la despoblación propuestas por la FEMP se ordenan en siete áreas principales (medidas institucionales y modelo territorial; economía y empleo; servicios públicos; infraestructuras, comunicaciones y transporte; vivienda; cultura, identidad y comunicación; e incentivos demográficos) pero no se incluye ninguna concreta propuesta de modificación de la legislación de régimen local¹⁶. La misma conclusión se extrae de las Directrices Generales de la Estrategia para el Reto Demográfico de 2019. En estos documentos únicamente se insiste en la necesidad de reforzar el papel de las Entidades locales, y particularmente la asistencia y cooperación de las Diputaciones provinciales. Pero ya sabemos que nada de esto es nuevo. Solamente en las medidas frente al reto demográfico del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobadas por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico en marzo de 2021, se incluye una genérica referencia al Estatuto Básico de los Pequeños Municipios en línea con lo previsto en el Plan Normativo 2020¹⁷. Tampoco en la legislación

sector primario, secundario y terciario, bajos o medios niveles de renta y distantes del área directa de influencia de los grandes núcleos urbanos; y las zonas rurales periurbanas las de población creciente, con predominio del empleo en el sector terciario, niveles medios o altos de renta y situadas en el entorno de las áreas urbanas o áreas densamente pobladas. Sobre la Ley 45/2007, puede verse García-Moreno Rodríguez, F. (2019) y Fernando Pablo, M. M. et al. (2020); y, desde la perspectiva de género, es imprescindible, González Bustos, M.ª Á. (2020, p. 75 y ss).

¹² Según el primer Programa de Desarrollo Rural Sostenible para el período 2010-2014, aprobado por Real Decreto núm. 752/2010, de 4 de junio, se han incluido 219 zonas rurales, que ocupan una superficie total de 426 071 km², (el 84,41 % de la superficie nacional) y poseen una población de 10 579 281 habitantes (el 22,92 % de la población española). En algunos casos las zonas rurales comprenden la práctica totalidad de la Comunidad Autónoma, y son frecuentes las que superan los 30 000 habitantes inicialmente previstos. Al respecto puede verse el capítulo 4 del Programa, que describe las zonas rurales calificando cada una de ellas y especificando la población, la superficie, los municipios y entidades locales menores que comprende. Por ejemplo, puede traerse a colación la zona rural a revitalizar de primer nivel, Lugo Central, con 104 198 habitantes y una superficie de 4 110,17 km²; la zona rural intermedia, Condado-Guadiodiel, en la provincia de Huelva, con 260 220 habitantes y una superficie de 3 692,77 km²; o la zona rural periurbana, Mallorca, con 328 420 habitantes y una superficie de 3 478,85 km².

¹³ Como la implantación y ejecución de planes de gestión integral de recursos hídricos por zonas rurales o mancomunidades de municipios (art. 25), de servicios mancomunados o por zona rural de recogida selectiva de residuos y su gestión y el apoyo a la dotación de los servicios públicos municipales de prestación obligatoria en los núcleos urbanos del medio rural, su mantenimiento y mejora, singularmente en las zonas rurales prioritarias, favoreciendo específicamente la prestación coordinada de servicios públicos entre municipios cercanos (art. 23); o la potenciación de programas de servicios sociales por las diversas entidades supramunicipales (art. 32), todos de la Ley 45/2007.

¹⁴ Sobre la coordinación como competencia, y los principios de colaboración y cooperación entre Administraciones públicas, puede verse Rebollo Puig, M. (2019, pp. 313-318 y 380-382).

¹⁵ Artículo 7 del Real Decreto 865/2008, de 23 de mayo, por el que se regula la composición, funciones y funcionamiento de la Comisión Interministerial para el Medio Rural, del Consejo para el Medio Rural y de la Mesa de Asociaciones de Desarrollo Rural.

¹⁶ Documento de acción de la Comisión de Despoblación de la FEMP con el listado de medidas para luchar contra la despoblación en España, abril 2017. También puede verse la declaración aprobada por el XII Pleno de la FEMP, celebrado en octubre de 2019, *Los Gobiernos locales contra la despoblación*.

¹⁷ El Ministerio propone 130 medidas ordenadas en 10 ejes de acción: Eje 1. Impulso de la Transición Ecológica; Eje 2. Transición Digital y Plena Conectividad Territorial; Eje 3. Desarrollo e Innovación en el Territorio; Eje 4. Impulso del Turismo Sostenible; Eje 5. Igualdad de Derechos y Oportunidades de las Mujeres y los Jóvenes; Eje 6. Fomento del Emprendimiento y de la Actividad Empresarial;

autonómica vinculada con el desarrollo rural y la despoblación, como la reciente Ley 5/2021, de 2 de febrero, de impulso demográfico de Galicia, se contemplan reformas en el régimen jurídico de los municipios.

De acuerdo con lo anterior que muchos de los municipios más pequeños también sean rurales no significa que todos lo sean: existen municipios con población inferior a 5000 habitantes en nuestras costas, que son municipios turísticos con los problemas singulares que esto implica; en aglomeraciones urbanas, confundiendo con otros municipios incluso de gran población; en zonas de montaña con una importante estación de invierno.... Siendo esto así, los problemas de estos municipios también presentan sustanciales diferencias que no siempre están vinculados con la despoblación o el ruralismo. Seguidamente se analiza el régimen jurídico básico de los municipios pequeños, que no tiene en cuenta la actividad económica principal, o las dificultades que pueden existir en cada municipio, pequeño o no, por su carácter rural o urbano, turístico, costero, industrial, histórico, de alta montaña...

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MUNICIPIOS PEQUEÑOS: PRINCIPALES CARACTERES Y PARTICULARIDADES

Algunos de los municipios más pequeños funcionan en régimen de Concejo Abierto (art. 29 LBRL) y los de menos de 5000 habitantes que se constituyen en Ayuntamientos tienen una organización mínima en la legislación básica del Estado: el Alcalde, los Tenientes de Alcalde y el Pleno (art. 20 LBRL)¹⁸. El Pleno está integrado por tres concejales (los de menos de 100 residentes), cinco (los de entre 101 a 250 residentes), siete (los de entre 251 a 1000 residentes), nueve (los de entre 1001 a 2000 residentes) y once (los de entre 2001 a 5000 residentes) según dispone el artículo 179 de la LOREG¹⁹; celebra una sesión obligatoria como mínimo cada tres meses (art. 46 LBRL) y deberá contar con la Comisión Especial de Cuentas (art. 116 LBRL). Los cargos con dedicación exclusiva (que no existirán en los de menos de 1000 habitantes) podrán ser uno en los de población comprendida entre 1001 y 2000 habitantes, dos en los de entre 2001 y 3000 habitantes, y hasta tres en los de población entre 3001 y 10000 habitantes, que podrán percibir una retribución equivalente al – 60 % de un Secretario de Estado (arts. 75 *bis* y *ter* LBRL).

En relación con las competencias, el artículo 25 de la LBRL enumera las materias de competencia propia de los municipios sin diferenciar en atención a la población y, consecuentemente, también los pequeños las ostentan, sin perjuicio de lo que pueda establecer la Ley sectorial que las concrete. También los municipios pequeños están amparados por la libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad dentro del ámbito de la Ley como proclama el artículo 4. 2 de la Carta Europea de Autonomía Local²⁰. Los municipios de menos de 5000 habitantes sólo están obligados a prestar los servicios obligatorios mínimos, que son exigibles en todos ellos con independencia de su población: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento do-

Eje 7. Refuerzo de los Servicios Públicos e Impulso de la Descentralización; Eje 8. Bienestar Social y Economía de los Cuidados; Eje 9. Promoción de la Cultura; y Eje 10. Reformas Normativas e Institucionales para abordar el Reto Demográfico. En este último se hace referencia a la redacción del Estatuto básico de los pequeños municipios, por los Ministerios de Política Territorial y Función Pública y para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, que tendría los objetivos que ya conocemos: – Contribuir a la fijación de la población en el territorio, a fin de frenar el vaciamiento de la España interior; – Establecer mecanismos que garanticen el funcionamiento democrático de sus instituciones de gobierno, para la realización efectiva del Estado democrático; – Favorecer una prestación de los servicios públicos locales en términos tales que aseguren una adecuada calidad de vida de los ciudadanos con independencia de su lugar de residencia, a fin de garantizar así la realización efectiva del Estado social.

¹⁸ El régimen del Concejo Abierto resultaba obligatorio para los municipios con población inferior a los 100 habitantes (véase Cosculluela Montaner, L., 1987, p. 199 y ss.) hasta que, la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, modificó los artículos 29 de la LBRL y 179 de la LOREG, para permitir que los municipios con menos de 100 habitantes se constituyan en Ayuntamientos con plenos integrados por tres concejales. De esta forma, el legislador estatal condicionaba la aplicación de las medidas autonómicas destinadas a eliminar estos municipios pequeños mediante la integración en alguno de los colindantes, reflejando una vez más la ausencia de un criterio claro para corregir el mapa municipal como señalé en Carbonell Porras, E. (2013, p. 40).

¹⁹ La elección se rige por el sistema mayoritario en los municipios de menos de 250 habitantes y por el sistema proporcional corregido en los demás. En los municipios de menos de 5000 se cuestionan las listas cerradas pues el alto grado de conocimiento personal entre candidatos y electores debería permitir otras opciones como ha señalado Cosculluela Montaner, L. (2011, pp. 1.495-1.562).

²⁰ Como es sabido, los intentos de limitar las competencias municipales que perseguía la reforma local de 2013 han quedado desfigurados por la jurisprudencia constitucional. En consecuencia, nada impide que un municipio con población inferior a 5000 habitantes que cuente con recursos suficientes, ejerza, además de las competencias reconocidas en el artículo 25. 2 de la LBRL, cualquier otra actividad o servicio en beneficio de los vecinos que no afecten a su sostenibilidad financiera ni supongan una duplicidad con los de otra Administración. Así he tenido ocasión de señalarlo en Carbonell Porras, E. (2019, pp. 50-52); y, con anterioridad, en Carbonell Porras, E. (2014, pp. 777-780). También puede verse, entre otros, Presicce, L. (2019, p. 151 y ss.).

miliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas. Como es sabido, corresponde a la Provincia asegurar la prestación integral y adecuada de estos servicios, que es uno de sus fines provinciales propios y específicos (art. 31 LBRL), y las Diputaciones provinciales (o entidades equivalentes) son competentes para la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica con los municipios de menor capacidad económica y de gestión (art. 36 LBRL).

También se establecen particularidades para los municipios pequeños en materia de contratación²¹; de empleo público, con las tradicionales agrupaciones para el sostenimiento en común de la Secretaría, o limitando el personal eventual²²; existe un régimen simplificado de contabilidad²³; y solo los municipios menores de 5000 habitantes pueden imponer la prestación personal y de transporte para la realización de obras de la competencia municipal²⁴. También se prevén especialidades en materias de competencia estatal, como es la seguridad ciudadana y la seguridad vial: inicialmente sólo los municipios con población superior a 5000 habitantes podían crear policías locales²⁵, pero, en cumplimiento de las previsiones de la Ley 45/2007, de desarrollo rural sostenible, se admite una asociación para la ejecución de las funciones asignadas a la policía local, que puede constituirse por dos o más municipios limítrofes pertenecientes a la misma Comunidad Autónoma que separadamente no dispongan de los recursos suficientes para la prestación de este servicio²⁶.

Además, el artículo 30 de la LBRL remite expresamente a las Leyes sobre régimen local de las Comunidades Autónomas el establecimiento de regímenes especiales para municipios pequeños o de carácter rural, «en el marco de lo establecido en esta Ley». Pero la realidad es que las Comunidades Autónomas han prestado más atención a los municipios de gran población, especialmente a los que son capitales autonómicas, aprobando leyes específicas para ellos, que a los municipios más pequeños²⁷. Respecto de estos, a lo sumo se completan las previsiones para los que funcionan en Concejo Abierto (en particular, en Aragón que

²¹ En los municipios de menos de 5000 habitantes, el Pleno podrá autorizar la redacción y licitación de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra cuyo periodo de ejecución exceda al de un presupuesto anual, si pueden ser utilizadas separadamente o ser sustancialmente definidas (Disposición adicional segunda, 3 y Disposición adicional tercera, 7); las competencias podrán ser ejercidas por las centrales de contratación o por las Diputaciones Provinciales (Disposición adicional segunda, 6); la aprobación del gasto podrá ser sustituida por una certificación de existencia de crédito que se expedirá por el Secretario Interventor o, en su caso, por el Interventor de la Corporación (Disposición adicional tercera, 4), todos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

²² El 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, contempla, en su artículo 9, las agrupaciones para el mantenimiento en común del puesto de la Secretaría en los municipios con recursos insuficientes, correspondiendo a las Comunidades Autónomas la regulación y constitución; y, en el artículo 10 la posible exención por la Comunidad Autónoma, previo informe de la Diputación provincial, Cabildo o Consejo Insular a los municipios con población inferior a 500 habitantes y presupuesto inferior a 200000 euros, de la obligación de crear o mantener el puesto de trabajo de Secretaría, en el supuesto de que no fuese posible efectuar una agrupación con otras Entidades Locales para mantener dicho puesto. Corresponde a la Diputación garantizar la prestación de los servicios de secretaría e intervención en los municipios de menos de 1000 habitantes como ahora puntualiza el artículo 36.1.b) LBRL. Además, en los municipios con menos de 2000 está prohibido el personal eventual, y excepcionalmente podrá contarse con un puesto eventual en los de población comprendida entre 2000 y 5000 habitantes siempre que no existan miembros de la Corporación con dedicación exclusiva (art. 104 *bis* LBRL) y en estos municipios pueden ser dos o tres concejales lo que estén en exclusiva, como se ha visto.

²³ Los municipios cuyo presupuesto no exceda de 300000 euros, así como aquellos cuyo presupuesto supere este importe, pero no exceda de 3000000 euros y cuya población no supere 5000 habitantes tienen un tratamiento contable simplificado que, en aplicación de lo previsto en el artículo 203 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, (adelante, TRLHL) establece el Ministerio de Hacienda. En la actualidad, la Orden HAP/1782/2013, de 20 de septiembre, por la que se aprueba la instrucción del modelo simplificado de contabilidad local y se modifica la instrucción del modelo básico de contabilidad local aprobada por orden EHA/4040/2004, de 23 de noviembre.

²⁴ Artículos 128 a 132 del TRLHL.

²⁵ Así lo estableció la Disposición Transitoria cuarta del Texto Refundido de Régimen Local de 1986, que exigía autorización expresa del Ministerio para los de censo inferior a 5000 habitantes.

²⁶ Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que incorporó la Ley Orgánica 16/2007, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley para el desarrollo sostenible del medio rural. El acuerdo de colaboración debe contar con la autorización del Ministerio del Interior o, en su caso, de la Comunidad Autónoma de acuerdo con su Estatuto de Autonomía. El régimen de esta asociación se completa con la Orden INT/2944/2010, de 10 de noviembre. Como precisa la STC 178/2019 de 18 diciembre, en relación con la Ley Foral 23/2018, de las policías de Navarra, se trata del ejercicio de la competencia estatal en materia de seguridad pública, y «no cabe otro tipo de asociación de municipios con competencia para la prestación de servicios de policía local que las asociaciones que se formen en aplicación de lo establecido en la Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad y su normativa de desarrollo, respetando, por tanto, las condiciones fijadas por el Estado respecto a la colaboración intermunicipal en esta materia». Por otra parte, cuando «por insuficiencia de los servicios municipales» los Alcaldes no puedan ejercer la potestad sancionadora por las infracciones a las normas de circulación cometidas en vías urbanas, la competencia se asume por los Jefes Provinciales de Tráfico (art. 84 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

²⁷ Tuve ocasión de ponerlo de manifiesto en Carbonell Porras, E. (2007, pp. 775 y ss.); y en Carbonell Porras, E. (2009).

ha aprobado la Ley 9/2009, de 22 diciembre), y se prevé la aprobación de un reglamento orgánico tipo de carácter supletorio y de modelos-tipo de actas, ordenanzas y otros documentos municipales²⁸. Algunas leyes autonómicas contemplan regímenes específicos para municipios con núcleos de población diferenciados, rurales, o con escasa población, pero no han sido objeto de ulterior desarrollo y, en consecuencia, no se han concretado en qué consisten las especialidades²⁹. Probablemente porque la opción preferida por las Comunidades Autónomas ha sido la potenciación de mancomunidades de municipios especialmente pensadas para solventar los problemas de los municipios más pequeños³⁰.

De lo anterior pueden extraerse dos conclusiones: la primera, que la organización básica y necesaria para los municipios de menos de 5 000 habitantes es mínima, lo que permite amplio margen de regulación al legislador autonómico y al propio municipio. Se produce así una de las mayores paradojas de nuestro Derecho local pues la potestad de autoorganización es considerablemente más amplia en los municipios pequeños que en los municipios considerados de gran población, como en todos los de población superior a los 5 000 habitantes. Otra cosa muy distinta es que las Comunidades Autónomas no se hayan mostrado particularmente interesadas en explotar al máximo estas posibilidades, como tampoco han optado decididamente por articular soluciones a los problemas de los municipios más pequeños. La segunda, es que no puede sostenerse, como es habitual en nuestra doctrina, que nuestro régimen local sea homogéneo y no contemple las realidades diversas de nuestros municipios³¹. No es así en el caso de la legislación estatal como ha podido comprobarse, y también podrían aprobarse regulaciones diversas por las Comunidades Autónomas que lo han hecho cuando así lo han querido como con las capitales autonómicas y los municipios de gran población. Otra cuestión es que no hayan prestado la atención que merecerían los municipios más pequeños.

4. ¿UN ESTATUTO BÁSICO PARA LOS MUNICIPIOS DE MENOR POBLACIÓN PARA HACER FRENTE AL PROBLEMA DEMOGRÁFICO?

El 18 de junio de 2020, en una nota de prensa, la Ministra de Política Territorial anunciaba, además de otras reformas de carácter local, la elaboración de un “Estatuto Básico de los Pequeños Municipios”, como una novedad enmarcada en la Estrategia Nacional frente al Reto Democrático, que perseguiría tres objetivos: «fijar la población al territorio, mantener la calidad democrática del municipio, de acuerdo con nuestro Estado democrático, y garantizar las condiciones de vida de los ciudadanos con independencia del territorio en el que residan, con la prestación de unos servicios públicos de calidad. y otras reformas de carácter local». Para alcanzarlos se incorporarían las siguientes medidas: «simplificación orgánica, agilización procedimental, especialidades en el ámbito de la contratación y en la gestión económica-financiera y patrimonial, especialidades en el régimen de los habilitados nacionales y mecanismos de asistencia por parte de las restantes administraciones a los pequeños municipios». En la misma línea se han publicado otras notas de

²⁸ Por ejemplo, la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (art. 58), la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León (art. 77), la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia (art. 50), o la Ley 2/2003, de 11 marzo, de Administración Local de Madrid (art. 42).

²⁹ Previén el establecimiento de un régimen especial para los municipios con núcleos de población diferenciada la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (art. 60), la Ley 1/2003, de 3 marzo, de Administración Local de La Rioja (art. 49), o la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha (art. 65). Por otra parte, la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia (arts. 88 y 199) se refiere a la declaración de municipio rural para aquellos que tenga como actividad económica principal la agricultura, menos de 25 000 habitantes y el número de entidades dentro de su término municipal exceda de diez o la densidad de población sea inferior a la media gallega. O, por último, la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana, regula la gestión compartida para los municipios con población inferior a 500 habitantes, aunque podrá extenderse a los que cuente con población entre 500 y 1 000 habitantes en los que la evolución demográfica sea negativa de forma persistente (art. 45). En todos estos supuestos, el establecimiento del régimen especial requiere la aprobación de un Decreto de los Consejos de Gobierno que concretará las especialidades. Realizada la búsqueda en los respectivos boletines oficiales no he encontrado tales Decretos, y, por tanto, salvo error, las previsiones legales no han sido efectivamente aplicadas.

³⁰ Así la disposición transitoria cuarta de la Ley valenciana 8/2010 dispone que la aplicación del régimen especial de gestión compartida se realizará por el Consell de forma paulatina, valorando la oportunidad de que se constituyan previamente mancomunidades de interés preferente. En este sentido hay que destacar la mancomunidad de interés general rural prevista en la Ley 7/2013, de 27 de septiembre, de Ordenación, Servicios y Gobierno del Territorio de la Comunidad de Castilla y León, Comunidad Autónoma que no prevé la supresión de municipios, sino articular soluciones a la prestación de servicios en los más pequeños desde la organización periférica de la Comunidad Autónoma. Puede verse Bello Paredes, S. A. (2020, p. 120 ss.).

³¹ Recientemente y en relación con el tema que nos ocupa Velasco Caballero, F. (2020, pp. 29 y 40 ss.).

prensa gubernamentales³². En una de ellas, se refiere el informe presentado por el Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública, Francisco Hernández Spínola, en la Comisión Nacional de Administración local el 16 de noviembre de 2020, que concreta se está elaborando un Anteproyecto de Ley del Estatuto Básico de Menor Población, cuya aprobación comportaría la adición de un nuevo título a la LBRL. Según este informe, la reforma tiene una vocación limitada en su alcance en su condición de normativa básica del Estado; sus principios informadores serán «el servicio efectivo a la ciudadanía; simplificación organizativa y procedimental; cogobernanza multinivel; diferenciación (trato diferenciado en el ámbito competencial en favor de estos municipios por exigencias del principio de equidad); y colaboración en la asistencia a estos municipios»; las medidas de actuación, la «revisión periódica de procedimientos para su simplificación y disminución de las cargas burocráticas; refuerzo de la colaboración interadministrativa; y colaboración en la potenciación de la Administración electrónica». También se alude a medidas relativas al empleo local para garantizar el desempeño adecuado de las funciones reservadas a funcionarios con habilitación de carácter nacional, la creación de agrupaciones de municipios para sostener en común puestos o agrupaciones de personal con sede administrativa común, el uso de medios electrónicos y telemáticos, la posibilidad de que las entidades locales puedan encomendar la selección de sus funcionarios propios y la de articular Planes de Empleo para mejorar la eficiencia la garantía del empleo público y de calidad. No obstante, no he podido acceder al indicado Anteproyecto pues ninguna consulta pública se ha abierto al respecto en la página web del Ministerio de acuerdo con los artículos 26, de la Ley del Gobierno, y 133, de la Ley de Procedimiento Administrativo Común³³. Quizá se ha prescindido de este trámite al entender que se trata de una norma organizativa de la Administración local en aplicación del apartado 4 del indicado artículo 133. O tal vez el tema haya perdido relevancia con el nombramiento de D. Miquel Octavi Iceta i Llorens como Ministro de Política Territorial y Función Pública (Real Decreto 55/2021, de 26 de enero).

Tampoco las iniciativas parlamentarias al respecto aportan indicios del sentido y alcance de la reforma. El 24 de noviembre de 2020, el Grupo Parlamentario Socialista presentó en el Congreso de los Diputados una proposición no de ley instando al Gobierno a iniciar los trámites para la elaboración de un Estatuto Básico del Pequeño Municipio para su debate en la Comisión de Transición Ecológica y Reto Demográfico, que es retirada en diciembre³⁴, y sustituida por dos nuevas proposiciones no de ley para ser debatidas en la indicada Comisión pero también en la de Política Territorial y Función Pública³⁵. En estas proposiciones se insta al Gobierno a elaborar y aprobar un Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población, en colaboración con la FEMP y otros actores implicados, «que contribuya a fijar la población en las áreas menos densamente pobladas del territorio nacional, afiance la calidad democrática de los municipios y garantice la calidad en la prestación de los servicios públicos», y «contenga medidas dirigidas a mejorar la organización y el funcionamiento administrativo, procedimientos de contratación y prestación de servicios por parte de los municipios de menos de 5.000 habitantes».

Con tan escasos datos, con unas declaraciones tan vagas e imprecisas, no es posible adivinar qué cambiaría. No se acierta a comprender cuáles pueden ser las novedades en el régimen jurídico de los municipios más pequeños antes analizadas y menos aún que tengan naturaleza básica y no supongan una intromisión en las competencias de las Comunidades Autónomas para regular los regímenes municipales especiales³⁶: ¿Es posible una mayor simplificación organizativa de la que existe actualmente en los mu-

³² Por ejemplo, el 8 de julio se anuncia a la primera reunión celebrada con representantes de la FEMP para abordar el Estatuto Básico de los Pequeños Municipios bajo la presidencia de la Secretaría General de Coordinación Territorial del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, y la Secretaría General del Reto Demográfico del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico; y el 23 de julio se refiere noticia sobre la primera Conferencia Sectorial de Reto Demográfico en la que se fija como uno de los principales objetivos la adopción del indicado Estatuto.

³³ https://www.mptfp.gob.es/portal/ministerio/participacion_proyectos.html

³⁴ 161/0001692, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 185, de 24 de noviembre de 2020, p. 40-41. De acuerdo con el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 208, de 26 de enero de 2021, p. 21, esta proposición se retiró por escrito de 16 de diciembre de 2020. El mismo grupo socialista presenta, el 3 de diciembre, una moción en el Senado, para su debate en la Comisión de Entidades Locales con similar finalidad. Con anterioridad se han realizado diversas preguntas parlamentarias sobre los trámites realizados para la elaboración del Estatuto.

³⁵ Ambas presentadas el 16 de diciembre de 2020, calificadas el 13 de enero de 2021 y publicadas en el BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, de 22 de enero de 2021, Núm. 207, con referencias 161/001839, la de la Comisión de Política Territorial y Función Pública (pp. 96-97), y 161/001840, la de la Comisión de Transición Ecológica y Reto Demográfico (p. 106-109).

³⁶ Recordemos ahora que la STC 214/1989 pone de relieve que la expresión «en el marco de lo establecido en esta Ley» que emplea el art. 30 LBRL, puede considerarse superflua pues no supone ningún plus sobre el alcance de la competencia estatal ni limita las competencias autonómicas para regular regímenes municipales especiales y que una «la lectura del precepto permite comprobar el carácter meramente descriptivo y ejemplificativo de los posibles supuestos de municipios susceptibles de ser sometidos, por la Ley au-

nicipios de población inferior a 5 000 habitantes?, ¿qué trato diferenciado en sus competencias merecen estos municipios que, además estaría vinculado con el principio de equidad?, ¿cómo se produciría ese afianzamiento de la calidad democrática que garantizaría la calidad en la prestación de servicios?, ¿qué novedad en el régimen jurídico de los municipios pequeños afianzará la población al territorio?, ¿volverán a regularse por el Estado las agrupaciones forzosas para el sostenimiento en común de la secretaría?, ¿Qué modificaciones se piensa introducir en la legislación de contratación del sector público o en la de haciendas locales?,... Poco puede añadirse al respecto, especialmente si tenemos en cuenta que, como vimos, en los documentos relativos al problema demográfico no existe previsión alguna de reforma de la legislación local básica más allá de la necesaria potenciación de los mecanismos de cooperación y asistencia a los municipios más pequeños, además de las acciones a desarrollar en ámbitos de la acción pública de competencia estatal y autonómica.

5. REFLEXIÓN FINAL

El análisis demográfico en España parte de la población municipal, pues se fundamenta en los datos que facilita el Padrón Municipal de Habitantes, pero una cosa es que las cifras de vecinos en los diferentes municipios pongan de manifiesto los problemas demográficos en entornos rurales, especialmente la despoblación y el progresivo envejecimiento de las personas que los habitan, y otra muy diferente es que la solución sea una reforma de la LBRL aprobando un estatuto básico para los municipios pequeños. Por lo pronto porque tales problemas no son exclusivos de los municipios más pequeños: las capitales de provincia de la España interior están sufriendo una progresiva pérdida de población y el envejecimiento, como en cualquier sociedad occidental, es un problema generalizado también en el ámbito urbano. Además, nada ha concretado al respecto la legislación vigente sobre desarrollo rural sostenible ni los documentos actuales relativos al reto demográfico. Sin duda la coordinación, la colaboración y la cooperación entre las distintas Administraciones pública es imprescindible para llevar a cabo las diferentes acciones que se proponen para luchar contra la despoblación, y debe potenciarse la necesaria asistencia a los municipios, que son la Administración más cercana a los ciudadanos y, por tanto, la mejor conocedora de los principales problemas de sus vecinos. Lógicamente un municipio, pequeño o no, que cuente con recursos materiales, personales y financieros suficientes podrá adoptar políticas públicas que contribuyan decididamente a su desarrollo socio-económico y, de esta forma, contribuir al mantenimiento de su nivel de población e incluso acometer acciones para recuperarla. Pero de todo esto no cabe deducir que un cambio en el régimen jurídico que rige a los municipios con población inferior a 5 000 habitantes afiance la población al territorio como se proclama. De nuevo se confunden los problemas, aunque ahora parece que en un sentido contrario.

El anuncio de este Estatuto, que ha tenido especial repercusión en los medios de comunicación, sobre todo en los de las provincias con mayores problemas demográficos, refleja un cambio en los planteamientos políticos que parece radical: no hace mucho el debate se centraba en la necesidad de suprimir los municipios más pequeños, y ahora parece que se trata de revitalizarlos. Ni una ni otra opción soluciona el problema demográfico, ni las dificultades para que los vecinos que residen en núcleos de población rurales y alejados accedan a unos servicios esenciales a los que, sin duda, tienen derecho³⁷. Recordemos ahora que, con ocasión de la crisis económica, se revitalizó el clásico debate sobre nuestra planta municipal, que culminó con una Ley como la LARSAL tan deficiente técnicamente como criticada en todos los foros. Entonces, siguiendo al Profesor Rebollo Puig, señalé que el problema no es el reconocimiento legal de un municipio pequeño, que cuesta poco y no suele endeudarse, sino que existen vecinos. Las personas que residen en dicho municipio, por pocas que sean y por complicado que resulte acceder a dicho pueblo,

tonómica, a un régimen especial, sin que suponga ni una constricción al legislador autonómico para establecer tal régimen especial, ni tampoco una limitación a fijarlos, puesto que, por la propia cláusula final con la que se cierra la enumeración, deja un amplísimo margen de discrecionalidad y creatividad a la legislación de la Comunidad Autónoma». Otra cosa es el art. 9 que prohíbe el establecimiento de «regímenes locales de carácter singular, es decir, con aplicación limitada a determinadas y concretas Entidades locales individualizadas por la propia norma», «regímenes, de caso único, singulares o particulares». No obstante, como sabemos, las leyes autonómicas sí han establecido particularidades para determinados municipios en cuando capitales autonómicas (Palma de Mallorca, Pamplona, Santiago de Compostela, Zaragoza, Mérida...).

³⁷ No lo considera así López Ramón, F. (2020, pp. 125-147), que vincula el problema demográfico y la reforma del mapa municipal, con la reestructuración de la planta municipal para el establecimiento de municipios con población mínima de 5 000 habitantes, que se acompañaría con una revisión de las competencias y la prestación de servicios (pp. 146).

tienen derecho a la prestación de unos servicios básicos y generales. Por razones obvias el coste de esa prestación será mucho más elevado que el mismo servicio en una gran ciudad, pero habrá que mantenerlo mientras exista población y el hecho de que desaparezca la entidad local no soluciona el problema, ni esta realidad cambia porque se modifiquen las normas que rigen estos pequeños municipios³⁸. Y con esto no se defiende el mantenimiento de aquellos municipios que han perdido su sentido institucional, su sustrato social, identidad o realidad.

Ahora parece que han cambiado las tornas y ya no se trata de eliminar los municipios pequeños sino potenciarlos, combatiendo la despoblación en el ámbito rural con políticas que favorezcan que los vecinos permanezcan residiendo en sus municipios e incluso que las personas abandonen las ciudades para regresar a los pueblos. El objetivo es plausible y se ha visto potenciado por la crisis sanitaria pero tampoco queda claro qué hay que cambiar en el régimen jurídico de los municipios con menor población para la consecución de estos fines.

Lo sorprendente es que quienes impulsan la potenciación de los municipios más pequeños no son diferentes de quienes cuestionan su existencia. Aceptar estos municipios con poca población, cuya naturaleza jurídica sería la misma que los principales municipios de nuestro país, hace saltar por los aires una determinada concepción de la autonomía local que ha terminado por imponerse. Una concepción exagerada de la autonomía local que cuestiona la naturaleza administrativa de los Municipios para asimilar su organización al parlamentarismo o al presidencialismo, que persigue equiparar las normas aprobadas por los Plenos a las leyes para que cubran incluso las reservas constitucionales de ley, que pretende atribuirles la mayoría de las competencias, suprimir al mínimo la tutela de las Administraciones superiores... Como ha referido el profesor Rebollo con la agudeza que le caracteriza: «cuando se opta por todo ello y esa especie de omnipotencia municipal, entonces bajar a la realidad de nuestros numerosos y diminutos municipios provoca un shock en el que, entre espasmos, se condena a esos enanos al exterminio como aguafiestas de la orgía municipalista. Pero en todo ello, además del error de base de una autonomía local desorbitada y desbocada, subyace un planteamiento desenfocado: se parte de lo que es la autonomía municipal y, en consecuencia, de lo que debe ser y hacer un municipio –conceptos estos, los de municipio y autonomía, que para estas teorías son previos y están en los cielos del mundo de las ideas–; después se afirma que cualquier pueblo que no sea capaz de hacer eso no debe ser un municipio. Pero es una forma de razonar un poco rara. Por lo menos aceptemos que hay otra forma de plantear la cuestión: se puede partir de que los pueblos, auténtica unidad social de convivencia básica, han de tener una Administración, que es la municipal; y, partiendo de esos pueblos reales, de sus necesidades y de sus posibilidades de autoadministración, se configura a su medida a los municipios y a su autonomía. Porque imagino, parafraseando la afirmación evangélica, que no se hicieron los municipios para la autonomía sino la autonomía para los municipios. Y aun antes cabría decir que no se hicieron los pueblos para los municipios sino los municipios para los pueblos, y todo ello para las personas. Se ha sacralizado al municipio y a su autonomía, y después se sacrifica en holocausto ante su altar a los pueblos incapaces de soportar el papel estelar que se ha decidido que representen. Pero quizá habría que pensar al revés. Es como si hiciéramos un traje grande y fastuoso para todos, critiquemos la existencia de personas menuditas y rústicas a las que les quede mal y los condenemos a la desnudez o a compartirlo con otros hasta conseguir que rellenen esa indumentaria. Lo que hay que hacer es distintos trajes y ayudar a todos –a los que son municipios y, aunque pequeños, merecen seguir siéndolo– a llevarlos con dignidad»³⁹. Discúlpenme esta larga cita que, creo, se justifica por su claridad y porque quizá no haya caído en saco roto: tal vez ahora se está rectificando con la intención de hacer ese «traje» que necesitan los municipios más pequeños, aunque hasta el momento no se haya acertado a exponer. ¿O es demasiado optimista pensar así?

³⁸ Rebollo Puig, M. (2008), señala que el problema para conseguir servicios de calidad está en la existencia de pueblos pequeños y alejados de otros y, por eso, no se sabe bien qué se gana negando a esos pequeños pueblos hasta la existencia de una Administración municipal propia (p. 175), que no comporta «que vaya a existir una escuela ni un centro de salud ni una modesta oficina de correos o una estación de autobuses. Los vecinos de ese pueblo, aunque sea municipio, tendrán que ir a la escuela o al instituto de otro pueblo; y, a la inversa, el cartero deberá de llevar allí las cartas o deberá parar allí algún autobús, aunque no sea municipio» (p. 180). También en Rebollo Puig, M. (2012, p. 195 y ss.). En los municipios con población inferior a 1000 habitantes, como se ha visto, ningún cargo podrá estar en dedicación exclusiva y, por tanto, percibir una retribución ni podrán contar con personal eventual. Además, el nivel de endeudamiento de los municipios de menor población es escaso, un 11% en los de población inferior a 1001 habitantes según el Informe núm. 931, de 25 de junio de 2013, del Tribunal de Cuentas (BOE de 19 de septiembre). Puede verse Carbonell Porras, E. (2013, pp. 39-45).

³⁹ Rebollo Puig, M. (2008, pp. 180-181).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bello Paredes, S. A. (2020). Castilla y León vacía (vacuada): esperando a Ulises. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, 13, 110-130. <https://doi.org/10.24965/reala.i13.10728>
- Carbonell Porras, E. (2007). Comentario al artículo 30. En M. Rebollo Puig (dir.) y M. Izquierdo Carrasco (coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local* (tomo I), Tirant lo Blanch.
- Carbonell Porras, E. (2009). Los municipios de gran población, cinco años después. *Revista General de Derecho Administrativo*, 20.
- Carbonell Porras, E. (2013). La planta local: análisis general y perspectivas de reforma. En J. J. DÍEZ SÁNCHEZ (coord.), *La planta del Gobierno Local. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013) (pp. 17-59). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Carbonell Porras, E. (2014). Sobre la reforma local y las competencias municipales propias. *Revista Vasca de Administración Pública*, 99/100, 765-781. <https://apps.euskadi.eus/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=99&tip o=R&seccion=38&correlativo=1&contenido=32&locale=es>
- Carbonell Porras, E. (2018). La alteración de términos municipales en la reforma local de 2013: crónica de un fracaso anunciado. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, 9, 5-21. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i9.10513>
- Carbonell Porras, E. (2019). La reforma local en España: algunas reflexiones cinco años después. En E. Carbonell Porras y G. Piperata (dirs.), *La reforma del Gobierno Local en España e Italia*. Editoriale Scientifica.
- Comisión Europea (17 de junio de 2020). *Informe de la Comisión Europea sobre el impacto del cambio demográfico*. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/demography_report_2020_n.pdf.
- Coscolluela Montaner, L. (1987). El Concejo Abierto. *Revista de Estudios de la Administración local y Autonómica*, 234, 199-223. <https://doi.org/10.24965/reala.vi234.8500>
- Coscolluela Montaner, L. (2011). Las elecciones locales. En S. Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal* (vol. II). Iustel.
- Coscolluela Montaner, L. (2013). Reforma de la Administración Local. Una oportunidad de modificar la planta municipal que no puede perderse. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 157, 11-19.
- Coscolluela Montaner, L. (2017). El municipio español del siglo XXI: de nuevo sobre el mapa municipal. En L. Míguez Macho y M. Almeida Cerredá (coords.), *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, (vol. 1). Escola Galega de Administración Pública, Andavira y Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Díez Sastre, S. (2019). Las formas de gobierno local tras cuarenta años de Ayuntamientos democráticos: evolución y retos. *Documentación Administrativa. Nueva época*, 6, 114-128. <https://doi.org/10.24965/da.i6.10767>
- Federación Española de Municipios y Provincias (enero de 2017a). *Población y despoblación en España 2016* [documento de trabajo de la Comisión de Despoblación]. http://femp.femp.es/files/566-2117-archivo/20170125%20informe_despoblacion.pdf
- Federación Española de Municipios y Provincias (abril de 2017b). *Listado de medidas para luchar contra la despoblación en España* [documento de acción de la Comisión de Despoblación]. http://www.femp.es/sites/default/files/multimedia/documento_de_accion_comision_de_despoblacion_9-05-17.pdf.
- Federación Española de Municipios y Provincias (2019). *Los Gobiernos locales contra la despoblación* [Declaración del XII Pleno de la FEMP, celebrado en octubre de 2019]. http://www.femp.es/sites/default/files/multimedia/declaracion_los_gobiernos_locales_contra_la_despoblacion.pdf.
- Fernando Pablo, M. M. (dir.), Domínguez Álvarez, J. L. (dir.) y Tomé Domínguez, P. M.^a (coord.), (2020). *Rural renaissance: Derecho y medio rural*. Thomson Reuters Aranzadi.
- García-Moreno Rodríguez, F. (dir.) (2019). *La despoblación del mundo rural: algunas propuestas (prácticas y realistas) desde los ámbitos jurídico, económico y social para tratar de paliar o revertir tan denostado fenómeno*. Thomson Reuters Aranzadi.
- González Bustos, M.^a Á. (2020). *Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural*. Atelier.
- Grupo Parlamentario Socialista (2020). *Moción, de 3 de diciembre de 2020, del Grupo Socialista en el Senado, para instar al Gobierno a elaborar un anteproyecto de Ley mediante el que se apruebe un Estatuto Básico para los Municipios de Menor Población*. <https://www.senado.es/web/expedientdocblobServlet?legis=14&id=68278>
- Instituto Nacional de Estadística (2020). *Nota de prensa con el avance de la Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2020*. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177012&men u=ultiDatos&idp=1254734710990
- López Ramón, F. (2020). La lucha contra la despoblación rural. En T. Font i Llovet y A. Galán Galán (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2019*. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino (2009). *Programa de Desarrollo Rural Sostenible para el período 2010-2014*. <https://www.mapa.gob.es/es/desarrollo-rural/planes-y-estrategias/ley-para-el-desarrollo-sostenible-del-medio-rural/prog-desarrollo-rural-sostenible/>

- Ministerio de Política Territorial y Función Pública (8 de julio de 2020a). *Nota de prensa relativa a la primera reunión con la Federación Española de Municipios y Provincias*. Recuperado de <https://www.mptfp.gob.es/portal/prensa/actualidad/noticias/2020/07/20200708.html>
- Ministerio de Política Territorial y Función Pública (18 de junio de 2020b). *Nota de prensa sobre la reforma local*. Recuperado de <https://www.mptfp.gob.es/actualidad/noticias/2020/06>
- Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (23 de julio de 2020a). *Nota de prensa sobre la primera Conferencia Sectorial de Reto Demográfico*. Recuperado de https://www.miteco.gob.es/es/prensa/200723conferenciasectorialretodemografico_tcm30-510784.pdf
- Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2020b). *El reto demográfico y la despoblación en España en Cifras, 2020*. <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/280220-despoblacion-en-cifras.pdf>.
- Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2021). *Plan de recuperación. 130 medidas frente al reto, disponible en demográfico*. <https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/medidas-reto-demografico/>
- Pizarro Nevado, R. (2019). Tratamiento de las pequeñas poblaciones tras la reforma del régimen local de 2013. En E. Carbonell Porras y G. Piperata (dirs.), *La reforma del Gobierno Local en España e Italia*. Editoriale Scientifica.
- Pizarro Nevado, R. (2017). Entidades y «entes» de ámbito territorial inferior al municipio tras la reforma local de 2013. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, 8, 49-73. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i8.10437>
- Pons Portella, M. (2016). La población mínima de los nuevos municipios: estado de la cuestión tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, 5, 106-119. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i5.10353>
- Presidencia del Gobierno (16 de noviembre de 2020). *Nota de prensa relativa a la Comisión Nacional de la Administración Local*. Recuperado de <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/territorial/Paginas/2020/161120-entidades-locales.aspx>
- Presicce, L. (2019). Las competencias municipales propias, tras la reforma local de 2013 y la jurisprudencia constitucional. En E. Carbonell Porras y G. Piperata (dirs.), *La reforma del Gobierno Local en España e Italia*. Editoriale Scientifica.
- Rebollo Puig, M. (2008). La supresión de los pequeños municipios: régimen, alternativas, ventajas e inconvenientes. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 308, 151-205. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i308.9701>
- Rebollo Puig, M. (2012). La crisis económica y la oportunidad de reducir el número de municipios. En L. Coscolluela Montaner y L. Medina Alcoz (dirs.) y M. Hernando Rydings (coord.), *Crisis Económica y Reforma del Régimen. Civitas*.
- Rebollo Puig, M. (coord.) (2019). *Derecho Administrativo. Tomo I. Conceptos fundamentales, fuentes y organización* (4.ª edición). Tecnos.
- Velasco Caballero, F. (2020). Municipios urbanos versus municipios rurales: homogeneidad y diversidad en el régimen local. En F. Velasco Caballero (dir.), *Anuario de Derecho Municipal 2019* (número 13).



REALA, número 15, abril de 2021
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 01-11-2020
Modificado: 01-03-2021
Aceptado: 08-02-2021
Publicado: 15-04-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10876>
Páginas: 71-85

El agujero negro de los premios literarios municipales

The black hole of municipal literary awards

Miguel José Izu Belloso

Tribunal Administrativo de Navarra (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9364-9535>

mizu@micap.es

NOTA BIOGRÁFICA

Pamplona, 1960. Doctor en Derecho y licenciado en Ciencias Políticas y Sociología. Vocal del Tribunal Administrativo de Navarra. Ha ejercido como abogado y como profesor asociado de Derecho Administrativo en la Universidad de Navarra y en la Universidad Pública de Navarra. Ha sido concejal del Ayuntamiento de Pamplona (1995-1999), presidente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona (1995-1999) y miembro del Parlamento de Navarra (2003-2007). Secretario de la Asociación Navarra de Escritores/as-Nafar Idazleen Elkarte. Principales publicaciones: *La Policía Foral de Navarra* (1991); *Navarra como problema. Nación y nacionalismo en Navarra* (2001); *El Tribunal Administrativo de Navarra* (2004); *Derecho Parlamentario de Navarra* (2009); *El régimen jurídico de los símbolos de Navarra* (VII Premio Martín de Azpilicueta, 2011); *El régimen lingüístico de la Comunidad Foral de Navarra* (2013); *Hemingway en los sanfermines* (2019).

RESUMEN

Se analizan los premios literarios concedidos por las entidades locales, en particular los que conllevan la publicación de las obras premiadas. Pese a que las Administraciones Públicas deben someterse a un procedimiento riguroso que garantice la publicidad y la satisfacción de los intereses públicos en todas sus actuaciones, y más cuando se utilizan fondos públicos, es demasiado frecuente que la concesión de premios literarios se realice ignorando las normas legales aplicables y con ausencia total de transparencia y de garantías para los participantes.

PALABRAS CLAVE

Derecho premial; subvenciones; entidades locales; procedimiento administrativo; fomento.

ABSTRACT

This paper analyzes the literary prizes granted by local entities, particularly those that involve the publication of the awarded works. Despite the fact that Public Administrations must undergo a rigorous procedure that guarantees transparency and the satisfaction of public interests in all their actions, especially when public funds are used, it is too usual that the awarding of literary prizes is carried out in violation of the applicable laws and with a total absence of transparency and guarantees for the authors.

KEYWORDS

Awards; Grants; local entities; Administrative procedure; Promotion.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. UNA NORMATIVA IGNORADA. 3. PUBLICIDAD Y PUBLICACIÓN. 4. IGNOTOS CONCURSANTES. 5. EL JURADO, ESE GRAN DESCONOCIDO. 6. LA ADMINISTRACIÓN PREELECTRÓNICA. 7. UNO DE LOS NUESTROS. 8. AMIGOS PARA SIEMPRE. 9. EL FALLO SERÁ INAPELABLE. 10. EL OSCURO PAPEL DE LAS EDITORIALES. 11. ABANDONAD TODA ESPERANZA.

1. INTRODUCCIÓN

Los premios literarios, en España, uno de los países donde más se conceden, tienen mala prensa. Especialmente, los que conceden las editoriales a novelas inéditas con el fin de publicarlas, que son los más conocidos. Aunque se otorguen mediante convocatoria pública a la que, a menudo, los autores se presentan bajo seudónimo para que la decisión del jurado sea totalmente ecuatoriana, existe la percepción generalizada de que el premio está concedido de antemano, con frecuencia a un escritor bajo contrato con la propia editorial convocante o a un personaje famoso por motivos ajenos a la literatura a quien se quiere promocionar como escritor. Parece que no constituyen un medio para sacar a la luz obras de especiales méritos literarios ni para descubrir nuevos talentos, sino meras operaciones publicitarias para vender muchos ejemplares de las obras premiadas (Marín Yarza, 2017). Según el escritor, editor y crítico Constantino Bértolo, para quien «algo huele a podrido en nuestro sistema literario» (Bértolo, 2017),

«Es sorprendente que autores y autoras que desde sus tribunas públicas denuncian y se escandalizan de las corrupciones de políticos de tal o cual partido no se sientan aludidos o tocados por esa corrupción que sólo ven en el ojo ajeno. La corrupción que el amaño de los premios representa se vive con tal naturalidad en los medios literarios que referirse a ellos es ganarse inmediatamente la vil condición de envidioso, resentido o frustrado. Quizá de ahí el mafioso silencio que acompaña a tan general práctica».

No pretendo asegurar que todos los premios literarios estén amañados, ni mucho menos. Los hay otorgados con total limpieza y un jurado que aplica puros criterios técnicos. Quiero creer que son los más. Pero me consta que son demasiado abundantes aquellos que están otorgados de antemano, cuando no directamente encargados por la editorial concedente para ser escritos como novela de premio, en los cuales todo el procedimiento de convocatoria, admisión de originales y votación del jurado es puro paripé.

En muchos casos, la cosa no resulta tan grave porque casi todo el mundo sabe lo que hay. En el entorno de la industria editorial, tanto escritores como críticos, periodistas, agentes, editores, saben qué premios no tienen apenas nada de literarios sino mucho de comerciales y están ya adjudicados antes de su convocatoria. En privado, muy poco en público por no enemistarse con quien los concede, se hacen chascarrillos sobre a quién toca obtenerlo en cada edición. Buena parte de los escritores que envían su manuscrito a los premios literarios también saben que, en la mayoría de los casos, no tienen la menor opción de conseguirlos pero, sin renunciar a que suene la flauta en alguna de las muchas convocatorias a las que concurren, se conforman con aspirar a ser finalistas, figurantes en la ceremonia de concesión, con la esperanza de que ello favorezca la publicación de su obra o de que alguien la lea en una editorial importante, lo que ya suele resultar una proeza.

En todo caso, las editoriales poco escrupulosas juegan con su propio dinero y apenas engañan a nadie. La cosa es distinta con los premios literarios a los que me quiero referir, los convocados, financiados y otorgados por ayuntamientos y diputaciones, una práctica en constante crecimiento. No nos vamos a referir a los galardones honoríficos, donde solo se entrega un diploma o una medalla y muy habituales desde tiempo atrás¹, sino a los premios con dotación económica, normalmente de varios miles de euros, además de la publicación de la obra, que se han multiplicado como hongos en las últimas dos o tres décadas. Y la cosa es distinta porque las entidades locales no juegan con su propio dinero, sino con el de los contribuyentes. Como poderes públicos están obligadas a unas rigurosas pautas de actuación que no son las mismas exigibles a las editoriales privadas. Los ciudadanos, incluidos los escritores que se presentan a un premio literario, tienen derecho a que la gestión de quienes han sido elegidos para ocuparse de los intereses públicos sea ejemplar, ímpolita y transparente y, por supuesto, escrupulosamente sometida a la ley. Por desgracia, demasiado a menudo la actuación de las entidades locales en la concesión de premios literarios se halla lejos de cumplir con principios tan elementales. El escritor que, desconfiando de las editoriales privadas, acuda a presentar su obra en un premio convocado por una Administración Pública otorgándole mayores dosis de confianza puede quedar defraudado.

Se ha señalado por la doctrina jurídica que una de las actividades de la Administración que viene mostrándose como más resistente al efectivo sometimiento a derecho es la acción de fomento y, dentro de ella, especialmente los premios culturales, literarios o artísticos. Con excesiva frecuencia se tiende a seguir

¹ Por ejemplo, el Premio Cervantes Chico, que otorga el Ayuntamiento de Alcalá de Henares a escritores de lengua castellana cuya trayectoria creadora haya destacado en el campo de la literatura infantil y juvenil.

viendo su concesión como una actividad graciable, más que discrecional, cuasi inmune a las garantías y controles exigibles a cualquier actuación de los poderes públicos en el Estado de Derecho que define la Constitución española, por no decir que se realiza al margen de la ley (Izu Belloso, 2009).

2. UNA NORMATIVA IGNORADA

Y no es que no existan leyes que regulen la concesión de los premios literarios. De un lado, son aplicables las que rigen con carácter general el funcionamiento de las Administraciones Públicas, y, de otro, desde hace unos años tenemos la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), y la legislación autonómica que la complementa o desarrolla. La concesión de un premio pecuniario con cargo a los presupuestos municipales o provinciales encaja en el concepto de subvención que allí se recoge². La propia LGS prevé, en una disposición adicional, que reglamentariamente se establecerá el régimen especial aplicable al otorgamiento de los premios educativos, culturales o científicos. De momento, el Gobierno no ha encontrado el momento oportuno para establecerlo, pero ello no obsta a la aplicación de las disposiciones de la ley.

Muchos de los ayuntamientos y diputaciones que conceden premios ignoran olímpicamente los preceptos legales. Ignoran, no en el sentido de que no tengan noticia de su existencia, tienen obligación de conocerla desde el momento en que se publican en el correspondiente boletín oficial, sino en el segundo sentido que da el DRAE al verbo ignorar: «No hacer caso de algo o de alguien, o tratarlos como si no merecieran atención». Aunque cada vez sean más los que van adecuándose a la LGS, contrastar las bases de las convocatorias de premios literarios que casi a diario se publican por los ayuntamientos y diputaciones de nuestro país con las disposiciones legales todavía resulta descorazonador. Como veremos, no hablamos de casos aislados, ni de ayuntamientos de pequeñas y remotas poblaciones que carecen de adecuado asesoramiento jurídico, ni de premios con cuantías insignificantes.

3. PUBLICIDAD Y PUBLICACIÓN

La convocatoria de un premio literario, abierto a la concurrencia de escritores, ha de ser pública, por supuesto, y no solo porque lo diga la ley, que lo dice³, sino porque lo dicta la lógica. El organismo otorgante ha de hacer saber a los posibles interesados que se abre la convocatoria para que puedan presentar sus obras. Y, sí, todos los ayuntamientos o diputaciones que convocan premios les dan algún tipo de publicidad. Cuando menos, lo hacen a través de su página web, y con frecuencia también mediante notas o ruedas de prensa, para que se hagan eco los medios de comunicación, y a veces hasta publican anuncios en la prensa.

Pero la LGS exige algo más, que demasiadas entidades locales no cumplen. Su art. 18 dispone que las administraciones concedentes deberán remitir información sobre las convocatorias y las resoluciones de concesión recaídas a la Base de Datos Nacional de Subvenciones (BDNS), que es mantenida por la Intervención General de la Administración del Estado, dependiente del Ministerio de Hacienda, y cualquier persona puede consultar⁴. Antes de la convocatoria deben aprobarse las bases reguladoras de concesión, normas de carácter reglamentario en desarrollo de la ley que las entidades locales pueden incluir en una ordenanza o en sus presupuestos, y dichas bases deben publicarse en el diario oficial correspondiente. No son pocas las entidades locales que prescinden de ello y aprueban directamente las convocatorias de premios y subvenciones o los actos de concesión nominativa. También la convocatoria, al menos en extracto, ha de publicarse en el correspondiente diario oficial, en el caso de los ayuntamientos y diputaciones el de la

² Art. 2.1 de la LGS: «Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.
- c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública».

³ Art. 8.3 de la LGS: «La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios: a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación (...)».

⁴ <https://www.pap.hacienda.gob.es/bdnstrans/ge/es/convocatorias>.

provincia o de la comunidad autónoma uniprovincial⁵. En los últimos años cada vez más entidades locales remiten sus convocatorias a la BDNS y las publican en un diario oficial, pero muchas otras siguen prescindiendo de estos trámites⁶.

Por otro lado, el principio de publicidad no se limita al acto de la convocatoria, sino que, junto al de transparencia, debe presidir todo el procedimiento de concesión del premio. Con frecuencia, la tramitación adquiere un carácter casi secreto, prima la costumbre de que se oculte tanto la personalidad de los aspirantes al premio como la de quienes han de juzgar sus méritos. Si los defectos en la publicación solo afectan a la eficacia de la convocatoria, los de transparencia pueden afectar a la validez de los actos del procedimiento.

4. IGNOTOS CONCURSANTES

Es tradicional en los premios literarios, aunque no sucede siempre, que los participantes en la convocatoria envíen sus obras bajo seudónimo, de modo que el jurado que ha de juzgarlas, supuestamente, resuelva con mayor objetividad e imparcialidad, y que una vez emitido el fallo se abra la plica donde figuran los datos del autor de la obra u obras premiadas. Lo mismo se suele hacer por los ayuntamientos y diputaciones convocantes, con cláusulas como las siguientes: «Los trabajos irán sin firma, ni dato alguno que pueda desvelar la autoría del mismo»; «Los trabajos se remitirán exclusivamente por correo electrónico a ...@... indicando en el asunto del mensaje, el nombre del certamen. En dicho e-mail se adjuntarán dos archivos. En el primero, figurará la obra a concurso sin nombre del autor. Y en el segundo, los datos del autor: nombre y apellidos, edad, domicilio, teléfono, correo electrónico y breve reseña biográfica»⁷. El concursante ha de confiar en que el segundo archivo no será examinado antes de tiempo o por quien no deba.

El sistema de plicas cerradas, para proteger la identidad de los participantes en un procedimiento administrativo de modo que el órgano que conoce del mismo adopte su valoración o dictamen sin conocerla, no está proscrito por la ley, al contrario, es abundantemente utilizado por las Administraciones Públicas en los procedimientos de selección de personal y de contratación pública. Es usual que los exámenes de una oposición se entreguen de forma anónima bajo plica, o que los trabajos que se presentan a un concurso de proyectos se sometan a un jurado de forma anónima⁸. Solo una vez otorgadas las correspondientes puntuaciones, se abren las plicas para adjudicarlas a las personas a quienes correspondan.

Pero eso es una cosa, y otra es el anonimato de los interesados durante todo el procedimiento, e incluso más allá, y ante todos los órganos administrativos, lo cual sí está legalmente proscrito. No cabe un procedimiento administrativo por completo anónimo y secreto, en el cual la Administración no identifica a los interesados ni sabe con quién está tratando⁹. Aunque, en apariencia, el anonimato protege al concursante, se vuelve en su contra desde el momento en que le veda cualquier comunicación con la Administración convocante. No va a ser notificado de ninguno de los trámites del procedimiento, ni siquiera si le afectan de forma directa y negativa, por ejemplo, si su obra es excluida por alguna cuestión formal. Como norma general,

⁵ Art. 9.2 de la LGS: «Con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones, deberán aprobarse las normas que establezcan las bases reguladoras de concesión en los términos establecidos en esta ley. Las bases reguladoras de cada tipo de subvención se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* o en el diario oficial correspondiente». Art. 17.3 de la LGS: «La norma reguladora de las bases de concesión de las subvenciones concretará, como mínimo, los siguientes extremos: (...) diario oficial en el que se publicará el extracto de la convocatoria».

⁶ Como ejemplos recientes, la convocatoria de la XL edición del Premio Literario de Novela y Narración Corta Felipe Trigo (20.000 y 6.500 euros, respectivamente) del Ayuntamiento de Villanueva de la Serena (Badajoz), publicada en la web municipal, pero no en la BDNS ni en el *Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz*; la convocatoria del Premio de Novela Café Gijón (20.000 euros), del Ayuntamiento de Gijón (Asturias), sí fue publicada en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* núm. 31, de 14 de febrero de 2020, pero no aparece en la BDNS; la convocatoria de la 67 Edición del Premio de Novela Ateneo-Ciudad de Valladolid (20.000 euros) del Ayuntamiento de Valladolid, aparece en la BDNS, pero no en el *Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid*.

⁷ Apartado 4 de la convocatoria del III Certamen de Poesía Villa de Ágreda 2020 (600 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Ágreda (Soria) y publicada solo a través de las redes sociales.

⁸ Art. 187 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), sobre los concursos de proyectos: «El jurado adoptará sus decisiones o dictámenes con total autonomía e independencia, sobre la base de proyectos que le serán presentados de forma anónima»; «Se entenderá por proyectos presentados de forma anónima aquellos en los que no solo no figure el nombre de su autor, sino que además no contengan datos o indicios de cualquier tipo que permitan conocer indirectamente la identidad del autor o autores del mismo».

⁹ Art. 9.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC): «Las Administraciones Públicas están obligadas a verificar la identidad de los interesados en el procedimiento administrativo, mediante la comprobación de su nombre y apellidos o denominación o razón social, según corresponda, que consten en el Documento Nacional de Identidad o documento identificativo equivalente».

si el interesado en cualquier procedimiento administrativo incumple algún requisito al presentar su solicitud o escrito de iniciación, la Administración ha de advertirle de ello y darle un plazo para que pueda subsanar el defecto¹⁰. El concursante anónimo se convierte en un convidado de piedra del procedimiento, en completa indefensión. Con suerte, solo tendrá noticias sobre este a través de los medios de comunicación cuando se conceda el premio. No tendrá conocimiento de qué ha sucedido con su obra, si ha sido o no admitida, no se le concederá la posibilidad de hacer ninguna subsanación y lo tendrá francamente difícil para, en su caso, recurrir la decisión final; ni siquiera puede acreditar que es interesado porque ha presentado una obra, ya que es frecuente que no se abran las plicas de las obras no premiadas y que sean destruidas junto con estas. «La plica solo se abrirá en caso de que la obra resulte ganadora»¹¹, indican algunas convocatorias, y en otros casos son todavía más terminantes: «El Secretario abrirá únicamente la plica de la obra que resulte premiada. Los otros autores finalistas continuarán siendo anónimos para los convocantes»¹².

Es perfectamente posible, y ajustado a la ley, establecer que las obras sean presentadas con seudónimo y que el jurado o, en su caso, la comisión que previamente seleccione de entre todas las presentadas las que se someterán a consideración del jurado, las examine sin tener constancia de la identidad de sus autores. Ello no es incompatible con que los participantes estén identificados ante la entidad convocante. La naturaleza del procedimiento se puede mantener siempre y cuando los funcionarios que se encarguen de tramitar el expediente guarden la oportuna reserva, del mismo modo en que está regulado para los concursos de proyectos ya mencionados. En tal sentido, cabe poner como ejemplo la convocatoria del XLVI Premio Ciutat d'Alcoi de Teatro Pep Cortés 2020¹³. Los participantes no son anónimos, las obras dramáticas han de presentarse acompañadas de un documento con la identificación del autor y de una declaración responsable de estar al corriente en las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social. Pero se añade:

«Estos dos documentos añadidos no se enviarán al Jurado, de modo que quedará resguardada la identidad de quienes presenten obras al certamen, con la excepción de quien finalmente obtenga el galardón y esto solamente en el momento en que ya se haya adoptado formalmente la decisión de cuál es la obra premiada.

De la custodia de estos datos se responsabiliza la oficina de organización del Premio, es decir, el Departamento de Cultura del Ayuntamiento de Alcoy».

Otro ejemplo, de momento no muy seguido pero que constituye una buena referencia para otras entidades y también para el futuro reglamento de desarrollo de la LGS, es el de la XLVI Edición del Premio Nacional de Poesía Antonio González de Lama convocado por el Ayuntamiento de León¹⁴:

- «– La forma de presentación de las obras se hará a través de la sede electrónica de la página web del Ayuntamiento de León, en el apartado PREMIO DE POESÍA ANTONIO GONZÁLEZ DE LAMA de Cultura, dentro de los Trámites on line (enlace: <https://sede.aytoleon.es/GDCarpetaCiudadano/login.do>) en formato pdf.
- El procedimiento para la presentación de las obras será el siguiente:
 - Al acceder a la inscripción en el Premio (mediante el sistema descrito en el párrafo anterior) se solicitará del autor un Lema (título de la obra) y un Pseudónimo, además de adjuntar el propio pdf con el poemario, que serán los datos y archivo que llegarán al jurado que emitirá el fallo final.
 - Se le requerirá, además, que descargue y cumplimente un documento en el que figurarán todos sus datos personales (nombre, apellidos, dirección, n.º de teléfono/s, dirección

¹⁰ Art. 68.1 de la LPAC: «Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo 66, y, en su caso, los que señala el artículo 67 u otros exigidos por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición». En el mismo sentido, el art. 23.5 de la LGS.

¹¹ Apartado 9 de la convocatoria de la XXXVIII edición de los Premios Literarios Ciutat de València (ocho modalidades con un total de 72.000 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Valencia (*Boletín Oficial de la Provincia de Valencia* núm. 110, de 10 de junio de 2020).

¹² Apartado 7 de la convocatoria del VII Premio de Novela Corta de Terror Ciudad de Utrera (2.000 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Utrera (Sevilla), se publica únicamente en la página web de la Editorial Premium.

¹³ *Boletín Oficial de la Provincia de Alicante* núm. 116, de 19 de junio de 2020. La dotación es de 8.000 euros.

¹⁴ *Boletín Oficial de la Provincia de León* núm. 88, de 15 de mayo de 2020. La dotación es de 6.000 euros.

de correo electrónico, nacionalidad y una breve nota bibliográfica) y que adjunte una copia de su DNI o documento similar de identidad en el caso de no ser de nacionalidad española. Para garantizar el anonimato del autor, toda esta información quedará encriptada automáticamente en los servidores del Ayuntamiento de León, y la persona que opte al Premio podrá descargarse el resguardo de su inscripción.

- Solo el mismo día y momento del fallo del jurado, y en presencia de los miembros que lo componen, se solicitará a los servicios informáticos del propio Ayuntamiento de León, la clave para el descifrado de la información personal de la persona ganadora del Premio (y solo de esa persona)».

Pese a su evidente ilegalidad, son muchas las convocatorias que convierten el procedimiento de concesión del premio en anónimo y secreto. Aunque hay algún caso incluso peor, en el que los participantes no son anónimos pero se les niegan sus derechos más básicos, como el de ser notificados de las resoluciones que les afectan para poder defender sus intereses¹⁵. Se pueden encontrar cláusulas como esta: «El envío de la obra por cualquier otro medio que no sea la página web indicada, fuera de plazo, siendo defectuosa, faltando parte de la información o cualquiera de los ficheros que obligatoriamente han de ser adjuntados será causa automática de exclusión sin comunicación alguna al interesado»¹⁶. Y aunque nada se prevea en las convocatorias, suele ser práctica habitual que las entidades convocantes, no solo no se comuniquen con los interesados, sino tampoco con la ciudadanía en general; no se suele hacer pública la relación de obras presentadas, únicamente su número, a menudo tampoco las que efectivamente son sometidas a conocimiento del jurado, ni la puntuación o los votos que reciben. La aversión que muestran algunas entidades locales a mezclarse con el populacho y a asumir cualquier obligación se pone de relieve en cláusulas como estas:

«No se mantendrá correspondencia con los autores de las obras presentadas, ni se proporcionará información sobre la clasificación y valoración de las novelas»¹⁷.

«No hay obligación de dar recibos u otros documentos de las obras debidamente presentadas al premio ni de sostener correspondencia o comunicación alguna con los participantes, ni facilitar a estos información sobre clasificación de las novelas. Con relación a los originales remitidos a este premio no se adquiere responsabilidad ni obligación alguna. Las entidades organizadoras no se hacen responsables de las eventuales pérdidas o deterioros de los originales, ni de los retrasos, o cualesquiera otras incidencias imputables a correos o a terceros, que puedan afectar a los envíos de las obras participantes en el Premio»¹⁸.

5. EL JURADO, ESE GRAN DESCONOCIDO

Casi tan misteriosos como los concursantes suelen ser los jurados. Rara vez los miembros del jurado son designados en la propia convocatoria, o se hace público su nombramiento antes de la fiesta de entrega del premio, a veces ni siquiera entonces. Son usuales cláusulas como la siguiente: «Los miembros del jurado se darán a conocer el día del fallo. El premio será otorgado por votación de un jurado de cinco miembros relacionados con la literatura, designados libremente por el Ayuntamiento de Soria y uno de ellos por la editorial que se encargue de su publicación»¹⁹. En esto la práctica de las entidades locales se aleja notablemente de la que siguen con cualquier otro tipo de convocatorias, donde sí se sabe quiénes van a tomar las decisiones, atendiendo al derecho que tienen los ciudadanos de conocer la identidad de las personas que

¹⁵ Art. 40.1 de la LPAC: «El órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados por aquéllos».

¹⁶ Apartado 4 de la convocatoria del XII Premio Málaga de Ensayo (6.000 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Málaga (*Boletín Oficial de la Provincia de Málaga* núm. 127, de 3 de julio de 2020).

¹⁷ Base sexta de la convocatoria del I Premio Ciudad de Estepona de Novela (25.000 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Estepona (Málaga) y publicada en su página web y en la de las entidades colaboradoras Fundación Manuel Alcántara y Editorial Pre-Textos.

¹⁸ Apartado 6 de la convocatoria del XIX Premio Carolina Coronado de Novela Ciudad de Almendralejo (8.000 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Almendralejo (Badajoz), publicada en la página web municipal.

¹⁹ Apartado e) de la convocatoria de la 7.ª edición del Premio Avelino Hernández de Novela Juvenil (6.000 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Soria y publicada en la página web municipal.

tienen la potestad de condicionar sus vidas y sus intereses²⁰. A nadie se le ocurre que pueda tramitarse una oposición sin que los opositores sepan desde el principio quiénes componen el tribunal calificador; y lo propio sucede con una mesa de contratación, con una comisión de valoración de subvenciones o con el jurado del concurso de carteles de las fiestas patronales. En cambio, parece que con los premios literarios resulta todavía aceptable un secretismo más propio de *El proceso* de Kafka o, aunque los miembros de los jurados no suelen ir encapuchados, de las causas del Tribunal del Santo Oficio.

Además del derecho a conocer a los miembros del jurado, los participantes en la convocatoria de un premio tienen derecho a recusarlos si concurre alguno de los motivos que establece la ley para asegurar su imparcialidad. Hay alguna convocatoria que así lo recuerda expresamente:

«2. Quienes actúen como miembros del Jurado deberán abstenerse de intervenir cuando en ellos concorra alguna de las causas previstas en el art. 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

3. Asimismo, las personas interesadas podrán promover la recusación de miembros del Jurado en los casos previstos en el párrafo anterior, de conformidad a lo establecido en el art. 24 de la citada Ley»²¹.

Es obvio que resulta imposible recusar a los miembros del jurado si se desconoce quiénes son hasta después de que el premio haya sido otorgado. Sería teóricamente posible ejercer el derecho de recusación si el concursante suspicaz se dirigiera a la entidad local convocante para preguntar sobre la composición del jurado. Pero la mayoría de las convocatorias ponen coto a tal iniciativa; ya hemos mencionado la habitual cláusula en la cual las entidades locales se niegan a mantener cualquier correspondencia con los concursantes (que ni siquiera pueden acreditar que lo sean, dado que sus plicas permanecen cerradas), en flagrante infracción de sus derechos reconocidos por la ley²². Añadamos que, cuando la hay, tampoco se suele informar de la composición de la comisión lectora que hace una selección previa de las obras que examinará el jurado.

6. LA ADMINISTRACIÓN PREELECTRÓNICA

Hace años que nuestros gobernantes están empeñados en que las Administraciones Públicas incorporen a su funcionamiento habitual las nuevas tecnologías de la información y comunicación, que no pasa solo por dotar de un ordenador a cada funcionario sino a que la tramitación de los expedientes se haga de forma electrónica, desterrando progresivamente las montañas de papel típicas de las dependencias administrativas. Uno de los hitos en este salto a la modernidad fue la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo art. 45 disponía que «las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias»; posteriormente, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, apodada como «Ley de la Administración Electrónica», introdujo «el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos», y la vigente LPAC de 2015 da el paso definitivo de considerar los medios electrónicos como los habituales en el funcionamiento y en las comunicaciones de las Administraciones Públicas implantando las sedes electrónicas, los registros electrónicos, los expedientes electrónicos, las firmas electrónicas, los archivos electrónicos, etc. Su preámbulo afirma que «una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico no sólo sirve mejor a los principios

²⁰ Art. 53.1 de la LPAC: «Además del resto de derechos previstos en esta Ley, los interesados en un procedimiento administrativo, tienen los siguientes derechos: (...) b) A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos».

²¹ Base VII de la convocatoria de la LI edición de los Premios Ciudad de Alcalá 2020 (que, entre otros, incluye uno de narrativa y otro de poesía de 6.000 euros cada uno), aprobada por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares (*Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* núm. 165, 9 de julio de 2020).

²² Art. 53.1: «Además del resto de derechos previstos en esta Ley, los interesados en un procedimiento administrativo, tienen los siguientes derechos: a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos (...)».

de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados». La implantación de una Administración totalmente electrónica ha sufrido algún pequeño retraso. Inicialmente se preveía que la LPAC entraba en vigor en octubre de 2016, salvo las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, el registro electrónico, el registro de empleados públicos habilitados, el punto de acceso general electrónico de la Administración y el archivo único electrónico, que por las dificultades técnicas que entraña su cumplimiento producirían efectos a partir de octubre de 2018; a punto de cumplirse tal plazo, se prorrogó hasta octubre de 2020; y luego, con una pandemia como motivo, o como excusa, hasta abril de 2021.

Aunque sigue pendiente la culminación de convertir a nuestras Administraciones Públicas en totalmente electrónicas, en los últimos años la mayoría de ellas han recorrido casi todo el camino. Hoy ya es usual que los ciudadanos podamos presentar nuestras instancias en un registro electrónico, que a través de la página web de un ayuntamiento, una diputación, un gobierno autonómico o un ministerio podamos acceder con comodidad a multitud de trámites electrónicos, desde pagar una multa de tráfico hasta pedir un certificado de empadronamiento, y que las resoluciones administrativas se firmen electrónicamente.

De este imparable avance de los electrones en nuestra vida ordinaria, de momento, quedan excluidos buena parte de los premios literarios municipales y provinciales, anclados en la era preelectrónica. Incluso aunque sean convocados por ayuntamientos y diputaciones que cuentan con magníficas sedes electrónicas de uso común y habitual, siguen mostrando un fervoroso apego al papel. Ignorando el derecho de los ciudadanos, entre los que también están comprendidos los escritores, a relacionarse electrónicamente con la Administración²³, introducen en las convocatorias la obligación de presentar sus obras en papel y a través de cauces preelectrónicos como el correo postal. Son usuales cláusulas como las siguientes: «Los trabajos que concursan habrán de ser inéditos y tener una extensión de 125 a 250 páginas, tamaño DIN A-4, impresas con letra Times New Roman 12, con interlineado de 1,5 mm, paginados, encuadernados o cosidos y por triplicado»²⁴; «Se presentarán cinco ejemplares, mecanografiados, en papel tamaño DIN A-4, mecanografiados por una sola cara, a doble espacio, en letra Arial o New Roman 12, y debidamente grapados, cosidos o encuadernados»²⁵. Hay que agradecer que ya no se exija pegar una póliza en cada ejemplar. Hay algún ayuntamiento que dispone de sede electrónica y cuyos órganos firman electrónicamente la convocatoria de un premio literario cuyas bases resultan completamente analógicas: «Las obras serán presentadas o enviadas hasta el 15 de Octubre 2020: a) por correo certificado a la CONCEJALÍA DE CULTURA (...). b) en oficinas del Ayuntamiento, Registro General de lunes a viernes de 8,30 horas a 14,30 horas»²⁶.

El apego al soporte de celulosa se pone de relieve incluso cuando los ayuntamientos, muy a su pesar, se ven obligados a recurrir a medios electrónicos: «Excepcionalmente en esta edición de 2020, por la situación generada por la Covid 19, además del correo ordinario, se aceptarán originales enviados por correo electrónico (formato PDF)»²⁷. Quizás, pasada la pandemia, se pueda volver al añorado sistema de toda la vida, aunque las leyes se empeñen en decir otra cosa.

Algún Ayuntamiento se apunta a la tramitación electrónica, pero a tiempo parcial. Permite la presentación de las obras a través de su sede electrónica, adjuntando a la instancia el fichero con la obra en formato digital, pero seguidamente añade: «Aquellos concursantes que envíen su novela a través de internet y participen con seudónimo, deberán remitir además por correo postal una plica o sobre cerrado, con el seudónimo y título en el exterior, y con los datos identificativos (nombre, apellidos, dirección y teléfono) en

²³ Art. 13 de la LPAC: «Quienes de conformidad con el artículo 3, tienen capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, son titulares, en sus relaciones con ellas, de los siguientes derechos: a) A comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración. b) A ser asistidos en el uso de medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones Públicas (...).» Art. 14.1: «Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento».

²⁴ Base 2.ª de la convocatoria del Premio Camilo José Cela de Narrativa (6.200 euros), que forma parte de los Premios Provincia de Guadalajara y Río Ungría y Río Henares-2020 convocados por la Diputación de Guadalajara (*Boletín Oficial de la Provincia de Guadalajara* núm. 177, de 17 de septiembre de 2020).

²⁵ Base cuarta de la convocatoria del XXI Premio de Novela Corta (12.000 euros) de la Diputación de Córdoba (*Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba* núm. 129, de 8 de julio de 2020).

²⁶ Apartado 4 de la convocatoria del XXVIII Concurso de Prosa 2020 (250 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Los Molinos (Madrid) y publicada en la página web municipal.

²⁷ Base 2 de la convocatoria del XXXIII Certamen Poético Ángel Martínez Baigorri (1.000 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Lodosa (Navarra) y publicada solo a través de su página web.

el interior, a la dirección más abajo indicada»²⁸. Es difícil dejar la adicción al papel de golpe. Otra aproximación a los tiempos modernos, pero sin exagerar, aparece en muchas convocatorias en las cuales, además de uno o varios ejemplares en papel, se exige también una copia digital de la obra que también tiene que ser enviada por correo postal o con un mensajero a lomos del Pony Express: «De cada original se remitirán dos copias en papel y otra en soporte digital (Word, Open Word, PDF o compatibles). No se aceptarán envíos por correo electrónico»²⁹. Hay alguna convocatoria donde las obras se presentan en formato digital, por correo electrónico, pero en la que, una vez hecha una primera criba por el jurado, se exige el regreso al papel: «Los autores de los originales seleccionados serán requeridos por el Ayuntamiento de Santander mediante correo electrónico para que envíen una copia impresa de la obra antes del 1 de septiembre de 2018. Quienes no atendieren en tiempo y forma a dicho requerimiento quedarán automáticamente excluidos de la selección»³⁰.

La práctica de solicitar varios ejemplares del mismo documento, en papel o en formato digital, o en ambos, se comparece mal con la ley. Hace muchos años que los legisladores intentan, además de implantar la Administración electrónica, no incordiar al ciudadano exigiendo copias y más copias de papeles que ya tiene. Es muy cómodo para los funcionarios no tener que rebuscar por los archivos ni hacer fotocopias y que sea el interesado el que aporte una y otra vez copias de su DNI, de su declaración del IRPF, de su libro de familia, de su certificado de empadronamiento, de su título de EGB. La ley dice con claridad que todo ciudadano tiene derecho a que la Administración no le maree pidiéndole documentos que ya tiene³¹. Si la Administración dispone de un ejemplar en papel de la novela presentada a concurso, no tiene porqué pedir otro digital; y si tiene ya el archivo electrónico, no tiene porqué pedir otro ejemplar impreso y, además, encuadernado. Pero es complicado apearse a la Administración de sus prácticas. Mientras haya premios literarios, hay futuro para el sector de la fotocopia y el canutillo.

7. UNO DE LOS NUESTROS

La mayoría de los premios literarios están abiertos a la participación de autores de cualquier nacionalidad y que tengan residencia en cualquier lugar, solo se les exige que escriban en una determinada lengua. Pero hay algunos que limitan la participación a los escritores indígenas. Así, por ejemplo: «Podrán participar en este certamen los escritores y escritoras que inician su experiencia literaria, nacidos en la provincia de Jaén o residentes en ella»³²; o, sin incluir tal requisito de forma expresa, se deduce que se va a exigir ya que los participantes han de presentar «fotocopia del D.N.I. y documento que acredite su sorianidad»³³.

Exigir un origen, nacionalidad o vecindad determinados chirría con los principios de igualdad y no discriminación que deben presidir el otorgamiento de los premios. Cualquier requisito que limite el acceso a una subvención debe tener una justificación objetiva y razonable para no convertirse en una discriminación proscrita por la ley³⁴. Es comprensible el deseo de las entidades locales de reconocer y promocionar a sus vecinos, pero cuando se hace mediante prestaciones económicas debe justificarse de forma adecuada la finalidad de la subvención o premio y la razón por la cual se introduce un determinado requisito, y ello se debe hacer en las bases reguladoras debidamente aprobadas previamente a la convocatoria y publicadas

²⁸ Base 3 de la citada convocatoria del Premio de Novela Café Gijón.

²⁹ Apartado 3 de la citada convocatoria de la 67 Edición del Premio de Novela Ateneo-Ciudad de Valladolid.

³⁰ Base séptima de la convocatoria de la 11.ª edición del Premio Tristana de Novela Fantástica (6.000 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Santander (*Boletín Oficial de Cantabria* núm. 59, 23 de marzo de 2018).

³¹ Art. 53.1 de la LPAC: «Además del resto de derechos previstos en esta Ley, los interesados en un procedimiento administrativo, tienen los siguientes derechos: (...) d) A no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas».

³² Convocatoria del XXX Concurso Premio Escritores Noveles (2.000 euros) de la Diputación de Jaén (*Boletín Oficial de la Provincia de Jaén* núm. 143, de 28 de julio de 2020).

³³ Base tercera de la convocatoria del V Premio de Microrrelatos y Microvídeos 2020 (cinco premios por un total de 1.200 euros) de la Diputación de Soria, publicada únicamente en su página web.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1998: «La subvención, como toda técnica de fomento, introduce un elemento de diferenciación en cuanto que con ella se potencia con determinados beneficios una concreta actividad privada que se adecua a ciertos objetivos perseguidos por la Administración otorgante de la subvención. Sin embargo, ello no supone una discriminación contraria al artículo 14 CE, siempre que exista una razón jurídicamente atendible que justifique esa diferencia de trato y que, en el ámbito de que se trata, se traduce en la legitimidad de la finalidad perseguida por la Administración y en la ausencia de desproporción en el mecanismo de fomento utilizado».

tanto en la BDNS como en el correspondiente diario oficial, cosa que, como ya hemos dicho, no siempre se hace³⁵. Por otro lado, cuando se introducen, esos requisitos deben ser claros y objetivos; lo son las exigencias sobre lugar de nacimiento o residencia, pero mucho más dudosamente las que se refieren al incierto concepto de «sorianidad».

8. AMIGOS PARA SIEMPRE

Las convocatorias de premios literarios, con mucha frecuencia, exigen a los participantes una lealtad absoluta, que no presenten sus obras a ningún otro concurso. Son muy usuales cláusulas como esta: «Las novelas deberán ser originales e inéditas, escritas en Lengua Española, no estar comprometidas con ninguna editorial y no haber sido premiadas ni estar presentadas a otro concurso pendiente de fallo»³⁶.

Ninguna norma legal restringe la libertad para presentar una obra a varios premios, o de solicitar subvención para una misma actividad a varias entidades. La única limitación que resulta legal es exigir que, si el autor recibe otro premio para la misma obra, deba comunicarlo a la entidad local³⁷. Por eso hay otras convocatorias de premios que, más prudentemente, insertan requisitos como el siguiente: «Los poemarios han de estar escritos en castellano, ser originales, inéditos y sus poemas no haber sido premiados ni incluidos en ningún otro libro o certamen, obligándose el poeta a retirar su original si éste hubiera conseguido previamente algún galardón»³⁸.

Pero, además de abusiva, la cláusula de exclusividad resulta ridícula e ineficaz. A menudo, son los mismos ayuntamientos convocantes que exigen total anonimato a los participantes los que pretenden prohibirles que concurren a otros premios con la misma obra. Si no sabe quiénes son los autores que han presentado sus obras, solo conoce sus seudónimos, les veda cualquier comunicación con el Ayuntamiento y no piensa abrir las plicas de las obras no ganadoras, resulta totalmente imposible que la entidad local convocante pueda saber si esas obras se han presentado a otros certámenes. Solo podrá enterarse a través de la prensa, igual que los autores se enteran de estas cosas, de que una obra con el mismo título ha sido premiada en otro concurso. Sin abrir la plica, ni siquiera tendrá la seguridad de que se trate del mismo autor. Y, suponiendo que pudiera confirmar que es la misma obra, lo único que puede hacer es excluirla de su propio premio, lo cual al interesado, que ya ha visto su obra premiada en otra parte, le traerá sin cuidado. Los escritores suelen ser conscientes de estas circunstancias y hacen caso omiso de la prohibición de presentar sus obras a varios premios a la vez.

Pero los celos de algunas entidades locales y su pretensión de garantizar una relación de absoluta fidelidad por parte de los participantes en los premios literarios van más allá. También es usual una cláusula como la siguiente: «La participación en el Premio implica la aceptación de todas y cada una de las bases, el compromiso del autor de no retirar la obra antes del fallo y aceptar el premio si le fuera concedido, así como participar con su presencia en el acto de entrega del mismo»³⁹. Se trata de una disposición sin ningún respaldo legal. Todo interesado en un procedimiento administrativo, incluyendo el de concesión de un premio literario, tiene derecho a desistir en el momento en que le parezca oportuno, y cualquier persona puede renunciar a cualquiera de sus derechos, incluido el de recoger un premio literario⁴⁰.

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 365/2018, de 29 de junio: «Así las cosas, la Orden recurrida (...) no fundamenta ni justifica, ni de forma somera, la razón del requisito de que para ser contratado por los beneficiarios directos de la subvención haya que tener la residencia en los municipios de la Comunidad de Madrid. Se afirma en el escrito de contestación a la demanda que la Orden se dicta a los efectos de una mejora del empleo en la Región. Sin embargo, como hemos dicho, ni en la Orden ni en ningún otro informe se consigna de forma expresa que esa haya sido la finalidad de la misma. Así pues, el requisito establecido en el artículo de la Orden recurrida no está motivado ni fundamentado y ello determina la estimación del presente recurso».

³⁶ Convocatoria del V Premio de Narrativa Carmen Martín Gaité 2020 (5.000 euros), aprobada por el Ayuntamiento de El Boalo (Madrid), publicada únicamente en la página web municipal.

³⁷ En este caso parece aplicable por analogía lo que dispone el art. 14.1 de la LGS: «Son obligaciones del beneficiario: (...) d) Comunicar al órgano concedente o la entidad colaboradora la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades subvencionadas. Esta comunicación deberá efectuarse tan pronto como se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos».

³⁸ Base 2 de la convocatoria del XXII Premio de Poesía Nicolás del Hierro 2020 (1.800 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Piedrabuena (Ciudad Real) y publicada únicamente en su página web.

³⁹ Base séptima de la citada convocatoria del I Premio Ciudad de Estepona de Novela.

⁴⁰ Art. 94.1 de la LPAC: «Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el ordenamiento jurídico, renunciar a sus derechos».

9. EL FALLO SERÁ INAPELABLE

Una cláusula de estilo que suelen insertar la mayoría de las convocatorias de premios literarios es la que afirma que el fallo del jurado será inapelable. En algún caso, la redacción es todavía más contundente:

«La participación en esta convocatoria implica la aceptación de su contenido y del fallo del jurado, que será inapelable. Cualquier anomalía o duda que pueda surgir en el proceso de selección, deliberación y concesión del premio podrá ser estudiada, interpretada y solucionada por el Jurado, que se reserva el derecho de tomar iniciativas no reflejadas en la convocatoria siempre que contribuyan al mejor desarrollo de la misma»⁴¹.

En otros casos, no solo se excluye impugnar la decisión final del jurado, sino también las previas: «Las decisiones de admisión tomadas por el Departamento de Cultura y el dictamen del Jurado son inapelables»⁴².

Por mucho que se repita ese estribillo, en un Estado de Derecho nada de lo que hacen las Administraciones Públicas es inapelable. La concesión de un premio literario, como todo acto de la Administración, puede y debe controlarse de acuerdo con los principios sentados por la Constitución en sus arts. 103 («sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho») y 106 («los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa»). El Tribunal Constitucional ha afirmado que «de estos preceptos se deduce la existencia de un control general o universal de la legalidad de la actuación administrativa, sin excepciones ni reductos inmunes a dicho control»⁴³.

Alguna convocatoria trata de hacer equilibrios entre la evidencia de que la actuación de la Administración es siempre impugnabile, y la tradicional inapelabilidad del fallo del jurado:

«El fallo será inapelable y podrá declararse desierto si, a juicio del jurado, ninguno de los trabajos tuviera la suficiente calidad literaria y originalidad, o no cumpliera con alguno de los requisitos aquí expuestos. (...) El acuerdo de concesión será recurrible en los términos previstos en la ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículos 112 y siguientes»⁴⁴.

¿En qué quedamos? ¿Se puede o no se puede impugnar la decisión de concesión del premio? Para aclarar un poco la cuestión hay que acudir a la llamada doctrina de la discrecionalidad técnica, que se ha elaborado por la jurisprudencia sobre todo en relación a los tribunales calificadoros de procesos de selección de personal. Se ha entendido que la misión del tribunal que juzga una oposición u otro procedimiento competitivo es ofrecer al órgano resolutorio los conocimientos técnicos necesarios para poder tomar la decisión adecuada. En el caso que nos ocupa, los conocimientos de técnica literaria para poder elegir la obra que mayores méritos en ese campo posea. La doctrina de la discrecionalidad técnica establece una presunción *iuris tantum* de acierto y razonabilidad de la actuación de esos órganos técnicos basada en su especialización e imparcialidad. En un principio se afirmó que no cabe sustituir el juicio técnico del tribunal calificador por el de otras personas u órganos administrativos o judiciales que carecen de esos conocimientos, por lo cual no cabía cuestionarlo mediante un recurso. La cláusula del fallo inapelable sigue anclada en esa idea. Pero, con el tiempo, la jurisprudencia ha ido afinando el concepto para evitar crear zonas de actuación administrativa excluidas de control⁴⁵. Se ha ido afirmando, primero, que aunque los jueces no pudieran entrar en el juicio técnico sí podían comprobar el cumplimiento de los elementos reglados (competencia del órgano, plazos, procedimiento, modo de adoptar el fallo, etc.), o lo que se ha denominado «aledaños» del núcleo de la decisión técnica. Pero, posteriormente, los jueces han ido entrando también a comprobar que en las decisiones de los órganos de selección no se produzca desviación de poder (utilizar sus facultades para perseguir objetivos distintos de los que las justifican), arbitrariedad, ausencia de motivación del juicio técnico, error manifiesto, casos todos ellos en los cuales, si se ofrece prueba suficiente (incluida prueba pericial),

⁴¹ Cláusula decimocuarta de la convocatoria del 24 Premio de Novela Ciudad de Badajoz (18.000 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Badajoz (*Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz* núm. 155, 4 de agosto de 2020).

⁴² Base 6 de la ya citada convocatoria del XXVIII Concurso de Prosa del Ayuntamiento de Los Molinos.

⁴³ Sentencia núm. 21/1986, de 14 de febrero.

⁴⁴ Base octava de la convocatoria del XXIV Certamen Literario Internacional Ciudad de Getafe 2020 (10.000 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Getafe (Madrid) y publicada en su página web.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012: «Sobre los límites de la discrecionalidad técnica hay ya una consolidada jurisprudencia de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE)».

puede quedar desvirtuada la presunción de acierto de la decisión y esta puede ser anulada por los órganos judiciales. Actualmente, hay muchos autores (Fernández, 2015, Gil Franco, 2016) que vienen a considerar que ha perdido su sentido original la doctrina de la mal llamada discrecionalidad técnica; en realidad, como dice Fernández (2015, p. 216), no se trata de discrecionalidad sino de simple valoración técnica, los tribunales de selección no pueden actuar discrecionalmente, adoptando la decisión que más les guste entre las posibles, sino valorando cuál es la más adecuada con arreglo a las normas de la convocatoria, y esa valoración puede ser revisada. Lo mismo es aplicable al fallo del jurado de un premio literario⁴⁶. El criterio sobre técnica literaria no puede ser usurpado por un juez de lo contencioso-administrativo ante el que se recurra la concesión del premio, pero podrá examinar si el fallo se ajusta a derecho, en particular, si se ajusta a las bases reguladoras y a la convocatoria, y de que hay prueba suficiente de su acierto y racionalidad. Si en un concurso de poesía se premia una novela, es obvio que el juez anulará el fallo. Si en la reunión del jurado participan y votan miembros no designados por el órgano competente, igualmente dictará la anulación. Si se premia una obra presentada fuera de plazo, o si los miembros del jurado no se han leído ni una de las obras presentadas al premio, también. Es decir, hay muchos motivos por los cuales la actuación del jurado es perfectamente apelable. La afirmación contraria que se contiene en las convocatorias es contraria a la ley.

Pese a que toda actividad de las entidades locales es impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa, apenas hay jurisprudencia que podamos citar respecto de la concesión de premios literarios (sí sobre su tributación). No es extraño. Los escritores no suelen recurrir, ni las convocatorias ni el acto de concesión, pese a que acumulen sobradas causas de invalidez. De un lado, por desconocimiento; de otro, porque tienen cosas mejores que hacer. En este país sigue siendo válida la maldición de «tengas pleitos y los ganes». El funcionamiento de la Justicia deja mucho que desear y pocas veces sale a cuenta, incluso llevando razón, gastar tiempo, dinero y desvelos en presentar recursos frente a un enemigo tan difícil de vencer como la Administración, que nunca tiene prisa y siempre dispara con pólvora del rey. La dificultad aumenta si hay que pleitear desde otra ciudad u otra provincia lejana, incluso desde otro país; en los premios literarios en lengua castellana muy a menudo hay concursantes de ambos lados del charco. Por otra parte, es normal preferir no enemistarse contra quienes reparten los premios. Uno nunca sabe si se la van a guardar y va a sufrir las consecuencias de ponerse gallito, incluso en un futuro lejano, sabiendo que habrá más convocatorias en años sucesivos.

Añadamos las dificultades prácticas que sufriría cualquier aspirante a un premio literario para poder recurrir nada, dificultades que ayuntamientos y diputaciones se encargan de elevar a la enésima potencia. Con mucha frecuencia, el autor ignora si su obra ha llegado a su destino, si ha sido admitida, si ha sido leída por el jurado, quiénes componen el jurado, por qué han premiado a la obra ganadora y con qué otras obras competía. Los anónimos concursantes no son notificados de nada; se enteran del fallo, si se enteran, por la prensa. Ya hemos señalado que las entidades convocantes, a despecho de lo que digan las leyes, se niegan a mantener correspondencia con ellos, lo dejan clarito en las bases: «Los trabajos presentados no podrán ser retirados y se reciclarán las copias originales. La entidad organizadora no está obligada a mantener ningún tipo de relación con los participantes»⁴⁷. Reciclar es un verbo mucho más bonito que destruir, pero lo

⁴⁶ Una de las poquísimas sentencias que existen en esta materia, la del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986, acogía la doctrina de la discrecionalidad técnica: «El control jurisdiccional a que el artículo 106.1 de la Constitución, sujeta en su conjunto a la actividad administrativa sólo alcanza, en materia de adjudicación de premios por un Jurado calificador, al mantenimiento de la imparcialidad del mismo a través del derecho de recusación de sus componentes por el participante –artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo– y de las bases o condiciones preestablecidas que son garantías de objetividad, legalidad y acierto para aquella participación, las cuales, sólo en el caso de incompletas, ineficaces o contrarias a la igualdad constitucional serían asequibles a la revisión contencioso-administrativa cuando el premio y el concurso para adjudicarlo emanan de ente u organismo público y se financia con fondos públicos la actividad administrativa de índole premial; sin embargo, en el caso de que la valoración del fondo o juicio selectivo del mérito en sí de la obra o actividad del participante, y de su adecuación al interés público promotor que es causa jurídica de dicha actividad premial, se remite a la decisión de un jurado o tribunal específicamente para cada convocatoria de premio, la actividad administrativa de referencia participa de la estructura contractual de común sumisión del ente convocante y de quien acude a la convocatoria al juicio técnico de aquel jurado, el cual, no cabe así calificar en su fondo o contenido decisorio de actividad administrativa sujeta al control jurisdiccional, toda vez que por propia naturaleza resulta inasequible al mismo sustituir por un juicio de legalidad lo que es de suyo juicio técnico al que en modo arbitral, ambas partes, Administración y participante, se han sometido previamente y con exclusiva referencia a concretos componentes del jurado calificador, también de imposible sustitución, por el incumplimiento que implicaría de la voluntad concordante de las partes, por la prueba pericial que necesariamente habría de instrumentar el juicio de legalidad característico de la revisión contencioso-administrativa». La sentencia entra a valorar, no obstante, un acuerdo del jurado en cuanto a exclusión de una de las obras presentadas por incumplir las bases de la convocatoria.

⁴⁷ Base 9 de la convocatoria del XXXIV Premio Internacional de Poesía Antonio Oliver Belmás 2020 (7.200 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Cartagena (Murcia) y publicada en su página web.

que nos están diciendo es que, una vez otorgado el premio, el Ayuntamiento procede, en lenguaje de novela policíaca, a destruir cualquier rastro del delito. Otras convocatorias no se andan por las ramas: «Los ejemplares no premiados no se devolverán; se destruirán a partir de los treinta días del fallo. No se mantendrá correspondencia con los autores no premiados»⁴⁸; «Las obras no premiadas así como sus correspondientes plicas, no serán devueltas, siendo destruidas después del fallo del jurado sin que quepa reclamación alguna»⁴⁹. En el supuesto caso de que un intrépido concursante, una vez otorgado el premio, se dirija a la entidad convocante pidiendo información, le darán con la convocatoria en las narices. Si, aun así, persiste y lleva el asunto a los tribunales, resultará que, salvo la obra premiada y su plica, se han destruido todas las demás obras con sus plicas. No hay manera de saber quién concursó y con qué obras. Las evidencias se han volatilizado. La tarea probatoria por parte del recurrente sería ciclópea.

Por supuesto, esa previsión de destrucción de documentación que confiesan sin reparo las convocatorias de premios literarios municipales y provinciales es manifiestamente ilegal y, como otras cláusulas de las convocatorias, inválida. Las Administraciones Públicas tienen obligación de conservar en sus archivos toda la documentación que forma parte de un expediente administrativo a disposición de los interesados y de los órganos judiciales si la reclamaran por haberse interpuesto un recurso⁵⁰. Además, esos archivos forman parte del patrimonio documental protegido por la ley⁵¹. No se pueden destruir los documentos alegremente, sino a través de un procedimiento reglado que acredite su falta de valor⁵². Pero parece ser que quienes aprueban esas convocatorias no tienen conciencia de que están tramitando un procedimiento administrativo y de que todos los documentos aportados por los interesados forman parte del expediente y deben ser conservados.

10. EL OSCURO PAPEL DE LAS EDITORIALES

Hay convocatorias de premios literarios en las que la entidad local se desentiende de la posterior publicación de la obra inédita premiada, pero son las menos. Normalmente, forma parte del premio que la obra sea publicada; en unos casos, por la propia Administración convocante; en otros casos, por alguna editorial a la que posteriormente cederá los derechos correspondientes; y muy frecuentemente, por una editorial que aparece ya mencionada en la propia convocatoria del premio como colaboradora en su gestión. Comparando las convocatorias de premios otorgados por entidades locales y los que conceden las editoriales en solitario, da la impresión de que, a menudo, las entidades locales se han limitado a hacer suya una redacción elaborada por un editorial, sin molestarse en adaptarla a las exigencias jurídicas propias de una Administración Pública.

Qué papel juegan esas editoriales en el procedimiento de concesión de premios resulta una cuestión no siempre clara. En algunas ocasiones existe un convenio de colaboración entre el ayuntamiento o la diputación y la editorial, es usual que la entidad local asuma el gasto que supone abonar la dotación económica del premio y el procedimiento de concesión, mientras que la editorial se compromete a la edición de la obra

⁴⁸ Base 12 de la convocatoria del Premio de Novela Histórica Medieval Ciudad de Calatayud (5.000 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Calatayud (Zaragoza) y publicada en su página web.

⁴⁹ Base sexta de la citada convocatoria del I Premio Ciudad de Estepona de Novela.

⁵⁰ Art. 17.2 de la LPAC: «Los documentos electrónicos deberán conservarse en un formato que permita garantizar la autenticidad, integridad y conservación del documento, así como su consulta con independencia del tiempo transcurrido desde su emisión. Se asegurará en todo caso la posibilidad de trasladar los datos a otros formatos y soportes que garanticen el acceso desde diferentes aplicaciones. La eliminación de dichos documentos deberá ser autorizada de acuerdo a lo dispuesto en la normativa aplicable».

⁵¹ Art. 49.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español: «Forman parte del Patrimonio Documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios». Art. 52.1: «Todos los poseedores de bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico están obligados a conservarlos, protegerlos, destinarlos a un uso que no impida su conservación y mantenerlos en lugares adecuados».

⁵² Art. 55 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español: «1. La exclusión o eliminación de bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico contemplados en el artículo 49.2 y de los demás de titularidad pública deberá ser autorizada por la Administración competente. 2. En ningún caso se podrán destruir tales documentos en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas o los entes públicos. 3. En los demás casos la exclusión o eliminación deberá ser autorizada por la Administración competente a propuesta de sus propietarios o poseedores, mediante el procedimiento que se establecerá por vía reglamentaria». El Real Decreto 1164/2002, de 8 de noviembre, regula la conservación del patrimonio documental con valor histórico y el control de la eliminación de documentos de la Administración del Estado; otras normas autonómicas similares son de aplicación a las entidades locales.

ganadora y a participar en el nombramiento de miembros del jurado. En otras ocasiones, no se sabe si hay convenio escrito, al menos no se hace público. Existe otro tipo de convenios, donde una editorial aparece como beneficiaria de la subvención por la organización de un premio y la edición de la obra premiada, distinto del que aquí nos ocupa, pues quien convoca y concede el premio no es la entidad local. En todo caso, la existencia de una editorial que va a participar en el procedimiento como entidad colaboradora de una Administración exige, conforme a la LGS, formalizar un convenio⁵³. Además, la selección de la editorial no puede hacerse libremente, sino que debe aplicarse lo que dispone el art. 16.5 de la LGS:

«Cuando las entidades colaboradoras sean personas sujetas a derecho privado, se seleccionarán previamente mediante un procedimiento sometido a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación y la colaboración se formalizará mediante convenio, salvo que por objeto de la colaboración resulte de aplicación plena el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio»⁵⁴.

No parece que se esté observando este precepto en la conclusión de los convenios o contratos de colaboración, en los diarios oficiales y en los portales de contratación no se encuentra rastro de procedimientos públicos de concurrencia. En todo caso, haya o no ese procedimiento y un convenio escrito, las editoriales, cuando menos, han de considerarse como «terceros relacionados con el objeto de la subvención» obligados a prestar colaboración con los órganos que ejerzan las funciones de control a que se refiere el art. 46 de la LGS (Giraldes, 2015).

Otra cuestión problemática sobre el papel de las editoriales es su facultad de nombrar miembros del jurado. Si se trata de una persona vinculada a la editorial, un directivo o un empleado, es obvio que se puede producir un conflicto de intereses y un motivo legal de abstención⁵⁵. La editorial tiene un interés obvio en el asunto; va a recibir la cesión de los derechos de autor de la obra premiada y adquiere la obligación de realizar su publicación asumiendo el riesgo empresarial. Su interés, legítimo pero distinto del de la Administración, es que el premio recaiga en una obra lo más comercial posible, y en un autor conocido, para poder vender el mayor número de ejemplares. El objetivo de la Administración es satisfacer algún interés público que debiera quedar definido en las bases reguladoras y en la convocatoria del premio: impulsar la creación literaria, contribuir al dinamismo del sector cultural, fomentar el conocimiento de determinados temas, promocionar autores noveles, favorecer la profesionalización de los escritores, rendir homenaje a determinado literato, etc. Es obvio el riesgo de desnaturalizar los fines del premio si la editorial tiene una participación decisiva y directa en el jurado. La finalidad perseguida por la Administración no puede ser que una empresa privada gane dinero. Distinto es el caso de que la editorial se limite a proponer a personas de reconocida cualificación técnica sin dependencia o intereses comunes con la empresa.

También resulta bastante vidriosa la relación que se establece entre el autor premiado y la editorial que ha de publicar su obra. Con frecuencia, en la convocatoria no se dispone nada al respecto, serán el autor y la editorial los que tengan que negociar el contrato de edición, lo cual ofrece escasas garantías para ambos. Pero, en otros casos, sucede lo contrario, que la convocatoria del premio impone al autor unas condiciones leoninas, valgan de ejemplo las siguientes que cualquier agente literario o abogado aconsejaría no firmar a ningún escritor⁵⁶:

«En el preceptivo contrato de edición, que el autor deberá suscribir a la percepción del Premio, éste cederá en exclusiva y para todo el mundo los derechos de explotación de la obra ganadora, incluidos los de traducción y audiovisuales, así como la gestión de acuerdos con terceros para su más amplia explotación. Los editores podrán efectuar, durante el período máximo que permita la Ley, cuantas ediciones juzguen oportunas de la obra, decidiendo según su cri-

⁵³ Art. 16.1. de la LGS: «Se formalizará un convenio de colaboración entre el órgano administrativo concedente y la entidad colaboradora en el que se regularán las condiciones y obligaciones asumidas por ésta».

⁵⁴ Hoy esta remisión hay que entenderla hecha a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

⁵⁵ Art. 23.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: «Son motivos de abstención los siguientes: a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado. (...) e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar».

⁵⁶ Base 8 de la convocatoria del XIII Premio Logroño de Narrativa (20.000 euros), aprobada por el Ayuntamiento de Logroño, publicada en la página web municipal y en las de sus entidades colaboradoras Fundación Caja Rioja y Algaida Editores.

terio el número de ejemplares, precios, distribución, modalidad y formato de la edición, etc., de las que el autor percibirá el 10 % del PVP (impuestos excluidos) de los ejemplares vendidos en edición de tapa dura y el 5 % del PVP (impuestos excluidos) en edición de bolsillo y el 25 % del PVP (impuestos excluidos) en edición digital, no devengándose cantidad alguna hasta cubrir el anticipo, del que tampoco podrá reclamarse al autor devolución alguna».

Es usual esa cláusula por la cual el galardonado no percibe derechos de autor por la primera edición, los cuales se entienden satisfechos con la cuantía del premio, considerado como un anticipo. Quiere decir eso que es la editorial quien ingresará el importe de tales derechos de autor, es decir, que de hecho recibe también una subvención por la cantidad equivalente. Su papel, más que de entidad colaboradora, es de entidad beneficiaria de la actividad subvencionadora y, a menudo, como ya se ha dicho, sin pasar por ningún procedimiento público de selección.

11. ABANDONAD TODA ESPERANZA

Lasciate ogni speranza, voi ch'entrate, advirtió Dante a quienes traspasaran las puertas del infierno. Algo parecido cabe decir a los escritores que presentan su obra a ciertos premios literarios. Con ese acto, en la práctica renuncian a casi todos los derechos que las leyes conceden a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas. Como por ensalmo, retroceden a aquellos tiempos, parece que nunca superados del todo, en los que solo había súbditos obedientes sin derecho a queja y que debían agradecer las mercedes que, graciosamente, pudieran recibir de sus señores.

¿Se amañan también los premios literarios municipales y provinciales? Imposible saberlo. Solemos tener tan poca información sobre lo que sucede en sus entretelas como del interior de un agujero negro.

Quizás se abriera un pequeño resquicio a la esperanza si, en desarrollo de la LGS, el Gobierno aprobara el demorado reglamento para premios educativos, culturales y científicos, y si quienes los conceden tomaran conciencia de la necesidad de aplicarlo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bértolo, C. (25 de febrero de 2017). Cloacas y premios literarios. *CTXT, Contexto y Acción*. Consultado el 1 de noviembre de 2020. <https://cxt.es/es/20170222/Culturas/11313/el-ministerio-premios-literarios-corrupcion-premio-planeta-literatura.htm>
- Fernández, T.-R. (2015). La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece, *Revista de Administración Pública*, 196, 211-227. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1339&IDA=37306>
- Gil Franco, A. J. (2016). A propósito de la STS de 16 de diciembre de 2014, análisis jurisprudencial de la discrecionalidad técnica: ¿acaso estamos ante una nueva fase en la evolución del control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica?, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 8, 189-224. <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/24206>
- Giraldes Gutiérrez, L. S. (2015). Estudio sistemático de la posición jurídica del beneficiario en la relación subvencional. Análisis de las posibilidades de reforma y mejora, *Revista española de derecho administrativo*, 174, 435-460.
- Izu Belloso, M. J. (2009). El régimen jurídico de los premios concedidos por las Administraciones Públicas, *Revista Jurídica de Navarra*, 47, 125-180. http://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?codigoAcceso=PdfRevistaJuridica&fichero=RJ_47_I_4.pdf
- Marín Yarza, M. (13 de febrero de 2017). ¿A quién sirven los premios literarios? *El País* [suplemento literario Babelia]. Consultado el 1 de noviembre de 2020. https://elpais.com/cultura/2017/02/10/babelia/1486723630_593071.html



REALA, número 15, abril de 2021
Sección: COMUNICACIONES Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Recibido: 28-12-2020
Aceptado: 01-03-2021
Publicado: 15-04-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10883>
Páginas: 86-106

El derecho a la ciudad sostenible¹

The right to sustainable city

José Zamorano Wisnes

Universidad de Huelva (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2631-1793>

jose.zamorano@dpub.uhu.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor Contratado Doctor en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva. Doctor en Derecho por la Universidad de Huelva. Participante en distintos proyectos de investigación. Sus principales líneas de investigación son la ordenación del litoral, tanto del espacio terrestre como marítimo, con especial atención a la franja costera, sobre la que he publicado una monografía y distintos capítulos de libro y artículos científicos en revistas de primer nivel nacional. En relación con la ordenación del territorio y el urbanismo ha publicado diversos artículos sobre la LOUA, el suelo urbanizado y los patrimonios públicos del suelo. Otra línea de investigación es la vivienda, sobre la que ha publicado en la Revista Andaluza de Derecho y prepara actualmente una monografía.

RESUMEN

El artículo tiene por objeto el estudio de las actuaciones en el medio urbano, en la ciudad, como quiera que cualquier intervención en la ciudad afecta a esta globalmente, se reflexiona sobre el derecho a la ciudad, como un derecho ciudadano de participar en la toma de decisiones sobre su futuro, para alcanzar un orden de cosas más justo. Encadenado a lo anterior, el desarrollo sostenible, por ello de forma consecutiva, se estudia la incorporación a nuestro derecho de la noción de desarrollo sostenible, lo que supone un impulso a las actuaciones en el medio urbano, centradas en la ciudad existente, en su rehabilitación, regeneración y reforma, más que en hacer nueva ciudad. En este sentido, la incorporación del desarrollo sostenible ha supuesto un giro copernicano en relación con las políticas sobre el suelo, dejando de ser un instrumento, para ser, lo que siempre debió ser, un recurso natural de primera magnitud.

Las actuaciones en el medio urbano, como acaba de decirse, contemplan las de rehabilitación y las de regeneración y renovación. Por lo que el trabajo se centra en el estudio, en primer lugar, en el conocimiento de las llamadas actuaciones en el medio urbano, a través de las cuales es posible la innovación del planeamiento urbanístico y la ocupación de espacios libres o comunes para mejorar la accesibilidad de las viviendas, entre otras. El régimen jurídico de las mismas, en relación con éste el TRLSRU ha sido poco original, en tanto que la regulación de la participación y ejecución de las actuaciones recuerda sobremedida el sistema de compensación de la legislación urbanística, para finalizar estudiando las actuaciones de rehabilitación urbana y los derechos, vinculados a las anteriores operaciones, de realojo y retorno.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la ciudad; sostenibilidad; participación; rehabilitación; regeneración; renovación.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación: Nuevo Derecho Urbanístico: Simplificación, sostenibilidad, rehabilitación. DER2017-84387-P.

ABSTRACT

The article aims to study the actions in the urban environment, in the city, as any intervention in the city affects it globally, it reflects on the right to the city, as a citizen's right to participate in the taking decisions about their future, to achieve a more just order of things. In another vein, the incorporation into our law of the notion of sustainable development is studied, which supposes a boost to actions in the urban environment, focused on the existing city, on its rehabilitation, regeneration and reform, rather than on make new city. In this sense, the incorporation of sustainable development has meant a Copernican shift in relation to land policies, ceasing to be a resource, to be, as it always has been, a natural resource of the first magnitude.

The actions in the urban environment, as has just been said, contemplate those of rehabilitation and those of regeneration and renovation. Therefore, the work focuses on the study, first of all, of the study of the so-called actions in the urban environment, through which it is possible to innovate urban planning and the occupation of free or common spaces to improve accessibility. of homes, among others. The legal regime of the same, in relation to the TRLSRU has been little original, while the regulation of the participation and execution of the actions strongly recalls the compensation system of the urban legislation, to end by studying the urban rehabilitation actions and relocation and return operations.

KEYWORDS

Right to the city; sustainability; participation; rehabilitation; regeneration; renewal.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DERECHO A LA CIUDAD. 3. LA CIUDAD SOSTENIBLE EN LA LEGISLACIÓN SOBRE EL SUELO. 4. LAS ACTUACIONES EN EL MEDIO URBANO. 4.1. REGLAS PARA LA REALIZACIÓN DE ACTUACIONES EN EL MEDIO URBANO. 4.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTUACIONES SOBRE EL MEDIO URBANO. 4.3. LA REHABILITACIÓN EDIFICATORIA. 4.4. LOS DERECHOS DE REALOJO Y RETORNO. 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por finalidad el estudio de las actuaciones en el medio urbano, definidas en el artículo 2.2 TRLSRU como aquellas que tienen por objeto la rehabilitación edificatoria y las actuaciones de regeneración y renovación urbana, pues partimos de la premisa que estas actuaciones contribuyen o, más bien, son la base necesaria para una utilización racional del recurso natural suelo (art. 45.2 CE). en este sentido, el suelo deja de entenderse como un objeto para las operaciones urbanísticas.

Ahora bien, la ciudad es un todo, es un sistema complejo, de forma que la intervención en una parte incide necesariamente en la ciudad en su conjunto², por ello, su planificación, las decisiones sobre la misma son un derecho ciudadano, el derecho a la ciudad, el derecho, como dijera Lefebvre, a modelar la ciudad de acuerdo con los intereses de la gente que la habita, de los intereses generales y, no de acuerdo con los intereses del mercado. Ello coloca en primer plano el derecho de los ciudadanos, como ente colectivo, a ser parte en las decisiones que afecten a la ciudad, también obviamente, a las que afectan a la rehabilitación de sus viviendas, a la regeneración de los espacios públicos, de las infraestructuras, en busca de un espacio urbano que contribuya a realizar sus derechos de ciudadanía.

Un espacio urbano como el descrito por Lefebvre, necesariamente ha de favorecer el desarrollo urbano sostenible, que integre los requerimientos ambientales, de la economía, sociales y culturales, un espacio en el que se puedan desarrollar derechos fundamentales como la participación, principios rectores, como la salud, la vivienda o el trabajo. Como afirma Menendez Rexach³, el principio de desarrollo sostenible tiene «unos objetivos genéricos comunes (erradicar el hambre y la pobreza, garantizar una vivienda digna, etc.) y otros mucho más concretos (ciudad compacta, rehabilitación, eficiencia energética de los edificios, etc.)».

Este trabajo se centra en estudiar los objetivos concretos del desarrollo urbano sostenible que, como acabamos de enunciar, se fijan, entre otros aspectos, en las actuaciones en el suelo urbano con la finalidad

² Gifreu Font, J., 2017, p. 76.

³ Menendez Rexach, A., 2020, pp. 50-51.

de, por un lado, conservar y rehabilitar las edificaciones existentes y, fundamentalmente de aquellas destinadas a vivienda y, de otro, su mejora, desde el punto de vista ambiental, optimizando la eficiencia energética de la mismas, y, por último, desde una óptica social, facilitar la accesibilidad y la movilidad. Desde la perspectiva del espacio público, esas actuaciones tienen por objeto modernizar el entorno urbano en el que las personas realizamos la vida en sociedad, a través de actuaciones de renovación y mejora de las infraestructuras urbanas, de los espacios públicos, de las dotaciones en general. Al estudiar estas actuaciones, forzosamente tenemos que abordar cuestiones procedimentales como las reglas para su articulación y, finalmente, el régimen jurídico de las mismas, terminando por los derechos de los ocupantes legales al realojo y retorno.

2. EL DERECHO A LA CIUDAD

El derecho a la ciudad es un término acuñado por Henry Lefebvre en 1967 como el derecho de los ciudadanos a decidir, a crear y producir la ciudad, años después, Harvey dirá que este derecho es «mucho más que la libertad individual de acceder a los recursos urbanos: se trata del derecho a cambiarnos a nosotros mismos cambiando la ciudad. Es, además un derecho común antes que individual, ya que esta transformación depende inevitablemente del ejercicio de un poder colectivo para remodelar los procesos de urbanización. La libertad de hacer y rehacer nuestras ciudades y a nosotros mismos es, como quiero demostrar, uno de nuestros derechos humanos más preciosos, pero también uno de los más descuidados»⁴.

El derecho a la ciudad es un derecho de nuevo cuño, un derecho en proceso⁵, vinculado íntimamente con el derecho a la vivienda, pues la calidad residencial, predicada en el artículo 47 CE, no es posible o sería incompleto en urbanizaciones degradadas. Solo en barriadas con equipamientos públicos e infraestructuras urbanas de calidad, con espacios públicos accesibles al conjunto de la población es posible una vida social plena en un entorno de excelencia⁶. Como afirma Parejo Alfonso, la ciudad es «el lugar en el que se crean las condiciones para el desarrollo de la personalidad en sociedad y el derecho se despliega sobre tres ejes fundamentales: a) plenitud de la ciudadanía; b) gobierno democrático y c) la función social de la propiedad y la ciudad»⁷.

Este derecho humano emergente «determina el reconocimiento de un revalorizado estatuto de ciudadanía, derivado de la consideración de la ciudad como espacio público colectivo que garantiza a todos sus habitantes el goce más amplio de los derechos políticos, económicos, sociales, culturales y medioambientales. El derecho a la ciudad se fundamenta en el redescubrimiento de la ciudad como ámbito espacial de convivencia democrática y diversidad, es proclamado y reconocido para asegurar la materialización y realización de la libertad y la igualdad»⁸. Como dice la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad⁹ es un derecho de todas las personas «sin discriminación de género, edad, condiciones de salud, ingresos, nacionalidad, etnia, condición migratoria, orientación política, religiosa o sexual».

Se trata por tanto de un derecho colectivo, de los ciudadanos en tanto tal, que les apodera para participar en la toma de decisiones de las cuestiones que afectan al presente y futuro de la ciudad, tales como la elaboración, definición, implementación y fiscalización de las políticas públicas que afectan a las ciudades¹⁰. Pues, «las ciudades constituyen el núcleo de los actuales desafíos económicos, medioambientales y sociales, [...] son el motor de la economía europea y actúan como catalizadores para soluciones innovadoras y sostenibles»¹¹.

El ejercicio de los derechos de libertad, igualdad y participación nos pueden permitir avanzar hacia una ciudad sostenible ambiental, económica, social y culturalmente, hacia una ciudad inclusiva¹², que integre a los

⁴ Harvey, D., 2008, p. 23.

⁵ Ponce Solé, J., 2019, p. 117.

⁶ En el mismo sentido puede verse González del Barrio, A. 2018, p. 1.

⁷ Parejo Alfonso, L., 2015, p. 2.

⁸ Bandrés Sánchez-Cruzat, J. M., 2014, p. 98.

⁹ Barcelona, septiembre de 2005.

¹⁰ Artículo 2 de la «Carta Mundial del Derecho a la Ciudad».

¹¹ COM (2010) 2020. Europa 2020: Una estrategia para el crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

¹² Navarro Cano, N., 2016, p. 74, mantiene que «una ciudad innovadora es aquella que pone la ciudad al uso del ciudadano para mejorar su calidad de vida. Es aquella que utiliza la tecnología para mejorar el bienestar de la comunidad, aplica criterios de sostenibilidad para disponer de edificios autosuficientes que mejoren los costes».

distintos colectivos que en ella conviven, y resiliente, es decir, con capacidad de mantener su imagen después de impactos o de catástrofes mientras contribuye positivamente a la adaptación y la transformación¹³. Lo que nos permitiría avanzar hacia la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS).

La ciudad inclusiva es una necesidad social y jurídica, avanzar hacia esa ciudad para todos, mujeres, niñas, mayores, etc., con dotaciones adecuadas a sus necesidades y más seguras, inclusiva para las personas económicamente más desfavorecidas, en definitiva, es preciso que la ciudad participe en el objetivo de reducir la desigualdad¹⁴, de hacerse adaptativa para todas las personas que en ella conviven.

En relación con ello, es preciso recordar cómo la legislación impone la realización efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres, así el artículo 31 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, establece:

«[...] las políticas urbanas y de ordenación del territorio tomarán en consideración las necesidades de los distintos grupos sociales y de los diversos tipos de estructuras familiares, y favorecerán el acceso en condiciones de igualdad a los distintos servicios e infraestructuras urbanas.»

La consecución de una ciudad sostenible, inclusiva y resiliente requiere de la existencia de unos instrumentos de planificación y gestión que se focalicen en dar una respuesta satisfactoria a las necesidades de los ciudadanos y, que genere una gobernanza urbana que convierta al ciudadano en protagonista de los cambios necesarios¹⁵. O, como dirá Gardini¹⁶, la ciudad para todos exige partir «de la idea irrenunciable de que el territorio urbano es ante todo un lugar de vida en comunidad y, como tal, sujeto a los poderes públicos de planificación que deben asegurar la función social; se necesita anclar sólidamente la negociación urbanística en la participación democrática, proveniente desde abajo, y emanciparla lo más posible de la propiedad inmobiliaria». En definitiva, las cuestiones planteadas son una de las implicaciones de un derecho más amplio, como es el derecho a la buena administración¹⁷.

Como afirma Ponce Solé¹⁸, a través de la planificación urbanística se puede hacer realidad el derecho a la igualdad, lo que resulta una exigencia legal a la vista del precepto mencionado, del artículo 14 de nuestra Constitución y del mandato del artículo 2.2 del TRLSRU. El principio de igualdad que se postula en la legislación urbanística tanto para los ciudadanos, como para los propietarios, cuestión ésta que ha sido objeto de diversas sentencias del Tribunal Supremo, así pueden consultarse la sentencia 22-06-2017 (RC 2263/2016), con invocación de las de 25 de mayo y 23 de junio de 1985, 18 de febrero y 11 de marzo de 1998 y 11 de febrero de 2000.

En este nuevo siglo necesitamos, pues, de nuevos instrumentos, que nos doten de un nuevo urbanismo que se fije más en la rehabilitación y reforma de los barrios existentes, que incida en la redotación de las infraestructuras urbanas, que evite la gentrificación que ya se está produciendo en algunas zonas de nuestras ciudades, es decir, que tenga en cuenta las nuevas necesidades de la población.

En el camino propuesto, hacia la regeneración o renovación de la ciudad existente y la conservación y rehabilitación de nuestras edificaciones, un primer instrumento ha sido la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (L3R), refundida con la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo (LS), por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante TRLSRU). No obstante, necesitamos seguir profundizando en la búsqueda de nuevos instrumentos, quizás el planeamiento urbanístico o quizás normas de *soft law*, dejando, en cualquier caso, como se dijo, el protagonismo a los ciudadanos¹⁹.

3. LA CIUDAD SOSTENIBLE EN LA LEGISLACIÓN SOBRE EL SUELO

La ciudad durante buena parte del siglo XIX y, prácticamente la totalidad del siglo XX ha crecido de forma constante, en los primeros tiempos, para dar respuesta a las necesidades de vivienda de los habitantes del campo que emigraban a las ciudades llamados por el crecimiento económico derivado de la revolución in-

¹³ ONU Hábitat. Por un mejor futuro urbano.

¹⁴ Véase la Declaración de Quito sobre ciudades y asentamientos humanos sostenibles para todos.

¹⁵ En el mismo sentido, puede verse Ponce Solé, obra citada, pp. 140 y 141.

¹⁶ Gardini, G., 2020, p. 217.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Ponce Solé, J., 2013, p. 46.

¹⁹ En este sentido Alonso Ibañez, M. R., 2020, p. 134.

dustrial, en un segundo momento, para mejorar las condiciones de vida de sus moradores y, finalmente, con un carácter eminentemente especulativo. En este contexto, el urbanismo ha sido el instrumento adecuado para canalizar la expansión de las ciudades, que han sido objeto de un proceso de crecimiento continuo²⁰ y, como consecuencia de ello, han padecido un proceso progresivo de pérdida de su identidad²¹. Nuestras ciudades han crecido exponencialmente, por ello el suelo urbanizable, el suelo natural capaz de transformarse en nueva ciudad ha sido el protagonista del derecho urbanístico, en él se han concentrado las instituciones más elaboradas de nuestro ordenamiento jurídico: estándares urbanísticos, cesiones, obligaciones de los propietarios, etc., estos instrumentos ideados como técnicas urbanísticas, tuvieron la cualidad de aportar la financiación necesaria para la realización de ese proceso de creación de «nueva ciudad».

En el siglo XXI, el protagonista de nuestro derecho urbanístico debe ser el suelo urbano, la ciudad. La expansión de las ciudades se ha detenido²² o debe detenerse, como manifiesta Menéndez Rexach, las transformaciones de suelo rural «en lo sucesivo deberían ser, si no excepcionales, sí, al menos, suficientemente justificadas»²³. Verdaguer²⁴, establece con precisión alguna de las características del sistema urbanístico imperante en nuestro Estado durante todo el siglo XX, en el que se produce una supeditación explícita de la planificación a las estrategias económicas de un modelo basado en el consumo de recursos, una legislación urbanística basada en la vocación de urbanizable del suelo y en la consideración prioritaria del valor de cambio sobre el valor de uso del mismo, lo que se traduce en una desatención a todos aquellos usos no susceptibles de generar plusvalías, una consideración reduccionista y unidireccional de lo ambiental basada exclusivamente en el impacto de los procesos urbanísticos sobre la naturaleza.

La afirmación de la innecesidad de nuevos consumos de suelo se ve confirmada por nuestra demografía, que pone de manifiesto una tendencia a crecimientos vegetativos cercanos a cero o, incluso, negativo²⁵. Una demografía que, por otro lado, pone de manifiesto cambios de tendencia importantes, como lo es, sin duda, el envejecimiento de la población que, en consecuencia, se hace más dependiente y requiere de unas dotaciones distintas, unos espacios públicos e instalaciones colectivas específicas. Ello hace preciso adaptar o renovar las dotaciones creadas para una estructura de población más joven y, eso afecta tanto a las dotaciones públicas (necesidad de centros para personas dependientes) y privadas (vivienda, donde resolver los problemas de accesibilidad, de movilidad es un reto para el urbanismo actual).

Por otro lado, esa nueva política hacia la ciudad debe ser ambientalmente más eficiente, limitando el consumo de recursos naturales²⁶, la tecnología facilita cada vez más la reutilización de algunos de los bienes consumidos, el nuevo urbanismo sostenible debe tender a hacer una ciudad que propicie menores consumos ambientales (suelo, agua, aire) y la generación de residuos de acuerdo, cuando menos, con la jerarquía de objetivos prevista en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (prevención, preparación para la reutilización, reciclado, otro tipo de valorización y eliminación segura)²⁷.

Estos propósitos de desarrollo sostenible se ven recogidos en el TRLSRU, que hacen del desarrollo sostenible uno de sus objetivos, de los hilos conductores de la Ley²⁸, así resulta suficientemente explícita la declaración contenida en su artículo 1, que por su importancia recogemos textualmente, afirma el referido precepto que, la Ley tiene por objeto garantizar:

«Un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.».

²⁰ Moreno Molina, A. M., 2008, p. 18. En igual sentido Bustillo Bolado, R. O., 2014, p. 119.

²¹ En el mismo sentido Gardini, G., 2020, pp. 165 y 166.

²² Véase la "Exposición de motivos" de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.

²³ Menéndez Rexach, A., 2011, pp. 14 y 15.

²⁴ Cita recogida en Alonso Ibañez, M. R., 2020, pp. 148 y 148.

²⁵ Una opinión similar puede verse en Menéndez Rexach, A., 2009, p. 123.

²⁶ En igual sentido Bustillo Bolado, R. O., 2014, pp. 120 y 124 y 125, donde contempla algunos ejemplos para reducir el consumo de recursos naturales en algunas dotaciones urbanas.

²⁷ Sobre la prevención y eliminación de residuos puede verse Alenza García, J. F., 2018, pp. 270 y 271.

²⁸ Opinión compartida con Cuyas Palazón, M., 2018, p. 147. En igual sentido Vaquer Caballería, M., 2007, p. 36. Más crítico se muestra López Ramón, F., 2007, p. 18, quien opina que en los preceptos de la LS de 2007 existe una carga ideológica demasiado genérica con respecto a los principios del urbanismo sostenible, por lo que duda que sea suficiente para superar la fuerza de la tradición desarrollista.

Objetivo que se apuntala en el artículo 3, que con el título de “Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible”²⁹, dispone que todas las «políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible», en virtud del cual, dichas políticas «deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente».

En consecuencia, el TRLSRU entiende por desarrollo sostenible, aquel que hace compatibles «un crecimiento elevado y estable de la producción de bienes y servicios con un progreso social extendido, una protección del medio ambiente y un uso prudente y eficiente de los recursos naturales»³⁰, sin que ninguno prevalezca sobre los otros. Concretando que esas políticas en el medio urbano deben armonizarse con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional.

Cuyas Palazón, se plantea la razón por la cual el legislador ha optado por definir el desarrollo sostenible con la amplitud que lo hace el artículo 3, llegando a la conclusión que la misma trae causa en el cambio de paradigma del suelo, que, de ser la base operativa del urbanismo, ha pasado a ser un recurso ambiental básico. «El urbanismo, actor principal que tenía por objeto el suelo, pasa a jugar un papel instrumental. El suelo, que era el mero objeto del urbanismo, toma el papel esencial, pero no en el urbanismo, sino del derecho ambiental en cuanto a recurso ambiental esencial [...]»³¹.

Esta noción del desarrollo sostenible es la que sostiene el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de diciembre de 2006 (RC 765/2004), donde se afirma que el desarrollo sostenible:

[...] proclamado por primera vez en la conferencia de Estocolmo que pretende equilibrar el máximo de protección natural sin renunciar al mayor desarrollo posible, buscando proteger los recursos naturales, sin menoscabo de su necesaria explotación en aras a un desarrollo social y económico ordenado, esto es, consolidar un desarrollo socialmente deseable, económicamente viable y ecológicamente prudente [...]»³².

A fin de favorecer la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible propuestos, las políticas públicas deben combinarse de forma funcional, de modo que se posibilite el uso residencial en viviendas y entorno urbano seguro, saludable, accesible, de calidad, integrado, provisto de equipamientos que minimicen el impacto de las emisiones contaminantes y los gases efecto invernadero, optimicen el consumo de agua, energía y la eliminación de residuos, integrando en el tejido urbano los usos compatibles con su función residencial. Favorecer la dinamización económica y social, la rehabilitación y la ocupación de viviendas vacías; la calidad y funcionalidad de las dotaciones; la movilidad primando la pública colectiva y potenciando los desplazamientos peatonales y en bicicleta (artículo 3.3). De modo, que la Ley recoge con claridad los diversos elementos del desarrollo sostenible: el desarrollo social, económico, medioambiental y cultural.

El TRLSRU no se queda en esa declaración de principios, sino que buena parte de los elementos enumerados se desarrollan a través del texto de éste, nosotros nos vamos a fijar en aquéllos que hacen referencia a la utilización del suelo urbano y, fundamentalmente, a las actuaciones de regeneración y rehabilitación. En este sentido resulta de especial importancia el artículo 20.1.a), donde se insiste en la necesidad de profundizar en las políticas de regeneración urbana, al limitar las posibilidades de transformación del suelo rural en urbanizado, «al suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen, impedir la especulación con él y preservar de la urbanización al resto del suelo rural». A su vez, el apartado c) del mismo artículo, dispone que la ordenación de los usos del suelo debe responder a los principios de accesibilidad universal, igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente.

Principios, todos ellos, que han sido acogidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en supuestos en que los planes habían previsto el paso del suelo rural a urbanizado, superficies de suelo superiores a las

²⁹ Sobre la recepción del principio de urbanismo sostenible por nuestra legislación de Suelo puede consultarse Moreno Molina, A. M., obra citada, pp. 58 a 62 y Menéndez Rexach, A., 2020, pp. 66 a 91.

³⁰ Fernández de Gatta Sánchez, D., 2016, p. 5.

³¹ Cuyas Palazón, M., 2018, p. 149. Una opinión similar puede verse en Sánchez Goyanes, E. (2007a), p. 151, Menéndez Rexach, A., 2009, p. 131, y también Alonso Ibañez, M. R., 2012, p. 25.

³² Citada por Bustillo Bolado, R. O., 2014, p. 38, como la primera vez que la jurisprudencia define el concepto de desarrollo sostenible.

necesarias para satisfacer las necesidades de crecimiento de la población, de acuerdo con la justificación contenida en el mismo plan, han dictado sentencias declarando la nulidad de los mismos o cuando menos a la anulación de los preceptos que suponían ese incremento del suelo a urbanizar, así las sentencias de 18 de junio de 2015 (RC 3436/2015), 24-06-2015 (RC 3784/2013) o 27-09-2018 (RC 2339/2017), la primera de ellas en su fundamento jurídico 15.^a, afirma:

«La recepción del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible en la Ley estatal 8/2007, de suelo, y en el Texto refundido vigente, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, pretende desplazar la tradicional concepción desarrollista impulsora de un crecimiento urbano ilimitado por otra que lo controle, insistiendo en la regeneración de la ciudad existente, frente a las nuevas transformaciones de suelo, si bien partiendo de la premisa de que desde la legislación estatal no se puede imponer un determinado modelo urbanístico.»

Esta línea se apuntala en el artículo 22 TRLSRU, que contempla la realización de estudios de evaluación ambiental, así como informes sobre el seguimiento de la actividad urbanística y su sostenibilidad ambiental y económica. El sometimiento de los planes urbanísticos a EAE contemplada en el artículo 22.1 es coherente con la prescripción de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (en adelante LEA), y la no realización de la misma o su realización incorrecta ha supuesto la declaración de nulidad del Plan. En tal sentido puede verse, entre otras, las SSTS 20-02-2015 (RC 1012/2013) y 27-10-2015 (RC 2180/2014), en esta última se anula el Plan General de Marbella que realizó la evaluación ambiental del Plan de acuerdo con la normativa andaluza (Evaluación de Impacto Ambiental), por lo que el Tribunal Supremo tras comprobar las diferencias entre la EIA y el EAE declara la nulidad del Plan por falta del preceptivo estudio ambiental.

Con el objetivo de hacer un seguimiento de las prescripciones urbanísticas y de las prevenciones ambientales, el número 6 del indicado artículo 22, obliga a realizar un informe periódico que debe elevarse al órgano colegiado de gobierno, normalmente el Pleno, informe que versará sobre la ejecución urbanística del municipio, y que debe contemplar la afectación a la sostenibilidad ambiental y económica. Este documento de seguimiento puede surtir efectos previstos por la legislación de evaluación ambiental, siempre que cumplan los requisitos de dicha legislación.

En definitiva, como hemos apuntado en las líneas anteriores, los objetivos del desarrollo sostenible están claramente identificados en la legislación sobre el suelo y ampliamente compartidos por la doctrina y jurisprudencia especializada, por lo que esperamos que su consecución sea realizable con mayor facilidad³³. En la misma línea, Moreno Molina, mantiene que una vez recogido por las leyes sectoriales el principio de desarrollo sostenible corresponde al complejo Gobierno-Administraciones Públicas materializarlo, hacerlo efectivo, a través de las actividades de programación y planificación³⁴.

Como quiera que, la consecución de estos objetivos depende en buena medida de las políticas que se practiquen en la ciudad consolidada, parece conveniente centrar nuestro estudio en los instrumentos que la Ley pone a disposición del planificador urbanístico para su reactivación, centrando el nuevo urbanismo, la satisfacción de las necesidades de vivienda y de tejidos urbanos más amables y humanos en las actuaciones en suelo urbanizado, mientras que las políticas sobre el suelo rural, deberán centrarse en la protección de su naturalidad, en favorecer el desarrollo de sus potencialidades naturales, etc.

En consecuencia, los próximos epígrafes los vamos a centrar en el estudio de las actuaciones en el medio urbano.

4. LAS ACTUACIONES EN EL MEDIO URBANO

Las actuaciones en el medio urbano pueden ser de dos tipos, rehabilitación edificatoria [artículo 2.1 en relación con el 7.2.b) TRLSRU] y las de regeneración y renovación urbana (artículo 2 en relación con el 7.1 del TRLSRU).

Las primeras se definen como aquellas que afectan a la edificación y tiene por objeto trabajos de mantenimiento o, en general, de intervención en la edificación, sus instalaciones o espacios comunes para corregir los déficits de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de la construcción. Se trata de una definición amplia que incluye tanto los trabajos de mantenimiento, es decir, de conservación en sentido estricto, como los que

³³ Alonso Ibañez, M. R., 2012, p. 24.

³⁴ Moreno Molina, obra citada, pp. 67 y 68.

supongan una actuación más profunda en la edificación con el objeto de mantener sus características esenciales y, en consecuencia, la edificación misma. O, incluso, de renovación de la edificación y su sustitución por otra nueva. La misma puede incluir actuaciones de regeneración y renovación urbana que no se puedan clasificar como actuaciones de transformación, conforme lo que se dirá a continuación. El Plan Estatal de Vivienda (PEV) en vigor hasta finales del presente año, aprobado por Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, establece ayudas para las denominadas áreas de «regeneración y renovación urbana y rural», cuyo objeto es financiar «la realización conjunta» de obras de rehabilitación de edificios y de urbanización o reurbanización.

Las actuaciones de transformación urbanística que supongan la regeneración y renovación urbanas son aquellas que integran, tanto las actuaciones de urbanización [artículo 7.1.a) 2)], es decir, aquellas que tengan por objeto una reforma o renovación del tejido urbano, mediante la transformación del ámbito geográfico previamente definido, para crear una o más parcelas aptas para edificar, como aquellas actuaciones de dotación [artículo 7.1.b)]³⁵, es decir, que supongan una actuación más conservadora en el suelo urbano, pues están llamadas a incrementar las dotaciones existentes, este incremento trae causa en un incremento de la edificabilidad del área, o de la densidad o, un cambio de los usos establecidos por la ordenación urbanística, con el objetivo de mejorar la ciudad, y no de transformarla. A nuestro juicio, nada impide, actuaciones de renovación urbana que tengan por objeto exclusivamente la mejora de las infraestructuras urbanas (calles, plazas, parques y jardines, etc), o de las dotaciones existentes. Sin embargo, estas actuaciones no están reguladas en el TRLSRU, ni financiadas con cargo al PEV vigente.

Cualquiera de estas actuaciones de regeneración y renovación podrán tener carácter integrado cuando además articulen medidas ambientales, sociales y económicas³⁶, compartimos la crítica de Gifreu Font³⁷, en el sentido de que el legislador estatal debería haber incidido más en estas actuaciones integradas, con una visión holística, que aborde las actuaciones en el suelo urbano tanto desde un punto de vista urbanístico, como ambiental, social y económico, pues solo así, con soluciones integrales podrán abordarse problemas que, en la mayoría de los casos no son solo urbanísticos, sino también son globales y, por tanto, las soluciones exclusivamente urbanísticas no remediarán.

La jurisprudencia ha intentado delimitar unas actuaciones de otras en las SSTs de 20-07-2017; 30-10-2018 (RC 6090/2017) y más recientemente la sentencia de 14-02-2020 (RC 6020/2017), definiendo las diferencias entre las actuaciones de urbanización y las de dotación³⁸, así afirma:

«Esto es, el nivel de la actuación –y sus correspondientes consecuencias– no viene determinada por el nivel o grado de pormenorización del suelo a transformar, sino por el grado o nivel de la transformación que se realice sobre un determinado suelo, y que, en función de su intensidad, podrá consistir en una reforma o renovación de la urbanización, o, simplemente, en una mejora de la misma mediante el incremento de las dotaciones, en un marco de proporcionalidad, y sin llegar a la reforma o renovación; la reforma o renovación (Actuación de urbanización) es “hacer ciudad” –cuenta con un plus cualitativo–, y el incremento de dotaciones (Actuación de dotación) es “mejorar ciudad”, con un componente más bien cuantitativo».

La jurisprudencia, que acabamos de citar, deja en manos del planeamiento urbanístico la decisión de intervenir sobre el suelo urbano con una de estas actuaciones, pero esta decisión deberá estar suficientemente motivada, así afirma que «es posible que el planificador decida actuar sobre ámbitos que ya son ciudad para ejecutar sobre ellos actuaciones de renovación, rehabilitación o regeneración urbanas, pero para ello será exigible que se motive, con una motivación reforzada, la concurrencia de tal circunstancia en la propia Memoria del plan y la conveniencia, en aras de los intereses públicos siempre que tales actuaciones respondan a necesidades reales, evitando así que la mera voluntad transformadora basada en criterios de mera oportunidad, provoque efectos sobre los deberes de los propietarios que ya contribuyeron a la consolidación de los terrenos donde se ubican sus viviendas o locales».

³⁵ Las actuaciones de regeneración urbana son para Menéndez Rexach, A., 2014, p. 5, un imperativo del desarrollo sostenible.

³⁶ Para Tejedor Bielsa, J., 2015, p. 11, este carácter integrado no debe ser una posibilidad, sino una necesidad para evitar que la regeneración de nuestras ciudades se haga a costa la población actual del espacio urbano, que, habitualmente, «es de edad avanzada y/o de bajo poder adquisitivo cuando no perteneciente a colectivos excluidos o en riesgo de exclusión social». Alonso Ibañez, M. R., 2016, pp. 44 y 45, apunta cuales deberían ser los elementos clave para lograr un desarrollo urbano integrado.

³⁷ Gifreu Font, J., 2017, pp. 76-77.

³⁸ Un estudio más completo sobre la jurisprudencia señalada y la anterior sobre suelo urbano consolidado y no consolidado puede verse en Zamorano Wisnes, J., 2015.

En consecuencia, las actuaciones en la ciudad para la renovación o reforma de esta o la mejora de sus dotaciones exigen, en primer lugar, de una previsión normativa en el planeamiento urbanístico que debe motivar la necesidad de esta, lo que produce, como consecuencia, la participación en la gestión del plan de quienes sean titulares de las edificaciones, viviendas, etc. Y, la obligación de contribuir a los costes de las mismas, con independencia de la naturaleza previa de los suelos³⁹.

Esta participación en la gestión de los propietarios de suelo o edificaciones a que se refiere el artículo 9, en sus apartados 3 y 4 TRLSRU, debe completarse con la participación de los ciudadanos en general en la definición de las actuaciones de renovación y rehabilitación, pues como afirma la jurisprudencia, la ciudad es de todos por lo que «el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal» [STS 26-07-2006 (RC 2393/2003), entre otras muchas].

4.1. Reglas para la realización de actuaciones en el medio urbano

El artículo 24 TRLSRU fue objeto de una importante jibarización por la STC 143/2017, que declaró la inconstitucionalidad por razones competenciales de los números 2 y 3. Por lo que el mismo ha quedado reducido a los números 1, 4, 5 y 6.

No obstante, lo que acabamos de decir, el referido precepto en la parte que sigue vigente contiene una serie de reglas comunes para las actuaciones en el medio urbano, ya sean estas sobre la edificación, sobre la urbanización o sobre ambas, que conviene estudiar con detenimiento e, incluso la parte más procedimental que ha sido objeto de anulación se ve suplementada por la reglas establecidas en el art. 25, además, obviamente de la regulación que de esta cuestión realicen o, han realizado, las CCAA.

El artículo citado recuerda a la ordenación contenida en el artículo 96 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación (TRLRS de 1992). En su afán de facilitar las actuaciones en el medio urbano, prevé la posibilidad de que su realización no esté prevista en el planeamiento urbanístico, en este caso, es preciso comenzar por la modificación del planeamiento, para lo cual el legislador estatal, dada su falta de competencia en materia urbanística, se remite a la legislación urbanística de las CCAA, con el objeto de que éstas definan el contenido y procedimiento de dichas modificaciones. Permitiendo, incluso, que tales actuaciones se aprueben por instrumentos distintos al planeamiento urbanístico, siempre que así lo establezca la legislación urbanística de las CCAA.

Posibilidad que tampoco es desconocida en nuestro derecho urbanístico, pues tradicionalmente ha utilizado los planes generales o especiales para la ordenación del suelo urbano, así la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), pues bien, estos últimos incluyen entre sus objetivos, la posibilidad de incorporar medidas para conservar, mejorar o proteger el medio urbano, incluso cuando no haya un plan general previo al que desarrollar [art. 14.2.b)].

El TRLSRU, impone que sea cual fuere el instrumento urbanístico a utilizar será preciso la realización de un informe de sostenibilidad económica, de modo que asegure la viabilidad económica de la actuación y que la misma no altere el equilibrio presupuestario del municipio⁴⁰, en los términos previstos en el número 5 del artículo 22, con ello la Ley ha pretendido reforzar el valor de estos informes, dado que los estudios económico-financieros de los planes se han convertido en un documento formal que nada aporta al estudio de la viabilidad económica y del mismo.

De no ser precisa la modificación del planeamiento, normalmente porque el Plan ya prevea la concreta actuación sobre el medio urbano, será necesario, en cualquier caso, la aprobación de la delimitación del ámbito de «actuación conjunta» que podrá ser, dice la Ley, continuo o discontinuo. En este supuesto, nos moveríamos en lo que la legislación urbanística denomina actuaciones sistemáticas o por unidades de ejecución, las referencias a la legislación urbanística se harán, en lo sucesivo, a la LOUA.

³⁹ No coincido con las consideraciones de Iglesias González, F., 2015, pp. 123 a 127, en el sentido de que las cesiones urbanísticas debieran regularse de forma más o menos rígida por el Estado, sin entrar ahora en la cuestión competencial, el establecimiento de unas dotaciones tasadas al modo del anexo del Reglamento de Planeamiento no produce sino desajustes entre las necesidades reales de la población y las previsiones normativas. A título de ejemplo, baste con citar como unas ciudades cada vez más envejecidas se ven obligadas a realizar reservas de suelo para dotaciones escolares, mientras que las previsiones para centros de asistencia a las personas mayores son inexistentes o muy reducidas.

⁴⁰ Ver Gifreu Font, J., 2017, p. 81 y 82, también Alonso Ibañez, M. R., 2017, pp. 95-106.

Junto a ellas, el legislador estatal regula las actuaciones asistemáticas (artículo 24.1), que a nuestro juicio en el ámbito urbano tendrán una notable importancia, piénsese, p. e. en actuaciones para mejorar la accesibilidad de determinadas edificaciones o el aprovechamiento energético. En ambos supuestos, la delimitación del ámbito de actuación o de la actuación aislada se realizará a propuesta de alguno de los sujetos enumerados en el artículo 8 TRLSRU.

Tanto para las actuaciones sistemáticas, como para las asistemáticas es imprescindible la adopción de un acuerdo administrativo, que delimite el ámbito de actuación, se trata de un acto administrativo cuyo procedimiento de aprobación, requiere la notificación a los interesados y un trámite de información pública, para su posterior aprobación. Es cierto, que como dijimos, el número 2 del artículo que estamos estudiando ha sido declarado nulo, no obstante, esa necesidad de notificación y publicación se infiere, sin lugar a duda, de lo previsto en el art. 25 TRLSRU, además de las previsiones concretas contenidas en la legislación urbanística de las CCAA. Como tampoco ofrece dudas que los propietarios afectados por la delimitación de ámbito de actuación participan en la misma en un régimen de equidistribución de beneficios y cargas (artículo 14.c)], en virtud del principio de transparencia, aun cuando, como sabemos, para estos propietarios, la participación en la actuación es un deber del que no pueden sustraerse (art. 17.2).

Los números siguientes del artículo que estamos comentando, establecen una serie de reglas para facilitar la rehabilitación de las edificaciones más antiguas existentes en el suelo urbano⁴¹. Las más antiguas y, probablemente, las ocupadas por personas de mayor edad y, consecuentemente, con un mayor grado de dependencia, además de posiblemente las económicamente más desfavorecidas, por lo que nos parece un paso importante hacia la sostenibilidad urbana y social. Así, el número 4 del indicado precepto autoriza la ocupación de espacios libres o de dominio público para la instalación de ascensores u otros elementos que garanticen la accesibilidad universal. Esta autorización de ocupación se extiende a elementos privativos tales como vestíbulos, descansillos, sobrecubiertas, voladizos y soportales tanto en el suelo, como en el subsuelo o en el vuelo, a condición de que sea la única solución viable técnica o económicamente. De esta forma, la Ley sacrifica las dotaciones públicas e, impone un sacrificio a los propietarios privados que pueden sufrir la pérdida de una parte de su vivienda, en favor de unas viviendas más accesibles y que favorezcan la movilidad.

Obviamente, ese sacrificio en la propiedad privada de las viviendas tiene que ser compensado y, de no poder serlo, mediante los mecanismos de equidistribución, tiene que serlo acudiendo a los mecanismos de expropiación, o a la adquisición, mediante convenio, por parte de los beneficiarios de la actuación de la parte ocupada de la vivienda.

Esos mismos criterios de autorización de ocupación del espacio público o privado, se establecen sobre los espacios necesarios para la realización de obras que consigan reducir al menos un 30 por ciento la demanda energética de calefacción o refrigeración del edificio, mediante instalaciones que tengan por objeto la instalación de aislamiento térmico o fachadas ventiladas; la instalación de dispositivos bioclimáticos; la instalación de sistemas de energía renovable o la reducción del consumo de agua. En este caso, la Ley supone un claro incentivo por mejorar la calidad de vida mediante la reducción de la contaminación que produce la ciudad, incidiendo en los elementos que más contribuyen a ésta, aún cuando ello suponga un sacrificio temporal para el espacio público. También en este caso, si ese sacrificio se produce sobre elementos privativos y es de carácter definitivo debe ser compensado mediante, normalmente, los mecanismos de la expropiación, estamos pensando, p. e. en la instalación de placas solares en una terraza de uso privativo.

Estas previsiones se complementan con una regla excepcional, al requerir de los planes urbanísticos, que establezcan normas, criterios, para que estas superficies no computen a efectos de los límites de edificabilidad establecidos por el planeamiento urbanístico, ni a las distancias mínimas a linderos.

Las mismas reglas se aplican a las obras que consigan reducir en al menos un 30% la demanda energética anual de calefacción o refrigeración del edificio, siempre que las mismas consistan en alguna de las actuaciones enumeradas en el apartado 5 del indicado artículo.

Finalmente, se prevén actuaciones en inmuebles de interés cultural, limitándose la Ley a autorizar «soluciones innovadoras» que den solución a los problemas de accesibilidad o ahorro energético.

La LOUA establece en sus artículos 144 a 147 la ejecución mediante áreas de gestión integradas (AGI)⁴², que puede resultar interesantes para la ejecución de actuaciones en el medio urbano, sobre todo

⁴¹ Aspectos destacados por Gifreu Font, J., 2017, p. 79.

⁴² Para Castellvi Martínez (Gutiérrez Colomina, V. et al., 2004, p. 890), se trata de un instrumento para la colaboración entre Administraciones en la gestión y ejecución del planeamiento.

para las llamadas actuaciones integradas (artículo 2.1 TRLSRU) en las que se integran, como se dijo, las actuaciones urbanísticas y edificatorias, con otras de carácter social, ambiental o económico. Pues bien, el establecimiento de estas áreas puede realizarse por el planeamiento urbanístico o por el procedimiento de delimitación de unidades de ejecución, con lo que las previsiones de la LOUA son coincidentes con las que acabamos de ver del TRLSRU.

La delimitación de la AGI supone la «coordinación e integración de acciones de la Administración de la Junta de Andalucía y los municipios, así como, en su caso, las restantes Administraciones con incidencia en los objetivos perseguidos con dichas áreas»⁴³.

El artículo 145 determina los efectos de la declaración de AGI, en primer lugar, la cooperación de las distintas Administraciones implicadas, la autorización para constituir consorcios de gestión del área, así como para recaudar, por la AGI, precios públicos y, la utilización y administración de los bienes aportados o adscritos a la misma. Y, por último, el sometimiento al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto de todas las transmisiones producidas en el área en un periodo de seis años.

El artículo 147, a su vez, autoriza para que el área se divida en una o varias unidades de ejecución, con aplicación en cada una de ellas de cualquiera de los sistemas de ejecución del planeamiento previstos en la LOUA, o/y la realización de obras ordinarias.

Esta normativa debe ser completada con la previsión contenida en vigente PEV, citado, cuyos artículos 47 a 54 contemplan ayudas para las Áreas de Regeneración y Renovación Urbanas (ARU), el objeto de las mismas son las actuaciones conjuntas de rehabilitación de edificaciones y urbanización o reurbanización de espacios públicos o, incluso, de edificaciones de nueva planta en sustitución de otros demolidos, incluyendo actuaciones en ámbitos de infravivienda y chabolismo (artículo 47). Para que la ARU sea subvencionable el Plan establece como condición que el 70% de la edificabilidad sobre rasante de la ARU sea dedicada a vivienda, requisito del que exceptúa las actuaciones que afecten a infravivienda o chabolismo, esta regulación resulta a mi juicio incompleta, pues ¿qué pasa en el supuesto de actuaciones en las que se incluyan viviendas e infraviviendas?

Como puede observarse, estas actuaciones que pueden coincidir sin ninguna dificultad con las AGI contempladas en la LOUA no son actuaciones integradas en el sentido del artículo 2.1 del TRLSRU, aunque nada impide, a mi juicio, que los acuerdos suscritos entre la Administración autonómica y la municipal complementen las actuaciones a subvencionar por la AGE, con otras de carácter social, en cualquier caso, se echa de menos que desde la AGE se propicien esas actuaciones integradas.

Por último, y volviendo al TRLSRU, es preciso tener en cuenta que cualquier actuación en el medio urbano deben garantizar su viabilidad económica mediante la elaboración de una memoria de viabilidad, a la que nos referimos en páginas precedentes. Esta memoria debe acompañar a la modificación del planeamiento que haga posible la actuación o, si no fuera precisa modificación alguna del planeamiento, al acuerdo administrativo por el que se delimita la actuación.

Hay que destacar respecto del contenido del informe, la reiterada necesidad de concreción sobre que los costes de la actuación para los propietarios del ámbito no deben superar el deber de conservación, en este sentido véase el párrafo final de la letra a) del indicado artículo 22.5, también el párrafo final de la letra c)⁴⁴. El informe quiere contener no solo los costes, sino también los incrementos de edificabilidad contenidos en la actuación y que puedan hacer aquélla más rentable, las posibles aportaciones de las Administraciones públicas, si las hubiere, y la posible inversión de terceros interesados en la actuación, o, finalmente, los compromisos de las empresas prestadoras de servicios energéticos, abastecimiento de agua o telecomunicaciones de financiar la parte de la actuación que afecte a sus servicios.

4.2. Régimen jurídico de las actuaciones sobre el medio urbano

Los derechos de los propietarios de construcciones, edificaciones y/o suelo en suelo urbanizado y que, en consecuencia, pueden verse afectados por actuaciones en el medio urbano se regulan en el artículo 14, en el que se establece el derecho a urbanizar o por ser más preciso completar la urbanización existente, edificar sobre unidad apta para ello, es decir, sobre una parcela tal y como aparece definida en el artículo

⁴³ Artículo 144 LOUA.

⁴⁴ Sobre la viabilidad económica de la L3R, Tejerina González, J. I., obra citada, p. 311, afirma que «la viabilidad económica se alcanza cuando los propietarios no tengan que aportar a la actuación una cantidad superior al 50% de lo que costaría construir su edificio actualizado».

26.1.b) TRLSRU⁴⁵ y, participar en la ejecución de las actuaciones de reforma o renovación o de dotación en un régimen de justa distribución de beneficios y cargas.

Esta participación en régimen de equidistribución de beneficios y cargas, reiterada en el artículo 9.6 TRLSRU, habrá de entenderse referida a las actuaciones de reforma o renovación, pero no a las de rehabilitación edificatoria, pues en ella resulta muy complicada la aplicación de esta técnica, significa que cada propietario asumirá los gastos de la actuación en proporción a su propiedad, y también, en relación con la misma recibirá superficie edificable. El principio de equidistribución es básico en nuestro Derecho Urbanístico, y el legislador ha querido afianzarlo en las actuaciones en el medio urbano⁴⁶. Los efectos de la aprobación del instrumento de equidistribución (proyecto de reparcelación suele designarlo la legislación urbanística) se fijan en el artículo 23 TRLSRU, sin que presente peculiaridades a las que haya que hacer referencia en este momento.

Una alternativa a la equidistribución es la establecida en la letra c) del indicado artículo 14, reservada, a nuestro juicio, para aquellas actuaciones, fundamentalmente de dotación, en las que no sea posible la sustitución de la antigua propiedad por la nueva, su diferencia con la equidistribución «tradicional» parece consistir en que en la primera se produce la sustitución de la antigua propiedad por la nueva, mientras que en esta alternativa esa sustitución no existe, es decir se mantiene la antigua propiedad⁴⁷, limitándose a la «distribución, entre todos los afectados, de los costes derivados de la ejecución y de los beneficios imputables a la misma, incluyendo entre ellos las ayudas públicas y todos los que permitan generar algún tipo de ingreso vinculado a la operación».

La letra d) del mismo artículo, formula un último derecho, que más parece una obligación, al establecer que la resolución administrativa que permita el inicio de la actuación, produce, de forma automática y por mandato legal, la afección real e inmediata al pago de las cuotas de urbanización de las fincas incluidas en el ámbito de ésta.

En cuanto a las cargas, se encuentran reguladas en el artículo 17, son la otra cara de la moneda de los derechos a que hemos hecho referencia, la más singular en el medio urbano es la de conservar, y a ella nos referiremos en el epígrafe siguiente, por lo que no nos detendremos en este momento.

El número 5 del mismo artículo establece quienes son los sujetos obligados a la realización de las actuaciones sobre el medio urbano, éstos serán, además de aquellos que disponga la legislación autonómica, los siguientes: a) los propietarios y titulares de derechos de uso en la proporción que establezca el contrato respecto de los bienes privados; b) las comunidades de propietarios y cooperativas de viviendas respecto a los elementos comunes de la construcción, edificio o complejo inmobiliario; c) la Administración Pública respecto a los elementos propios de la urbanización, siempre que no exista el deber del propietario de asumir su coste. De este modo distingue con nitidez la responsabilidad de cada sujeto respecto del objeto del que es «titular»⁴⁸.

La iniciativa para proponer la ordenación de las actuaciones de transformación puede partir de la Administración, de las entidades dependientes de ellas o de los propietarios. En las actuaciones en el medio urbano, además, pueden partir de las comunidades de propietarios y agrupaciones de comunidades, cooperativas, propietarios de construcciones, edificaciones y fincas urbanas, en este punto la Ley es redundante, pues los propietarios se han mencionado al regular las actuaciones de transformación. También pueden adoptar la iniciativa, los titulares de derechos reales y cualquier sociedad que represente a alguno de los anteriores. Es claro que, la posibilidad de iniciar una actuación en suelo urbano está relacionada con las obligaciones derivadas de la clase de derechos de los sujetos que acabamos de referir. Así, p. e., la iniciativa de las comunidades de propietarios para promover la ordenación de la actuación solo es imaginable en aquellas actuaciones que incidan sobre elementos comunes de la edificación, e incluso, cuando la edificación precise de nuevos elementos comunes (p. e.: una rampa, un ascensor que produzca la ocupación de espacios públicos).

⁴⁵ «Unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente».

⁴⁶ En este sentido, por citar solo una, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015, con cita de la sentencia del mismo Tribunal de 5 de marzo de 2007, dice, en lo que ahora nos importa: «[...] la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; y que tiene que ver, también, con el respeto, en todo caso, del principio de equidistribución de beneficios y cargas; pues un incremento de los deberes de urbanización como es ese cuya posibilidad analizamos, comporta cuando menos un riesgo potencial de menoscabo de esa garantía de igualdad y de ese principio de equidistribución, [...]».

⁴⁷ En este sentido, parece pronunciarse Tejerina González, obra citada, p. 309.

⁴⁸ En igual sentido Tejedor Bielsa, J., 2013, p. 55.

En cuanto a la participación (artículo 9.4), o si se prefiere, la posibilidad de pilotar la actuación, están facultados, naturalmente la Administración Pública que puede utilizar cualquier modalidad de gestión directa o indirecta, es decir, puede participar, p. e. a través de un concesionario o un agente urbanizador (o rehabilitador), etc.

En caso de no ejecutar las obras directamente y, dado que buena parte del art. 9.3 ha sido anulado por la sentencia del Tribunal Constitucional citada, la Administración en caso de acudir a un tercero ajeno a la misma, deberá seleccionarlo previa convocatoria de un concurso público que se regirá por la normativa de contratación pública, también podrá acudir a la incorporación de un medio propio o, finalmente, a encargar la misma a un consorcio previamente creado o una sociedad de capital mixto en el que la Administración debe ostentar una posición mayoritaria. De tratarse de actuaciones de transformación urbanística podrá acudirse a los medios que contemple la normativa urbanística para la ejecución del planeamiento.

El TRLSRU reconoce el derecho a participar en estas actuaciones, además de a la Administración, a los propietarios de edificaciones, comunidades de propietarios, cooperativas y, en general, cualquier sociedad que intervenga en la actuación. Insistimos en lo dicho, que la participación de cualquiera de estas personas o entidades está relacionada, o hay que relacionarlo, con los sujetos obligados a que hace referencia el artículo 17.5 TRLSRU. Esta participación puede llegar hasta asumir la gestión de las obras, lo que podrán hacer, también, en asociación con otras personas físicas o jurídicas, el legislador parece estar pensando en la empresa urbanizadora (o rehabilitadora) del sistema de gestión por compensación.

Las obligaciones de los promotores de la actuación se regulan en el artículo 18⁴⁹, pormenoriza en números sucesivos, los deberes de los promotores de actuaciones de transformación urbanística, actuaciones de dotación y actuaciones edificatorias. En las primeras, las obligaciones de los promotores son las típicas en estos procesos, a saber, entregar a la Administración suelo para dotaciones ya sean éstas para dotaciones locales o generales, entregar suelo con aprovechamiento urbanístico para incorporar al patrimonio público del suelo, costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización, así como las infraestructuras de conexión previstas por el planeamiento, entregar a la Administración las obras e infraestructuras ejecutadas por formar parte de la urbanización, garantizar el realojo de los ocupantes legales, así como el derecho de retorno y, por último, indemnizar a los titulares de derechos sobre construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y las obras, instalaciones, plantaciones y sembrados que no puedan conservarse.

En las actuaciones de dotación, los deberes a que se acaba de hacer referencia se atemperan en función del incremento de la edificación «media ponderada» que se produzca en el área delimitada como tal.

En las actuaciones edificatorias los deberes se limitan a los derechos de realojo y retorno de los ocupantes legales que tengan que ser desalojados como consecuencia de la actuación, así como los de indemnizar a los titulares de construcciones o edificaciones que deban ser demolidas y las obras e instalaciones que no puedan conservarse, hemos omitido la referencia a plantaciones y sembrados pues no es pensable que una actuación de edificación se encuentre con unas u otros.

A fin de facilitar la financiación de las actuaciones previstas por el planeamiento, la Ley reconoce a cualquiera de las personas y entidades que acabamos de enumerar para la realización de la actuación en el medio urbano, plena capacidad jurídica para realizar cualquier tipo de operaciones financieras, también las crediticias, que les permitan cumplir con su obligación de conservación y participar en las actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación [artículo 9.5.a)], lo que se recalca en la letra h) del mismo número⁵⁰.

4.3. La rehabilitación edificatoria

Las actuaciones de edificación pueden ser de nueva edificación y sustitución de la edificación existente o de rehabilitación edificatoria, entendiéndose por tales las que tienen por objeto dotar a las viviendas y edificaciones de las condiciones de funcionalidad, seguridad y habitabilidad previstos en la LOE.

En este epígrafe nos vamos a centrar en las actuaciones de rehabilitación edificatoria y mejora energética, que entendemos se configura en un elemento central de ese giro global, que supone centrar el urbanismo en las políticas de conservación, rehabilitación, regeneración y renovación urbana, en definitiva, en ese giro que hace de la sostenibilidad su hilo conductor.

⁴⁹ No vamos a hacer una referencia pormenorizada a estas obligaciones pues son las típicas de cesión de suelos dotacionales, urbanización, cesión del suelo para realizar el aprovechamiento urbanístico que corresponde a la Administración, garantizar el realojo e indemnizar a los titulares de derechos existentes en el ámbito.

⁵⁰ Véase también Tejedor Bielsa (2013), p. 56 y Allí Aranguren, J.-C., 2014, p. 221.

La realización de estas actuaciones tiene como punto de partida, la obligación que la Ley impone a los propietarios de conservar su propiedad en las condiciones legales de seguridad, salubridad, accesibilidad universal y ornato [artículo 15.1.b)], así como, la realización de obras adicionales por «motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad o sostenibilidad del medio urbano» [artículo 15.1.c)], si bien estos últimos parecen exigir con carácter previo un requerimiento por parte de la Administración. Iglesias González, denomina al primero, deber de conservación ordinario y, al segundo, obras adicionales de conservación⁵¹, asociando solo al deber ordinario el límite del coste del cincuenta por ciento. A nuestro juicio, esta interpretación, aunque sugerente, es difícil de mantener de la lectura del Texto Refundido vigente, pues el número 2, no hace sino fijar el límite al deber de conservación a costa de los propietarios. Cuantificando, el número 3, ese límite en la mitad del valor actual del edificio de nueva planta⁵², de superarse dicho límite, los gastos suplementarios correrán a cargo de la Administración, siempre que las obras sirvan para obtener mejoras de interés general.

Esta regulación, por lo demás tradicional en nuestro derecho urbanístico, supone un beneficio para los propietarios más laxos en el cumplimiento de sus obligaciones, pues aquellos que mantienen periódicamente, probablemente, estén siempre dentro de los límites del artículo 15, mientras que los que no conservan, no mantienen, por la razón que fuere, se encontrarán un día que los costes de la rehabilitación pueden superar el límite del cincuenta por ciento. Nos parecería más adecuado a la idea de que la obligación de conservar no es solo un beneficio para el propietario, sino una obligación de interés general, limitar el deber de conservación en función de la capacidad económica de éste, de modo que, si carece de los recursos necesarios para el adecuado mantenimiento de su vivienda, debería poder acceder a medidas sociales y económicas de apoyo económico⁵³. Y, para los restantes supuestos, la obligación de conservar no debe tener límites.

Esta obligación de conservar puede imponerse a los propietarios mediante órdenes de ejecución, que determinan la «afección real directa e inmediata» del inmueble al cumplimiento de la obligación de realizar las actuaciones previstas en la orden de ejecución. Y, en caso de inexecución, será la Administración quien deba actuar subsidiariamente⁵⁴.

El número 4 del artículo que estamos estudiando dispone que, si el propietario incumple las órdenes de ejecución, y la Administración actúa subsidiariamente, el límite puede elevarse hasta el setenta y cinco por ciento del coste de reposición de la construcción, siempre que así lo disponga la legislación autonómica, parece que con esta previsión el legislador quiere abrir la posibilidad de que las CCAA «sancionen» al propietario que incumpla los requerimientos de la Administración.

Sobre el deber de conservación la jurisprudencia ha mantenido que «es una manifestación inequívoca de la función social que tiene el derecho de propiedad urbanística (artículo 33.2 de la CE) porque las razones de seguridad y de salubridad, e incluso de ornato público, son valores sociales indudables», así como que «La policía administrativa sobre las edificaciones no se limita a las licencias urbanísticas necesarias para alzarlas y ocuparlas sino que se prorroga en el tiempo, tras la conclusión de las obras al amparo de una licencia no caducada y conforme a la ordenación urbanística, mediante la exigencia de los deberes de conservación adecuada de los edificios» [STS 1-07-2002 (RC 7088/1998)]. En igual sentido la STS de 26-06-2007 (RC 9002/2003).

A su vez, la sentencia del TSJ de Madrid de 6 de febrero de 2019 (RA 1118/2017), estudia qué se entiende por deber «normal» de conservación imputable al propietario, de modo que, lo que exceda aquél, no es exigible a éste, afirmando:

«obras de conservación de mejora o de reforma en fachadas o espacios visibles desde la vía pública por las expresadas razones de interés turístico o estético [artículo 15.1.c) del actual Texto Refundido de 2015], obras que también implican un deber que debe ser soportado por el propietario, pero presentan la diferencia de que todo lo que exceda del mantenimiento de las condiciones ordinarias de seguridad, salubridad y ornato públicos, es decir, del mantenimiento normal de los edificios no cabe en el deber de conservación a costa de su dueño, con la con-

⁵¹ Iglesias González, F., 2014, p. 60. Plantea si el deber de conservación ordinario no está sometido a límite alguno, aunque, a continuación mantiene que debe existir algún límite al deber de conservación en función de la situación técnica del inmueble.

⁵² Para el cálculo del límite del deber de conservación puede verse Tejerina González, J. I., 2014, pp. 303-305.

⁵³ González Sanfiel, A., 2020, p. 37.

⁵⁴ González-Varas Ibañez, S., 1998, p. 113, con referencia al TRLS de 1992, señala un doble deber, por un lado, de la Administración de requerir la conservación de la edificación y, por otro, del propietario de conservar en condiciones de estética, seguridad, salubridad y ornato las edificaciones de su propiedad.

secuencia de que los gastos correspondientes deben correr con cargo a los fondos de la Administración que las ordene, respecto de todas las obras que rebasen este deber de conservación normal y persigan obtener mejoras de interés general por las razones turísticas y estéticas que se acaban de decir.».

Matizando a continuación que ese límite legal al deber de conservación se establece por la legislación autonómica en la mitad del valor de un edificio de nueva planta de similares características. La STSJ Andalucía. Sede de Sevilla de 20-04-2012 (RA 566/2011), se analizan los límites del deber de conservación, insistiendo en que dicho límite se encuentra en la mitad del valor actual de la edificación. También puede verse, la del mismo Tribunal, Sede Granada, de 27-09-2018 (RA 1032/2016), donde se coincide con la primera sentencia en cuanto al límite cuantitativo del deber normal de conservación.

Cuando las obras excedan del valor del deber de conservación, en lo que se rebase y siempre que supongan un beneficio para el interés general, como se dijo, se faculta para que dichos costes sean soportados por la Administración municipal, pues será ésta quien de forma normal imponga las órdenes de ejecución (número 5).

Podría plantearse si con esa referencia al «interés general», la Ley, está limitando la posible intervención de la Administración a actuaciones en inmuebles protegidos o, incluso, en aquellos que sin serlo tengan interés turístico, esta es la opinión de Barrero González⁵⁵, si bien, limita la posible actuación de la Administración a los inmuebles catalogados que son los que de acuerdo con el artículo 157.3.B).a) LOUA no pueden ser demolidos, aun cuando sean declarados en estado de ruina⁵⁶. A nuestro juicio, se trata de una visión anclada en un urbanismo de mercado, el interés general aboga por el principio de desarrollo urbano sostenible y, éste por la conservación y rehabilitación, así el art. 3.3.b), impone a los poderes públicos favorecer la rehabilitación y la ocupación de viviendas en desuso o, en el número 4, declara la vinculación del uso residencial al derecho a disfrutar de una vivienda digna.

El artículo 17.3 TRLSRU, concreta que, para las edificaciones, el deber de conservación supone satisfacer los requisitos básicos de la edificación establecidos en el artículo 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE)⁵⁷ y, actualizar sus instalaciones a las normas legales exigibles en cada momento.

⁵⁵ Comentarios al artículo 155 LOUA, en Gutierrez Colomina (dir. y coor.) et al., 2004, p. 942.

⁵⁶ De la misma opinión parece ser Jiménez-Blaco, A., 2007, pp. 394 y 395.

⁵⁷ El artículo 3 establece los siguientes requisitos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad:

a) Relativos a la funcionalidad:

- a.1. Utilización, de tal forma que la disposición y las dimensiones de los espacios y la dotación de las instalaciones faciliten la adecuada realización de las funciones previstas en el edificio.
- a.2. Accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica.
- a.3. Acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información de acuerdo con lo establecido en su normativa específica.
- a.4. Facilitación para el acceso de los servicios postales, mediante la dotación de las instalaciones apropiadas para la entrega de los envíos postales, según lo dispuesto en su normativa específica.

b) Relativos a la seguridad:

- b.1. Seguridad estructural, de tal forma que no se produzcan en el edificio, o partes del mismo, daños que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.
- b.2. Seguridad en caso de incendio, de tal forma que los ocupantes puedan desalojar el edificio en condiciones seguras, se pueda limitar la extensión del incendio dentro del propio edificio y de los colindantes y se permita la actuación de los equipos de extinción y rescate.
- b.3. Seguridad de utilización, de tal forma que el uso normal del edificio no suponga riesgo de accidente para las personas.

c) Relativos a la habitabilidad:

- c.1. Higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos.
- c.2. Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades.
- c.3. Ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio.
- c.4. Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio.

La actualización de las instalaciones podría alcanzar a actuaciones de tanta importancia para la edificación y sus ocupantes, como las instalaciones contra incendios (CPI) o instalaciones de energía (calefacción y refrigeración). Según esta idea las instalaciones contra incendios tendrían que actualizarse periódicamente de acuerdo con la mejor técnica disponible (MTD)⁵⁸ y, de igual forma se actuaría con las instalaciones de generación de energía que tanto influyen en la contaminación de la ciudad, esta idea es apuntada por Menéndez Rexach, quien la denomina cláusula de progreso para incorporar a las viejas edificaciones las mejoras técnicas disponibles⁵⁹. Aun cuando coincido con Iglesias González, en que de la lectura de la exposición de motivos de la L3R se desprende que ésta no tiene carácter retroactivo⁶⁰, dejando la determinación de la obligación o no de incorporar a la edificación las innovaciones técnicas a la legislación sectorial.

Por último, conviene hacer referencia, antes de terminar este epígrafe sobre las actuaciones de conservación de las edificaciones en suelo urbano, a las actividades de fomento realizadas por las Administraciones Públicas a través de los Planes de Vivienda, en efecto el PEV, establece como actuaciones subvencionables, las actuaciones de conservación relativas a la cimentación, estructura e instalaciones (artículo 43.1), las relativas a la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad. También, las relativas a la mejora de la eficiencia energética es objeto de ayudas en el indicado plan (artículo 36), a través de actuaciones en sistemas de calefacción, refrigeración, producción de agua caliente sanitaria, etc. El Plan de Vivienda, como sabemos, nada añade a la obligación de conservación, pues, el mismo, tiene por objeto fomentar la realización de determinadas actuaciones mediante un sistema de ayudas económicas, en consecuencia, es una norma que se mueve en la clásica actividad de fomento de la Administración.

No podemos acabar este epígrafe sin hacer referencia al “Informe de Evaluación de Edificios”, regulado en el artículo 29 TRLSRU, como es sabido del indicado informe queda vigente exclusivamente el número 1, pues los números 2 a 6 ambos inclusive están afectados por la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad que de ellos hizo la STC 143/2017, nulidad que tiene su causa en la incompetencia del Estado para regular esta materia. No obstante, lo que acabamos de decir, entendemos que el referido Informe es o puede ser una pieza esencial para contribuir a la conservación de las edificaciones, en función de la regulación que del mismo realicen las CCAA o los Ayuntamientos, pues la Ley se limita a posibilitar a la Administración competente a exigir el mismo a los propietarios de las edificaciones residenciales.

Como colofón de cuanto llevamos estudiado en relación con el deber de conservación. Poner de manifiesto, como, a nuestro juicio, el problema fundamental que plantea este deber es, que hasta la fecha, su regulación no ha sido suficiente para conseguir su objetivo, la pervivencia de las edificaciones existentes, pues tradicionalmente ha chocado con la pertinaz voluntad del propietario por declararlo en ruina, demolerlo, construir una edificación nueva y, de paso, extinguir los contratos de arrendamiento existentes⁶¹, quizás la menor protección de los arrendatarios en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), aporte más argumentos en favor de la conservación de la edificación. Otro enemigo de la conservación es el planeamiento urbanístico, pues si éste otorga mayor aprovechamiento urbanístico (mayor edificabilidad) a las nuevas construcciones que, a las actuales, está introduciendo un incentivo perverso en favor de la renovación de estas, que en nada favorece su conservación.

4.4. Los derechos de realojo y retorno

Las actuaciones en el ámbito urbano suelen encontrar situaciones en las que las viviendas se encuentran ocupadas legalmente por personas distintas al propietario, ello supone que los ocupantes sean acreedores de los derechos de realojo y retorno, lo que supone la articulación de un derecho social⁶² que tiene su origen en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, y que la legislación urbanística amplió, dado que la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos⁶³ lo había dejado subsistente con carácter residual. En este sentido, la DA cuarta de la LS de 1992 ya recogió el derecho de realojo y retorno de forma similar a su regulación actual en el TRLSRU⁶⁴.

⁵⁸ Concepto, este de la MTD, muy depurado en el Derecho ambiental.

⁵⁹ Menéndez Rexach, A., 2011, p. 20.

⁶⁰ Iglesias González, F., 2014, p. 53.

⁶¹ En igual sentido Tejedor Bielsa, J., 2015, p. 11, quien apunta como mecanismos para corregir esta situación, el establecimiento de estímulos y la generación de «un tejido empresarial o cooperativo que garantice una gestión adecuada y sostenible en el tiempo».

⁶² La articulación de este derecho social puede evitar que una vez reformado el espacio urbano y rehabilitadas las viviendas, éstas entren, como dice González Sanfiel, 2020, p. 39, en un proceso de elitización.

⁶³ DT 2.ª Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

⁶⁴ En igual sentido, puede verse Quintana López, T., 2014, p. 2.494.

El derecho de realojo consiste en la garantía de un nuevo alojamiento para los ocupantes legales de inmuebles que constituya su residencia habitual, siempre que aquélla, obviamente, se encuentre dentro del ámbito de una actuación en el medio urbano. Se trata, a decir del número 3 del artículo 19 TRLSRU, de un derecho personal e intransferible, con la única excepción de los herederos forzosos o del cónyuge supérstite, y siempre que unos u otro acrediten la utilización de la vivienda como residencia habitual.

Los números 1 y 2 regulan el ejercicio del derecho de realojo en actuaciones sistemáticas, el primero, y de realojo y retorno en las asistemáticas, el segundo.

Así las letras a) y b) del número 1, disponen que la Administración expropiante [letra a)] o el promotor de la actuación [letra b)], deberán poner a disposición de los ocupantes legales viviendas en condiciones de venta o alquiler vigentes para las viviendas protegidas y de una superficie adecuada, dentro de las limitaciones de superficie de la vivienda protegida. La entrega de la vivienda de reemplazo deberá realizarse en igual régimen al que viniera disfrutando, y equivale al abono del justiprecio o, de compensación por la indemnización a que tiene derecho el titular de un derecho de arrendamiento.

El ocupante legítimo puede optar por recibir el justiprecio en metálico y renunciar a su derecho al realojo regulado en el TRLSRU. En consecuencia, en las actuaciones sistemáticas no se contempla el derecho de retorno.

La regulación de los derechos de realojo y retorno solo se reconocen para las actuaciones asistemáticas, siempre que no corresponda aplicar la expropiación, en cuyo caso sería de aplicación la regulación que hemos visto en el párrafo anterior. El número 2 del referido artículo 19, se establece la obligación del propietario de la edificación de facilitar un alojamiento provisional a las personas afectadas por la actuación que estuvieran ocupando legalmente un inmueble como vivienda y, además, facilitarles el retorno, todo ello por el tiempo que reste de contrato⁶⁵.

Nuestros Tribunales vienen reconociendo este derecho a cualquier ocupante legal, así la sentencia del TSJ de Madrid de 8 de febrero de 2017 (RA 988/2016), afirma:

«[...] que establece una verdadera obligación de relaja de naturaleza urbanística porque para que surja el derecho de realojo se precisa que el ocupante tenga la condición de legal esto es que sea titular de un derecho real sobre la vivienda de la que ha de ser desalojado, esto es que sea propietario, usufructuario de la misma o al menos que goce de un derecho personal, esto es que se arrendatario. Incluso podría admitirse como ocupante legal al mero precarista esto es al poseedor con la aquiescencia del propietario.»

En igual sentido las sentencias del mismo Tribunal de 2-02-2006 (RA 393/2004); 16.03. 2016 (RA 527/2015; 20-04-2016 (RA 609/2015), entre otras muchas.

El realojo debe realizarse en una vivienda en el mismo ámbito de la actuación, o si no es posible, en el más próximo a la misma y, cuando esto no sea viable tendrán derecho al equivalente económico del derecho al realojo (número 5); dicha vivienda tendrá una superficie adecuada a las necesidades del titular del realojo y si es una persona con discapacidad, acorde con sus necesidades, entiendo que una superficie «adecuada» será, una superficie igual a la que venía disfrutando.

Una vez concluida la actuación, el propietario del inmueble deberá facilitar el retorno a una vivienda cuya superficie no sea inferior en un cincuenta por ciento a la anterior, siempre que tenga al menos noventa metros cuadrados, o no inferior a la que tuviera con anterioridad, si no alcanza dicha superficie, de características similares y ubicada en el mismo solar o en el entorno, de haberse derribado el edificio. Obviamente, como dice Quintana López, el retorno debe producirse a una vivienda que pueda material y jurídicamente ser ocupada⁶⁶.

El precepto que estamos comentando, establece en el número 4 una serie de reglas procedimentales que pretenden garantizar la participación en el establecimiento de la actuación en suelo urbano de los ocu-

⁶⁵ Opinión de Quintana López, T., citado, p. 2.495, este límite temporal excluye del derecho de realojo a las personas que ocupan una vivienda como precaristas, por el mero consentimiento del propietario, sin la existencia de contrato alguno.

No compartimos la misma pues, a nuestro juicio, discrepo que la mera fijación como límite de los derechos de realojo y retorno de la fecha del contrato, presuponga la voluntad del legislador de limitar los mismos a los contratos estipulados por escrito con fecha de vencimiento. Entendemos que, si el legislador hubiera pretendido limitar los derechos de realojo y retorno, exclusivamente, a quienes tuvieran formalizado un contrato, así lo hubiese hecho, sin embargo, para identificar a los titulares de estos derechos, utiliza una acepción tan amplia como «ocupantes legales», de donde no cabe sino interpretar que el legislador está incluyendo a todos aquellos en que se dé esa condición.

⁶⁶ Ibidem.

pantes legales, de este modo impone: a) a la Administración la obligación de identificarlos y notificarlos, concediéndoles un trámite de audiencia que coincidirá con el de información pública, cuando sea preceptivo y ya sabemos que lo es; b) durante dicho trámite los ocupantes podrán acreditar sus títulos y solicitar el reconocimiento del derecho o renunciar a él; c) terminado el trámite de audiencia e información pública, cuando sea necesario, la Administración publicará una relación de las personas con derecho a realojo, notificándoselo a los interesados; d) la Ley autoriza que después de estos trámites se reconozca el derecho a otras personas que acrediten los requisitos legales. Contra los listados aprobados por la Administración, como mantiene Quintana López, pueden oponerse los propietarios, si entienden que la relación aprobada por la Administración contiene personas que no reúnen los requisitos legalmente establecidos⁶⁷ o los ocupantes, si alguno de ellos no ve reconocido su derecho o no lo ve reconocido en los términos legales.

5. CONCLUSIONES

A modo de recapitulación final, conviene recordar por donde empezamos, el derecho a una ciudad es un derecho de los ciudadanos, un derecho si se quiere emergente, que aboga porque los ciudadanos sean protagonistas de su ciudad, modelándola de acuerdo con sus intereses, con los intereses generales. La legislación urbanística tradicionalmente ha propiciado la participación de los ciudadanos en el proceso de aprobación de los instrumentos de planeamiento y gestión, pero se ha tratado de una participación más formal que real, el nuevo protagonismo de los ciudadanos debe ser, como dice la Constitución, real y efectiva y en esa dirección deben ir los instrumentos que la articulen.

Ese derecho a la ciudad armoniza con el principio de desarrollo urbano sostenible, del que se hace un amplio eco la legislación sobre el suelo. En efecto, el TRLSRU tras afirmar de forma clara este principio, reitera, como ya hiciera la Constitución, la necesidad de orientar las políticas públicas hacia el uso racional de los recursos naturales, entre los que, obviamente, se encuentra el suelo, armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente. Lo que, descendiendo a aspectos más concretos, implica la necesidad de abandonar ese urbanismo expansionista, característico del siglo XIX y, buena parte del XX, y volver la vista hacia la ciudad, no se trata ya de crear nueva ciudad, sino de mejorar la existente.

En este proceso que parece irreversible, aunque todavía no se ha enfrentado a un periodo largo de expansión económica, que presione en dirección contraria, resulta imprescindible contar con instrumentos jurídicos adecuados.

El TRLSRU hace de las actuaciones en el medio urbano el instrumento básico de esa nueva práctica urbanística, tanto para conservar las edificaciones existentes como para rehabilitarlas mejorando su accesibilidad, imprescindible en una sociedad cada vez más envejecida, para mejorar su eficiencia energética necesaria para atenuar y ralentizar el cambio climático, como es sabido, la ciudad es el mayor consumidor de recursos naturales y el mayor productor de emisiones de gases efecto invernadero.

Sin embargo, alguno de los instrumentos concretos que deben favorecer la rehabilitación y conservación de la ciudad, están diseñados por el legislador pensando en la edificación, en la vivienda, como un bien fácilmente sustituible, si no se conserva, se demuele (el deber de conservación termina donde empieza la declaración de ruina económica, o simplemente ruina), así limita el deber de conservación en unos márgenes estrechos, a nuestro juicio, este deber solo debería limitarse para aquellas personas que carezcan de recursos económicos para su realización y, en esos casos, los poderes públicos debieran llegar hasta donde los ciudadanos no pueden.

Junto a estas intervenciones, la ciudad precisa de aquellas otras que tienen por objeto promover actuaciones de renovación y regeneración del tejido urbano, necesarias, fundamentalmente, en aquellas zonas más degradadas de la ciudad, cuyo deterioro físico suele coincidir con un empobrecimiento en lo económico y un menoscabo social, por ello se ha criticado que la Ley solo posibilite las intervenciones integrales, a nuestro juicio, debería potenciarse de forma resuelta las intervenciones que integren lo urbanístico, con lo económico y con lo social. Intervenciones que deberían tener por objeto, además de la renovación urbana, promover la estabilidad de la población residente en su barrio y, favorecer la diversificación social, para hacer barriadas más inclusivas y abiertas.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 2.502.

Junto a estas actuaciones en barriadas periféricas o no, es preciso actuar en el centro de nuestras ciudades, dotándolas de nuevas instalaciones y servicios, y propiciando la conservación de su carácter residencial para evitar su abandono y, consecuente gentrificación de los centros urbanos. Así como, aquellas otras que pongan en valor la conservación del patrimonio edificado, pues tenemos la obligación de legar a nuestros hijos la ciudad que recibimos de nuestros padres. En la línea apuntada resulta de gran interés la lectura de la sentencia del TS de 26 de enero de este año (RC 8090/2019).

Si algo en común tienen las distintas actuaciones señaladas, es su falta de atractivo económico, en general la iniciativa privada es refractaria a ellas, los costes son altos y los beneficios esperados escasos, por ello, la mayoría de las actuaciones en la ciudad están necesitadas del impulso y la aportación de importantes recursos públicos. En este punto, el régimen jurídico previsto en el TRLSRU, que en buena medida reproduce los esquemas de las actuaciones de ejecución del planeamiento características del suelo urbanizable, han tenido escaso seguimiento. No creemos que en el futuro exista una gran competencia para asumir la gestión en la mayoría de las actuaciones enumeradas. Ni parece que la equidistribución sea el mecanismo más adecuado para la ejecución de actuaciones en el medio urbano, por ello, parece un acierto que el legislador haya previsto un régimen alternativo. En cualquier caso, deberían revisarse las experiencias de gestión de las actuaciones realizadas al amparo de los planes URBAN o de los actuales EDUSI y, sacar conclusiones con relación a su posible generalización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alenza García, J. F. (2018). Los municipios ante los retos de la prevención, el aprovechamiento y la eliminación segura de los residuos. En Alonso Ibañez, M. R. (dir.), *Retos del desarrollo urbano sostenible e integrado* (pp. 269-296) Tirant lo blanch.
- Alonso Ibañez, M. R. (2012). De la política urbanística a la política urbana. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 46(277), 13-28.
- Alonso Ibañez, M. R. (2014). Las repercusiones urbanísticas y territoriales de un modelo agotado de crecimiento económico. *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100 (número especial), 255-270. <https://apps.euskadi.eus/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=100&tipo=R&seccion=38&correlativo=1&contenido=10&locale=es>
- Alonso Ibañez, M. R. (2016). Las actuaciones de regeneración y renovación urbanas. *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, 138, 42-55.
- Alonso Ibañez, M. R. (2017). La viabilidad económica de los procesos de regeneración urbana. En F. García Rubio, R. Camp i Batalla y L. Vandelli (coords.), *Las nuevas perspectivas de la ordenación urbanística y del paisaje, smart cities y rehabilitación: una perspectiva hispano-italiana*. Fundación, Democracia y Gobierno Local.
- Alonso Ibañez, M. R. (2020). Un territorio para un derecho urbanístico sostenible. En A. González Sanfiel (dir.), *Nuevo Derecho Urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación* (pp. 131-164). Aranzadi Thomson Reuters y Universidad de La Laguna.
- Alli Aranguren, J.-C. (2014). La Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100 (número especial), 209-239. <https://apps.euskadi.eus/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=99&tipo=R&seccion=38&correlativo=1&contenido=8&locale=es>
- Bandrés Sánchez-Cruzat, J. M. (2014). El derecho a la ciudad. *Cuadernos de Derecho Local*, 35, 97-103. <http://hdl.handle.net/10873/1579>
- Barrero González, E. (2004). Comentarios al artículo 155 LOUA. En V. Gutierrez Colominas y A. Cabral González-Sicilia (dirs.), *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*. Thomsom-Aranzadi.
- Bustillo Bolado, R. O. (2014). El desarrollo sostenible como concepto jurídico y como principio constitucional. En R. O. Bustillo Bolado y M. F. Gómez Manresa (dirs.), *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y políticas públicas*. Thomsom-Aranzadi.
- Castellvi Martínez, E. (2004). En V. Gutierrez Colominas (dir. y coord.) et al., *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía* (p. 890). Thomsom-Aranzadi.
- Cuyas Palazón, M. (2018). Los retos de la planificación estratégica. En M. R. Alonso Ibañez (dir.), *Retos del Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado* (pp. 133-159). Tirant lo Blanch.
- Fariña, J. (3 de enero de 2012). *Smart Cities, los inventos del TBO*. El blog de José Fariña. <https://elblogdefarina.blogspot.com/2012/01/smart-cities-los-inventos-del-tbo.html>
- Fernández de Gatta Sánchez, D. (2016). Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Planificación y gestión. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 39 (monográfico), 1-50. <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/Publicacion/1284557094582/Redaccion>
- Gardini, G. (2020). Hacia la «ciudad justa». Planificación y regeneración urbana: la experiencia italiana. En A. González Sanfiel (dir.), *Nuevo Derecho Urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación* (pp. 165-221). Thomson Reuters Aranzadi y Universidad de La Laguna.

- Gifreu i Font, J. (2017). Las actuaciones sobre el medio urbano como nueva frontera de las políticas públicas al servicio de la sostenibilidad territorial y urbanística. En F. García Rubio, R. Camp i Batalla y L. Vandelli (coords.), *Las nuevas perspectivas de la ordenación urbanística y del paisaje, smart cities y rehabilitación: una perspectiva hispano-italiana*. Fundación, Democracia y Gobierno Local.
- González del Barrio, A. (2018). Las ciudades invisibles. *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, 154.
- González Sanfiel, A. (2020). Nuevo derecho urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación. en A. González Sanfiel (dir.), *Nuevo Derecho Urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación* (pp. 29-46). Thomson Reuters Aranzadi y Universidad de La Laguna.
- González-Varas Ibáñez, S. (1998). *La rehabilitación urbanística*. Aranzadi.
- Gutiérrez Colomina, V. (dir. y coord.), González-Sicilia Cabral, A. (dir. y coord.), Romero Hernández, F. (coord.), Rivero Ysern, J. L. (coord.), Antúnez Torres, D., Barrero González, E., Carrillo Benito, E., Cano Murcia, A. y Castellví Martínez, E., Ferrer Morató, J., Gutiérrez Julián, F., Martínez Rivas, F. J., Morente del Monte, J. M., Olmedo Pérez, S., Pérez Andrés, A. A., Porto Rey, E. y Romero Gómez, F. (2004). *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. Ley 7/2002, de 17 de diciembre* (Comentarios de E. Barrero González al artículo 155 LOUA). Thomson-Aranzadi.
- Harvey, D. (2008). *Espacios de esperanza* (traducido por C. Piña Aldao). Akal.
- Iglesias González, F. (2014). La regulación estatal del deber de conservación de inmuebles. *Ciudad Y Territorio Estudios Territoriales (CyTET)*, 46(179), 51-62. <https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/76288>
- Iglesias González, F. (2015). Siete medidas urgentes para salvar el urbanismo. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 49(301), 77-150.
- Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A. (2007). La ejecución del planeamiento. En M. Rebollo Puig (coord.), *Derecho urbanístico y ordenación del territorio en Andalucía*. IUSTEL.
- López Ramón, F. (2007). Principios generales y urbanismo sostenible en la Ley de Suelo 8/2007, de 28 de mayo (RCL 2007, 768). *Revista de Urbanismo y Edificación*, 16, 15-22.
- Menéndez Rexach, A. (2009). Urbanismo sostenible y clasificación del suelo. *Revista Catalana de Derecho Público*, 38, 119-146. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2177>
- Menéndez Rexach, A. (2011). Instrumentos jurídicos para la regeneración urbana. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 45(270), 13-50.
- Menéndez Rexach, A. y Mata Olmo, R. (2014). Por la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas. *Revista Ciudad y Territorio Estudios Territoriales (CyTET)*, 46(179), 5-9. <https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/76283>
- Menéndez Rexach, A. (2020). El desarrollo territorial y urbano sostenible como principio político y jurídico global. En A. González Sanfiel (dir.), *Nuevo Derecho Urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación* (pp. 49-91). Thomson Reuters Aranzadi y Universidad de La Laguna.
- Moreno Molina, A. M. (2008). *Urbanismo y Medio Ambiente. Las claves jurídicas del planeamiento urbanístico sostenible*. Tirant lo Blach (Monografías).
- Navarro Cano, N. (2016). Gobernanza y desarrollo inclusivo en materia de accesibilidad y rehabilitación de ciudades emergentes. *Revista WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal*, 4, 68-82 (número monográfico sobre Gobernanza Urbana).
- Parejo Alfonso, L. (2015). Urbanismo temporal, derecho a la ciudad y marco estatal de las políticas urbanas. *Revista Práctica Urbanística*, 136, 6-16.
- Ponce Sole, J. (2013). Políticas Públicas para afrontar la regeneración urbana de barrios degradados. Una visión integrada desde el Derecho. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 41-42, 11-70. <http://www.unizar.es/carmeng/documents/PoliticasyRegeneracion.pdf>
- Ponce Sole, J. (2019). El derecho a la ciudad y la Nueva Agenda Urbana: una aproximación integrada y sistemática a los derechos en la ciudad, con referencia al derecho a la vivienda. En J. Ponce Solé, Wellington Migliari y O. Capdeferro Villagrasa (coords.), *El derecho, la ciudad y la vivienda en la nueva concepción del desarrollo urbano: desafíos transnacionales y transdisciplinarios de la gobernanza en la Nueva Agenda Urbana* (pp. 115-151). Atelier.
- Quintana López, T. (2014). Los derechos de realojo y retorno. Antecedentes y regulación estatal en el modelo de urbanismo sostenible. *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, 2.479-2.503 (número especial). <https://apps.euskadi.eus/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=100&tipo=R&seccion=38&correlativo=1&contenido=106&locale=es>
- Sánchez Goyanes, E. (2007a). Comentarios al artículo 2 Ley del Suelo de 2007. En Sánchez Goyanes (dir.), *Ley del Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo*. El Consultor y La Ley.
- Sánchez Goyanes, E. (2007b). El deber de conservación, las órdenes de ejecución y la declaración de ruina. En Sánchez Goyanes (dir.), *Ley del Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*. El Consultor y La Ley.
- Sibina Tomás, D. (2007). Deber de conservación y rehabilitación de los inmuebles y derecho de realojamiento y retorno. Su interrelación con el acoso inmobiliario. *Cuadernos de derecho local*, 14, 121-146.
- Tejedor Bielsa, J. (2013). Nuevos instrumentos de planificación y gestión de la rehabilitación y regeneración urbana. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (15, número extraordinario monográfico dedicado a: Rehabilitación y regeneración urbana en España), 27-72.

- Tejedor Bielsa, J. (2015). Nuevo paradigma normativo sobre la ciudad: Retornando a la ciudad tradicional. *Revista Informes de la Construcción*, 67(Extra-1) (artículo m022). <http://dx.doi.org/10.3989/ic.14.046>
- Tejerina González, J. I. (2014). Incidencia de la normativa urbanística vasca de la Ley 8/2013 de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas. *Revista Vasca de Administración Pública*, 98, 291-327. <https://apps.euskadi.eus/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=98&tipo=R&seccion=41&correlativo=1&contenido=2&locale=es>
- Vaquer Caballería, M. (2007). Estudio preliminar. En L. Parejo Alfonso y G. Roger Fernández, *Comentarios a la Ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)* (pp. 19-58). IUSTEL.
- Zamorano Wisnes, J. (2015). El suelo urbano y las operaciones de transformación urbanística en la legislación del suelo: evolución y régimen jurídico. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 298, 47-86.



REALA, número 15, abril de 2021
Sección: RECENSIONES
Recibido: 06-04-2021
Aceptado: 07-04-2021
Publicado: 15-04-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10930>
Páginas: 107-110

ZAFRA VÍCTOR, Manuel, *La autonomía local en una Constitución reformada*

Gustavo García-Villanova Zurita
Ayuntamiento de Granada (España)
ggarciav@granada.org

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Derecho y Graduado en Ciencias Políticas. Doctorando del programa de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Granada. Secretario-Interventor en excedencia y funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Generales de la Junta de Andalucía. Actualmente es Secretario de categoría superior y ejerce como Vicesecretario General del Ayuntamiento de Granada.

RESUMEN

Recensión del libro de Manuel ZAFRA VÍCTOR, *La autonomía local en una Constitución reformada*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2020.

La autonomía local se ha visto convertida en una materia sometida a reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, apartándose por este motivo de su concepción original. En la medida en que las Comunidades Autónomas la han intentado interiorizar, ha sido el legislador estatal quien ha salido en su defensa. La salida a esta situación se basa en la propuesta de una regulación de detalle en una posible reforma constitucional, que delimite un núcleo de funciones claras sobre materias concretas que permitan un desarrollo real de la autonomía política de los gobiernos locales.

PALABRAS CLAVE

Autonomía local; reforma constitucional; gobiernos locales.

ABSTRACT

Review of the book from Manuel ZAFRA VÍCTOR, *La autonomía local en una Constitución reformada*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2020.

Local autonomy has been turned into a matter subject to distribution of powers between the State and the Autonomous Communities, departing for this reason from its original conception. To the extent that the Autonomous Communities have tried to internalize it, it has been the state legislator who has come out in their defense. The solution to this situation is based on the proposal of detailed regulation in a possible constitutional reform, which delimits a nucleus of clear functions on specific matters that allow a real development of the political autonomy of local governments.

KEYWORDS

Local autonomy; constitutional reform; local government.

No es fácil efectuar la recensión de una obra del Profesor Zafra Víctor. La profundidad de su pensamiento, la capacidad de análisis y la agudeza de su visión holística en una materia tan compleja como incomprendida dificulta hacer justicia a su pensamiento.

El libro que me planteo recensionar tiene un perfil politológico, que no jurídico y consta de dos partes más un epílogo que lo redondea. La idea principal que analiza es que la autonomía local es una parte inacabada de la Constitución, de forma que la misma no alcanza, ni en su definición, ni en su interpretación a conformar a las entidades locales como un nivel territorial de gobierno con capacidad para definir sus propias políticas bajo el paraguas de la Ley. Además, el TC ha permitido la existencia de una autonomía local acordeónica que la desdibuja al primar al legislador estatal, que dispone de una amplia capacidad para imponer las bases, y al autorizar al legislador sectorial a disminuir o aumentar el principio de autonomía local para potenciar su propia capacidad política como legislador sectorial al utilizarla como un asunto sujeto a reparto competencial. Gozan de preferencia los legisladores estatal y autonómico en detrimento de la virtualidad política de los dos miembros de la comunidad política local, municipios y provincias que acuden solitarios a gestionar en lo que los otros dos niveles de gobierno territorial le permiten.

La primera de las partes la identifica con dos ideas que latén con fuerza: la ausencia de un legislador de autonomía local y la concepción de una autonomía sometida a reparto competencial. Ambas conforman la necesidad de modificar el statu quo otorgado por la interpretación del TC hizo de la autonomía local desde la importante Sentencia 214/1989.

Este estado de cosas es evidenciado con fuerza desde el primer momento en tanto que el título constitucional utilizado por el Estado para legislar ha sido el artículo 149.1.18, frente a la asunción estatutaria autonómica al amparo del apartado 3 del mismo artículo, lo cual ha sido una fuente inagotable de problemas residenciados en el TC, cuya jurisprudencia no se ha mantenido uniforme. «La discutible conclusión de la fundamentación constitucional era evidente: las bases estatales salvaguardaban la autonomía local frente a la legislación autonómica de desarrollo» (pág 60). Una muestra de la capacidad del Tribunal para apoyar la defensa de las bases estatales como muro frente a una voracidad competencial inabarcable de la legislación autonómica la encontramos en las diferentes posiciones mantenidas en torno a la pertenencia o no al bloque de constitucionalidad de la Ley 7/58. Empezando por la STC 214/1989 con base en la 32/1981, el Tribunal enraíza la ley en la interpretación conjunta de los artículos 137, 140 y 141. En la 11/1999, sin embargo, el esquema pasa por arbitrar la autonomía local con base en la conjunción de los artículos 137 y 149.1.18 en relación directa a los artículos 65 y 66 de la Ley 7/85, con lo que pasa a identificar dos factores: la autonomía constitucionalmente garantizada y la competencia estatal, lo que lleva a una modificación de la norma de contraste. Ya no estamos ante el bloque de constitucionalidad sino ante la ampliación del poder territorial del Estado lo que viene a garantizar de nuevo que sea el Estado el que articule la modulación de un poder político en cierto modo ajeno y al que debe respeto institucional.

El autor entra a explicar el debate doctrinal respecto de la garantía constitucional de la autonomía local. La autonomía local se concibe como un principio y como un derecho de configuración legal y eso la sitúa en una posición de vulnerabilidad e inseguridad jurídica. De ahí la deferencia del TC hacia el legislador, puesto que la zona de certeza se llena con el mínimo del derecho de participación mientras que en el halo de la zona de penumbra se mueve la graduación de este principio. «La manera de sortear la dificultad es el principio in dubio pro legislatore y declara la inconstitucionalidad cuando el legislador sectorial o de régimen local ignore la autonomía.» (pág 87).

Examinada la cuestión doctrinal, el autor avanza en la aseveración inicial: la autonomía es un principio que oscila entre el mínimo (zona de certeza) hasta lo que el legislador (sectorial o general) quieran, pero siempre sin que el máximo pueda consolidarse (zona de penumbra). Sin embargo, dado que la Constitución no jerarquiza el valor «autonomía local» frente a otros valores, es necesario ponderar los principios en juego de forma que la mayor intensidad de uno u otro deberá verse a la luz de la coexistencia de estos valores sin que haya que sacrificar uno u otro sino conservándolos, por ejemplo cuando ha determinado que el valor de la autonomía debe ser interpretado en clave o en ponderación con los principios derivados del artículo 135 de la Constitución, como ha sucedido en las Sentencias respecto de la impugnación de la LRSAL de 2013.

Desprovistos los entes locales de la garantía constitucional que otorgase un verdadero derecho de intervención y de una legislación integrada dentro del bloque de constitucionalidad, el autor demuestra claramente que la postura del TC es proclive a otorgar el beneficio de la constitucionalidad de las bases estatales conforme al principio in dubio pro legislatore. Para el Tribunal sólo la zona de certeza queda constitucionalmente garantizada. Allí donde sea posible una interpretación de la norma eventualmente inconstitucional que pueda ofrecer el mínimo de garantía institucional, optará por declarar la constitucionalidad en base a esta opción. El autor acude a la interpretación de K. Hesse y Habermas en la forma de entender la zona de certeza y de penumbra de la interpretación jurisprudencial, lo que acredita que sólo cuando el Tribunal se enfrenta a una eliminación radical del mínimo margen de intervención local es cuando declara su inconstitucionalidad. Así

permite al legislador sectorial convertir la autonomía en la simple emisión de un informe. La deferencia del Tribunal hacia el legislador supone en este caso que la autonomía local carece de rango cuando se trata de fijar competencias puesto que para tal fin debe llamarse a las bases y a la normativa sectorial sin que ambas contengan un marco preciso (zona de penumbra) en la que el juzgador siempre favorecerá la opción política. No se trata ciertamente de que la ley sea desarrollo de la Constitución, sino que ésta permita la necesaria opción política estatal en el desarrollo de la concepción que se tenga de la autonomía local.

Las posibles dudas en torno a la consideración casi residual del principio de autonomía local se despejan tras la entrada en vigor de la LRSAL. El autor hace una llamada a la ausencia de vocación política del principio de autonomía local al ser puesto en contraste con el coste estándar, posterior coste efectivo y la compleja referencia a la necesidad de justificación de una opción política que no afecta a otros elementos del Estado. «Aunque el alto órgano consultivo no lo expresa en estos términos, sus reservas parecen indicar que el coste en la prestación de un servicio es una decisión política..., que el alumbrado público responda a criterios ecológicos, es una genuina medida política que se adopta con independencia de parámetros económicos» (pág 168). Las Diputaciones son ahora los prestadores de servicios a la ciudadanía cuando los verdaderos destinatarios de las competencias provinciales, como explica el autor, son los municipios. El TC, una vez más, ha aplicado el precedente y ha obviado la realidad política local, vertebrando una serie de Sentencias que no han alcanzado a ver la verdadera dimensión política del poder local. La zona de certeza ha triunfado y la zona de penumbra permanece sin más luz que la que el legislador sectorial o estatal quiera darle.

Por su parte las Diputaciones son ubicadas en su necesario ajuste como institución intermunicipal. «La opción que propone este trabajo es la de constitucionalizar una instancia intermunicipal. Se trata de una solución intermedia entre la plena interiorización autonómica y el vigente reparto bifronte» (pág 54). La Provincia y su institución de gobierno cobra sentido entonces como institución intermunicipal dotada de autonomía de carácter instrumental, con competencias funcionales y legitimación indirecta.

La segunda parte del libro desarrolla con mayor detalle las propuestas en orden a la reforma constitucional y completa el marco teórico con la propuesta de reforma constitucional propiamente dicha.

Las ideas se expresan en las páginas 197 y 198 y vienen presididas por «mayor densidad regulatoria en una Constitución de detalle y remisión a un legislador cualificado de autonomía local» (pág 197).

Una cuestión básica que enfatiza la idea de reforma constitucional es la previsión en ley de mayoría cualificada de la necesaria financiación incondicionada. Ambos factores deben ir conectados y en lógica coherencia. De ahí que sea necesario que la Ley de mayoría reforzada recoja la financiación incondicionada como elemento de posibilismo político local.

La clave interpretativa es el artículo 6 de la CEAL. El diseño del gobierno local requiere adaptación de estructuras y medios a la verdadera naturaleza de esta realidad y ello conlleva alteración del sistema de fuentes con clara primacía de la autoorganización local en detrimento del espacio a la ley autonómica. El problema es que, en la interpretación Constitucional, la capacidad del Estado para determinar la organización institucional es la zona de certeza de esta relación, zona que debe dejar un margen para ser ocupado, primero por las comunidades autónomas y luego por las entidades locales. Eso ha permitido la intromisión en el esquema institucional hasta límites aparentemente exagerados, como el caso de los Municipios de gran población, cuya regulación deja pocas posibilidades a los gobiernos locales para dotarse de una organización específica que les ayude en la eficacia de gestión. «Las bases estatales no limitan a la preceptiva creación del órgano, sino que lo extiende a la composición, funciones y funcionamiento, una intensidad justificada por afectar a un órgano que garantiza un tratamiento común a los administrados» (pág 209).

Dentro de la opción defendida por el autor, destaca su opinión sobre la no adscripción, asumiendo la necesidad de reivindicar el valor y la esencia de la democracia mediante la regulación mayoría-minoría, aumento de la rendición de cuentas (responsabilidad interelectoral), modificación del proceso de elaboración de normas locales y estatuto de representantes políticos.

La intermunicipalidad no tiene que estar vinculada a la necesaria existencia de la Provincia como elemento de división territorial pero sí mantener la legitimidad indirecta que actualmente tiene. «La propuesta de regulación constitucional en caso de reformar sería la de desvincular la provincia como división territorial y la necesidad de creación de una instancia intermunicipal de creación autonómica» (pág 221). Regulada de esta manera, se acaba con la disfunción existente alrededor de la Provincia cobrando vida una división territorial constitucional en torno a la Comunidad Autónoma, unido a la potenciación de la prestación de servicios a municipios en condiciones de legitimidad política y libertad de decisión a través de la instancia intermunicipal, ya que lo importante no es el nombre, sino sus funciones.

La articulación pasa porque la iniciativa corresponda a la Diputación, lo que supone dirección política, pero proyectada sobre las prioridades municipales. La ponderación de estos intereses locales corresponde mediante mesas de concertación a la Diputación, pero con el necesario auxilio y colaboración leal de los municipios que podrán acabar o no en acuerdo correspondiendo la decisión final en caso de discrepancia a la Provincia.

Finalmente, la reforma, al ser la autonomía local un poder territorial más, debe permitir su participación en las instituciones de Comunidades Autónomas y Estado, articulando un entramado de relaciones de igual a igual, cada uno en el ámbito de sus competencias. Como niveles de gobierno, su interacción «transcurre por cauces procedimentales de negociación y deliberación que garanticen una cierta paridad institucional para que la posición de ventaja del mayor presupuesto no provoque asimetría y subordinación» (pág 254). Eso unido a la concertación, son la clave para entender la intermunicipalidad, consiguiendo que esta propuesta de reforma constitucional, vaya mucho más allá que algunas operaciones estéticas que se pudieran producir en un futuro.

Acabo ya reconociendo el valor añadido que el prólogo del Profesor Jiménez Asensio le aporta. Sus conclusiones son la prueba de que este libro pertenece ya a la lista de libros imprescindibles para conocer y mejorar la democracia local y los gobiernos locales..



REALA, número 15, abril de 2021
Sección: RECENSIONES
Recibido: 12-01-2021
Aceptado: 18-03-2021
Publicado: 15-04-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10884>
Páginas: 111-113

GARRIDO JUNCAL, Andrea, *Los Servicios Sociales en el s. XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*

Beatriz Agra Costa
Universidad de Santiago de Compostela (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1570-9541>
beatrizagracosta@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Graduada en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, actualmente es Secretaria adjunta del Observatorio Internacional de la Regulación de las Entidades del Sector Público donde desarrolla su actividad investigadora. Sus principales líneas de investigación son: administración electrónica (inteligencia artificial, simplificación y garantía de los derechos de los ciudadanos); contratación administrativa y lucha contra la corrupción, y protección de datos y transparencia.

RESUMEN

Reseña del libro de Andrea GARRIDO JUNCAL, *Los Servicios Sociales en el s. XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*, Aranzadi, Pamplona, 2020, 320 pp. En este libro tras una detallada revisión de la evolución histórica de los servicios sociales y de un minucioso análisis del complejo marco legislativo de estos, consecuencia de nuestro Estado autonómico compuesto, se aborda la delimitación conceptual y la naturaleza jurídica de los antedichos servicios.

PALABRAS CLAVE

Servicios sociales; evolución histórica; concepto; marco legal; naturaleza jurídica.

ABSTRACT

Review of the book of Andrea GARRIDO JUNCAL, *Los Servicios Sociales en el s. XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*, Aranzadi, Pamplona, 2020, 320 pp. This book focuses on a detailed review of the historical evolution of the social services in Spain, an analysis of their complex legislative frame and a determination of their definition and the legal nature of these services.

KEYWORDS

Social services; historical evolution; definition; legal frame; legal nature.

En esta interesante monografía, la profesora Andrea Garrido Juncal explica, de forma exhaustiva y precisa, la actual configuración de los servicios sociales en nuestro Ordenamiento. Así, partiendo de una detallada revisión de su evolución histórica y de un minucioso análisis de su marco legislativo, aborda, con claridad y decisión, las trascendentales y complejas cuestiones de su delimitación conceptual y de su naturaleza jurídica.

Hay que destacar que esta es una obra que, por su temática, es previsible que tenga un notable impacto en la comunidad científica y sobre el conjunto de los operadores que trabajan en este sector. Y ello es así porque, en los últimos años, los autores de nuestra disciplina han abandonado el estudio de los servicios sociales, dejando huérfano su examen en un momento crucial, en el que esta labor de análisis es especialmen-

te necesaria para garantizar el buen funcionamiento de este sistema. Son imprescindibles trabajos, como el presente, que aporten soluciones claras a los problemas interpretativos, a las antinomias y a las lagunas que se pueden observar en este subsector ordinamental, que proporcionen los instrumentos conceptuales necesarios para mejorar la eficacia, a la hora de conseguir sus fines, de las normas que regulan esta materia y que, finalmente, introduzcan propuestas relevantes de perfeccionamiento de las normas estatales y autonómicas vigentes, a la luz de las soluciones propuestas y de los conceptos forjados.

En esta línea, el objetivo que la autora persigue y que alcanza, sin duda alguna, es llevar a cabo una ordenación y explicación sistemática del panorama legislativo existente en el ámbito de la disciplina de los servicios sociales, tratando de superar los problemas hermenéuticos que esta plantea y proponiendo útiles soluciones dogmáticas para la reconstrucción de las instituciones que están presentes en el campo de los servicios sociales, como forma de intervención de la Administración Pública en la vida de los ciudadanos.

La profundidad y rigor del presente libro se explica, en parte, por el hecho de que el mismo consiste en una prolongación de la investigación doctoral que la autora defendió en el año 2015 en la Universidad de Santiago de Compostela, bajo la dirección del profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor, reconocido y prestigioso experto internacional en cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales socioeconómicos, del profesor Luis Miguez Macho, autor de la máxima solvencia y con una dilatada lista de publicaciones en campos afines a la temática que se estudia en esta monografía. Actualmente, Andrea Garrido Juncal continúa su carrera investigadora en la citada Universidad, como profesora contratada doctora.

Desde una óptica formal, este libro se organiza en cuatro capítulos. El primero de ellos se dedica a la evolución histórica y situación actual de los servicios sociales. El segundo capítulo tiene por objeto a la compleja cuestión de fijar un concepto inequívoco de servicios sociales y de determinar su escurridiza naturaleza jurídica. El tercer capítulo ofrece un detallado examen del complejo y abundante marco jurídico de los derechos sociales en nuestro Estado autonómico. Y finalmente, el cuarto capítulo se concentra en el estudio del concierto social como forma de gestión de los servicios sociales.

Por lo que respecta al primer capítulo, referente al desarrollo histórico de los servicios sociales, hay que destacar que en él la profesora Garrido Juncal realiza un interesante recorrido por las diferentes fases de la intervención pública dirigidas a satisfacer las necesidades sociales de la población. Así, describe con detalle las características e instituciones propias de los sistemas de beneficencia y asistencia social. Finalmente, en este epígrafe, plantea algunas de las cuestiones más problemáticas que suscitan los servicios sociales en la actualidad, como son: su carácter dinámico y cambiante; la hiperactividad normativa que los rodea y su consideración como servicios públicos de segunda clase, que los hacen susceptibles de sufrir notables regresiones en contextos de crisis económica, como la que se vive hoy en día a causa de la COVID-19.

En el segundo capítulo, la autora, en primer lugar, plantea la complejidad de dar una definición de servicios sociales debido al carácter polisémico de esta expresión, tanto en los textos legislativos, como en la práctica administrativa. Ante esta situación, la profesora Garrido Juncal opta, de modo pragmático, por ofrecer una doble definición, en sentido amplio y en sentido estricto, pero, sobre todo, se decanta por describir el contenido de estos desde una triple perspectiva: desde el punto de vista de los fines, desde el punto de vista de los sujetos (beneficiarios y prestadores) y desde el punto de vista de la naturaleza y caracteres de las prestaciones. Por último, en este segundo capítulo, la profesora Garrido Juncal aborda el debate sobre la naturaleza jurídica de los servicios sociales, en concreto, analiza si pueden y deben ser considerados un servicio público.

En el tercer capítulo, la autora realiza una completa reconstrucción del marco normativo de los servicios sociales en nuestro complejo ordenamiento compuesto autonómico. Así, en primer lugar, analiza las prescripciones constitucionales relativas a esta materia, tanto de naturaleza material, como es la cláusula del Estado Social o los principios rectores de la política social y económica, como formales, esto es, los relativos al reparto de las competencias en materia de servicios sociales entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. Acertadamente, aunque la regulación de esta cuestión no se encuentra en el texto constitucional, en este punto, la autora explica cuáles son las competencias que las Administraciones Locales tienen en materia de servicios sociales, esto es, delimita el espacio que tanto el legislador básico de régimen local, como los legisladores sectoriales autonómicos le confieren en este ámbito. Tras la reconstrucción del marco constitucional, la autora desentraña la complicada maraña de normas autonómicas en materia de servicios sociales. Para ello, partirá de un análisis de la evolución histórica de esta normativa, agrupándola en diferentes generaciones. Una vez hecho esto, explica cuáles son las características comunes de cada generación de normas, y, finalmente, cuál es la regulación positiva que para los servicios sociales ofrece la última y tercera generación de estas disposiciones autonómicas.

En el cuarto capítulo, la profesora Garrido Juncal estudia la figura del concierto social. En primer lugar, para enmarcar este análisis, describe la relación entre el concierto social y las normas de contratación pública, y ello con fin el de dejar claro que el concierto social es una institución diferente del contrato público. En segundo lugar, la autora analiza las normas reguladoras de los conciertos sociales, poniendo el acento en las limitaciones que experimentan los legisladores autonómicos para desarrollar esta figura de modo íntegro sin invadir las competencias estatales en materia de contratación de las Administraciones Públicas. A continuación, lleva a cabo un exhaustivo análisis de los elementos que estructuran el concierto, tanto objetivos, subjetivos, como formales y procedimentales.

Así las cosas, la valoración global de la presente obra requiere la realización de dos consideraciones diferentes. Una sobre la oportunidad de esta y otra acerca del valor de las aportaciones contenidas en ella. Por lo que se refiere al primer aspecto, no cabe duda de la oportunidad de un trabajo como el presente. Apenas habiendo salido de la Gran Recesión iniciada en 2008, nos hallamos inmersos en la crisis económica que está provocando la pandemia mundial. En este contexto, es evidente la importancia que desempeña el sistema de servicios sociales para garantizar una existencia digna a todos los habitantes de nuestro país. Y, por ende, lo fundamentales que son los estudios rigurosos, como el presente, que contribuyan a clarificar la normativa vigente y a construir dogmáticamente las instituciones esenciales de este sector del ordenamiento jurídico, para permitir la mejora y evolución de la legislación sobre esta materia y, en consecuencia, para posibilitar la mejor respuesta de los poderes públicos a las necesidades sociales. Por lo que respecta a la calidad del contenido de esta monografía, hay que destacar, en primer lugar, su carácter exhaustivo, pues analiza detalladamente el amplio conjunto de normativa autonómica existente en esta materia. En segundo lugar, se debe poner de manifiesto la capacidad de la autora para identificar los problemas que se plantean en este sector, señalando su origen y apuntando las líneas que deberían seguirse para poder dar una adecuada solución a los mismos. Y, en tercer lugar, hay que subrayar la importante sistematización del conjunto normativo que conforma este subsector del Ordenamiento, caracterizado por la existencia de una legislación abundante, confusa y antinómica.

En definitiva, la monografía que acaba de publicar la profesora Andrea Garrido Juncal constituye una obra de gran interés y de muy recomendable lectura, tanto para aquellos que por razones profesionales tienen que enfrentarse día a día con la gestión de los conciertos sociales, como para todos aquellos otros que están interesados en el estudio científico de esta compleja material.



REALA, número 15, abril de 2021
Sección: RECENSIONES
Recibido: 25-11-2020
Aceptado: 18-03-2021
Publicado: 15-04-2021
DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10880>
Páginas: 114-116

GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles, *Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural*

José Luis Domínguez Álvarez
Universidad de Salamanca (España)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7623-8029>
jldoal@usal.es

NOTA BIOGRÁFICA

Personal Investigador en Formación (FPU17/01088) del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca, especializado en el estudio de la protección de datos de carácter personal ante la (r)evolución digital, la modernización de las Administraciones públicas, el desarrollo rural sostenible y la España vaciada, así como en la implementación de políticas públicas de igualdad y lucha contra la violencia de género.

RESUMEN

Recensión del libro de GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles: *Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural*, Atelier, 1.ª edición, 2020, 166 págs.

PALABRAS CLAVE

Mujer; desarrollo rural sostenible; igualdad de género; Administración pública.

ABSTRACT

Review of the book from González Bustos, María Ángeles: *Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural*, Atelier, 1.ª ed., 2020, 166 pp.

KEYWORDS

Women; sustainable rural development; gender equality; public administration.

El medio rural es un concepto difuso, de reciente aparición, creado para designar aquello que no es ciudad, y generalmente entendido como un conjunto heterogéneo de territorios vencidos, o más bien de territorios «de vencidos». En las últimas décadas las zonas rurales que pueblan la geografía española han visto como la (i)lógica economía de mercado y el capitalismo depredador de recursos naturales y generador de grandes desigualdades, unida a la apatía de buena parte del conjunto de las Administraciones públicas, propiciaban una sangría poblacional sin precedentes, disminuyendo significativamente los estándares de calidad de vida de quienes un día decidieron desarrollar, de forma loable, su proyecto vital en el medio rural, favoreciendo con ello el abandono y el olvido del territorio, con la consiguiente pérdida cultural, patrimonial y ambiental, entre otras muchas, que esto genera.

Sin embargo, la crisis socioeconómica provocada por la irrupción de la COVID-19 ha traído consigo un cambio de paradigma que puede arrojar un hábito de vida crucial para garantizar la pervivencia de estos territorios despoblados. Así, ha permitido, por un lado, poner de relieve la importancia capital de conservar la ruralidad, vertebrar el territorio y combatir el abandono de las áreas rurales despobladas; y por otro, vi-

sibilizar el papel de la mujer rural, la cual constituye el principal agente para alcanzar el ansiado desarrollo rural sostenible. Estas premisas requieren necesariamente avanzar en el establecimiento de un tratamiento jurídico-administrativo del medio rural diferenciado, radicalmente opuesto al otorgado por los poderes públicos en las últimas décadas, lo que exige a su vez un estudio sosegado y mesurado de las particularidades y peculiaridades que componen la realidad rural.

Este es el espíritu que subyace en la monografía de la profesora González Bustos, “Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural”, un estudio preciso, innovador y de consulta obligada para quienes por pasión y vocación se dedican a la búsqueda incansable de soluciones tangibles encaminadas a dignificar la España rural. *De las musas al teatro, de las ideas a la acción*. Esta expresión refleja a la perfección la esencia misma de la citada obra, un estudio capaz de trasladar al lector a la realidad existencial propia de la España vacía(da), sumergiéndolo en un viaje profundo a través de los principales hitos normativos y de aquellas actuaciones administrativas conducentes a dotar de contenido material lo preceptuado en el artículo 9.2 de la Constitución española, o lo que es lo mismo, a mejorar el bienestar y la calidad de vida de las mujeres rurales, protagonistas indiscutibles de lo que ha dado en denominarse «Nueva Ruralidad»; y que encuentra su punto álgido en el establecimiento de una serie de propuestas concretas encaminadas a mejorar las condiciones de vida de las mujeres rurales como presupuesto indispensable para alcanzar el anhelado desarrollo rural sostenible.

Como hemos tenido la oportunidad de adelantar, el punto de partida lo constituye el análisis de la igualdad de género como principio vertebrador de las políticas públicas de desarrollo rural sostenible, al que la autora reserva el primer capítulo. Es en este epígrafe donde se consigna la importancia capital de las mujeres rurales –colectivo que solamente en España integra a 6 millones de personas, lo que representa el 49,15% de la población en las zonas rurales– para el fomento del desarrollo sostenible del medio rural y la pervivencia de los municipios que se localizan en este preciado entorno, las cuales se presentan como agentes indiscutibles de desarrollo y modernización de estos territorios.

Todo ello, sin perjuicio del preceptivo estudio de la situación sociodemográfica que atraviesan las mujeres rurales, sometidas desde antiguo a una doble discriminación derivada, por un lado, de su condición de mujer, y por otro, por desarrollar su proyecto vital en el territorio rural, un espacio caracterizado, generalmente, por la falta de oportunidades laborales, la existencia de unas infraestructuras y servicios públicos deficientes y unas menores oportunidades de desarrollo personal y profesional. A este análisis hay que sumar un prolífico estudio de los principales hitos normativos –internacionales, europeos, nacionales y autonómicos–, así como de las diferentes soluciones jurídico-administrativas que el poder público ha impulsado con la finalidad de alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el medio rural. Con todo ello se obtiene una extraordinaria foto fija de la realidad objeto de estudio, lo que permite a la autora reseñar dos de las principales aportaciones de la obra.

Comienza por identificar pormenorizadamente las áreas de actuación prioritarias en las que el poder público debe intervenir con apremio, mediante la articulación de políticas públicas dirigidas preferentemente a promover la igualdad de género, el emprendimiento y las oportunidades laborales, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la corresponsabilidad, así como al establecimiento de unos servicios e infraestructuras mínimos que permitan mejorar el bienestar y la calidad de vida de las mujeres rurales. Sentado lo anterior, la autora muy acertadamente centra sus esfuerzos en desvelar, a nuestro modo de ver, una de las más tristes realidades que se esconden tras la densa y burocrática prosa de las normas administrativas y que explican en gran medida el fracaso de las iniciativas públicas orientadas a promover la igualdad de género en su sentido más amplio: «todas las políticas públicas enfocadas a la mujer del medio rural parten de una misma premisa (genérica): “la mujer rural en sentido amplio”, o lo que es lo mismo, las actuaciones de los poderes públicos poseen un enfoque general, sin tener en cuenta los diferentes condicionantes que de una manera u otra hacen que la mujer que vive en el ámbito rural tenga necesidades diferentes...».

Examinar las particularidades y singularidades del medio rural español y la conceptualización del desarrollo rural sostenible constituyen el segundo capítulo de la monografía, espacio en el que se advierten y enumeran las perniciosas consecuencias que la despoblación y el abandono del territorio genera desde la óptica económica, patrimonial, medioambiental y social, entre otras muchas.

Adicionalmente, se detalla el alcance que los diferentes instrumentos normativos y de planificación presentan desde el punto de vista del fomento del desarrollo sostenible del medio rural y su interrelación con la promoción de la igualdad de género. Para ello, la autora centra sus esfuerzos en analizar no solamente el texto articulado de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, así como las referencias a la igualdad contenidas en el Programa de Desarrollo Rural Nacional 2014-2020, o

los principales preceptos de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de explotaciones agrarias, *poderoso* instrumento normativo que ha visto como el transcurso del tiempo y su escasa efectividad desdibujaban su finalidad primordial.

De igual forma, en este pasaje se incorporan una serie de valiosas reflexiones acerca de la problemática específica y agravada que representa la violencia de género en las áreas rurales –destacando la especial vulnerabilidad de las mujeres rurales–, y se enumeran una serie de iniciativas novedosas resultado de la implementación del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de género en el medio rural y del fomento de la colaboración y cooperación entre las diferentes Administraciones públicas. Este es el caso de la «Red de municipios sin violencia de género» o el modelo autonómico «Objetivo Violencia Cero» de Castilla y León.

Por su parte, el capítulo tercero aglutina un conjunto ordenado –pensado y reposado– de propuestas tangibles destinadas a alcanzar la mejora de las condiciones de vida de las mujeres rurales, las cuales se presentan como una alternativa cierta para que las Administraciones públicas avancen en el cumplimiento del mandato legal establecido en los arts. 9.2 y 103.1 CE: la consecución de la igualdad material entre mujeres y hombres como vehículo para garantizar la satisfacción de los intereses generales.

En este sentido, la autora se detiene en el esbozo de una serie de medidas de acción positiva, que en mayor o menor grado adoptan la forma de políticas públicas orientadas, principalmente, a fomentar el acceso, la permanencia y la promoción de las mujeres rurales en el mercado laboral, impulsar el emprendimiento femenino, potenciar la conciliación y la corresponsabilidad en el medio rural, acometer mejoras en infraestructuras y servicios esenciales en los territorios rurales despoblados –prestando especial atención a las comunicaciones electrónicas y la digitalización–, así como a maximizar la participación de las mujeres en los órganos de toma de decisiones.

Finalmente, el capítulo cuarto centra su atención en clarificar el entramado institucional encargado de promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el medio rural, tarea que requiere, necesariamente, el reconocimiento de una pluralidad de actores implicados de diferente naturaleza. Ciertamente, la consecución de este acuciante objetivo exige la intervención de las Administraciones públicas (garantía institucional), el sector empresarial, los movimientos asociativos y la comunidad rural, entendida como sociedad civil en su conjunto.

Especial referencia merece el análisis de una serie de organismos especializados en la difícil misión de convertir la promoción de la igualdad de género en la piedra angular del desarrollo sostenible del medio rural, con el que se cierra la obra, y cuya actuación pasa inadvertida generalmente. Entre estos organismos especializados en materia de desarrollo rural y mujer se profundiza en el conocimiento de la Comisión Interministerial para el Medio Rural, el Consejo para el Medio Rural y la Mesa de Asociaciones de Desarrollo Rural, al tiempo que se destaca la labor primordial que las organizaciones y asociaciones de mujeres rurales desempeñan, ya que son estos movimientos asociativos los que en multitud de ocasiones garantizan la salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales de las mujeres que habitan en la España rural.

Estas son las principales notas características de una obra capital que avanza en el tratamiento jurídico-administrativo de una problemática, la de las áreas rurales despobladas, que ha pasado desapercibida durante demasiado tiempo ante la mirada indiferente del conjunto de las Administraciones públicas, lo que ha propiciado el incremento sustancial de la desigualdad entre el medio urbano y el territorio rural, la minoración constante de los derechos y libertades fundamentales de las personas que integran las comunidades rurales, y en última estancia, el abandono del territorio.

Representa, por tanto, una ventana de esperanza ante el imparable proceso de despoblación y envejecimiento que sufre el mundo rural, ofreciendo una reflexión académica, pero eminentemente práctica, acerca de los factores que deben revertirse para frenar la dinámica actual que está asolando las áreas rurales y devolver con ello el alma a los pueblos.