

## Algunhas reflexións sobre a garantía de subministración e o carbón nacional

### Algunas reflexiones sobre la garantía de suministro y el carbón nacional

#### Some reflections on security of supply and indigenous coal



ABEL ESTOA PÉREZ

Doctor en Derecho. Asesoría Jurídica de la CNMC (Madrid, España)\*  
aestoa@gmail.com

Recibido: 21/04/2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** De acordo co mecanismo de resolución de restricións por garantía de subministración, a xeración con carbón nacional levaba aparellada unha obriga de compra de carbón a produtores nacionais. Isto último supuxo unha axuda ao sector mineiro español autorizada en sede comunitaria. A axuda considerouse, cunha análise mello-rable, un efecto da compensación das obrigas de servizo público impostas aos xeradores con carbón nacional, por razóns de seguridade da subministración. Non obstante, a subministración non estaba en verdadeiro risco durante o tempo en que funcionou o mecanismo anterior. Iso, unido ao drástico recorte ao sector renovable levado a cabo nesas datas, fai dubidar da oportunidade de ter satisfeito o custo dese mecanismo con cargo ao sistema eléctrico. Tamén ofrece dúbidas a conveniencia de restaurar, con cargo ao dito sistema eléctrico, un mecanismo semellante no futuro.

**Palabras clave:** electricidade, seguridade da subministración, axudas de Estado, carbón, enerxías renovables.

**Resumen:** De acuerdo con el mecanismo de resolución de restricciones por garantía de suministro, la generación con carbón nacional llevaba aparejada una obligación de compra de carbón a productores nacionales. Esto último supuso una ayuda al sector minero español autorizada en sede comunitaria. La ayuda se consideró, con un análisis mejorable, un efecto de la compensación de las obligaciones de servicio público impuestas a los generadores con carbón nacional, por razones de seguridad del suministro. Sin embargo, el suministro no estaba en verdadero riesgo durante el tiempo en que funcionó el mecanismo anterior. Ello, unido al drástico recorte al sector renovable llevado a cabo en esas fechas, hace dudar de la oportunidad de haber satisfecho el coste de ese mecanismo con cargo al sistema eléctrico. También ofrece dudas la conveniencia de restaurar, con cargo a dicho sistema eléctrico, un mecanismo similar en el futuro.

**Palabras clave:** electricidad, seguridad del suministro, ayudas de Estado, carbón, energías renovables.

**Abstract:** According to the preferential dispatch mechanism, generation with indigenous coal implied the obligation to purchase said national coal. The latter implied an aid granted to the Spanish coal sector, which was

\* La opinión del autor es estrictamente personal.

authorized by the EU institutions. Said aid was considered, without a real exam, an effect of the compensation of public service obligations imposed to generators for security of supply reasons. Nevertheless, the supply was not in real danger during the functioning of the above mentioned mechanism. That, and the drastic cuts to renewable industry on those dates, offers doubts on the opportunity of having charged against the electricity system the costs of said mechanism. It also offers doubts the convenience of restoring a similar mechanism in the future, charged against said electricity system.

**Key words:** electricity, security of supply, State aid, coal, renewable energies.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 La garantía de suministro como concepto jurídico indeterminado. 3 La resolución de restricciones por garantía de suministro. 4 Compatibilidad de las ayudas al carbón nacional. 4.1 Resolución de restricciones y ayuda de Estado. 4.2 Concepto y regulación de los SIEG. 4.3 La decisión de la Comisión. 4.4 La sentencia del Tribunal General. 5. El arrinconamiento de las energías renovables y la oportunidad de restablecer un mecanismo de este tipo. 6 Reflexiones finales. 7 Bibliografía.

## 1 Introducción

Este trabajo reflexiona sobre las implicaciones del carbón nacional en la garantía de suministro y sobre el fomento de su uso para la generación de energía eléctrica entre 2011 y 2014.

La garantía o seguridad del suministro, en forma de seguridad del abastecimiento, conforma, junto con la eficiencia en precio y la sostenibilidad medioambiental, el triple objetivo de la política energética de la Unión Europea (UE), como resulta del artículo 194 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)<sup>1</sup>.

La regulación española también pretende lograr dicho triple objetivo desde el inicio de la liberalización<sup>2</sup>, aunque últimamente su condicionante esencial es la sostenibilidad económica, en vista del gravísimo déficit tarifario y de las implicaciones de la crisis económica. Así lo asegura el preámbulo de la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, en la cual se dan por buenos los niveles de seguridad del suministro, liberalización y protección medioambiental, y se justifica la necesidad de esa reforma en el déficit estructural acumulado durante la última década.

Este trabajo se centra en la seguridad del suministro, con atención a la influencia en dicha seguridad de la generación a través de carbón nacional y la predilección por tal fuente de energía frente a las de carácter renovable.

El uso del carbón nacional con el fin de garantizar el suministro ha venido realizándose al amparo del Real decreto 134/2010, de 12 de febrero<sup>3</sup>.

Dicho real decreto, dictado en desarrollo de la Ley 54/1997, estableció el llamado procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro, que se aplicó desde 2011

---

1 El artículo citado expresa tales objetivos de este modo: «a) garantizar el funcionamiento del mercado de la energía, b) garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión, y c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables». A ellos se une el fomento de las interconexiones, que complementa a los dos primeros. Ese triple propósito ha sido expresado por la Comisión Europea en innumerables ocasiones (*vid.*, por ejemplo, “Energía sostenible, segura y asequible para los europeos”, 2013).

2 El preámbulo de la anterior Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, señalaba: «[L]a presente ley hace compatible una política energética basada en la progresiva liberalización del mercado con la consecución de otros objetivos que también le son propios, como la mejora de la eficiencia energética, la reducción del consumo y la protección del medio ambiente».

3 Real decreto 134/2010, de 12 de febrero, por el que se establece el procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro y se modifica el Real decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica.

hasta el final de 2014 (disposición transitoria única). A través de dicho procedimiento se concedía preferencia a cierto volumen de generación de energía eléctrica a partir de carbón nacional sobre otros modos de generación térmica.

La legalidad del procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro fue confirmada en sede judicial tanto por el Tribunal Supremo español como por el Tribunal General de la UE (TGUE), en este último caso desde la perspectiva de las ayudas de Estado, aspecto al que vamos a prestar especial atención en este trabajo.

En esencia, el TGUE consideró que el sistema de resolución de restricciones por garantía de suministro previsto en el Real decreto 134/2010 constituía una obligación de servicio público impuesta a las empresas de generación a partir de carbón nacional, y, en tal medida, era una ayuda compatible con el derecho de la UE. El Tribunal Supremo español confirmó asimismo la medida en clave interna.

Ambos tribunales, europeo y español, coincidieron al señalar que la circunstancia de que el sector del carbón nacional, es decir, la actividad extractiva, fuese un potencial beneficiario de ese procedimiento no alteraba la legalidad de las medidas adoptadas.

La opción por el carbón autóctono en detrimento de otras fuentes de energía que contribuyen a la seguridad del suministro, como las energías renovables, constituyó una decisión de política energética que, aunque ajustada a la legalidad, planteaba dudas en cuanto a su oportunidad. En vista de ello, cabe cuestionarse la conveniencia de restaurar un nuevo mecanismo de este tipo en el futuro. De todo ello se ocupan los apartados siguientes.

## 2 La garantía de suministro como concepto jurídico indeterminado

El Real decreto 134/2010 se refiere, como se dijo, a la “garantía de suministro”. Ello suscita la cuestión terminológica consistente en determinar el alcance de tal “garantía”.

La garantía (o seguridad) del suministro constituye un concepto jurídico indeterminado<sup>4</sup>. Las líneas que siguen a continuación realizan una primera aproximación a tal concepto, delimitando tanto su contenido negativo (a qué no se extiende) como el positivo (qué incluye).

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, supuso un cambio de paradigma al abandonar la noción de servicio público y sustituirla por la “garantía de suministro” a todos los consumidores que lo demandasen. En consonancia con ello, la redacción original del artículo 10 (“Garantía de suminis-

4 Tal indeterminación está implícita en muchos trabajos doctrinales. Así, YUNTA HUETE, R., “El aprovisionamiento de energía”, *Energía y regulación en Iberoamérica, Vol. I*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 131, se refiere a la imprecisión e, incluso, subjetividad, de lo relativo a la seguridad del suministro. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, L. y GARCÍA-VERDUGO SALES, J., “Las políticas de seguridad de abastecimiento energético: Dimensiones, cuantificación y aplicación al caso español”, *Papeles de economía española*, «El sector energético español», n.º 134, 2012, p. 231, señalan que llegar a una definición única de seguridad de abastecimiento es una tarea complicada debido al carácter multidimensional del concepto, ya que comprende aspectos técnicos, económicos, sociales, medioambientales y geopolíticos. Así, por ejemplo, la relación entre seguridad del suministro y protección del consumidor ha sido estudiada por RANCI, P., “Seguridad de suministro y protección de los consumidores en el escenario de la Unión Europea”, *El sector energético ante un nuevo escenario*, Civitas, Navarra, 2010, pp. 93 y ss.

tro”) de dicha ley contenía tanto un “derecho al suministro” a tarifa regulada (apartado 1) como una “garantía de abastecimiento” de los consumidores (apartados 2 y 3), en este último caso al permitir al Gobierno, en ciertos casos, la adopción de medidas tales como limitaciones temporales del mercado o la asignación de abastecimientos de energías primarias a los productores.

La Ley 17/2007, de 4 de julio, con un propósito liberalizador, modificó la Ley 54/1997 para reservar el derecho al suministro a los consumidores de último recurso (a precio regulado). En cambio, los consumidores a mercado libre dispondrían del mero derecho de acceder a las redes (pero no de recibir energía eléctrica a través de dichas redes).

Aunque la vigente Ley 24/2013 mantiene los precios regulados a través del suministro de referencia (artículo 17.1), su artículo 7, equivalente al 10 de la Ley 54/1997 anterior, ya no menciona el “derecho al suministro”, tal vez señalando el camino hacia la definitiva desaparición de los precios fijados administrativamente.

De este modo, el concepto de garantía de suministro parece estar perdiendo su componente de derecho al suministro de los consumidores (en lo que parece el paso previo a la definitiva liberalización del mercado minorista) para limitarse a una garantía de abastecimiento de los consumidores conectados a las redes<sup>5</sup>.

Sucede que dicha garantía de abastecimiento depende de numerosos factores. Sin ánimo de ser exhaustivos, cabe mencionar las siguientes:

- La planificación eléctrica, la cual debe atender a las previsiones de demanda<sup>6</sup>.
- Las medidas a adoptar por el Gobierno en caso de riesgo para el suministro, incluyendo la intervención de empresas eléctricas<sup>7</sup>.
- Los intercambios intracomunitarios e internacionales de electricidad, especialmente a corto plazo, a fin de mantener la seguridad de suministro<sup>8</sup>.
- Los mecanismos de capacidad que permitan dotar al sistema de un margen de cobertura adecuado<sup>9</sup>.

---

5 La Comisión Europea se refiere también a la seguridad del suministro energético en términos de seguridad de abastecimiento, de modo que se garantice la continua disponibilidad de fuentes de energía a un precio razonable (Documento de trabajo de la Comisión Europea (2014): “In-depth study of European Energy Security”, SWD (2014) 330 final/3, p. 3).

6 La planificación debe tener en cuenta la evolución de la demanda eléctrica y los recursos necesarios para satisfacerla, así como la estimación de la capacidad que debe ser instalada y la conformidad de las instalaciones de transporte y distribución con dichas previsiones de demanda (artículo 4.3.a de la Ley 24/2013). En sentido similar, el artículo 4.1.b de la anterior Ley 54/1997 exigía una estimación de la potencia mínima que debía ser instalada para cubrir la demanda prevista bajo criterios de seguridad del suministro, entre otros.

7 Las medidas se contienen en el citado artículo 7 de la vigente ley (coincidente con el artículo 10 de la Ley 54/1997). La intervención de empresas eléctricas por estar en riesgo la seguridad del suministro figuraba también en la disposición adicional primera de la Ley 54/1997.

8 Artículos 11.4 y 13.4 de la Ley 24/2013 y de la Ley 54/1997, respectivamente. La integración de sistemas eléctricos por razones de garantía de suministro es uno de los retos que plantea la tendencia, inevitable, a la generación con menores emisiones. Al respecto, puede consultarse el documento de la Agencia Internacional de la Energía, “Secure and Efficient Electricity Supply During the Transition to Low Carbon Power Systems”, 2013.

9 Artículos 13.3.c y 14.5.d de la Ley 24/2013, así como artículo 16.1.c de la ley 54/1997, que regulaba los llamados pagos por capacidad, a los que nos vamos a referir más adelante, en la medida en que fueron la principal fuente de financiación del mecanismo aquí analizado.

- Ciertas obligaciones, incluidas las de seguridad de las instalaciones, que afectan a los productores<sup>10</sup>; al operador del sistema<sup>11</sup>; a los transportistas y a los distribuidores<sup>12</sup>; e incluso a los consumidores<sup>13</sup>.
- La certificación por el regulador energético del gestor de la red de transporte para el caso de que pase a ser controlado por personas de terceros países, la cual se denegará si se pone en peligro la seguridad del suministro nacional y de la UE (artículo 32 de la Ley 24/2013).
- La generación mediante fuentes de energía primaria autóctonas, en cierta proporción, de manera compatible con el mercado de producción (artículo 25 tanto de la Ley 24/2013 como de la 54/1997).

De este último supuesto, objeto de desarrollo mediante el procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro, empezamos a ocuparnos desde el apartado que sigue a continuación.

### 3 La resolución de restricciones por garantía de suministro

Como se acaba de indicar, el Real decreto 134/2010 se dictó en desarrollo del artículo 25 de la Ley 54/1997 (“Excepciones al sistema de ofertas”), que a su vez transpuso previsiones de derecho europeo. De dicha base jurídica y de los aspectos esenciales del proceso para la resolución de restricciones por garantía de suministro nos ocupamos a continuación<sup>14</sup>.

El artículo 11.4 de la Directiva 2003/54/CE señalaba que, por motivos de seguridad del suministro, los Estados miembros podían disponer la preferencia para la entrada en funcionamiento de instalaciones generadoras a partir de fuentes de combustión de energía primaria autóctonas, en una proporción no superior al 15 % anual de la cantidad total de energía primaria necesaria para producir la electricidad consumida en el Estado miembro<sup>15</sup>.

10 Los productores renovables tienen prioridad para el acceso y conexión, así como para el vertido de energía eléctrica a las redes (artículo 26.2 de la Ley 24/2013). La seguridad de las instalaciones de producción y el régimen sancionador aplicable figuraban en los artículos 21.2.a, 30.1.a, 60.a.16 y 60.a.19 de la Ley 54/1997. El antiguo régimen especial (artículos 27 y ss. de la Ley 54/1997) recibía incentivos a través de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento (artículos 16.6 y 17.1). Como contrapunto, por razones de seguridad de las redes, podían establecerse límites a su conexión (artículo 28.3 de la Ley 54/1997, que se mantienen en el artículo 33.7 de la vigente), así como limitaciones de vertido (30.2.b de la Ley 54/1997).

11 La principal función del operador del sistema es la garantía de la continuidad y seguridad de suministro. Además, dicho operador debe coordinar los planes de mantenimiento de las instalaciones de transporte, a fin de garantizar la seguridad del sistema, impartir instrucciones para la correcta explotación del sistema de producción y transporte, de acuerdo con criterios de seguridad, así como gestionar los servicios de ajuste (artículos 30 y 34 de la anterior y de la vigente Ley, respectivamente). A ello hay que unir el informe en autorizaciones de cierre de instalaciones de generación en el que consignarán posibles afecciones del cierre a la seguridad del suministro (artículo 53.5 de la Ley 24/2013).

12 *Vid.* artículos 44.3.a de la Ley 24/2013 y artículos 36.2.a y 51 de la Ley 54/1997.

13 A través de la suspensión temporal del suministro prevista en los artículos 52 y 50, respectivamente, de las leyes 24/2013 y 54/1997. A ello cabría añadir los mecanismos de interrumpibilidad, relacionados con la seguridad del sistema eléctrico en su conjunto.

14 Acudiremos a los textos vigentes en el momento de aprobación del Real decreto 134/2010: la Directiva 2003/54/CE y el artículo 25, así como la disposición adicional vigésima de la Ley 54/1997, en la redacción dada por el Real decreto-ley 7/2006, de 23 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético.

15 Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE. En la actualidad está vigente la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

A su vez, el artículo 3.2 de la misma directiva permitía a los Estados imponer obligaciones de servicio público a las empresas eléctricas. Tales obligaciones estarían referidas, entre otras cuestiones, a la seguridad del suministro. Además, debían ser claras, transparentes, no discriminatorias y controlables.

En transposición de lo anterior, el artículo 25 de la Ley 54/1997 autorizó al Gobierno para establecer procedimientos, compatibles con la libre competencia en el mercado de producción, que permitiesen el funcionamiento de unidades que utilicen fuentes de combustión de energía primaria autóctonas «hasta un límite del 15 % de la cantidad total de energía primaria necesaria para producir la electricidad demandada por el mercado nacional, considerada en períodos anuales, adoptando las medidas necesarias dirigidas a evitar la alteración del precio de mercado».

Tales previsiones fueron complementadas por el apartado 2 de la disposición adicional vigésima de la Ley 54/1997, por la que se autorizó al Gobierno, de conformidad con los artículos 3 y 11 de la Directiva 2003/54/CE, para aprobar un sistema de primas para la entrada preferente en funcionamiento de las instalaciones generadoras que utilicen fuentes de energía primaria autóctonas. Las primas tendrían un límite máximo de 10 euros por MWh producido. La misma disposición, en su inciso final, aclaró que el coste de las primas se incluiría en tarifa.

En desarrollo de lo anterior, se aprobó el Real decreto 134/2010, que reguló el procedimiento para la resolución de restricciones por garantía de suministro, lo que supuso, a su vez, la modificación del Real decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica, a fin de incluir el citado proceso de resolución de restricciones como una de las fases del mercado de producción.

Dicho mercado se estructura, a tenor del Real decreto 2019/1997, en esencia, en un mercado diario, un mercado intradiario y en servicios de ajuste (restricciones técnicas y, hasta fin de 2014, por garantía de suministro). En síntesis,

- En el “mercado diario” tiene lugar la casación de ofertas de compra y venta de energía para cada hora del día siguiente y se determina el precio marginal que reciben las centrales casadas. El programa diario base de funcionamiento (PDBF) incluye tanto las energías casadas en el mercado diario como las que sean objeto de contratación bilateral.
- A partir del PDBF, el operador del sistema determinaba las “restricciones” por garantía de suministro y, después, las restricciones técnicas (incidencias en la red o en el sistema que requieran la modificación de los programas)<sup>16</sup>.
- El “intradiario” es un mercado de ajustes posterior al diario y a la resolución de restricciones. La programación horaria final es el resultado de la agregación de todas las transacciones firmes formalizadas para cada período de programación como consecuencia del programa diario viable y de la casación del mercado intradiario.

---

16 Como señaló la Comisión Nacional de Energía (CNE), anterior regulador energético, en su informe al proyecto del más tarde aprobado como Real decreto 134/2010, ambos tipos de restricciones, técnicas y por garantía de suministro, tienen una naturaleza bien distinta. Las primeras se deben a que los resultados del mercado no son compatibles con el funcionamiento técnico del sistema. En cambio, las segundas se conocen de antemano: “Informe 29/2009 de la CNE sobre la propuesta de Real decreto por el que se crea el procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro”, 16 de noviembre de 2009, p. 5, disponible en [http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne136\\_09.pdf](http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne136_09.pdf) (21 de abril de 2015).

El Real decreto 2019/1997, en redacción por el Real decreto 134/2010, define las restricciones por garantía de suministro (aunque, repetimos, ya no son de aplicación), como la producción que se determine necesaria de aquellas unidades térmicas de producción que utilicen fuentes de energía autóctonas para asegurar la garantía del suministro, en los términos del citado artículo 25 de la Ley 54/1997 (artículo 12.1.2º).

Aunque excede del objeto de este trabajo el análisis pormenorizado del procedimiento para la resolución de restricciones por garantía de suministro, a continuación, en la medida en que facilitará la lectura de los apartados posteriores, distinguiremos tres aspectos esenciales:

**- Obligación de producir para determinadas centrales y compensación económica por tal obligación:** El anexo II del Real decreto 134/2010 establece las centrales que utilizan carbón autóctono que estaban obligadas a participar en el proceso. Por resolución de la Secretaría de Estado de Energía se fijaron anualmente para cada central los precios de retribución de la energía y el volumen máximo de producción para cada año que podía ser programado en el proceso de resolución de restricciones por garantía de suministro.

**- Preferencia para la producción de centrales que utilizan carbón autóctono:** La resolución de restricciones por garantía de suministro suponía la modificación de los programas resultantes de la casación (señalado PDBF) para incluir la generación térmica a partir de carbón autóctono. La incorporación de esa energía podía exigir la reducción del programa de otras centrales térmicas, para lo cual se empezaba por las más contaminantes (en términos del real decreto, siguiendo un orden de mérito descendente de los niveles de emisión de CO<sub>2</sub> de esas otras instalaciones). En el primer diseño de la medida, las centrales desplazadas recibían una compensación por la reducción de sus programas (anexo III del real decreto). Dicha compensación se suprimió por indicación de la Comisión durante la negociación de la medida, lo que supuso la supresión del citado anexo III.

**- Obligación de compra de carbón autóctono:** Las centrales obligadas a producir debían adquirir las cantidades anuales de carbón autóctono que se fijasen para cada año por resolución de la Secretaría de Estado de Energía<sup>17</sup>.

## 4 Compatibilidad de las ayudas al carbón nacional

El mecanismo de resolución de restricciones por garantía de suministro notificado por España fue objeto de una decisión positiva de la Comisión Europea, que declaró la compatibilidad de las ayudas que la medida contenía. Tal autorización se concedió tras el compromiso de España de efectuar ciertas modificaciones negociadas con la Comisión Europea<sup>18</sup>. La modificación tuvo lugar mediante el Real decreto 1221/2010, de 1 de octubre<sup>19</sup>.

17 Así, por ejemplo, las obligaciones de compra de energía y la retribución de las centrales obligadas a producir fueron determinadas, para 2014, por la Resolución de 30 de diciembre de 2013, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se fijan las cantidades de carbón, el volumen máximo de producción y los precios de retribución de la energía, para el año 2014, a aplicar en el proceso de resolución de restricciones por garantía de suministro.

18 Nos referimos a la Decisión n.º N 178/2010, Compensación de servicio público asociada a un mecanismo de entrada en funcionamiento preferente para las centrales de carbón autóctono, 29 de septiembre de 2010 [C(2010)4499 final].

19 Real decreto 1221/2010, de 1 de octubre, por el que se modifica el Real decreto 134/2010, de 12 de febrero, por el que se establece el procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro y se modifica el Real decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica. En esencia, este último real decreto es el que suprime

La medida se autorizó como obligación de servicio público impuesta a empresas encargadas de la prestación de un servicio de interés general (SIEG), compatible con el mercado, a tenor de los artículos 106 y 107 del TFUE. Aunque la decisión autorizatoria se cuestionó ante el TGUE, con el argumento de que implicaba el otorgamiento de una ayuda de Estado incompatible con el mercado único, el tribunal confirmó la decisión de autorización.

A continuación examinamos la decisión de la Comisión y la sentencia del tribunal, aunque ese examen vendrá precedido de sendos apartados sobre la consideración de la medida como ayuda de Estado y sobre el régimen jurídico de los SIEG.

#### 4.1 Resolución de restricciones y ayuda de Estado

El artículo 107.1 TFUE contiene tanto una regla general de prohibición de ayudas de Estado como las cuatro características de la ayuda estatal: que los fondos procedan del Estado; que otorgue ventaja a las empresas; que beneficie sólo a algunas empresas; y que afecte a la competencia y a los intercambios comerciales entre Estados.

La ayuda estatal lleva implícito el uso de fondos estatales, lo cual, con arreglo a reiterada jurisprudencia, permite incluir en el concepto de ayuda las ventajas concedidas por el Estado directa o indirectamente, siempre que sean imputables al Estado<sup>20</sup>. Son estatales aquellos fondos que no procedan directamente del presupuesto del Estado, al haberse concedido mediante entidades u organismos públicos o privados distintos del Estado y designados o instituidos por éste<sup>21</sup>.

La Comisión razonó (acertadamente) que la financiación de este mecanismo debía considerarse estatal (apartados 115 a 119). De un lado, era una decisión imputable al Estado. De otro, los fondos eran gestionados por Red Eléctrica de España, entidad designada por el Estado que no podía disponer libremente de ellos. Los fondos procedían, principalmente, de los pagos por capacidad<sup>22</sup>. Además, los saldos de la bolsa de pagos por capacidad se consideraron ingresos o costes liquidables, a incluir en el sistema de liquidación de las actividades reguladas, el cual gestionaba la CNE, a estos efectos en situación similar a la de Red Eléctrica (entidad designada por el Estado sin poder de disposición sobre los fondos sujetos a liquidación)<sup>23</sup>.

---

La compensación a las centrales desplazadas para dar cabida a la generación a partir de carbón autóctono, cuestión a la que ya hicimos referencia. El cambio tuvo lugar, como indica el preámbulo de dicho real decreto, en el proceso de prenotificación de la medida.

20 STJUE de 19 de diciembre de 2013, *Vent de Colère* y otros (C-262/12), apartado 16. La sentencia declaró la existencia de ayuda de Estado en el mecanismo consistente en la compensación íntegra del sobrecoste impuesto a las empresas en virtud de una obligación de compra de electricidad de origen eólico, a precio superior al de mercado, cuya financiación recae en todos los consumidores del territorio nacional. *Vid.* IDOT, L., "Notion d'aide et recours à des ressources d'État", *Europe*, n.º 2, 2014.

21 Por ejemplo, la Decisión SA.35177 (2014/NN), de 11 de junio de 2014, sobre la promoción de electricidad procedente de fuentes renovables en la República Checa, calificó de fondos estatales los empleados para un mecanismo de prima a la generación renovable cuyos fondos procedían, en una parte, del presupuesto del Estado y, en otra, de un recargo especial impuesto a los usuarios de servicios de transporte y distribución de energía eléctrica. STJUE de 19 de diciembre de 2013, as. *Vent de Colère* y otros (C-262/12), apartado 20.

22 Dichos pagos (o mecanismos de capacidad, en terminología de la Ley 24/2013) se destinaban a ciertos productores por la mera disponibilidad de capacidades de generación. La decisión alude a su base jurídica en tales fechas: el citado artículo 16 de la Ley 54/1997; el anexo III a la Orden ITC/2794/2007, de 27 de septiembre; la disposición adicional séptima de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre; y la Orden ITC/3801/2008, de 26 de diciembre. En la actualidad, y hasta que se apruebe un nuevo mecanismo, la regulación de tales pagos se contiene en la Orden ITC/3127/2011, de 17 de noviembre.

23 El anexo I, apartado quinto, 2 del Real decreto 134/2010 (en redacción dada por el Real decreto 1221/2010) señala: «El saldo de los derechos de cobro establecidos en los apartados tercero y cuarto y de las obligaciones de pago del apartado cuarto será sufragado con cargo al saldo resultante de la diferencia entre los ingresos resultantes de la financiación de los pagos por capacidad y los costes

La ayuda estatal concede una ventaja que la beneficiaria no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado<sup>24</sup>. Este fue un punto clave de la decisión, pues el mecanismo de resolución de restricciones concedía ventaja no solo a las centrales de generación a partir de carbón nacional, sino también, indirectamente, a los proveedores de dicha materia prima (apartados 113 y 121 de la decisión). Recordemos que, al describir la ayuda, mencionamos tres aspectos consustanciales a ésta: i) la obligación de producir para ciertas centrales; ii) la asignación de preferencia para ellas; y iii) la adquisición de carbón autóctono. Este último aspecto es lo que nos ha llevado a titular este apartado IV como ayudas “al carbón nacional” (incluyendo, claro, a los proveedores de carbón). Dicho de otro modo: la generación a partir de carbón nacional y la compra de dicho carbón son dos caras de una misma moneda. Volveremos sobre esto.

La forma de la ayuda es irrelevante (puede otorgarse “bajo cualquier forma”). La ayuda estatal incluye tanto la transferencia de fondos estatales como la renuncia del Estado a fondos que le corresponden<sup>25</sup>. En particular, los pagos compensatorios por la gestión de SIEG financiados mediante exacciones parafiscales o cotizaciones obligatorias impuestas por la legislación del Estado y gestionados o distribuidos conforme a dicha legislación se consideran efectuados con fondos estatales<sup>26</sup>.

La afectación a los intercambios y el falseamiento de la competencia que supone la ayuda se consideran condiciones unidas inseparablemente<sup>27</sup>. En el caso de las ayudas a la producción a partir de carbón autóctono se consideró que tal falseamiento, consustancial a toda ayuda a SIEG, estaba presente. Y ello porque se trataba de ayudas a sectores abiertos a la competencia que, de un lado, fortalecerían la situación financiera de las generadoras a partir de carbón nacional, limitando asimismo la adquisición de energía a través de interconexiones con Portugal o Francia y, de otro, afectarían al comercio intracomunitario de carbón.

Como se dijo antes, España notificó sendos proyectos normativos, el segundo de los cuales modificaba el primero en atención a la negociación realizada por España con la Comisión Europea. Dichos proyectos son los actuales Real decreto 134/2010 y Real decreto 1221/2010. Así pues, desde el punto de vista procedimental, la ayuda se consideró correctamente notificada (artículos 108.3 del TFUE y 2.1 del Reglamento CE n.º 659/1999)<sup>28</sup>.

España se comprometió a no ejecutar la medida hasta la autorización de la Comisión, respetando así el efecto suspensivo de la ayuda (artículos 108.3 del Tratado CE y 3 del Reglamento CE n.º 659/1999).

---

correspondientes a su retribución antes de su liquidación a la Comisión Nacional de Energía. El saldo restante tendrá la consideración de ingreso o coste liquidable del sistema...».

24 STPI de 13 de septiembre de 2010, as. Grecia y otros (T-415/05, T-416/05 y T-423/05), apartado 213.

25 STJUE de 8 de septiembre de 2011, as. Países Bajos y otros (C-279/08), apartado 104. Sentencias del TJCE de 23 de febrero de 1961, as. De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad (30/59) y de 19 de mayo de 1999, as. Italia/Comisión (C-6/97), apartado 15.

26 “Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general”, p. 9. Sobre este texto volveremos más adelante.

27 STPI de 4 de abril de 2001, as. Friuli Venezia Giulia (T-288/97), apartado 41.

28 Reglamento (CE) n.º 659/1999, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (actual artículo 108 del TFUE).

La decisión se adoptó tras el examen previo de la medida, sin iniciarse el procedimiento de investigación formal de ésta (en particular, artículo 4.4 y artículo 6 del Reglamento n.º 659/1999). Este sería uno de los motivos del recurso judicial contra ella, como luego veremos.

## 4.2 Concepto y regulación de los SIEG

Como se acaba de adelantar, la ayuda se configuró como una obligación de servicio público impuesta a empresas encargadas de la prestación de un servicio de interés general (SIEG), cuya regulación en el tratado figura en el artículo 106.2 citado, a tenor del cual las empresas encargadas de la gestión de SIEG están sujetas a las normas sobre ayudas de Estado, con la excepción de que tales normas impidan el cumplimiento de la misión confiada a dichas empresas.

Los servicios de interés general, o SIG (sin la “E” de la sigla que venimos usando), son actividades clasificadas como tales por los Estados y sujetas a obligaciones de servicio público<sup>29</sup>. Engloban servicios no económicos y otros que sí lo son<sup>30</sup>. Sólo estos últimos (los SIEG) se someten a las normas sobre competencia del tratado.

El concepto SIEG procede de la tradicional categoría de servicio público, casi en desuso en la UE<sup>31</sup>. Dicho servicio público tradicional europeo quebró con la introducción del dogma norteamericano de la libre competencia en el Tratado de Roma de 1957<sup>32</sup>. Ello sustituyó la prestación monopolística por la iniciativa privada, sobre todo a partir de la década de 1980, imponiendo obligaciones a las empresas<sup>33</sup>. Así sucedió en el sector energético, como señalamos al mencionar el cambio de paradigma que supuso la Ley 54/1997, con la sustitución de la noción de servicio público por la de garantía de suministro a los consumidores demandantes de energía eléctrica.

Así pues, los SIEG son actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública<sup>34</sup>.

Los SIEG se mencionan en el artículo 14 del TFUE (sobre su lugar relevante entre los valores comunes de la Unión), en el artículo 106.2 y en el protocolo n.º 26 anexo a dicho tratado,

---

29 Las precisiones terminológicas proceden de los documentos de la Comisión Europea “Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa” (20 de diciembre de 2011, COM (2011) 900 final), pp. 3 y 4; así como “Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest” (7 de diciembre de 2010, SEC (2010) 1545 final).

30 Entre los SIG no económicos figuran tanto los que implican el ejercicio de funciones ligadas a la soberanía (justicia, defensa nacional, etc.) como otros de carácter social, en ciertos casos. La Comisión aclara que los “servicios sociales de interés general” consisten en servicios esenciales de contenido preventivo y de cohesión o inclusión social (“Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa”, *cit.*, pp. 3 y 4).

31 La Comisión prefiere no emplear el término servicio público porque lo considera ambiguo “Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa”, *cit.*, pp. 3 y 4. La ambigüedad del término “servicio público” y la falta de propiedad en su uso también fue señalado por nuestra doctrina (PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 418; o DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “El suministro de electricidad de último recurso y el servicio universal”, *Revista de Administración Pública*, n. 181, 2010, p. 45).

32 PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I*, *cit.*, pp. 418 y ss.

33 DE LA QUADRA-SALCEDO, T. “El suministro de electricidad de último recurso y el servicio universal”, *cit.*, pp. 66 y 67.

34 Comisión Europea, Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa, *cit.*, p. 4.

así como en el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>35</sup>. Asimismo, han sido objeto de diversos textos que permiten su examen desde la óptica de las ayudas de Estado.

El artículo 106.2 del TFUE señala, ya se dijo, que las empresas encargadas de la gestión de SIEG están sujetas a las normas sobre competencia, salvo que éstas impidan el cumplimiento de la misión confiada a dichas empresas.

La regulación sobre ayudas a SIEG consiste en cuatro textos de distinto alcance<sup>36</sup>. Una comunicación sobre las condiciones en las que la compensación de servicio público no se considera ayuda estatal, con base en la Sentencia *Altmark*; un reglamento sobre medidas de escasa cuantía que tampoco se consideran ayudas; una decisión sobre medidas que, siendo ayudas de Estado, están exentas de notificación, al considerarse compatibles de antemano; y un marco sobre las condiciones en que podrán autorizarse las ayudas de Estado sujetas a notificación<sup>37</sup>.

En síntesis, las medidas que cumplan los criterios de la Sentencia *Altmark* o que estén comprendidas en el ámbito del Reglamento *de minimis* no se considerarán ayudas de Estado, en este último caso al no afectar a los mercados ni la competencia.

La Sentencia *Altmark* declaró que una compensación de servicio público *no* concede ventaja cuando<sup>38</sup>:

- (i) la beneficiaria está encargada de la prestación de obligaciones de servicio público y éstas están claramente definidas;
- (ii) los parámetros para el cálculo de la compensación se han fijado con carácter previo y son objetivos y transparentes;
- (iii) la compensación se limita a cubrir total o parcialmente los gastos, teniendo en cuenta los ingresos y un beneficio razonable; y
- (iv) en la selección quede garantizado el menor coste para la colectividad o, en su defecto, la compensación se calcule mediante el análisis de los costes que ello supondría para una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada (teniendo en cuenta los ingresos y un beneficio razonable).

35 Dicha carta fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo por el Parlamento, el Consejo y la Comisión (DOCE C 303, de 14 de diciembre de 2007, p. 1). Su versión consolidada puede consultarse en el DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010, p. 389.

36 Con anterioridad, la regulación se limitaba a una decisión de la Comisión que detallaba los casos en que una ayuda podría considerarse compatible en virtud del artículo 86.2 del Tratado CE (actual artículo 106.2 TFUE); y un marco aplicable a las medidas sujetas a notificación previa.

37 Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la UE en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (DO C 8, de 11 de enero de 2012, p. 4). Reglamento (UE) n.º 360/2012 de la Comisión, de 25 de abril de 2012, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la UE a las ayudas *de minimis* concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general (DO L 114, de 26 de abril de 2012, p. 8). Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general (2012/21/UE, DO L 7, de 11 de enero de 2012, p. 3). Marco de la UE sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2012/C 3 8/03, DO C 8, de 11 de enero de 2012, p. 15).

38 STJCE de 24 de junio de 2003, as. *Altmark* (C-280/00).

Caso de que unas ayudas no cumplan las condiciones de dicha sentencia, su compatibilidad deberá ser examinada, antes de su puesta en práctica, por la Comisión, con arreglo al citado marco sobre ayudas a SIEG. Así sucedió, como ya se dijo, en el caso de las ayudas que estamos analizando. De los detalles se ocupa el apartado siguiente.

### 4.3 La decisión de la Comisión

Como indicamos antes, la Comisión adoptó su decisión de compatibilidad tras el examen previo de la ayuda, sin iniciar el procedimiento de investigación formal, lo que fundamentaría uno de los motivos del recurso que se dirigió contra ella<sup>39</sup>.

La Comisión consideró que se estaba en presencia de ayuda estatal, pues no se cumplía el último de los requisitos recién señalados de la Sentencia *Altmark* (forma de selección y cálculo de la compensación). En particular, ni los beneficiarios de la ayuda se habían seleccionado mediante un procedimiento competitivo ni España presentó un análisis exhaustivo del coste unitario de generación de las centrales que excluyese la ventaja a las empresas (apartados 107 a 112 de la decisión).

Por lo que se refiere a la ayuda (indirecta) a los proveedores de carbón autóctono, la Comisión afirmó la existencia de ventaja también para estos últimos (en especial, apartados 113 y 121). Pero el examen de este aspecto fue menos riguroso que el del mecanismo de resolución de restricciones. Antes dijimos que la generación a partir de carbón nacional lleva implícita la adquisición de dicho carbón. Así pues, cabría pensar que ambas cuestiones debieron analizarse en términos comparativamente similares. No fue así. Los razonamientos y justificaciones sobre la obligación de generar a partir de carbón autóctono y sobre el mecanismo de asignación de preferencia a las centrales obligadas a dicha generación ocupan gran parte de la decisión. Lo relativo a la compra de carbón nacional a los generadores se trata de pasada, casi formalmente, sin un verdadero análisis. Esto nos parece criticable. Sin embargo, el TGUE consideró suficiente el análisis de la Comisión, algo que también nos parece cuestionable.

Del examen realizado por la Comisión Europea resultaba la compatibilidad de la ayuda a tenor del citado marco sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público.

En concreto, la Comisión afirmó que se estaba ante un verdadero SIEG relativo a la seguridad del suministro (artículo 11.4 en relación con el artículo 3.2 ambos de la Directiva 2003/54/CE, ya citados), en vista de precedentes de la propia Comisión<sup>40</sup>. La decisión resaltó la amplia discrecionalidad de los Estados en la definición de SIEG y consideró que la calificación de la medida como SIEG por parte de España no era manifiestamente errónea. En esencia, los motivos que llevaron a España a calificar la medida como ayuda a SIEG fueron: i) la intermitencia de la generación renovable (singularmente, apartado 97 de la decisión); ii) el aislamiento de España con respecto a los mercados eléctricos de la UE (apartado 96 de la decisión); y iii) los efectos de la crisis en las centrales de carbón, y el perjuicio de ello para el suministro nacional, en vista de su papel de apoyo a la generación renovable (apartado 98).

---

39 Citada, Decisión n.º 178/2010, de 29 de septiembre de 2010 [C(2010)4499 final].

40 Se citaron al respecto los asuntos NN 49/99 España: costes de transición a la competencia (DO C 268, de 22 de septiembre de 2001, p. 7), Irlanda: obligaciones de servicio público del Comité de Suministro de Electricidad en cuanto a generación de electricidad a partir de la turba (DO C 77, de 28 de marzo 2002, p. 27); asunto N 34/99, Austria: compensación de costes de transición (DO C 5, de 8 de enero de 2002, p. 2); asunto C 7/2005, Eslovenia: tarifas eléctricas (DO L 219, de 24 de agosto de 2007, p. 9).

El hecho de que se tratase de un mecanismo transitorio fue decisivo para obtener la autorización (*vid.* apartado 163). Tampoco ha de subestimarse el efecto que previsiblemente tuvo que las adquisiciones de carbón importado de España procediesen, en su mayoría, de terceros Estados (apartado 100).

Por lo demás, la decisión autorizatoria consideró que la medida cumplía el resto de condiciones exigidas por el citado marco sobre compensación por servicio público: las obligaciones de servicio público transitoriamente aplicables resultaban claramente especificadas en el Real decreto 134/2010 y el cálculo de la compensación se realizaba *ex ante*, con base en parámetros objetivos, y permitía su revisión *ex post* (apartados 132 y ss.). Además, el importe de los costes de las centrales de generación objeto de la ayuda se ajustaba a lo dispuesto en el marco, y las compensaciones excesivas serían recuperadas de las beneficiarias (apartado 147).

#### 4.4 La sentencia del Tribunal General

La anterior decisión fue recurrida por una compañía titular de una central de generación de ciclo combinado, apoyada por Greenpeace. Entre quienes apoyaron a la Comisión estaba la Federación Nacional de Empresarios de Minas y Carbón (Carbounión). El mero examen de las partes personadas permite apreciar el conflicto entre intereses contrapuestos. El tribunal confirmó, como venimos indicando, la decisión de la Comisión<sup>41</sup>.

De entre los motivos alegados por la demandante, nos vamos a centrar en el insuficiente examen de la medida por la Comisión a tenor de los artículos 106.2 y 107 TFUE, así como del marco sobre SIEG<sup>42</sup>.

Como punto de partida, la demandante alegó (y el tribunal aceptó) que, en esencia, la medida consistía en tres elementos indisolublemente vinculados entre sí a los que nos hemos ido refiriendo aquí:

- 1º La compensación económica satisfecha a los productores.
- 2º El mecanismo de entrada en funcionamiento preferente del carbón nacional.
- 3º La obligación de compra de carbón autóctono.

En opinión de la demandante, este último elemento (también el 2º) no fue objeto del debido examen por parte de la Comisión. Nosotros coincidimos en cierto modo con esa opinión. El tribunal pensó otra cosa.

41 Sentencia del TGUE de 3 de diciembre de 2014, as. Castelnou Energía/Comisión (T-57/11). Además de por Castelnou, la decisión autorizatoria de la Comisión fue recurrida en anulación por diversas empresas eléctricas, así como por la Comunidad Autónoma de Galicia, que alegó los perjuicios que del mecanismo de resolución de restricciones resultaría para las centrales térmicas de As Pontes, Meirama y Sabón, así como para otras actividades industriales situadas en su territorio y directamente relacionadas con la producción de electricidad (as. T-520/10). El auto del TGUE de 17 de febrero de 2011, denegó la suspensión cautelar solicitada por Galicia en dicho asunto y, por auto posterior de 19 de abril de 2013, se acordó el desistimiento presentado por Galicia en el pleito principal. El desistimiento se solicitó después de que, por auto de 6 de noviembre de 2012, el TGUE desestimase la solicitud de intervención de Galicia en el asunto T-57/11 (as. Castelnou) debido a la falta de interés directo y actual de Galicia en la solución de dicho litigio.

42 Los motivos de la demandante se agruparon en cinco: i) vulneración de sus derechos de procedimiento; ii) infracción del artículo 106.2 y 107 TFUE, así como del deber de motivación; iii) infracción del artículo 106.2, del marco sobre SIEG y del artículo 11.4 de la Directiva 2003/55/CE, en vista de los errores manifiestos de apreciación y desviación de poder; iv) infracción de disposiciones diferentes de las de ayudas de Estado; y v) infracción del Reglamento n.º 1407/2002. La insuficiente motivación figura, de uno u otro modo, en los motivos i) y ii) mencionados.

Al hablar sobre el elemento de ventaja propio de las ayudas de Estado, dijimos que la generación a partir de carbón nacional y la compra de dicho carbón son dos caras de una misma moneda. Y adelantamos nuestra opinión: la decisión de la Comisión incurrió en una considerable asimetría al analizar los distintos elementos de la ayuda, concediendo un menor peso en su motivación a la compra de carbón autóctono con respecto a los otros elementos (compensación económica y mecanismo de entrada en funcionamiento preferente). Los razonamientos de la decisión sobre la ventaja al sector minero español son genéricos y se limitan a afirmar la existencia de ventaja para los proveedores de carbón nacional (apartados 113 y 121 de la decisión).

El razonamiento del Tribunal (apartados 87 a 100 de la sentencia), también lo dijimos, tampoco parece convincente. El tribunal afirmó en síntesis:

- **Con relación a la compensación económica satisfecha a los productores:** que consistió en una compensación de la obligación de servicio público que incluía el coste de adquirir carbón autóctono.

- **Con relación al mecanismo de entrada en funcionamiento preferente:** que fue un medio para garantizar la seguridad del suministro.

- **Con relación a la compra de carbón autóctono:** que la compensación de compra de carbón nacional suponía ventaja para sus productores, sin que ello obligase a la Comisión a llevar un análisis separado de esto último, pues tal ventaja era una consecuencia de la obligación de servicio público impuesta a las centrales beneficiarias de la ayuda por razones de seguridad del suministro<sup>43</sup>.

Esos argumentos nos parecen criticables. Y ello porque no parecía existir un verdadero riesgo para el suministro que requiriese la aprobación del mecanismo en cuestión. En vista de ello, la medida pareció adoptarse, en realidad, en beneficio de la actividad de la minería del carbón.

Sin embargo, pensamos, la sentencia dio a la ayuda al sector extractivo de carbón un carácter accesorio de la ayuda a las centrales de carbón. Pero es dudoso que ambas beneficiarias (centrales y proveedores) no debiesen haberse considerado, como poco, en pie de igualdad. Dicho de otro modo, la ayuda a los productores de carbón fue objeto de un análisis superficial al caer bajo el paraguas de las ayudas a los generadores para compensar supuestas obligaciones de servicio público relativas a la seguridad del suministro.

Si bien podría aceptarse que la Comisión estaba facultada a analizar simultáneamente la ayuda a ambas beneficiarias (proveedores y centrales generadoras), lo que no parece tan justificado es la asimetría del análisis de ambos casos. Con relación a la ayuda a la minería del carbón, la decisión se limitó a afirmar que se concedió ventaja a los proveedores. En cambio, la *compatibilidad* de tal medida con el mercado interior no fue objeto de verdadero análisis, pues pareció considerarse un mero efecto de la obligación de servicio público impuesta a ciertas compañías generadoras.

---

43 El apartado 99 de la sentencia afirma que «no correspondía a la Comisión llevar a cabo un análisis diferenciado del mecanismo de entrada en funcionamiento preferente y de la obligación de compra de carbón autóctono para determinar si estos constituían, considerados separadamente, ayudas de Estado incompatibles con el mercado interior». El apartado 123 insiste en que no era necesario pronunciarse sobre si la obligación de compra de carbón autóctono implicaba una transferencia de recursos estatales a favor de los productores de dicho carbón. Y recordó que «la obligación de comprar de carbón autóctono constituye, dentro del régimen de ayuda notificado, una de las obligaciones de servicio público impuestas a los beneficiarios de la medida».

Las consideraciones sobre el cumplimiento por parte de las ayudas autorizadas de las previsiones del Reglamento 1407/2002, sobre ayudas a la industria del carbón, tampoco parecen convincentes<sup>44</sup>. La decisión argumentó que dicho reglamento establecía un modo específico de compatibilidad que no limitaba el ámbito de aplicación del artículo 106.2 del TFUE. Dicho de otro modo, unas y otras ayudas tendrían una consideración distinta. Además, con esta nueva ayuda no se superarían las cantidades previstas en el Plan Nacional de Reserva Estratégica de carbón 2012-2021, aprobado en aplicación del citado Reglamento 1407/2002. Sin embargo, se echan de menos consideraciones sobre la necesidad y proporcionalidad de las medidas de ayuda al sector minero, cuestión sobre la cual no se efectuó razonamiento alguno. Puede que pesase demasiado el que la mayoría de las adquisiciones de carbón importado por España procediesen de terceros Estados (apartado 100 de la decisión).

En cambio, es interesante la opinión de la extinta Comisión Nacional de Competencia (CNC) sobre el posterior Real decreto 134/2010<sup>45</sup>. El primer párrafo del informe IPN 33/09 se refiere de forma elocuente, como punto de partida de la medida, no al riesgo de desabastecimiento del sistema español, sino al excedente de carbón acumulado debido a la contracción de la demanda de electricidad y al desarrollo de las tecnologías renovables.

El informe añadió que el mecanismo de resolución de restricciones por garantía de suministro suponía una distorsión tanto a la formación de precios en el mercado como sobre los costes del sistema y sobre los incentivos a la inversión y al comportamiento estratégico de los agentes, en este último caso en vista de que las inversiones en nueva capacidad de generación térmica podrían paralizarse por el riesgo a ser desacopladas del mercado<sup>46</sup>.

La CNC cuestionó que el objetivo de garantizar la seguridad del suministro justificase la necesidad de la medida, en sentido contrario a lo que más tarde declararían tanto la Comisión Europea como el Tribunal General de la UE. La CNC señaló que, en vista de la reducción de la demanda debido a la crisis económica, la seguridad del suministro no parecía estar en peligro a corto plazo. Y tampoco parecía necesario asegurar la supervivencia de las centrales térmicas de carbón autóctono por razones de seguridad del suministro. El carácter gestionable y proveedor de servicios de ajuste del sistema de dichas centrales era propio, también, de otras tecnologías (fuel, ciclos combinados, etc.). A ello se añadieron consideraciones sobre el mayor coste y menor eficiencia del carbón nacional<sup>47</sup>. La medida se consideró asimismo desproporcionada en relación con el objetivo de seguridad de suministro supuestamente perseguido.

44 Nos referimos al Reglamento 1407/2002, de 23 de julio de 2002, sobre las ayudas estatales a la industria del carbón (DOCE 205, de 2 de agosto de 2002). Dicho reglamento fue sustituido por la Decisión 2010/787/UE del Consejo, de 10 de diciembre de 2010, relativa a las ayudas de Estado destinadas a facilitar el cierre de las minas de carbón no competitivas, la cual prolongó hasta 2018 la posibilidad de que los estados concedieran ayudas para la generación de electricidad a partir de carbón.

45 IPN 33/09 Real decreto de resolución de restricciones por garantía de suministro. Con posterioridad, se emitió el informe IPN 44/10, sobre la modificación de dicho real decreto por el posteriormente aprobado como Real decreto 1221/2010.

46 Las distorsiones que dicho procedimiento de resolución de restricciones en los precios del mercado diario, con afección a las tarifas de acceso, así como en el desarrollo del mercado ibérico de electricidad, puso de manifiesto, asimismo, el anterior regulador energético en el citado "Informe 29/2009 de la CNE sobre la propuesta de real decreto por el que se crea el procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro" (2009).

47 P. 16 del citado informe IPN 33/09: «Debe recordarse, en primer lugar, que el carbón nacional resulta muy ineficiente en la producción energética, con baja capacidad calorífica y coste elevado, en comparación con el carbón internacional. Así, en los últimos años ha caído el consumo de este carbón y ha aumentado el de carbón importado como reflejo de esta diferencia».

Sobre la condición de ayuda de Estado de la medida (más tarde confirmada por la Comisión Europea), la CNC señaló la existencia de ventaja a los productores de carbón autóctono «en cuanto que se asegura a aquéllos una demanda que en condiciones de mercado no estarían en condiciones de obtener, en principio debido a los menores precios y mayor calidad calorífica del carbón extranjero» (p. 26). La CNC consideró, asimismo, que la medida era especialmente falseadora de la competencia con relación a dichos productores de carbón nacional, pues la «reserva de funcionamiento atribuida al carbón autóctono para la generación de energía eléctrica sitúa a los productores de carbón nacional en una posición privilegiada con respecto al carbón de otra procedencia geográfica» (p. 28).

## 5 El arrinconamiento de las energías renovables y la oportunidad de restablecer un mecanismo de este tipo

El incentivo a la generación con carbón autóctono, mantenido desde su entrada en funcionamiento en febrero de 2011 hasta finales de 2014, ha coincidido con la drástica reducción de incentivos a la generación renovable. Y ello a pesar de que este último modo de generación favorece la seguridad del suministro de un país tan dependiente energéticamente como España, además de tener un claro beneficio medioambiental<sup>48</sup>.

La reducción de incentivos a la generación renovable se acentuó a partir de 2008 debido a diversos factores, entre los que destacan la coincidencia del agravamiento de la crisis económica y de la acumulación de déficit tarifario con el aumento de costes debido a una cierta sobreinstalación, particularmente de tecnología fotovoltaica<sup>49</sup>. Así, en 2008 se creó el Registro estatal de preasignación de retribución para instalaciones fotovoltaicas, generalizado en 2009 al resto de tecnologías (Real decreto-ley 6/2009)<sup>50</sup>. Esa medida vino seguida de otras muchas<sup>51</sup>.

---

48 Respecto de la dependencia energética de España y la contribución de las energías renovables a la seguridad del suministro, puede consultarse, entre otros, a SÁNCHEZ TEMBLEQUE, L. y SÁENZ DE MIERA, G., "La regulación de las energías renovables", *Tratado de regulación del sector energético, Tomo II, Aspectos económicos*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 540; así como a DOLADER I CLARA, J., "La seguridad del aprovisionamiento", *Energía y regulación*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 284.

49 Sobre la evolución de las energías renovables y sus incentivos, puede consultarse, entre otros, a CASTELLANOS GARIJO, M. LL., *Régimen jurídico de la energía eólica. Los procedimientos de autorización de los parques eólicos y su acceso y conexiones a la red*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2012, pp. 91 y ss.; a MORA RUIZ, M., "La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables: revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 257, 2010; a NEBREDÁ PÉREZ, J., *Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial*, Civitas, Madrid, 2009; o a DEL RÍO, P. y MIR-ARTIGUES, P., "A Cautionary Tale: Spain's solar PV investment bubble", *Global Subsidies Initiative (GSI). International Institute for Sustainable Development (IISD)*, 1 de febrero de 2014, quienes califican de burbuja fotovoltaica lo sucedido entre 2007 y 2008.

50 La exposición de motivos del Real decreto-ley 6/2009 señala: «Por su creciente incidencia sobre el déficit de tarifa, se establecen mecanismos respecto al sistema retributivo de las instalaciones del régimen especial. La tendencia que están siguiendo estas tecnologías podría poner en riesgo, a corto plazo, la sostenibilidad del sistema». Al respecto de la influencia del déficit en las energías renovables, puede verse a MORA RUIZ, M., "La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables: revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables", *cit.*, p. 15.

51 Tal sucesiva limitación del coste del régimen especial desembocó, tras innumerables reformas normativas, en el Real decreto-ley 1/2012, que suspendió los procedimientos de preasignación y suprimió el régimen de primas para nuevas instalaciones de régimen especial. Al respecto, puede consultarse a DEL GUAYO CASTIELLA, Í., "Seguridad jurídica y cambios regulatorios (a propósito del Real decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 156, 2012. Por Sentencia 48/2015, de 5 de marzo de 2015, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de la Xunta de Galicia frente a dicho Real decreto-ley (BOE 85, de 9 de abril de 2015).

El proceso desembocó en el Real decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, cuyo sistema se trasladó al artículo 14.7 de la Ley 24/2013<sup>52</sup>. Dicho precepto fue desarrollado mediante el Real decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, conformando todo ello la parte esencial del vigente marco normativo<sup>53</sup>.

Con arreglo al nuevo sistema, los incentivos a la generación renovable se otorgan ahora mediante una retribución específica, adicional al precio de mercado, de carácter excepcional, sin que exista un derecho incondicional a ésta (artículos 6.d y 9.2 del Real decreto 413/2014). Tal retribución está basada en parámetros estándar necesarios para realizar la actividad. El sistema prepara el camino para la total integración en el mercado de la generación renovable y remite a mecanismos de mercado para la fijación de incentivos. En definitiva, una instalación renovable, a lo sumo, recuperará los costes que no cubra el precio de mercado, con una rentabilidad razonable, y revisable<sup>54</sup>.

Lo cierto es que esa tendencia a la limitación y reducción de incentivos a la generación renovable se aprecia también en el ámbito de la Unión Europea<sup>55</sup>.

La drástica reducción de la inversión en energías renovables suscita la interrogante de si la opción en favor del carbón autóctono estaba justificada, y plantea la duda de si sería conveniente reestablecer un mecanismo de este tipo en el futuro.

De entrada, existe cierta incoherencia en el trato desigual de tecnologías (carbón y renovables) que emplean fuentes autóctonas y contribuyen a la seguridad del suministro, contando las renovables a su favor con un mayor beneficio medioambiental. Es más, uno de los motivos del fomento a la generación mediante carbón nacional fue el desplazamiento de dicha tecnología por el aumento de la generación renovable.

Y ello pese a que el coste total del mecanismo de resolución de restricciones por garantía de suministro (unos 1.400 millones de euros) y la retribución al sector renovable (más de 30.600 millones de euros entre 2011 y 2014) no sean, ciertamente, de una magnitud equiparable<sup>56</sup>.

52 Al respecto del nuevo marco de las energías renovables, en la Ley 24/2013, puede consultarse a GALERA RODRIGO, S., "Europa 2050: renovables y cambio de modelo energético. Consideraciones sobre su recepción en España", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, mayo-diciembre 2014, pp. 1428 y ss.

53 Real decreto 413/2013, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, desarrollado por la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Un primer análisis de dicha orden puede consultarse en MENDOZA LOSANA, A. I., "Guía breve para la aplicación de la orden de renovables", *Diario La Ley*, n. 8357, 2014.

54 La nota de prensa del Ministerio de Industria, Energía y Turismo sobre la aprobación del Real decreto 413/2014 señala que la rentabilidad de las instalaciones se ha fijado en el entorno del 7,4% para cada instalación tipo ("El Gobierno da certidumbre regulatoria al sector de renovables, cogeneración y residuos con el nuevo régimen de retribución", <http://www.minetur.gob.es/es-ES/GabinetePrensa/Notas-Prensa/2014/Paginas/npregulatoriaalsectorderenovables,cogeneracionyresiduos.aspx>, 21 de abril de 2015).

55 En "Renewable Energy: a major player in the European energy market", 6 de junio de 2012, COM (2012) 271, la Comisión Europea afirmó que la energía renovable debería integrarse paulatinamente en el mercado con poca o ninguna ayuda. En 2013, la Comisión anunció la reforma en materia de ayudas en esa línea ("Realizar el mercado interior de la electricidad y sacar el máximo partido de la intervención pública", 5 de noviembre de 2013, C (2013) 7243 final), lo cual plasmó en las directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020 (DOUE n. C 200, de 28 de junio de 2014).

56 El coste total del mecanismo ha sido del orden de 1.389,8 millones de euros, según resulta de información publicada por Red Eléctrica de España ([www.esios.ree.es](http://www.esios.ree.es), apartados "garantía de suministro/coste total/anual", 21 de abril de 2015). La retribución total del régimen renovable entre 2011 y 2014 ha ascendido a más de 30.600 millones, según publica la CNMC ([http://cnmc.es/es-es/energia/energiaelectrica/regimenespecialyliquidaciones.aspx?p=p4&ti=Ventas régimen especial](http://cnmc.es/es-es/energia/energiaelectrica/regimenespecialyliquidaciones.aspx?p=p4&ti=Ventas%20regimen%20especial), 21 de abril de 2015).

El trato desigual a uno y otro se explica, como acabamos de ver, por el inadecuado diseño de los incentivos al sector renovable, lo que dio lugar a cierta sobreinstalación y al aumento de coste en un contexto de crisis económica y de acumulación de déficit tarifario.

Sucede que tal contexto económico era también el existente en el momento de aprobarse unas medidas que, más que garantizar la seguridad del suministro, parecían destinadas a fomentar el consumo de carbón nacional. Así, la CNC (informe IPN 33/09) afirmó que tales medidas se adoptaron en vista del elevado stock de carbón nacional acumulado sin que, en cambio, pareciese estar en riesgo el suministro a corto plazo (algo evidente, en vista de la contracción de la demanda eléctrica debido a la crisis)<sup>57</sup>. De hecho, el anterior regulador energético español, la CNE, insistió tras la entrada en funcionamiento del mecanismo de resolución de restricciones en la sobrecapacidad del sistema español y en la necesidad de suprimir el mecanismo de fomento al carbón nacional<sup>58</sup>.

Tampoco parecía justificado el sistema, dijo la CNC, en motivos de conservación del parque generador de carbón nacional. Otras tecnologías (fuel, bombeo, ciclo combinado) eran también gestionables (a diferencia de las renovables) y proveedoras de servicios de ajuste. A ello hay que unir el alto precio y el escaso poder calorífico del carbón nacional, como también señaló la CNC<sup>59</sup>.

Si bien la tendencia a la reducción de incentivos a la generación renovable parece consolidada, últimamente se ha suscitado la posibilidad de restaurar un mecanismo de fomento del carbón nacional. Dicho sistema de incentivos, que requeriría la autorización de la Comisión Europea, se basaría también en razones de seguridad del suministro. El incentivo estaría vinculado a mejoras medioambientales en las instalaciones que usen carbón nacional y que supongan una mejora en sus valores de emisión, con el objetivo último de garantizar la sostenibilidad de la minería del carbón<sup>60</sup>. La necesidad de acometer reformas que reduzcan las emisiones ha sido apuntada también desde el propio sector energético<sup>61</sup>.

En vista del precedente analizado, esa decisión de restaurar un sistema de incentivos al carbón nacional con cargo al sistema eléctrico parece cuestionable, y ello porque sigue sin apreciarse un riesgo al suministro que justifique la ayuda a la industria minera extractiva con fondos de dicho (endeudado) sistema<sup>62</sup>.

---

57 Coincide con este diagnóstico PASCUAL VELÁZQUEZ, A., "La competitividad de los ciclos combinados en el mercado eléctrico español", *Cuadernos de Energía*, n.º 43, octubre de 2014, p. 63, para quien las motivaciones de la intervención regulatoria serían no de seguridad de suministro, sino por «motivos de política social respecto a la industria minera autóctona».

58 Es significativo el informe de la CNE sobre "Propuesta del mecanismo por el que se establece el servicio de garantía de suministro" (5 de diciembre de 2012) en el que se destaca tanto «la existencia en la actualidad de un exceso de capacidad de generación eléctrica» (p. 1), como el «impacto del mecanismo de restricciones por garantía de suministro que ha motivado un desplazamiento de las centrales de ciclo combinado en favor de un mayor funcionamiento de las centrales de carbón autóctono, mecanismo sobre el que esta Comisión ha reiterado en diversos informes la necesidad de su eliminación» (p. 2).

59 La CNE confirmó que el alto coste de las centrales de carbón autóctono durante 2009 y 2010 había supuesto su escaso funcionamiento ("Informe sobre el sector energético español. Parte I. Medidas para garantizar la sostenibilidad económico-financiera del sistema eléctrico", 7 de marzo de 2012, pp. 33 y 34).

60 Vid. nota de prensa de 31 de marzo de 2015, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, "El Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha reunido hoy a la Comisión de Seguimiento del Carbón" (disponible <http://www.minetur.gob.es/es-ES/GabinetePrensa/NotasPrensa/2015/Paginas/20150331-comision-seguimiento-carbon.aspx>, 15 de abril de 2015).

61 ÁLVAREZ PELEGRY, E., "Seguridad del suministro: el caso del carbón", *Cuadernos de Energía*, n.º 28, junio de 2010, p. 46.

62 Con fecha de 30 de septiembre de 2015 la CNMC aprobó un "Informe sobre la propuesta de orden por la que se regula el mecanismo de capacidad para la mejora medioambiental en determinadas instalaciones de producción de electricidad" (IPN/DE/009/15) en el cual cuestionó la necesidad y la proporcionalidad del nuevo sistema de incentivos propuesto. El informe concluyó, en esencia, que

En particular, de los indicadores energéticos publicados por el regulador se aprecia que la recuperación de la demanda eléctrica está siendo moderada, tendencia que no parece que vaya a cambiar a corto plazo<sup>63</sup>. Y de esos mismos indicadores resulta la adecuada composición del mix energético español. Así, por ejemplo, en enero de 2015, de las diez tecnologías que contribuyeron a cubrir la demanda, ninguna de ellas cubrió, por sí sola, más del 22 por ciento de dicha demanda<sup>64</sup>.

Lo anterior nos lleva a concluir que las ayudas al sector de la minería del carbón deberán otorgarse, en su caso, por medios distintos de los que imponen cargas adicionales a las maltrechas cuentas del sector eléctrico, cuyo déficit acumulado en 2014 alcanzó los treinta mil millones de euros.

## 6 Reflexiones finales

I. El concepto (jurídicamente indeterminado) de garantía de suministro parece estar perdiendo su componente de derecho al suministro de los consumidores, en lo que parece el paso previo a la definitiva liberalización del mercado minorista, para limitarse a una garantía de abastecimiento de los consumidores conectados a las redes. De entre los diversos modos en que tal abastecimiento a los consumidores puede garantizarse, España ha optado por emplear cierta proporción de carbón nacional para la generación de energía eléctrica.

II. El mecanismo de resolución de restricciones por garantía de suministro regulado en el Real decreto 134/2010 cuenta con tres elementos esenciales: i) la obligación de producir para determinadas centrales que emplean carbón autóctono; ii) la preferencia para dicho modo de generación a costa de otras centrales de producción térmica; y iii) la obligación de compra de carbón autóctono para las generadoras obligadas a producir.

III. El mecanismo anterior fue notificado por las autoridades españolas a la Comisión Europea por contener elementos que podrían constituir ayuda de Estado. La Comisión confirmó tal carácter de ayuda y, tras ciertas modificaciones incluidas por España, autorizó el mecanismo de restricciones por tratarse de una compensación de servicio público, por razones de seguridad del suministro, a empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general. Dicha decisión positiva de la Comisión Europea fue confirmada por el Tribunal General de la UE. En particular, tanto en la decisión como en la sentencia se consideró la ayuda a la industria extractiva de carbón como un aspecto accesorio de las ayudas destinadas a garantizar la seguridad del suministro.

IV. Uno de los motivos del recurso ante el Tribunal General fue el insuficiente examen realizado por la Comisión sobre ciertos elementos de la ayuda y, en particular, sobre las obligaciones

---

dicho sistema no tendría encaje ni como mecanismo de capacidad (pues no existe un problema de cobertura de la demanda), ni como ayuda medioambiental (pues no estaría justificada la generación con carbón autóctono a esos fines, en detrimento de otras centrales más eficientes desde el punto de vista medioambiental). Asimismo, la CNMC consideró que tal nuevo sistema podría consistir en una extensión del anterior aprobado por el Real decreto 134/2010, de manera contraria al Derecho de la UE, además de no ser descartable que constituya una ayuda de Estado.

63 Puede verse al respecto el “Boletín de indicadores eléctricos de marzo de 2015”, de 25 de marzo de 2015 (<http://www.cnmec.es/es-es/energ%C3%ADa/energ%C3%ADa/el%C3%A9ctrica/indicadores/el%C3%A9ctricos.aspx>, 21 de abril de 2015).

64 Del mencionado “Boletín de indicadores eléctricos de marzo de 2015”, resulta que las tecnologías que más contribuyeron a cubrir la demanda fueron la nuclear y el carbón (21,7 % en ambos casos) y la eólica (19,9%). Entre las que menos aportaron a la cobertura de la demanda estuvieron la térmica renovable (1,6%) y el fuel-gas (2,2%).

de compra de carbón nacional. Aquí hemos expresado los motivos por los que coincidimos, en parte, con ese argumento. En nuestra opinión, las ayudas a las centrales de carbón nacional y las otorgadas indirectamente a la industria minera debieron tratarse con similar rigor. Sin embargo, con relación a estas últimas, no existió un verdadero análisis. En particular, la Comisión debió razonar la necesidad y la proporcionalidad de tales medidas, sujeto ello al control del tribunal. Es significativo que la CNC, anterior autoridad de competencia, destacase en su informe IPN 33/09 que la medida vendría motivada más por el almacenamiento de un considerable stock de carbón que por verdaderos motivos de garantía de suministro.

V. Las ayudas al fomento del carbón nacional han coincidido con el drástico recorte a los incentivos a la generación renovable. Esto supone una cierta incoherencia, pues este último modo de generación emplea también fuentes autóctonas de energía y contribuye a la seguridad del suministro, y ello pese a la sustancial diferencia de coste de unas y otras medidas, pues la retribución al sector renovable entre 2011 y 2014 superó en más de veinte veces el coste total del mecanismo de fomento al carbón nacional. Sin perjuicio de ello, en una situación de ausencia de riesgos para la seguridad del suministro, por la adecuada composición del mix y la lenta recuperación de la demanda de energía eléctrica, no parece aconsejable que se restaure un mecanismo de fomento del carbón nacional a corto plazo, con cargo al deficitario sistema eléctrico.

## 7 Bibliografía

- ÁLVAREZ PELEGRY, E., "Seguridad del suministro: el caso del carbón", *Cuadernos de Energía*, n.º 28, junio de 2010.
- CASTELLANOS GARIJO, M. LL., *Régimen jurídico de la energía eólica. Los procedimientos de autorización de los parques eólicos y su acceso y conexiones a la red*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2012.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T., "El suministro de electricidad de último recurso y el servicio universal", *Revista de Administración Pública*, n.º 181, 2010.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I., "Seguridad jurídica y cambios regulatorios (a propósito del Real decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 156, 2012.
- DEL RÍO, P. y MIR-ARTIGUES, P., "A Cautionary Tale: Spain's solar PV investment bubble", *Global Subsidies Initiative (GSI). International Institute for Sustainable Development (IISD)*, 1 de febrero de 2014.
- DOLADER I CLARA, J., "La seguridad del aprovisionamiento", *Energía y regulación*, Aranzadi, Navarra, 2007.
- GALERA RODRIGO, S., "Europa 2050: renovables y cambio de modelo energético. Consideraciones sobre su recepción en España", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, mayo-diciembre de 2014.

- IDOT, L., "Notion d'aide et recours à des ressources d'État", *Europe*, n.º 2, 2014.
- MENDOZA LOSANA, A.I., "Guía breve para la aplicación de la orden de renovables", *Diario La Ley*, n.º 8357, 2014.
- MORA RUIZ, M., "La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables: revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 257, 2010.
- NEBREDA PÉREZ, J., *Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial*, Civitas, Madrid, 2009.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PASCUAL VELÁZQUEZ, A., "La competitividad de los ciclos combinados en el mercado eléctrico español", *Cuadernos de Energía*, n.º 43, octubre de 2014.
- RANCI, P., "Seguridad de suministro y protección de los consumidores en el escenario de la Unión Europea", *El sector energético ante un nuevo escenario*, Civitas, Navarra, 2010.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, L. y GARCÍA-VERDUGO SALES, J., "Las políticas de seguridad de abastecimiento energético: Dimensiones, cuantificación y aplicación al caso español", *Papeles de Economía española, «El sector energético español»*, n.º 134, 2012.
- SÁNCHEZ TEMBLEQUE, L. y SÁENZ DE MIERA, G., "La regulación de las energías renovables", *Tratado de regulación del sector energético, Tomo II, Aspectos Económicos*, Aranzadi, Navarra, 2009.
- YUNTA HUETE, R., "El aprovisionamiento de energía", *Energía y Regulación en Iberoamérica, Vol. I*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

Regap



ESTUDIOS



O réxime xurídico da  
servidume de protección tras  
a reforma da Lei de costas

## El régimen jurídico de la servidumbre de protección tras la reforma de la Ley de costas

The legal system of the  
right of protection after the  
reform the Law of Coasts

50  
Regap

M.<sup>a</sup> DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO

Contratada interina e investigadora del Área de Derecho Administrativo  
Universidad de A Coruña (Galicia, España)  
maria.rodriguez.martin-retortillo@udc.es

Recibido: 08/10/2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** O estudo efectuado destaca o carácter primordial da costa e a importancia da súa preservación no marco dun desenvolvemento sustentable. Para iso cómpre analizar a Lei de costas de 1988 e a súa controvertida reforma contida na Lei 2/2013, valorar a súa incidencia polo que respecta á delimitación do dominio público marítimo-terrestre e á regulación das servidumes. Así mesmo, procede dedicar unha especial atención á servidume de protección, incidindo na súa xustificación e motivación, estudando a súa configuración, facultades e limitacións, aludindo con carácter específico ao réxime da disposición transitoria terceira da Lei de costas, así como á situación dos núcleos tradicionais de costa pola singularidade que presentan.

**Palabras clave:** costa, litoral, reforma, servidume de protección, sustentabilidade.

**Resumen:** El estudio efectuado destaca el carácter primordial de la costa y la importancia de su preservación en el marco de un desarrollo sostenible. Para ello es preciso analizar la Ley de costas de 1988 y su controvertida reforma contenida en la Ley 2/2013, valorando su incidencia por lo que respecta a la delimitación del dominio público marítimo-terrestre y a la regulación de las servidumbres. Asimismo, procede dedicar una especial atención a la servidumbre de protección, incidiendo en su justificación y motivación, estudiando su configuración, facultades y limitaciones, aludiendo con carácter específico al régimen de la disposición transitoria tercera de la Ley de costas, así como a la situación de los núcleos tradicionales de costa por la singularidad que presentan.

**Palabras clave:** costa, litoral, reforma, servidumbre de protección, sostenibilidad.

**Abstract:** The present study aims to highlight the essential character of the coast and the importance of its preservation in the context of sustainable development. It is therefore important to analyze the Law of Coasts of 1988 and its controversial reform contained in the Law 2/2013, assessing its impact with respect to the delimitation of maritime-terrestrial public domain and the regulations of the rights of coasts. This implies careful examination of the right of protection, focusing on the causes and justification through the study of its configuration, powers and limitations, referring specifically to the special system of the Temporary Regulation number Three of the Law of Coasts and the case of traditional areas of coast because of its singularity.

**Key words:** coast, seaboard, reform, right of protection, sustainability.

**Sumario:** 1 Consideraciones generales. 2 Naturaleza jurídica y configuración de las servidumbres de costas. 3 Estudio especial de la servidumbre de protección. 3.1 Concepto y extensión. 3.1.1 El régimen especial de la disposición transitoria tercera de la Ley de costas. 3.1.2 El caso de los núcleos tradicionales de costa. 3.2 Facultades y limitaciones. 4 Reflexiones finales. 5 Bibliografía.

## 1 Consideraciones generales

La trascendencia del estudio que aquí se propone se explica por las especiales características de la morfología gallega, que ponen de manifiesto el carácter primordial de la costa y la importancia de su protección en el marco de un desarrollo sostenible. En palabras de SANZ LARRUGA, en Galicia la configuración del medio ambiente litoral y de sus recursos naturales tiene una particular importancia, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativamente<sup>1</sup>.

De ahí la relevancia de efectuar un análisis de la Ley de costas de 1988 y de su reciente reforma, todo ello sin perder de vista la perspectiva histórica, que permitirá comprender los motivos que justifican su regulación en cada momento con la finalidad de entender tanto los objetivos que se persiguen como la justificación de ésta por lo que respecta a la delimitación del dominio público marítimo-terrestre y a la regulación de las servidumbres en una Comunidad Autónoma caracterizada por la formación de numerosas rías.

Para abordar los objetivos expuestos, no puede obviarse que el concepto de litoral es difícil de esbozar, como pone de manifiesto BARRAGÁN MUÑOZ: el litoral es un «concepto borrosamente definido por lo que se refiere a sus límites, pues en sus definiciones más restrictivas puede abarcar pocos metros y en las más amplias varias decenas de kilómetros»<sup>2</sup>. Así, por un lado, el litoral se conceptúa como «un conjunto de estructuras económicas, urbanas, ecológicas, etc., articuladas en un mismo ámbito geográfico y mutuamente relacionadas»<sup>3</sup>; y, por otro lado, la costa puede ser definida como «estrecha franja (de unas decenas de metros de amplitud como máximo) que está o puede estar en contacto con el mar»<sup>4</sup>.

A mayor abundamiento, el preámbulo de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral (y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas), intenta aportar algo de luz a la hora de precisar una definición de litoral «como la franja de terreno en la que se encuentra el mar con la tierra», clarificando, de este modo, lo que ha de entenderse como tal. A dicho concepto me voy a ceñir en mi estudio, sin perder de vista que el territorio es un “sistema complejo” en el que los elementos físico-naturales y antrópicos se relacionan entre sí, y del resultado de esa interacción surgen la originalidad y características que los definen y configuran<sup>5</sup>.

Como recuerda la doctrina, el derecho romano consideró siempre el mar y sus riberas como bienes inapropiables. La ribera del mar, *litus maris*, o *litora maris*, se entendió como el espacio

---

1 SANZ LARRUGA, F. J., *Bases doctrinales y jurídicas para un modelo de gestión integrada y sostenible del litoral de Galicia*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2003, p. 129.

2 BARRAGÁN MUÑOZ, J. M., *Ordenación, planificación y gestión del espacio litoral*, Oikos-tau, Barcelona, 1993, pp. 26-27.

3 GARCÍA ÁLVAREZ, A. (dir.), *Análisis del litoral español. Diseño de políticas territoriales*, Instituto del Territorio y Urbanismo. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1987, p. 24.

4 *Ibidem*, p. 25.

5 GARCÍA LÓRCA, A., “Los sistemas de información geográfica como instrumentos de decisión territorial”, Millaruelo Aparicio, J. y Orduña Rebollo, E. (coord.), *Ordenación del territorio y desarrollo sostenible*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2004, p. 247.

de tierra que está en contacto con el mar, fuera de manera permanente o esporádica, pero siempre con el carácter de tierra húmeda, aun cuando fuera en potencia, que, además de pertenecer al mar, constituía su puerta de entrada y salida<sup>6</sup>. De este modo, en el derecho romano, el mar y sus riberas tienen una consideración que marca toda la concepción posterior:

1) Se concibe el *litus maris* como la superficie de tierra cubierta por el mar aun cuando lo haga de manera esporádica. Así, se contiene en dos textos en los que se reitera esta idea:

- En *Instituta*, de Justiniano: "*Est autem litus maris quatenus hibernus fluctus maximus excurrit*" (título I, libro II, "*De rerum divisione*").

- En el *Digesto*: "*Litus es quosque maximum fluctus a mari pervenit*" (libro 50, tomo 16).

2) A las riberas del mar se les da naturaleza de cosas "comunes", lo que lleva consigo, a diferencia de las "públicas", que no pertenecen al pueblo romano (*populus romanus*), sino que su destino las lleva más allá, y, al estar al servicio de todos, entran en el *ius gentium*, aunque el poder político romano pueda ejercer sobre ellas las funciones rectoras y de defensa que implica lo que ahora llamaríamos "soberanía" política.

El carácter inapropiable del *litus maris* parece fuera de toda duda; no obstante, los esfuerzos para buscar argumentos que justifiquen las apropiaciones sobre él han llevado a interpretar algunos textos romanos en sentido contrario<sup>7</sup>.

En el derecho medieval español destacan las referencias contenidas en *Las partidas* de Alfonso X El Sabio, que definen y regulan el dominio público marítimo-terrestre siguiendo la línea del *Digesto*, por lo que cabe aludir a:

- La Ley IV del título XXVIII, partida 3ª, que define la ribera del mar en términos muy similares a como lo hiciera la *Instituta* de Justiniano: «*et todo aquel logar es llamado ribera de la mar, quanto se cubre del agua della, quando mas cresce en todo el año, quier en tiempo de invierno o de verano*».

- La Ley III del mismo texto, título XXVIII de la partida 3ª, que define el mar y su ribera entre las cosas que comúnmente pertenecen «*a todas las criaturas que viven en este mundo*»<sup>8</sup>.

La Ley de aguas, de 3 de agosto de 1866; la de obras públicas, de 13 de abril de 1877; las de puertos, de 7 de mayo de 1880 y de 19 de enero de 1928<sup>9</sup>; y la de costas, de 26 de abril de 1969<sup>10</sup>, han ido configurando un régimen jurídico que ha culminado en la aprobación de

6 Vid. por todos, GUERRERO MARTÍN, C., *La problemática jurídica de los inmuebles situados en el litoral*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 1.

7 *Ibidem*, p. 2.

8 *Ibidem*, p. 5.

9 Se ha destacado de ella que «su contenido marcó una concepción del dominio público marítimo-terrestre muy similar a la del siglo XIX y ha sentado criterio por el que se ha regido la política legislativa en nuestras costas durante el período de tiempo en que más intensamente se produjo el desarrollo turístico y la expansión urbanística en las orillas del mar, provocando una desprotección del demanio sobre el que se consumaron con frecuencia las grandes especulaciones inmobiliarias. Con ella resulta fácil la apropiación del dominio público, su destrucción medioambiental y la producción de males de imposible o difícil reparación». *Ibidem*, p. 21.

10 Esta ley merece una atención especial, ya que hasta entonces no aparece en nuestra historia legislativa la primera ley destinada específicamente a las costas, puesto que las leyes anteriores sólo se ocuparon de ellas de forma complementaria, ya que se referían a éstas de forma tangencial y haciendo una ordenación mínima e insuficiente. *Ibidem*, p. 25.

Se ha criticado, pese a todo, que la eficacia de esta ley, más que para la defensa y protección del patrimonio colectivo, sirvió para todo lo contrario: facilitó que el derecho de propiedad primara sobre el demanio. *Ibidem*, p. 27.

la Ley de costas de 1988. Esta está caracterizada por una progresiva ampliación del dominio público marítimo-terrestre y la consagración del mismo como bien *extra commercium*, con una doble consecuencia reconocible en varios textos legales: a) por una parte, no serán posibles apropiaciones sobre ellos, sea cual fuere el medio empleado, ni tampoco la usucapión servirá de vía para convertirlos en propiedad; b) por otra, los que siendo objeto de un derecho de propiedad, cuando por su naturaleza física o por su destino se integren en esta categoría, dejarán de ser propiedad para sus dueños, produciéndose una “expropiación” que deberá ser compensada a los titulares del derecho de propiedad con el contravalor que corresponda como justiprecio<sup>11</sup>.

Sin duda, el punto álgido de protección de bienes de dominio público marítimo-terrestre se encuentra en la regulación contenida en el artículo 132 de la Constitución española de 1978<sup>12</sup>:

«1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación».

El constituyente no se ha conformado con exigir que sea la ley la que determine los bienes que adquieren la naturaleza demanial, sino que requiere que sea la propia ley la que regule su régimen jurídico y, a la par, le ha impuesto un contenido sustantivo o material mínimo en su realización: el respeto y realización de los principios tradicionales del dominio público que cabe resumir en la idea de extracomercialidad, debiendo tener en cuenta también los restantes límites y orientaciones o directrices genéricas que derivan de la propia Constitución<sup>13</sup>.

De este modo, la Constitución determina la incompatibilidad entre estos bienes y la existencia sobre ellos del derecho de propiedad. En consecuencia, no deben aceptarse los enclaves de propiedad privada dentro del dominio público marítimo-terrestre, ni la adquisición de este derecho ni otro a través de la usucapión<sup>14</sup>. El contenido del artículo 132 en su apartado segundo se debió, sin duda, a la necesidad de prestar una especial protección a la parte más débil y vulnerable del dominio público, el marítimo-terrestre y, especialmente, a la zona marítimo-terrestre y a las playas.

---

11 GUERRERO MARTÍN, C., *La problemática jurídica de los inmuebles situados en el litoral*, cit., p. 47.

12 En efecto, la temática demanial marítima es objeto de incorporación por primera vez en nuestra historia constitucional en este artículo, ya que en ninguna otra ocasión histórica se produce la incorporación del dominio público a un texto constitucional, como expuso PÉREZ CONEJO, L., en *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas*, Editorial Comares, S.L., Granada, 1999, p. 9. Para completar el estudio de este precepto constitucional, vid. SAINZ MORENO, F., “Comentarios al artículo 132”; Alzaga Villamil, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, tomo X (artículos 128 a 142), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985, pp. 125 y ss.; GARRIDO FALLA, F., “Comentarios al artículo 132 de la Constitución española”, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 1384 y ss.; FONT I LLOVET, T., “La ordenación constitucional del dominio público”, *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje a García de Enterría*, tomo V, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3917 y ss.

13 RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Playas y costas en el derecho español. A propósito de la Ley de costas de 1988*, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2010, p. 66.

14 GUERRERO MARTÍN, C., *La problemática jurídica de los inmuebles situados en el litoral*, cit., p. 42.

La demanialidad inmediata de los bienes a que hace alusión el artículo 132.2 de la Constitución tiene una consecuencia fundamental en el reconocimiento de dicha calificación jurídica a los espacios que conforman y conformaban la zona marítimo-terrestre y las playas: estos bienes forman parte del dominio público marítimo-terrestre aun cuando su situación física actual no se corresponda con la descripción legal. Las características naturales geomorfológicas de los bienes afectos al dominio público marítimo-terrestre son las determinantes de esa calificación jurídica como dominio público estatal por mandato directo de la norma constitucional, sin perjuicio de que la Ley de costas y su reglamento concreten de forma determinante los criterios a considerar para establecer qué ha de entenderse por aquellas pertenencias que la propia Constitución menciona<sup>15</sup>. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que, «desde el momento mismo de la promulgación del texto constitucional, todos los espacios enumerados en el artículo 132.2 se integran en el dominio público del Estado, aunque se encomiende al legislador el establecimiento de su régimen jurídico y, por supuesto, a actuaciones ulteriores de la Administración la delimitación de sus confines» (STC 149/1991, de 4 de julio, FJ octavo).

Por tanto, se ha destacado que con la Constitución española de 1978 «queda superada, en definitiva, la apreciación del litoral como espacio idóneo para la realización de todo tipo de usos y actividades, situación ésta que se vio reforzada y respaldada durante los años sesenta por tres leyes: la Ley de centros y zonas de interés turístico, de 28 de diciembre de 1963 (...); la Ley de puertos deportivos, de 26 de abril de 1969 (...); y también la Ley de costas de 1969»<sup>16</sup>.

De este modo, la doctrina más reconocida ha sostenido que la determinación como pertenencias de dominio público de distintos grupos de bienes ha constituido una de las medidas o técnicas preventivas que tradicionalmente se han utilizado para la preservación del medio ambiente, sobre todo en cuanto se refiere a la utilización racional de los recursos naturales<sup>17</sup>.

También se ha hecho hincapié en la conexión existente entre los artículos 45.2 y 132.2 CE, al constituir los bienes a que este último artículo se refiere un conjunto de recursos naturales que precisan protección con el objetivo de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos<sup>18</sup>.

Al hilo de lo expuesto, se ha apuntado que la razón básica de estas previsiones constitucionales se encuentra en la extraordinaria importancia tanto cuantitativa como cualitativa de los bienes que conforman el dominio público, así como en la función pública a la que están directamente ligados (afectación) y, principalmente, en el hecho de que esta categoría es un régimen jurídico exorbitante<sup>19</sup>.

15 AGUDO GONZÁLEZ, J., "Concepto constitucional; Bienes que lo integran (artículo 3 LC); (artículos 4 y 6 RC). Doctrina constitucional en la materia (problemas de constitucionalidad y su solución)", "El concepto de dominio público marítimo-terrestre", Sánchez Goyanes, E. (dir.), *El derecho de costas en España*, La Ley, Madrid, 2010, p. 207.

16 SOCÍAS CAMACHO, J. M., *La ordenación de las zonas turísticas litorales*, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Pascual Madoz, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001, p. 27.

17 *Ibidem*, p. 27.

18 Vid. BLASCO DÍAZ, J. L., *Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 37 a 40; BASSOLS COMA, M., "El derecho de propiedad y la conservación del medio ambiente", *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 730; LÓPEZ RAMÓN, F., "Dominio público y protección del medio ambiente", *Ordenación del territorio y medio ambiente*, Oñati, 1988, pp. 596 y ss.; FONT I LLOVET, T., "La ordenación constitucional del dominio público", *cit.*, pp. 3917 a 3942.

19 FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "El patrimonio de las Administraciones públicas: concepto y principios generales (artículos 5 a 8)", Mestre Delgado, J. F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2004, p. 161.

La definición y enumeración de los espacios costeros que integran el demanio marítimo-terrestre, a través de la descripción de sus circunstancias físicas, constituye un elemento imprescindible y el punto de partida del sistema de protección que la Ley de costas de 1988 instaura, ya que lo configura como un primer mecanismo de protección del litoral. La ley define en primer término el dominio público marítimo-terrestre y luego lo protege<sup>20</sup>.

Una de las medidas de protección del dominio público marítimo-terrestre es precisamente el establecimiento de zonas de servidumbre –que no forman parte de él–, cuyo régimen jurídico se abordará en los epígrafes siguientes.

## 2 Naturaleza jurídica y configuración de las servidumbres de costas

*Las Partidas* ya establecían limitaciones por motivos de interés comunal o público sobre los terrenos colindantes con algunos bienes de dominio público, aunque sin referirse a la zona costera<sup>21</sup>.

Fue la Ley de aguas de 1866 la que estableció por primera vez sobre los predios costeros las servidumbres de salvamento y vigilancia litoral<sup>22</sup>, concretándose posteriormente a través de las leyes de puertos de 1880 y de 1928. En los antecedentes legales más remotos destaca la ausencia de la “servidumbre de paso”, que se introdujo más tarde en la Ley de costas de 1969, así como la omisión de la “servidumbre de protección”, que se reguló por primera vez en la Ley de costas de 1988<sup>23</sup>.

En sus orígenes, las servidumbres se explican a partir de la estructura del derecho real de servidumbre predial recogida en el Código civil, que, como es sabido, contiene varios elementos:

- a) La relación jurídica que se establece entre los sujetos titulares del predio que la soporta (“sirviente”) y el que se beneficia de ella (“dominante”), en las llamadas “prediales”, o la persona que se beneficia en las “personales”.
- b) El contenido obligacional que se impone al titular que la soporta por su condición de tal. Puede consistir en una obligación de “hacer” o de “no hacer”. Sin el establecimiento de la servidumbre no existiría tal obligación.
- c) La “utilidad” que justifica como razón estas obligaciones.
- d) El “título” en virtud del que se constituye este derecho<sup>24</sup>.

20 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M., *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999, p. 64.

Se ha hecho hincapié en que la pieza fundamental de la LC y elemento de referencia en toda ella es el dominio público marítimo-terrestre, de titularidad estatal. *Vid.* MEILÁN GIL, J. L., “Dominio público y protección del litoral. Relectura de la Ley de costas”, Sánchez Goyanes, E. (dir.), *El derecho de costas en España*, cit., p. 61.

21 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M., *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, cit., p. 201.

22 MORENO CÁNOVES, A., *Régimen jurídico del litoral*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 66.

23 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M., *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, cit., p. 201.

24 GUERRERO MARTÍN, C., *La problemática jurídica de los inmuebles situados en el litoral*, cit., p. 173.

Las servidumbres que serán objeto de estudio en este trabajo entran dentro de la categoría de servidumbres legales al ser establecidas por ley, tal como indica el artículo 536 del Código civil, y tienen por objeto la utilidad pública, tal como estipula el 549 del Código civil.

Sin embargo, en la actualidad estas servidumbres encajan con naturalidad en las llamadas “servidumbres administrativas”, que traen causa directa de la función social de la propiedad, en los términos establecidos en el artículo 33 de la Constitución. La jurisprudencia constitucional ha remarcado que “la sujeción, con carácter general, de los terrenos colindantes con el dominio público a las servidumbres y limitaciones del dominio que regula la ley trae razón de ser, como antes se dijo, de la propia naturaleza, características y función social de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, lo que obliga a limitar el uso que pueda hacerse de tales terrenos colindantes, al amparo, genéricamente, del título resultante del artículo 149.1.23 CE.” (STC 149/1991 de 4 de julio, FJ tercero).

Por tanto, la sujeción de los terrenos lindantes con el dominio público a las servidumbres y limitaciones que establece la Ley de costas trae razón de ser de la propia naturaleza, características y función social de los bienes que lo integran y tiene como finalidad específica y determinada legalmente la siguiente: la protección del dominio público marítimo-terrestre, que comprende la defensa de su integridad y de los fines de uso general a que está destinado, la preservación de sus características y elementos naturales y la prevención de las perjudiciales consecuencias de obras e instalaciones. En este sentido, la Ley de costas contiene en el artículo 20 una auténtica declaración de intenciones cuando postula que la protección del dominio público marítimo-terrestre comprende:

- a) la defensa de su integridad y de los fines de uso general a que está destinado;
- b) la preservación de sus características y elementos naturales; y
- c) la prevención de las perjudiciales consecuencias de obras e instalaciones.

El establecimiento de las servidumbres de costas ha sido fundamentado por el Tribunal Constitucional en que, «tanto para asegurar la integridad física y las características propias de la zona marítimo-terrestre como para garantizar su accesibilidad, es imprescindible imponer servidumbres sobre los terrenos colindantes y limitar las facultades dominicales de sus propietarios, afectando así, de manera importante, el derecho que garantiza el artículo 33.1 y 2 de la CE (...) Es, sin duda, la protección de la naturaleza la finalidad inmediata que persiguen las normas mediante las que se establecen limitaciones en el uso de los terrenos colindantes a fin de preservar las características propias (incluso, claro está, los valores paisajísticos) de la zona marítimo-terrestre y, por tanto, es a partir de esa finalidad primaria como se han de articular, para respetar la delimitación competencial que impone el bloque de la constitucionalidad, la obligación que al legislador estatal impone el artículo 132.2 de la CE y las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas» (STC 149/1991, de 4 de julio, FJ primero).

Las afirmaciones anteriores tienen consecuencias jurídicas importantes. La principal es que, a diferencia de las expropiaciones, no son indemnizables, salvo que se demuestre su individualidad o singularidad y que el daño o perjuicio provocado en el inmueble de propiedad

Regap



ESTUDIOS

particular pueda considerarse gravemente desproporcionado y atente contra su contenido esencial<sup>25</sup>.

Desde una perspectiva competencial, las afirmaciones anteriores son también relevantes. En palabras del TC, «sólo al Estado le corresponde establecer limitaciones y servidumbres sobre los terrenos colindantes al demanio marítimo-terrestre y, entre ellas, la servidumbre de protección. Ejerce, al efecto, el Estado su competencia para establecer una legislación básica en materia de medio ambiente (ex artículo 149.1.23 CE), en conexión con su competencia (ex artículo 149.1.1 CE) para fijar en condiciones de igualdad el ejercicio del derecho de propiedad en todo el territorio, de modo que las Comunidades Autónomas no pueden establecer disposición alguna al respecto, ni siquiera para reproducir con exactitud las previsiones estatales, ya que dicha operación quedaría vedada por la doctrina sobre la *lex repetita* sistematizada por la STC 341/2005, de 21 de diciembre, f. 9, y cuyo origen último está en la STC 10/1982, de 23 de marzo, f. 8, según la cual “la reproducción de normas estatales en normas autonómicas es inconstitucional cuando la Comunidad Autónoma carece de la correspondiente competencia, salvo que (...) la reiteración de la norma estatal sea imprescindible para el entendimiento del precepto (como postula la STC 47/2004, de 25 de marzo, f. 8)”» (STC 87/2012, de 18 de abril (FJ quinto), cuya doctrina sirvió de base para la STC 137/2012, de 19 de junio).

La Ley de costas regula las limitaciones sobre los terrenos colindantes del dominio público marítimo-terrestre dibujando con claridad cuatro franjas de terreno<sup>26</sup>, algunas superpuestas, sometidas a condiciones de uso diversas: la servidumbre de protección (artículos 23 a 26), la servidumbre de tránsito (artículo 27), la servidumbre de acceso al mar (artículo 28) y la zona de influencia (artículo 30)<sup>27</sup>. Todas estas servidumbres se declaran imprescriptibles, prevaleciendo sobre la interposición de cualquier acción, y se imponen a todos los terrenos colindantes con el demanio, con la única excepción de aquellos expresamente declarados de interés para la seguridad y la defensa nacional, conforme a su legislación específica.

## 3 Estudio especial de la servidumbre de protección

### 3.1 Concepto y extensión

Se ha apuntado por parte del Tribunal Constitucional que, en puridad, no estamos ante una auténtica servidumbre *–iura in re aliena–*, sino ante un límite o una limitación al derecho de propiedad relacionado con su función social<sup>28</sup>.

---

25 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M., *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, cit., p. 188.

26 Para la correcta comprensión de la regulación de las figuras analizadas en este trabajo, debe citarse la disposición adicional primera de la Ley de costas por su extraordinaria relevancia a la hora de interpretar las distancias recogidas a lo largo del articulado de la ley: las servidumbres se consideran aplicadas en proyección horizontal y los términos exterior e interior se consideran referidos hacia el mar y hacia la tierra, respectivamente.

27 GARCÍA PÉREZ, M., “Las servidumbres de protección, de tránsito y de acceso al mar y la zona de influencia”, Sánchez Goyanes, E. (dir.), *El derecho de costas en España*, cit., p. 573.

28 Vid. STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de reforma agraria andaluza de 1984, FJ noveno. Vid. NOGUERA DE LA MUELA, B. *Las servidumbres de la Ley de costas de 1988*, prólogo de TORNOS MAS, J., Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 91-62 y 103-104.

Utilizando las explicaciones dadas por el TS, podemos afirmar que «(...) la Ley de costas mantiene la tradición de nuestras leyes anteriores al sujetar los terrenos colindantes con el dominio público a determinadas limitaciones –prohibiciones a la construcción o realización de determinadas actividades–, cambiando la rancia terminología de “servidumbre de salvamento” por la de “protección”, acorde con su finalidad de conservar en su integridad el dominio público marítimo-terrestre y de contribuir a la adecuada protección de un medio natural tan sensible, como la experiencia ha puesto de relieve, según indica la exposición de motivos de la citada Ley de costas. De manera que, siguiendo con la mentada exposición, la garantía de la conservación del dominio público marítimo-terrestre no puede obtenerse sólo mediante una acción eficaz sobre la estrecha franja que tiene esa calificación jurídica, sino que resulta también imprescindible la actuación sobre la franja privada colindante...»<sup>29</sup>.

La anchura de esta zona de servidumbre está determinada en la Ley de costas entre 20 y 200 metros, según las características del tramo de costa afectado<sup>30</sup>.

Así, el artículo 23 de la Ley de costas indica que la servidumbre de protección recae sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar, si bien por acuerdo de la Administración del Estado, la de la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento correspondiente puede ampliarse hasta un máximo de otros 100 metros, cuando sea necesario para asegurar la efectividad de la servidumbre, en atención a las peculiaridades del tramo de costa de que se trate<sup>31</sup>.

Por acuerdo de las tres administraciones, la servidumbre de protección también puede ser reducida hasta una anchura de veinte metros. Se trata de un supuesto introducido en la Ley 2/2013 que merece una atención particular, sobre todo por la incidencia que puede llegar a tener en ciertos lugares del territorio español, como en Galicia<sup>32</sup>, en donde la penetración del agua del mar en el territorio –formando las conocidas rías<sup>33</sup>– es muy acusada y se produce a veces muchísimos kilómetros tierra adentro. En ocasiones, no se alcanza a vislumbrar el efecto que pueda tener la imposición de la limitación respecto a la protección de la ribera del mar y se intuye que existen otros instrumentos (servidumbres en materia de aguas o limitaciones de protección ambiental) más idóneos para proteger un entorno de impor-

Regap



ESTUDIOS

29 Vid. STS de 14 de enero de 2009, FJ quinto.

30 En palabras del TS, «la anchura de esta zona de servidumbre de protección ha de ser, lógicamente, convencional, si bien debe fijarse conjugando con carácter general una profundidad de 100 metros, aunque en las zonas ya urbanizadas se mantiene la anchura de 20 metros de la anterior servidumbre de salvamento, como en su articulado dispone el artículo 23 de la Ley de costas. Al servicio de tal finalidad, el régimen jurídico de la zona de servidumbre de protección se traduce en importantes limitaciones que actúan como prohibiciones en el artículo 25.1.a) de la Ley de costas, impidiendo en esta zona las edificaciones destinadas a residencia o habitación» (STS de 14 de enero de 2009, FJ quinto).

31 La jurisprudencia constitucional ha aclarado que «la constitucionalidad de la posibilidad de que la extensión de la servidumbre de protección quede ampliada hasta un máximo de otros 100 metros se justifica, en efecto, en la competencia del Estado para dictar la legislación básica sobre protección del medio ambiente que, en este caso, necesariamente se ha de traducir en una habilitación a la potestad ejecutiva de la Administración del Estado para, según las posibilidades del tramo de costa de que se trate, adoptar la decisión más adecuada y conveniente a fin de asegurar la efectividad de la servidumbre. Tal habilitación no resulta contraria al carácter básico de la norma, ni mucho menos vulnera el ámbito competencial autonómico, una vez que, en todo caso, es preciso el acuerdo de la Comunidad Autónoma y del Ayuntamiento correspondiente» (STC 149/1991, de 4 de julio, FJ tercero).

32 Es relevante resaltar que, de los 4.996 kilómetros de longitud del litoral peninsular español, descontando el perteneciente a las Comunidades Autónomas insulares. Cfr. MULERO MENDIGORRI, A., *Introducción al medio ambiente en España*, Ariel-Geografía, Madrid, 1999, p. 185.

33 En su costa pueden distinguirse 5 áreas: el “arco cantábrico” o “Rías Altas”; el “arco ártabro”, el “arco de Fisterra”; el “arco de las Rías Bajas” y el “arco miniano-duriense”. Cfr. PENAS LADO, E., *Elementos para unha ordenación integral dos usos do medio litoral de Galicia*, Consellería de Pesca, Acuicultura y Marisqueo, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2000, pp. 30 y 31.

tantes cualidades naturales. En tales casos, se comprende que la Ley de costas contemple como posibilidad excepcional la reducción de la anchura de la servidumbre de protección de 100 a 20 metros «en los márgenes de los ríos hasta donde sean sensibles las mareas» para evitar que en los tramos alejados de la desembocadura se genere, por defecto, una servidumbre de 100 metros<sup>34</sup>. Ahora bien, siendo la medida razonable, debe adoptarse con precaución. Como señalan SANZ LARRUGA y GARCÍA PÉREZ, río y ría son dos realidades geomorfológicas distintas y sólo al primero, a los ríos, se refiere la posibilidad de reducir la zona de servidumbre a veinte metros<sup>35</sup>.

Pero, sin duda, la disposición más trascendental en lo que a la anchura de la servidumbre de protección se refiere es la disposición transitoria tercera de la Ley de costas y, por relación, la disposición transitoria primera de la Ley 2/2013. La primera regula la anchura de la servidumbre de protección en atención a las características del suelo en el momento de entrada en vigor de la Ley de costas, es decir, el 29 de julio de 1988; la segunda regula un supuesto particular, de gran incidencia en Galicia y Canarias, que es el de los llamados núcleos tradicionales de costa, que serán objeto de análisis a continuación.

### 3.1.1 El régimen especial de la disposición transitoria tercera de la Ley de costas

- Por un lado, su apartado primero dispone la aplicación de las disposiciones contenidas en el título II sobre las zonas de servidumbre de protección y de influencia a los terrenos que en el momento de entrada en vigor de esta ley estuvieran clasificados como suelo urbanizable no programado y suelo no urbanizable, y añade que las posteriores revisiones de la ordenación que prevean la futura urbanización de dichos terrenos y su consiguiente cambio de clasificación deberán respetar íntegramente las mencionadas disposiciones.

Su apartado tercero estipula la sujeción de los terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de esta ley a las servidumbres establecidas en ella, con la salvedad de que la anchura de la servidumbre de protección será de 20 metros. Pese a ello, impone el respeto a los usos y construcciones existentes, así como a las autorizaciones ya otorgadas, en los términos previstos en la disposición transitoria cuarta. Asimismo, añade que «se podrán autorizar nuevos usos y construcciones de conformidad con los planes de ordenación en vigor, siempre que se garantice la efectividad de la servidumbre y no se perjudique el dominio público marítimo-terrestre (...)».

---

34 La diferencia entre los márgenes de los ríos y las rías ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia. Es ilustrativa, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), que resuelve el Recurso de casación núm. 4182/2004: la Sala de la Audiencia razonó que, «con carácter general, el dominio público marítimo terrestre incluye la zona marítimo-terrestre que comprende los terrenos hasta donde se supera el límite de la línea de pleamar máxima viva equinoccial, que se extiende por los márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas, "ex" artículo 3.1.a) de la Ley de costas. Esta sensibilidad al efecto de las mareas se concreta efectivamente a la zona de los márgenes, entendiendo por tal la línea que separa el agua de la tierra, o las extremidades por las que discurre el agua (...). En este sentido, debe señalarse que el indicado artículo no establece una concurrencia de carácter exclusivo del efecto de las mareas para que los terrenos pertenezcan al demanio costero, sino que basta con que, cualquiera que sea su causa o la causa que coadyuve a tal resultado, el sitio sea sensible al efecto de las mareas (...)». Asimismo, cuando el artículo 3.1.a) de la Ley de costas 22/88 incluye como zona de dominio público marítimo-terrestre «la zona que se extiende también por los márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas», esta sentencia del Tribunal Supremo indica que no distingue la causa por la que las mareas se hacen sensibles en esa zona, de igual manera que en la ribera del mar la zona llega hasta «donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos». Concluye afirmando que son las mareas las que, en el supuesto de las riberas de las rías, definen el dominio público, cualquiera que sea la causa de la marea.

35 GARCÍA PÉREZ, M. y SANZ LARRUGA, F. J., "Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas", *IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, 2014.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo «propugna una interpretación restrictiva de la disposición transitoria tercera, apartado 3 LC. Dicha interpretación se impone, con mayor razón, tras la nueva redacción que le ha dado el artículo 120 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. La posibilidad de nuevas construcciones en la zona de servidumbre de protección que se contempla en esa disposición tiene un carácter marcadamente excepcional frente a la regla general establecida en el artículo 25 de la misma Ley de costas, cuyo apartado 1.a) dispone que en la zona de servidumbre de protección están prohibidas las edificaciones destinadas a residencia o habitación [Sentencia de esta Sala de 29 de junio de 2009 (Casación 1397/2005) y las que en ella se citan]. La defensa de esta “servidumbre de protección” se produce porque la Ley de costas prosigue la tradición de nuestro derecho de sujetar los terrenos colindantes con el dominio público a limitaciones de la propiedad, cambiando la denominación anterior de la “servidumbre de salvamento” por la de “servidumbre de protección” para proteger un medio natural muy sensible a la degradación por la acción humana. No se trata en realidad de *iura in re aliena* o de auténticas servidumbres, sino de límites del derecho de propiedad colindante con el demanio costero en atención a la función social de ésta. La servidumbre de protección tiene la finalidad de proteger el dominio público prohibiendo determinadas actividades enormemente dañinas para él y, de forma muy especial, las construcciones. Por ello, el artículo 23 de la Ley de costas dispone que la servidumbre de protección recaerá sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar, y prevé, incluso, que esa zona podrá ser ampliada por la Administración del Estado, de acuerdo con la de la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento correspondiente, hasta un máximo de otros 100 metros, cuando sea necesario para asegurar la efectividad de la servidumbre, en atención a las peculiaridades del tramo de costa de que se trate. La disposición transitoria tercera, apartado 3 de la LC, en excepción a lo anterior, mantiene la anchura de 20 metros de la servidumbre anterior de salvamento, cuando se trata de suelo urbano»<sup>36</sup>.

- Por otro lado, su apartado quinto señala que las servidumbres de paso al mar actualmente existentes se mantendrán en los términos en que fueron impuestas.

Como ha señalado la jurisprudencia, hay que tener en cuenta que «la finalidad de las normas transitorias es atemperar o mitigar los efectos derivados de la entrada en vigor de la ley y no convertir dicho régimen en una regulación paralela y, en todo caso, ajena a los principios, finalidad y exigencias derivadas del régimen que alumbra la Ley de costas de 1988»<sup>37</sup>.

### 3.1.2 El caso de los núcleos tradicionales de costa

Uno de los aspectos fundamentales de la Ley 2/2013 recae en la disposición transitoria primera, que reza lo siguiente por lo que respecta a la aplicación de la disposición transitoria tercera, apartado 3, de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas:

- En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, se podrá instar que el régimen previsto en la disposición transitoria tercera, apartado 3, de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, se aplique igualmente a los núcleos o áreas que, en el momento de su entrada en vigor, no estuvieran clasificados como suelo urbano pero que reunieran alguno de los siguientes requisitos:

36 Vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 30 junio 2011, FJ quinto.

37 Vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 6 noviembre 2008, FJ cuarto.

a) En municipios con planeamiento, los terrenos que, o cuenten con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica y estuvieran consolidados por la edificación en al menos un tercio de su superficie, o, careciendo de alguno de los requisitos mencionados, estuvieran comprendidos en áreas consolidadas por la edificación como mínimo en dos terceras partes de su superficie, de conformidad con la ordenación de aplicación.

b) En municipios sin planeamiento, los terrenos que, o cuenten con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica y estuvieran consolidados por la edificación en al menos un tercio de su superficie, o, careciendo de alguno de los requisitos mencionados, estuvieran comprendidos en áreas consolidadas por la edificación como mínimo en la mitad de su superficie.

- Esta disposición se aplicará a los núcleos o áreas delimitados por el planeamiento, y, en defecto de éste, serán delimitados por la Administración urbanística competente; en ambos casos, con informe previo favorable del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, que deberá pronunciarse sobre la delimitación y compatibilidad de tales núcleos o áreas con la integridad y defensa del dominio público marítimo-terrestre (en caso de que no se emitiera en el plazo estipulado, se entenderá que es favorable).

- Las administraciones urbanísticas que ya hayan delimitado o clasificado como suelo urbano los núcleos o áreas a los que se refiere el apartado primero de esta disposición deberán solicitar al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente el informe previsto en el apartado segundo en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta ley (en caso de que no se emitiera en ese plazo, se entenderá que es favorable).

- No obstante, en los núcleos y áreas a los que se refiere esta disposición, no se podrán autorizar nuevas construcciones de las prohibidas en el artículo 25 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas.

## 3.2 Facultades y limitaciones

Por lo que respecta a las implicaciones que la servidumbre de protección supone, el artículo 24 de la Ley de costas aclara que en los terrenos comprendidos en esta zona se podrán realizar cultivos y plantaciones sin necesidad de autorización alguna, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 27, y añade que en los primeros 20 metros de esta zona se podrán depositar temporalmente objetos o materiales arrojados por el mar y realizar operaciones de salvamento marítimo, pero no podrán llevarse a cabo cerramientos, salvo en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

A su vez, el artículo 47.4 del Real decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de costas<sup>38</sup>, indica que sólo se autorizarán los cerramientos relativos a las paredes de las edificaciones debidamente autorizadas, los vallados perimetrales de cierre de parcelas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, que se podrán ejecutar de acuerdo con lo determinado en el planeamiento urbanístico municipal (con la salvedad de que solo podrán ser totalmente opacos hasta una altura máxima de un metro) y los vinculados a las concesiones en dominio público marítimo-terrestre con las características que se determinen en el título concesional.

---

38 Publicado en el BOE n.º 247 el 11 de octubre de 2014.

En todo caso, recalca que deberá quedar libre la zona afectada por la servidumbre de tránsito.

En cuanto a las prohibiciones en el ámbito de la servidumbre de protección, aparecen enumeradas en el artículo 25 de la Ley de costas como sigue:

- a) Las edificaciones cuyo destino es el de residencia o habitación.
- b) La construcción o la modificación de vías de transporte interurbanas y las de intensidad de tráfico superior a la que se determine reglamentariamente, así como de sus áreas de servicio.
- c) Las actividades que conlleven la destrucción de yacimientos de áridos *naturales o no consolidados, entendiéndose por tales los lugares donde existen acumulaciones de materiales detríticos tipo arenas o gravas*<sup>39</sup>.
- d) El tendido aéreo de las líneas eléctricas de alta tensión.
- e) El vertido tanto de residuos sólidos como de escombros y aguas residuales sin depuración.
- f) La publicidad mediante carteles o vallas, o por medios acústicos o audiovisuales.

El TS ha afirmado que «la servidumbre de protección tiene la finalidad, en definitiva, de proteger el dominio público marítimo-terrestre, prohibiendo determinadas actividades nocivas para éste y, de forma muy especial, prevenir los riesgos derivados de una actividad urbanística indiscriminada»<sup>40</sup>. En esta misma línea ha sentenciado que «es evidente que el legislador ha querido que no se construya en la zona de servidumbre de protección, respetando transitoriamente por excepción las construcciones ya existentes, y aun permitiendo excepcionalmente las nuevas construcciones para evitar que, al construir retranqueándose sobre la línea antes existente (tratándose de edificación continua), se produjera un efecto antiestético, creándose *ex novo* medianeras a la vista pública en la fachada marítima. Por ello se exige que se trate de edificios cerrados y con medianera, y en ningún caso se permite para edificación aislada»<sup>41</sup>.

Con carácter ordinario, únicamente se permiten las obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación (la Ley 2/2013 añade expresamente como ejemplos los establecimientos de cultivo marino o las salinas marítimas) o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas. En todo caso, se recalca que la ejecución de terraplenes, desmontes<sup>42</sup> o tala de árboles<sup>43</sup> deberían cumplir las condiciones determinadas reglamentariamente para garantizar la protección del dominio público.

39 La frase en cursiva ha sido incluida por la Ley 2/2013.

40 *Vid.* STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 21 de diciembre de 2012, FJ quinto.

41 *Vid.* STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 6 de noviembre de 2008, FJ primero.

42 En este sentido, cabe aludir al artículo 47.2 del Reglamento, que preceptúa: «La ejecución de terraplenes y desmontes deberá cumplir las siguientes condiciones para garantizar la protección del dominio público (artículo 25.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio):

- a) Sólo podrá permitirse la ejecución de desmontes y terraplenes con autorización previa.
- b) Sólo podrá autorizarse cuando la altura de aquéllos sea inferior a 3 metros, no perjudique al paisaje y se realice un adecuado tratamiento de sus taludes con plantaciones y recubrimientos.
- c) A partir de dicha altura, deberá realizarse una previa evaluación de su necesidad y su incidencia sobre el dominio público marítimo-terrestre y sobre la zona de servidumbre de protección».

43 El 47.3 del Reglamento señala al respecto que «la tala de árboles se podrá permitir siempre que sea compatible con la protección del dominio público, cuando exista autorización previa del órgano competente en materia forestal y no merme significativamente las masas

En este sentido, la jurisprudencia ha aclarado que «el contenido del artículo 25.2 de la Ley de costas –que se trate de “obras, instalaciones y actividades que, por su propia naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo terrestre”– nos sitúa en la órbita de los conceptos jurídicos indeterminados, que debemos perfilar en su aplicación al caso concreto. Ello nos obliga a tomar en consideración los principios que resultan de aplicación, el régimen jurídico aplicable, las limitaciones establecidas por éste y el específico modo de utilización del dominio público, pues sólo así –y no por la invocación de meras razones de oportunidad– se garantiza que únicamente sean autorizadas instalaciones o servicios que, además de no estar prohibidos, no consientan otra ubicación o sean necesarios o, cuando menos, convenientes para el uso del dominio público marítimo. Esta última, el carácter necesario o conveniente del servicio, es una apreciación que sólo puede concretarse atendiendo a los fines y objetivos propios de la protección, que nuestro ordenamiento jurídico dispensa, en los términos antes expuestos, al dominio público. Del mismo modo que la necesidad de la ubicación en la zona de servidumbre de protección necesita de una justificación y explicación concreta, sin genéricas evocaciones, que permita saber que los fines de la actividad (...) no se puedan cumplir si la ubicación se realiza extramuros de dicha zona de servidumbre. (...) Coincidimos, en este sentido, por tanto, con la Sala de instancia en que no se ha justificado en debida forma que las obras e instalaciones pretendidas no puedan tener otra ubicación que la contemplada en la zona de servidumbre de protección, y cuando añade que tampoco se ha acreditado que a través de esa actuación se presten servicios “necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre”. Como pone de manifiesto el Tribunal *a quo*, la justificación no puede ser la de los hechos consumados, es decir, que no exista otra ubicación para el uso comercial porque los emplazamientos ya están ejecutados, pues la justificación debe establecerse desde la génesis de la decisión, esto es, desde que se hizo la planificación. Y ninguna justificación razonable se proporciona, por otro lado, respecto de que ese centro comercial preste servicios “necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre”, pues favorecer el uso comercial turístico no impone necesariamente su ubicación en zona de servidumbre de protección»<sup>44</sup>.

Continuando con el estudio de la regulación legal, el Consejo de Ministros podrá autorizar las actividades e instalaciones a que se refieren las letras b) y d) del apartado 1 de este artículo excepcionalmente y por razones de utilidad pública debidamente acreditadas. En la misma forma, podrán ser autorizadas las edificaciones a que se refiere la letra a) y las instalaciones industriales en las que no concurren los requisitos del apartado 2, que fueran de excepcional importancia y que, por razones económicas justificadas, fuera conveniente su ubicación en el litoral, siempre que, en ambos casos, se localicen en zonas de servidumbre correspondientes a tramos de costa que no constituyan playa, ni zonas húmedas u otros ámbitos de especial protección. Asimismo, apunta la necesidad de que las actuaciones autorizadas conforme a lo previsto en este apartado tercero de la ley se acomoden al planeamiento urbanístico aprobado por las Administraciones competentes<sup>45</sup>.

---

arboladas, debiendo recogerse expresamente en la autorización la exigencia de reforestación eficaz con especies autóctonas, que no dañen el paisaje y el equilibrio ecológico».

44 *Vid.* STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 21 de diciembre de 2012, FJ quinto.

45 El número 3 del artículo 25 fue declarado constitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, si se interpreta en el sentido fijado en su fundamento jurídico 3.D.c.

Del mismo modo, cabe aludir a que «el expresado artículo 25 establece las prohibiciones propias de la zona de servidumbre de protección. Esta previsión tiene un carácter general y, por tanto, se refiere a esta franja de terreno cualquiera que sea la clasificación urbanística del suelo. Siendo una cuestión diferente, que no afecta a esta prohibición general del artículo 25, que el régimen transitorio establezca determinados supuestos de hecho o jurídicos a los que se anude, en cada caso, una consecuencia jurídica, como sucede con la transitoria tercera de la Ley de costas»<sup>46</sup>.

Tras la modificación de la Ley de costas, se introduce un nuevo apartado 4 en el que estipula que «reglamentariamente se establecerán las condiciones en las que se podrá autorizar la publicidad a que se refiere la letra f) del apartado 1 de este artículo siempre que sea parte integrante o acompañe a instalaciones o actividades permitidas y no sea incompatible con la finalidad de la servidumbre de protección».

Por lo que respecta al reglamento, su artículo 46 establece lo siguiente sobre este extremo:

1º) La prohibición de las edificaciones destinadas a residencia o habitación a que se refiere la letra a) del apartado 1 incluye las hoteleras y excluye las acampadas<sup>47</sup> y los campamentos o campings<sup>48</sup> debidamente autorizados con instalaciones desmontables.

2º) La prohibición de construcción o modificación de vías de transporte a que se refiere la letra b) del apartado 1 se entenderá para aquellas cuyo trazado discorra longitudinalmente a lo largo de la zona de servidumbre de protección, exceptuando aquellas otras en las que su incidencia sea transversal, accidental o puntual y las de intensidad de tráfico superior a 500 vehículos/día de media anual en el caso de carreteras y sus áreas de servicio.

3º) No se entenderá incluido dentro de la prohibición de destrucción de yacimientos de áridos a que se refiere la letra c) del apartado 1 su aprovechamiento para su aportación a las playas.

4º) No se considerarán incluidos en la prohibición de publicidad a que se refiere la letra f) del apartado 1 los supuestos del artículo 81.4 de este reglamento<sup>49</sup>, siempre que sea compatible con la protección del dominio público marítimo-terrestre.

46 Vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 6 de noviembre de 2008, FJ tercero.

47 Matiza que ha de entenderse por acampada la instalación de tiendas de campaña o de vehículos o remolques habitables.

48 Aclara que se entenderá por campamento o camping la acampada organizada dotada de los servicios y suministros establecidos por la normativa vigente.

49 El artículo 81 del reglamento, en su primer apartado, establece la prohibición de la publicidad permanente a través de carteles o vallas o por medios acústicos o audiovisuales.

Excepcionalmente, y en las condiciones que se establecen en los apartados siguientes, indica que se podrá autorizar la publicidad siempre que sea parte integrante o acompañe a instalaciones o actividades permitidas en el dominio público marítimo-terrestre y sea compatible con su protección.

Por lo que respecta al apartado número 4, postula lo siguiente:

«Se podrá permitir, con carácter excepcional, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1, en los siguientes supuestos:

- Rótulos indicadores de establecimientos debidamente autorizados, siempre que se coloquen en su fachada y no pongan una reducción del campo visual generado por el volumen de la propia edificación o instalación. En las mismas condiciones, podrán admitirse rótulos o carteles de otras marcas expedidas en el establecimiento.
- En las vallas cuya colocación resulte necesaria para la funcionalidad de la instalación o para el desarrollo de actividades.
- Elementos publicitarios de los patrocinadores de las actividades lúdicas o deportivas que estén debidamente autorizadas, siempre que se integren o acompañen a los elementos autorizados para su realización.

Los medios publicitarios utilizados no podrán implicar una reducción adicional del campo visual, producir ruido ni vibraciones ni romper la armonía del paisaje».

Por último, en la ley dicha sección se cierra con el artículo 26, cuyo primer inciso, que fue declarado inconstitucional, declaraba que los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección estarían sujetos a autorización de la Administración del Estado, que se otorgará con sujeción a lo dispuesto en esta ley, y en las normas que se dicten, en su caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22, y añadía la posibilidad de establecer asimismo las condiciones que se consideren necesarias para la protección del dominio público<sup>50</sup>. Dicho precepto postula la obligatoriedad de disponer del correspondiente título administrativo otorgado conforme a esta ley con carácter previo en caso de que la actividad solicitada estuviera vinculada directamente a la utilización del dominio público marítimo-terrestre.

Asimismo, cabe traer a colación el artículo 15 de la ley por su trascendencia en el ámbito que se está analizando, ya que establece que cuando se trate de inmatricular en el registro de la propiedad fincas situadas en la zona de servidumbre de protección a que se refiere el artículo 23, en la descripción de aquéllas se precisará si lindan o no con el dominio público marítimo-terrestre, pudiendo producirse las siguientes situaciones:

a) En caso de que la respuesta sea afirmativa, no podrá practicarse la inmatriculación si no se acompaña al título la certificación de la Administración del Estado que acredite que no se invade el dominio público.

b) Si la respuesta es negativa o no se hace declaración alguna a este respecto, el registrador requerirá al interesado para que identifique y localice la finca en el plano proporcionado al efecto por la Administración del Estado.

Si de dicha identificación resultase la no colindancia, el registrador practicará la inscripción haciendo constar en ella ese extremo.

No obstante, si, a pesar de esa identificación o por no poder llevarse a efecto, el registrador sospechase una posible invasión del dominio público marítimo-terrestre, pondrá la solicitud de inscripción en conocimiento de la Administración del Estado, dejándola entre tanto en suspenso hasta que aquélla expida certificación favorable. Una vez transcurridos treinta días desde la petición de oficio de la certificación sin que se haya recibido contestación, podrá procederse a la inscripción.

Finalmente, si no estuviese aprobado el deslinde, se iniciará el correspondiente procedimiento a costa del interesado dentro de un plazo que no podrá ser superior a tres meses desde la correspondiente solicitud, quedando entre tanto en suspenso la inscripción solicitada.

Un aspecto que es preciso analizar es el régimen jurídico de las obras e instalaciones ya existentes en la zona de servidumbre de protección a la entrada en vigor de la ley de 1988.

En primer lugar, cabe aludir a la modificación de la letra b) del apartado 2 de la disposición transitoria cuarta de la Ley de costas por la Ley 2/2013, ya que ésta estipula que, «si se emplazan en la zona de servidumbre de tránsito, los titulares de las construcciones e instalaciones podrán realizar las obras de reparación, mejora, consolidación y modernización siempre que no impliquen aumento de volumen, altura ni superficie de las construcciones existentes y sin que el incremento de valor que aquéllas comporten pueda ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios». Y continúa diciendo que dichas obras no podrán ser autorizadas por el ór-

---

50 El número 1 del artículo 26 fue declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio.

gano urbanístico competente sin que, con carácter previo, la Administración del Estado emita un informe favorable en el que conste que la servidumbre de tránsito queda garantizada.

A su vez, cabe resaltar la modificación de la letra c) del apartado 2 de la disposición transitoria cuarta de la Ley de costas llevada a cabo por la Ley 2/2013, que estipula que «en el resto de la zona de servidumbre de protección y en los términos en que ésta se aplica a las diferentes clases de suelo conforme a lo establecido en la disposición transitoria tercera, podrán realizarse obras de reparación, mejora, consolidación y modernización siempre que no impliquen aumento de volumen, altura ni superficie de las construcciones existentes y sin que el incremento de valor que aquéllas comporten pueda ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios».

Otra novedad de la Ley 2/2013 es la introducción de un nuevo apartado tercero que antes no existía, en virtud del cual las obras a las que se refiere el apartado segundo de esta disposición transitoria cuarta, cuando les sea aplicable, deberán:

- Por un lado, suponer una mejora en la eficiencia energética. Para ello tendrán que obtener una calificación energética final que alcance una mejora de dos letras o una letra B, lo que se acreditará mediante la certificación de eficiencia energética, de conformidad con lo previsto en el Real decreto 235/2013, de 5 de abril, o lo que cualquier otra norma pueda establecer en el futuro para la certificación de edificios existentes.

- Por otro lado, emplear los mecanismos, sistemas, instalaciones y equipamientos individuales y/o colectivos que supongan un ahorro efectivo en el consumo de agua.

Asimismo, «no podrán ser autorizadas por el órgano urbanístico competente sin que los titulares de las concesiones acrediten haber presentado ante la Administración del Estado y los de las construcciones e instalaciones ante los órganos competentes de las Comunidades Autónomas una declaración responsable en la que de manera expresa y clara manifiesten que tales obras no supondrán un aumento del volumen, altura ni superficie de las construcciones existentes y que cumplen con los requisitos establecidos anteriormente sobre eficiencia energética y ahorro de agua, cuando les sean de aplicación».

Por su parte, la disposición transitoria séptima de la Ley de costas añadía en su primer apartado, declarado inconstitucional, que, en los casos de obras, instalaciones o actividades en zona de servidumbre de protección en tramos de costa no deslindados conforme a lo previsto en esta ley, la Administración del Estado exigirá la autorización a que se refiere el artículo 26, a cuyo efecto definirá provisionalmente, y hará pública acompañada del correspondiente plano, la línea probable de deslinde y la extensión de la zona de servidumbre en el plazo máximo de un mes; no obstante, en caso de discrepancia, el otorgamiento de la autorización quedará condicionado a la aprobación previa o simultánea del deslinde, que se tramitará con carácter preferente<sup>51</sup>.

Sin embargo, cuando se pretenda la ocupación de terrenos de dominio público todavía no deslindados conforme a lo previsto en esta ley, el peticionario deberá solicitar el deslinde a su costa, simultáneamente con la solicitud de concesión o autorización, pudiendo tramitarse al

51 Número 1 de la disposición transitoria séptima declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, en lo relativo a la autorización de la Administración del Estado, en cuanto atribuyen a la Administración del Estado el otorgamiento de autorizaciones en la zona de protección.

mismo tiempo ambos expedientes de deslinde y concesión, teniendo en cuenta que, en caso de solicitud de concesión, su otorgamiento no podrá ser previo a la aprobación del deslinde.

Del mismo modo, las obras a realizar por las Administraciones Públicas no podrán ejecutarse sin que exista deslinde aprobado.

Por último, también se debe hacer referencia a lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley de costas cuando declara de utilidad pública, a efectos de expropiación, los terrenos de propiedad particular a que se refiere la disposición transitoria segunda, así como los incluidos en la zona de servidumbre de protección que se estimen necesarios para la defensa y uso del dominio público marítimo-terrestre.

## 4 Reflexiones finales

La Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, ha suscitado una ardua polémica desde el instante mismo de su gestación. Por ello existe división de opiniones en lo que a su contenido se refiere, ya que ha sido alabada por unos y fuertemente criticada por otros.

Desde luego, en su preámbulo, la Ley 2/2013 aporta numerosos argumentos para intentar justificar la nueva regulación:

- a) Alude al valor ambiental de la costa y destaca su riqueza y diversidad biológica.
- b) Indica que nuestro litoral es una de las zonas más densamente pobladas, en las que se concentra gran parte de la actividad turística y de la relacionada con los cultivos marinos.
- c) Conceptúa la costa como un recurso estratégico de crucial importancia para nuestro país.
- d) Asegura que el reto que hoy debe encarar nuestra legislación de costas es conseguir un equilibrio entre un alto nivel de protección y una actividad respetuosa con el medio, ya que el desarrollo sostenible se alimenta de la relación recíproca entre la actividad económica y la calidad ambiental. De este modo, afirma que un litoral que se mantenga bien conservado contribuye al desarrollo económico, y los beneficios de éste redundan, a su vez, en la mejora medioambiental.
- e) Propugna que esta reforma proporciona seguridad jurídica, estableciendo un marco en el que las relaciones jurídicas en el litoral puedan tener continuidad a largo plazo.
- f) Defiende que se garantiza el mantenimiento de la integridad del dominio público marítimo-terrestre a través de reglas claras que puedan ser aplicadas.
- g) Apostilla que ésta se orienta a garantizar la protección del litoral e insiste en que consigue otorgar seguridad jurídica.
- h) Afirma que el litoral es un ecosistema sensible y vulnerable que precisa protección, y lograrla es un objetivo fundamental de esta reforma. Por eso, indica que la ley refortalece los mecanismos de protección, tanto en su vertiente preventiva como defensiva.

i) Asegura que pretende dotar las relaciones jurídicas que se dan en el litoral de una mayor seguridad jurídica, ya que remarca que su ausencia ha generado problemas que van más allá de los estrictamente jurídicos, y que han provocado desconfianza y desconcierto<sup>52</sup>.

j) Destaca que la seguridad jurídica es el pilar que sustenta esta reforma, y su establecimiento resultaba una tarea indispensable para superar el marco anterior. Añade que este principio se manifiesta en la determinación misma de la delimitación del concepto de dominio público marítimo-terrestre, en las mejoras introducidas en el procedimiento de deslinde, en la modificación de las reglas que rigen las concesiones y autorizaciones, así como en las limitaciones a la propiedad privada de los terrenos contiguos al dominio público.

k) Defiende que esta reforma pretende sentar las bases de un uso del litoral que sea sostenible en el tiempo y respetuoso con la protección medioambiental. Con este fin, justifica que los cambios que se introducen otorgan certeza y claridad, al tiempo que resuelven los problemas que a corto plazo planteaba la legislación anterior, preservando la franja litoral.

l) Finalmente, subraya que esta reforma incorpora a la Ley de costas regulaciones específicas para afrontar con garantías la lucha contra los efectos del cambio climático en el litoral, ya que introduce un régimen específico para los tramos del litoral que se encuentren en riesgo grave de regresión.

Esto sucede porque en las áreas así declaradas se limitan las ocupaciones y se prevé que la Administración pueda realizar actuaciones de protección, conservación o restauración, respecto de las que podrá establecer contribuciones especiales; otra de las novedades de esta reforma.

También se exige que a los proyectos para la ocupación del dominio público se acompañe una evaluación prospectiva sobre los posibles efectos del cambio climático. Además, se incorpora como causa de extinción de las concesiones el supuesto de que las obras o instalaciones estén en riesgo cierto de ser alcanzadas por el mar.

Junto a estas medidas de carácter jurídico, la Ley impone al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente la obligación de elaborar una estrategia para la adaptación de la costa a los efectos del cambio climático, ya que con ello se conseguirá disponer de un diagnóstico riguroso de los riesgos asociados al cambio climático que afectan a nuestra costa, y de una serie de medidas que permitan mitigarlos.

Sin embargo, pese al esfuerzo por remarcar los aspectos positivos de la nueva versión de la ley, ésta ha sido fuertemente criticada por considerarla menos proteccionista que su versión anterior.

En su redacción de 1988, la Ley de costas ha recibido alabanzas y también críticas. Se ha significado, por ejemplo, que ha sido un instrumento idóneo para reforzar la protección de

52 En este punto alude a un informe del Parlamento Europeo de 20 de febrero de 2009, el denominado "Informe *Auken*", que «reconoce y apoya los esfuerzos de las autoridades españolas por proteger el medio ambiente costero y, allí donde sea posible, restaurar ese medio ambiente de forma favorable para la biodiversidad y la regeneración de las especies autóctonas de fauna y flora, y, en este contexto específico, les insta a que revisen urgentemente y, en su caso, modifiquen la Ley de costas a fin de proteger los derechos de los legítimos propietarios de las viviendas y de aquellos que poseen pequeñas parcelas en zonas de la costa que no tienen un impacto negativo sobre el medio ambiente costero; hace hincapié en que dicha protección no debe concederse a proyectos de desarrollo especulativos que no respetan las directivas de la UE en materia de medio ambiente; se propone revisar las peticiones recibidas sobre este asunto a la vista de la respuesta de las autoridades competentes españolas». *Vid.* Informe del Parlamento Europeo sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248 (INI); fundamento n.º 22, p. 12).

nuestro litoral y preservar su riqueza y valor ambiental, pero no se han ignorado los numerosos conflictos jurisdiccionales que ha provocado<sup>53</sup> o lo que se han llamado “daños colaterales” producidos en su aplicación<sup>54</sup>.

En su fase de proyecto y en su redacción final, el texto fue calificado de «muy desafortunado: desafortunado en su título, en su exposición de motivos, en su sistemática y, sobre todo, desafortunado en su contenido»<sup>55</sup>. En esta misma línea, ha sido calificada como «reforma inoportuna y una ocasión perdida para consolidar el modelo de protección ambiental de nuestro litoral y para la promoción de una urbanización costera sostenible, no solo económica, sino ambiental y social», y se ha destacado «su carácter discriminatorio al excluir del dominio público marítimo-terrestre determinados núcleos de población (...) sin una convincente justificación», al entender que «la defensa del litoral es perfectamente conciliable (...) con el reconocimiento de legítimos derechos de los propietarios en la costa –como es el caso de Galicia–», ya que «varios intentos se han dado con anterioridad para reconocer la peculiaridad de sus núcleos tradicionales y esto hubiera sido posible sin alterar en su conjunto la filosofía proteccionista de la Ley de costas de 1988»<sup>56</sup>.

El tiempo mostrará el verdadero impacto de la nueva regulación de las costas. Habrá que valorar, con algo más de perspectiva, si es un marco jurídico idóneo en el que puedan aunarse los intereses que confluyen en esta materia –desde la triple perspectiva social, medioambiental y económica–, de modo que sean vertientes complementarias y no contrapuestas, ya que solo de esta forma es posible adoptar una visión que posibilite solventar las carencias que la regulación anterior manifestó y que además refuerce la protección del litoral con la consecución de un desarrollo sostenible.

## 5 Bibliografía

AGUDO GONZÁLEZ, J., “Concepto constitucional; Bienes que lo integran (artículo 3 LC); (artículos 4 y 6 RC). Doctrina constitucional en la materia (Problemas de constitucionalidad y su solución)”, en “El concepto de dominio público marítimo-terrestre”, Sanchez Goyanes, E. (dir.), *El derecho de costas en España*, La Ley, Madrid, 2010.

---

53 Por ello se apuntó la necesidad de que la misma se transformara. Así, MEILÁN GIL señalaba lo siguiente: «(...) mi parecer es que sería conveniente una reforma de la Ley de costas, incluso con el cambio de nombre, para referirse al litoral, con lo que se visualizaría más la nueva perspectiva desde la que se están actualmente considerando las zonas costeras. El dominio público ha de mantenerse porque a ello obliga la Constitución y no es preciso reformarla por este motivo y romper con una larga tradición. Pero no sería superfluo revisar y mejorar su determinación a la vista de las dificultades y dudas que han planteado los numerosos conflictos jurisdiccionales, aun contando con la presunción de veracidad de la Administración en el trámite fundamental de la prueba». Cfr. MEILÁN GIL, J. L., “Dominio público y protección del litoral. Relectura de la Ley de costas”, *cit.*, p. 93.

54 «“Daños colaterales” que se han concentrado en dos colectivos: de un lado, los ciudadanos que han visto sus propiedades privadas transformadas en concesiones administrativas, sin otra compensación que el derecho de uso sin pago de canon por un tiempo más o menos largo y con fuertes limitaciones respecto al uso de los terrenos ocupados; de otro lado, los propietarios colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, cuyos derechos de propiedad fueron duramente delimitados a través de la imposición de servidumbres de tránsito o protección». En este punto, GARCÍA PÉREZ, M. ha afirmado que, «si la reforma planteada se hubiese centrado en afrontar estas situaciones y, al tiempo, hubiese aprobado algunas otras medidas de mayor protección de la costa, no tendríamos nada que objetar. Pero la realidad es muy distinta, y la lectura del texto nos muestra que, con el pretexto de fortalecer la seguridad jurídica amenazada en casos particulares, pretende acometerse una reforma general que gravita sobre un eje muy distinto: el de revalorizar la costa, entendida la expresión en términos economicistas y no medioambientales». Cfr. GARCÍA PÉREZ, M., “La reforma de la Ley de costas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 31, 2012, pp. 60 y ss.

55 *Ibidem*, p. 60.

56 SANZ LARRUGA, F. J., en [http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/opinion/2013/05/13/reforma-inoportuna-regresivamade-in-spain/0003\\_201305G13P12992.htm](http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/opinion/2013/05/13/reforma-inoportuna-regresivamade-in-spain/0003_201305G13P12992.htm).

- BARRAGÁN MUÑOZ, J. M., *Ordenación, planificación y gestión del espacio litoral*, Oikostau, Barcelona, 1993.
- BASSOLS COMA, M., "El derecho de propiedad y la conservación del medio ambiente", *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado*, Tecnos, Madrid, 1996.
- BLASCO DÍAZ, J. L., *Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "El patrimonio de las Administraciones Públicas: concepto y principios generales (artículos 5 a 8)", Mestre Delgado, J. F. (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004.
- FONT I LLOVET, T., "La ordenación constitucional del dominio público", *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje a García de Enterría*, tomo V, Cívitas, Madrid, 1991.
- GARCÍA ÁLVAREZ, A. (dir.), *Análisis del litoral español. Diseño de políticas territoriales*, Instituto del Territorio y Urbanismo. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1987.
- GARCÍA LORCA, A., "Los sistemas de información geográfica como instrumentos de decisión territorial", Millaruelo Aparicio, J. y Orduña Rebollo, E. (coord.), *Ordenación del Territorio y Desarrollo Sostenible*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2004.
- GARCÍA PÉREZ, M. y SANZ LARRUGA, F. J., "Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas", IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 2014.
- GARCÍA PÉREZ, M., "La reforma de la Ley de costas", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 31, 2012.
- GARRIDO FALLA, F., "Comentarios al artículo 132 de la Constitución española", *Comentarios a la Constitución*, Cívitas, Madrid, 1980.
- GUERRERO MARTÍN, C., *La problemática jurídica de los inmuebles situados en el litoral*, McGraw Hill, Madrid, 1998.
- LÓPEZ RAMÓN, F., "Dominio público y protección del medio ambiente", *Ordenación del territorio y medio ambiente*, Oñati, 1988.
- MEILÁN GIL, J. L., "Dominio público y protección del litoral. Relectura de la Ley de costas", Sánchez Goyanes, E. (dir.), *El derecho de costas en España*, La Ley, Madrid, 2010.
- MORENO CÁNOVES, A., *Régimen jurídico del litoral*, Tecnos, Madrid, 1990.
- MULERO MENDIGORRI, A., *Introducción al Medio Ambiente en España*, Ariel-Geografía, Madrid, 1999.
- NOGUERA DE LA MUELA, B. *Las servidumbres de la Ley de costas de 1988*, prólogo de TORNOS MAS, J., Marcial Pons, Madrid, 1995.

- PENAS LADO, E., *Elementos para unha ordenación integral dos usos do medio litoral de Galicia*, Consellería de Pesca, Acuicultura y Marisqueo, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2000.
- PÉREZ CONEJO, L., *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas*, Editorial Comares, S.L., Granada, 1999.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M., *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Playas y costas en el derecho español. A propósito de la Ley de costas de 1988*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2010.
- SANZ LARRUGA, F. J., *Bases doctrinales y jurídicas para un modelo de gestión integrada y sostenible del litoral de Galicia*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2003.
- SAINZ MORENO, F., "Comentarios al artículo 132", Alzaga Villamil, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, tomo X (artículos 128 a 142), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985.
- SOCIÁS CAMACHO, J. M., *La ordenación de las zonas turísticas litorales*, Coedición de Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Pascual Madoz, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001.

# El control de la legalidad urbanística mediante la acción pública en la vía administrativa y en la jurisdiccional\*

O control da legalidade urbanística mediante a acción pública na vía administrativa e na xurisdiccional

Urbanistic legality control by public action through administrative and judicial procedure



LUÍS VILLARES NAVEIRA

Magistrado de lo Contencioso-Administrativo  
Tribunal Superior de Justicia de Galicia (España)  
l.villares@poderjudicial.es

Recibido: 20/12//2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** O estudo analiza a configuración legal da acción pública en materia urbanística no ordenamento xurídico español, isto é, a posibilidade de control de legalidade que calquera cidadán/á pode exercer sobre o fenómeno urbanístico, e a resposta xurisprudencial dada ás principais dificultades procesuais que adoitan presentarse.

**Palabras clave:** acción pública urbanística, urbanismo, control da legalidade urbanística, reposición da legalidade, proceso contencioso-administrativo, cidadán.

**Resumen:** El estudio analiza la configuración legal de la acción pública en materia urbanística en el ordenamiento jurídico español, esto es, la posibilidad de control de legalidad que cualquier ciudadano/a puede ejercer sobre el fenómeno urbanístico, y la respuesta jurisprudencial dada a las principales dificultades procesales que suelen presentarse.

**Palabras clave:** acción pública urbanística, urbanismo, control de la legalidad urbanística, reposición de la legalidad, proceso contencioso-administrativo, ciudadano.

**Abstract:** This article analyses urbanistic public action in Spanish legal Order, that is, options of legal control that any citizen may initiate about urbanistic phenomenon, and jurisprudential doctrine for main frequent procedural problems.

**Key words:** urbanistic public action, urban law, urbanistic legal control, legality re-establish, contentious-administrative process, citizen.

**Sumario:** 1 Aproximación al concepto de acción pública. 2 La legitimación en el proceso contencioso-administrativo. 2.1 Proceso civil y proceso contencioso. 2.2 La defensa de la legalidad como fundamento de la legitimación de la acción pública. 3 Regulación legal de la acción pública en el proceso contencioso-administrativo. 3.1 Fundamento constitucional. 3.2 Del interés directo al interés legítimo. Análisis económico de la APU. 3.3 Fundamento legal de carácter

\* Ponencia presentada en el Congreso Internacional organizado por la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística, la Red Empresa y Administración y el Observatorio Internacional de la Regulación de las Entidades del Sector Público, titulado: *Administración, Empresa y Urbanismo Sostenible* (Santiago de Compostela, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2015).

procesal (competencia estatal) que requiere reconocimiento sectorial. 3.4 Naturaleza reparadora, no sancionadora, de la acción pública en defensa de la legalidad urbanística. Relación entre el procedimiento de protección de la legalidad y el sancionador. 4 Caracteres de la acción pública. 4.1 Naturaleza procesal. 4.2 Carece de reconocimiento como derecho fundamental. 4.3 Constituye una competencia estatal. 4.4 Constituye una legitimación autónoma. 4.5 Utilidad de su reconocimiento. 5 Requisitos subjetivos. 5.1 Titularidad de la legitimación. 5.2 Los titulares de derechos subjetivos también lo son de la acción pública. 5.3 Ciudadanos extranjeros. 5.4 Personas jurídicas. 5.5 Asociaciones de consumidores y usuarios. 5.6 Uniones sin personalidad. 5.7 El ejercicio de la acción pública por el Ministerio Fiscal. 6 Límites al ejercicio del derecho. 6.1 Interdicción de la mala fe y abuso del derecho. 6.2 Necesidad de prueba: objetivización de la mala fe y del abuso. 6.3 Irrelevancia de los motivos secundarios a la defensa de la legalidad, si no alcanzan el fraude de ley o procesal. 6.4 El abuso del derecho es una cuestión de fondo que no permite a una Administración inadmitir el ejercicio de la APU, que es una cuestión procesal. 7 Objeto del proceso. Actividad impugnada y pretensiones admisibles. 7.1 Actividad impugnada. 7.1.1 Disposiciones generales. 7.1.2 Actos administrativos. 7.1.2.1 Régimen general de legitimación para la impugnación de licencias y otros actos de ejecución del planeamiento. 7.1.2.2 Impugnación de actos administrativos en materia no urbanística, pero vinculada a ella. 7.1.2.3 Improcedencia de la APU por exceder el ámbito urbanístico. 7.1.3 Inactividad de la Administración. 7.1.4 La vía de hecho. 7.2 Pretensiones admisibles. 8 Especialidades procesales. 8.1 La acción pública y el beneficio de justicia gratuita. 8.2 Agotamiento de la vía administrativa. 8.3 Subrogación en la posición jurídica de un tercero que desistió de la acción pública en la vía administrativa. 8.4 Transmisibilidad *mortis causa* de la acción pública. 8.5 Plazo de interposición del recurso contencioso (contra actos que agotan la vía administrativa). 8.5.1 Régimen general. 8.5.2 Cómputo del plazo. El problema de la falta de notificación. 8.5.3 Solución para actos (incluidas licencias) con manifestación sobre la realidad física: requerimiento administrativo o interposición directa. 8.5.4 Actos administrativos sin proyección sobre la realidad física. 8.6 Caducidad de la acción como límite temporal a su ejercicio en caso de obras ilegales. 8.7 Constitución de la relación jurídico-procesal. 8.8 Intervención del MF en caso de desistimiento de la acción en el proceso. Asunción sobrevenida de la condición de parte demandante. 8.9 Contenido de la sentencia. 8.10 Ejecución de sentencias. 8.11 El desistimiento en la fase de ejecución. Imposibilidad de transacción o desistimiento. 8.12 Intervención por APU en fase de ejecución de un procedimiento iniciado por un tercero. 8.13 Procedimientos especiales y acción pública. 8.14 Tutela cautelar. 8.15 Costas procesales. 9 Bibliografía.

## 1 Aproximación al concepto de acción pública

Antes de estudiar el tema en profundidad, podemos partir de unas líneas generales del concepto de acción pública. Martínez Rodríguez aporta una definición general partiendo de su caracterización en el ordenamiento jurídico español dentro del campo administrativo<sup>1</sup>: «consiste en la legitimación activa para el reconocimiento y defensa de la legalidad. Cualquier demandante puede deducir la pretensión sin tener que invocar la lesión de un derecho ni un interés subjetivo, es decir, se puede demandar ante el órgano judicial que tenga atribuida la materia con el objeto de anular un acto que está infringiendo la legalidad. Es requisito para poder establecer la acción en el procedimiento que esté reconocido expresamente por la ley».

Abordar su estudio en el ámbito contencioso y en la materia urbanística requiere examinar, en primer lugar, el concepto de legitimación general en el procedimiento contencioso.

---

1 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., <http://www.revistainmueble.es/2015/04/30/la-accion-publica-para-la-proteccion-de-la-ordenacion-del-territorio-y-el-urbanismo/> (15 de noviembre de 2015).

## 2 La legitimación en el proceso contencioso-administrativo

### 2.1 Proceso civil y proceso contencioso

La legitimación, como presupuesto subjetivo del proceso, no ofrece especialidad alguna desde el punto de vista conceptual en el proceso contencioso respecto del derecho procesal en general. Es válida así la definición legal que en este sentido se contiene en el artículo 10 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil (LEC) de ser el titular que ejercita la acción o frente a quien se ejercita “titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”. Es la legitimación un añadido a las cualidades de las partes para añadirse a la capacidad para ser parte y para comparecer en el proceso, de tal modo que, sin esa “titularidad”, el proceso no puede existir, de tal forma que todo lo actuado deviene en inexistente y la sentencia que ponga fin a ese proceso, en el caso de llegarse a ese trámite, debe declarar la ineficacia de todo lo actuado, por la vía de la causa de inadmisibilidad que se contiene en el artículo 69.b de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).

Como sostiene la doctrina, a pesar de esta aparente identidad, deben señalarse las diferencias que existen entre el proceso civil y el contencioso-administrativo<sup>2</sup>, porque aquel está referido a dirimir las discrepancias que surjan entre los ciudadanos en sus relaciones privadas, en tanto que en lo contencioso, al cabo, está empeñada la propia exigencia del principio de legalidad que ha de presidir toda la actuación de las Administraciones públicas, dado que, mediante él somete al control por los tribunales de la «potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (artículo 106 CE).

En consecuencia, si el proceso contencioso es el medio establecido para ese control de la Administración por los ciudadanos y este exclusivamente puede iniciarse por persona, no sólo con capacidad para ser parte y comparecer, sino *también legitimada*, resulta indudable que la legitimación en nuestro proceso excede del aspecto meramente procesal para incardinarse en el mismo organigrama de los poderes públicos y su posibilidad de control por los ciudadanos.

Tras la promulgación de la CE, la propia jurisprudencia se vio obligada a redefinir el interés o derecho que habilitaba esta legitimación, porque el artículo 24 de la Norma Fundamental dispone que la tutela judicial –en donde se incardinaría la legitimación, en tanto que presupuesto del proceso y, por eso, de la efectividad de ese derecho fundamental– queda garantizada para la defensa de “derechos e intereses legítimos”, por lo que se entendió que el interés directo debería ampliarse a ese interés legítimo<sup>3</sup>, lo que, sin embargo, no desembocó en el reconocimiento de su articulación como derecho fundamental.

### 2.2 La defensa de la legalidad como fundamento de la legitimación de la acción pública

La acción pública urbanística (APU) tiene una larga tradición legal y un reconocimiento jurisprudencial que la configuraron como un medio muy eficaz para lograr el respeto de la

2 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 144, 2007, p. 2.

3 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 4.

legalidad con abstracción de las causas que fuesen determinantes de su ejercicio, salvo que se actúe de mala fe, con abuso de derecho, fraude de ley o procesal.

En la STS de 21 de enero de 2002 (Rec. n.º 8961/1997) se declara abiertamente que «la finalidad prevalente y fundamental (de la APU) es la de perseguir y conseguir, por encima de cualquier otra consideración, la observancia en todo caso de la legislación urbanística y del plan urbanístico, por lo que la naturaleza de las causas que hayan inducido al que ejercita tal acción, aun cuando estas sean consideradas como represalia de actuaciones anteriores, tal como sostiene el recurrente, son irrelevantes frente a los fines prevalentes de protección y observancia del ordenamiento urbanístico, en su concreta aplicación».

La STS de 11 de junio de 2003 (Rec. n.º 7547/1999) distingue el *ejercicio de la acción pública*, que legitima para actuar en el proceso, de la *falta de derecho*, que justifica la desestimación de la acción ejercitada pero no su inadmisión<sup>4</sup>.

### 3 Regulación legal de la acción pública en el proceso contencioso-administrativo

#### 3.1 Fundamento constitucional

Antes de examinar la regulación de la acción pública en el concreto ámbito del proceso contencioso, debemos hacer referencia a su regulación con carácter general. A la acción pública se refiere la CE en el artículo 125 al declarar que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular».

Que el precepto contenga un reconocimiento general de esta acción para todo tipo de procesos puede ofrecer problemas interpretativos, porque se hace referencia expresa a los “procesos penales”; sin embargo, la doctrina concluyó que el reconocimiento de la acción pública es generalizado –sin perjuicio de su reconocimiento concreto en las leyes procesales– y que lo limitado al jurado y tribunales tradicionales y consuetudinarios es esa participación<sup>5</sup>.

Esa es la interpretación que se hace en el artículo 19 de la LOPJ, que en sus dos párrafos hace un reconocimiento por separado de la acción pública y la participación en la administración de justicia. Para aquella primera se declara de manera taxativa que «los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular en los casos y formas establecidos en la ley».

#### 3.2 Del interés directo al interés legítimo. Análisis económico de la APU

Aunque el interés directo requerido por el artículo 19.1.a) LCA fue concebido por la jurisprudencia en términos de gran amplitud, reconociéndole a todo aquel que puede obtener algún beneficio, cualquiera que sea su naturaleza, de una sentencia favorable, la consagración de la tutela judicial efectiva del interés legítimo en el artículo 24.1 CE supuso la ampliación de la legitimación al simple o mero interés legítimo (STS 60/1982, de 11 de octubre).

---

4 Y así declara que, ejercitada la acción pública en materia de urbanismo, no es cierto que la entidad actora carezca de legitimación, al tratarse el acto impugnado de un convenio urbanístico, de manera que ninguna de las pretensiones que ejercita respecto de él deja de estar cubierta por esa amplia legitimación.

5 OLEA GODÓY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 4.

El Tribunal Constitucional (TC) identificó el interés legítimo con la idea de un interés personal protegido por el derecho, pero sin olvidar que en el ejercicio de una acción pública reconocida por el ordenamiento jurídico se defiende un interés común y simultáneamente un interés personal<sup>6</sup> o, en palabras de la STC 62/1983, de 11 de julio: «la forma de defender el interés personal es sostener el interés común». De manera expresa, la STC 97/1991, de 9 de mayo, pone de manifiesto que el concepto de interés legítimo es más amplio que el de interés directo<sup>7</sup>.

En otro orden de cosas, sostiene Sánchez Jordán que la opción por la acción pública para la reposición de la legalidad<sup>8</sup> puede obedecer al análisis económico del proceso que el ejercicio previo de cada acción supone. La acción pública se inicia mediante una mera solicitud o, en su caso, denuncia ante la Administración y, a partir de ahí, es ésta la que asume los costes derivados de verificar los hechos denunciados. En cambio, el propietario que opta por reclamar ante la jurisdicción ordinaria deberá internalizar los costes inherentes al proceso y los de obtención de la prueba. A la vista de los elevados costes del proceso y la posibilidad implícita de perder el juicio, el actor tendrá muy en cuenta estos elementos *ex ante*, especialmente cuando existen alternativas para exigir la observancia de la legislación urbanística y el plan, como sucede con la acción pública y la intervención administrativa de oficio, que –por contrapartida– no exigen la asunción de riesgo económico alguno por el particular<sup>9</sup>.

### 3.3 Fundamento legal de carácter procesal (competencia estatal) que requiere reconocimiento sectorial

En congruencia con la remisión normativa de la CE, la LJCA, al regular en el artículo 19.1.º, hace una nueva remisión a la normativa a los que «están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo», además del reconocimiento a quienes posean «un derecho o interés legítimo»; establece en su párrafo h) que tiene esa legitimación «cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las leyes», sin que la LJCA contenga una regulación general sobre dicha acción pública que no sea su mero reconocimiento abstracto.

Cabría pensar que esa omisión es lógica porque tampoco la norma procesal regula cuándo existe un interés o derecho legítimo, por lo que no existe necesidad, en el caso de la acción pública, de establecer cuándo concurre el presupuesto de la legitimación. Incluso, como veremos, el reconocimiento de la acción a cualquier persona sin conexión alguna con el objeto del proceso hace innecesaria cualquier delimitación, porque, precisamente, con

6 FERNÁNDEZ MONTALVO, R., "Incidencia de la Constitución en la apreciación de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo. Análisis jurisprudencial de los motivos previstos en el artículo 82 de la LJCA", *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 11, 1992, p. 21.

7 La STS de 1 de junio de 1985, tras señalar que, a partir de la Constitución se extendió la legitimación a la defensa de los intereses legítimos (artículo 24), concepto que es mucho más amplio que el de interés directo, trata de perfilar el concepto de interés legítimo, señalando que, según la doctrina tradicional, «es aquel que tienen las personas que, por razones de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando, con motivo de la persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de tal interés propio, aun cuando la actuación de que se trata no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato».

8 En lugar de la acción del artículo 305 TRLS ante los tribunales ordinarios que asistiría con normalidad a quien ve vulnerados sus derechos particulares por la actuación urbanística ilícita de un tercero.

9 *Vid.* el tema más ampliamente en: SÁNCHEZ JORDÁN, E., "Protección civil de la legalidad urbanística", *Revista de Derecho Privado*, n.º 90, 2006, pp. 55-72.

ello viene a excluir la propia legitimación como requisito procesal; ninguna condición cabe exigir a las partes fuera de su capacidad procesal<sup>10</sup>. A pesar de lo anterior, es cierto que ese reconocimiento generalizado del ejercicio de la acción comporta especialidades propiamente procesales de las que la normativa reguladora del proceso no puede desconocer.

Esa remisión a la normativa sectorial obliga a buscar el régimen de la acción pública en una normativa dispersa que en la mayoría de los supuestos se limita a su mero reconocimiento, dejando sin resolver las importantes cuestiones que el ejercicio de esta acción comporta. Dentro de esa normativa mencionada cabe concluir que sólo en el ámbito urbanístico se estableció un régimen, siquiera sea embrionario, de dicha acción.

Ese reconocimiento de la acción pública en la normativa material obliga a una labor de delimitación de las concretas actividades que se quieren someter al ejercicio de la acción pública, tarea no siempre fácil de realizar a la vista de la complejidad que en la realidad cotidiana de la Administración obliga a dar contenido a su propia actividad<sup>11</sup>.

Por lo general, el reconocimiento de la acción pública se encuentra en la legislación sectorial que regule la materia en que se admite, lo que no supone que la norma reguladora no tenga carácter procesal. En consecuencia, aunque la materia objeto de regulación sea competencia de las Comunidades Autónomas, la regulación procesal de la APU será competencia exclusiva del Estado, en aplicación del artículo 149.1.6º CE. Por ello, la STC 61/1997, de 20 de marzo, mantuvo vigente el artículo 304 del TRLS de 1992, que regula la acción pública. La legislación sectorial, sea estatal o autonómica, por la vinculación de la acción al derecho, podrán reconocerla, pero la regulación procesal corresponde al Estado.

Por otro lado, ha de partirse de que, en principio, es una norma sobre la legitimación, por lo que, en lo demás, se aplicarán las normas generales sobre el proceso administrativo, lo que, sin embargo, presenta, como se verá, problemas importantes.

La norma estatal que habilita la APU en la normativa urbanística sectorial autonómica es el artículo 62 del Real decreto legislativo 7/2015, del Texto refundido de la Ley del suelo y rehabilitación urbana (TRLSRU):

#### «Artículo 62. Acción pública

1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, se podrá ejercer durante la ejecución de éstas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística».

Este contenido se refleja en la Ley 9/2002, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (LOUGa) en la DA 4ª:

#### «Disposición adicional cuarta. Acción pública.

---

10 OLEA GODOY, W. F., "La acción pública en el proceso contencioso administrativo", *cit.*, p. 4.

11 OLEA GODOY, W. F., "La acción pública en el proceso contencioso administrativo", *cit.*, p. 7.

1. Cualquier ciudadano o ciudadana, en el ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo, puede exigir ante los órganos administrativos y ante la jurisdicción contencioso-administrativa el cumplimiento de la legislación y del planeamiento urbanístico.

2. La acción pública a la que se hace referencia en el apartado anterior, si es motivada por la ejecución de obras que se estimen ilegales, puede ejercerse mientras se prolongue su ejecución y, posteriormente, hasta el vencimiento de los plazos de prescripción determinados en esta ley».

A partir de toda normativa anterior, podemos concluir, con Martínez Rodríguez, que mediante la institución de la *acción pública urbanística* «cualquier persona puede exigir ante la Administración o ante los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa la observancia de la legislación, y demás instrumentos de la ordenación del territorio y el urbanismo, sin que sea necesario que se acredite un derecho subjetivo o interés legítimo, pudiendo cualquier ciudadano poner en marcha los procedimientos legales con el fin de poder defender la legalidad urbanística».

Por eso la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que el orden urbanístico es el interés general amparado por la existencia de una acción pública.

### 3.4 Naturaleza reparadora, no sancionadora, de la acción pública en defensa de la legalidad urbanística. Relación entre el procedimiento de protección de la legalidad y el sancionador

Como dijo la STSJG n.º 789/2008, de 30 de octubre, la naturaleza del expediente de protección de la legalidad urbanística, en ningún modo es sancionadora, sino de protección y restauración en su caso del orden urbanístico perturbado. En el mismo sentido, la STS de 28 de abril de 2000 (Rec. n.º 369/1995) expresó que este procedimiento (el de protección de la legalidad urbanística) es compatible, y distinto, de la imposición de sanciones a los responsables, previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador<sup>12</sup>.

La coercibilidad de la norma urbanística se disocia así en estos dos mecanismos de protección conectados entre sí y compatibles entre ellos, sin que su dualidad infrinja el principio *non bis in idem*. No estamos en el caso del procedimiento de legalidad urbanística ante un procedimiento sancionador, sino ante un procedimiento de naturaleza reparadora<sup>13</sup>.

La LOUGa le da carta de naturaleza a esta dualidad de situaciones y procedimientos al declarar en el artículo 209.7 (y en ámbito sancionador, en el artículo 216.2.) la compatibilidad entre las medidas acordadas en el expediente de reposición de legalidad y las sanciones que procedan por el ilícito urbanístico cometido, regulado en los artículos 216 y ss.<sup>14</sup>.

12 La razón de la compatibilidad de procedimientos –reposición y sancionador– es que tienen diferente finalidad: el primero de poner fin a una situación prohibida por el ordenamiento jurídico y devolverla a su estado primitivo –artículo 209 LOUGa– y el segundo castigar o reprimir una infracción administrativa –SSTC 276/2000, 132/2001 y 44/2005.

13 Así se expresa, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Superior de Madrid de 6 de mayo de 2004, dictada en el recurso 3607/1996.

14 Las medidas de protección de la legalidad urbanística tampoco son incompatibles con las actuaciones penales, como se deduce del último inciso del artículo 42 de la normativa estatal. En idéntico sentido, el artículo 226.4.d) LOUGa obliga a la APLU a dar cuenta de los hechos urbanísticos que revistan carácter de delito.

## 4 Caracteres de la acción pública

Siguiendo a Olea Godoy, a la vista de esa normativa cabe establecer los siguientes caracteres de la acción pública<sup>15</sup>:

### 4.1 Naturaleza procesal

La acción pública está incardinada dentro del proceso y tiene naturaleza procesal, debiendo ser la norma procesal la que establezca su regulación. Consecuencia de esa naturaleza es que debe ser la propia LJCA la que establezca el régimen específico para el ejercicio de la acción, sin hacer una remisión en blanco a la normativa sectorial para ello. Y es que, en realidad, la acción pública no difiere respecto de la legitimación por el interés, sino en cuanto a su titularidad, quedando sometida a su propio régimen procesal.

### 4.2 Carece de reconocimiento como derecho fundamental

Es necesario establecer esa aclaración porque la legitimación por el interés o derecho cabe considerarla como integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24-1.º, por constituir un presupuesto del proceso. Pero ese reconocimiento a “todas las personas” lo es para la defensa de “sus derechos e intereses legítimos”, es decir, para los de los propios ciudadanos, no para la protección de intereses o derechos generales o de vigilancia de la mera legalidad en la actuación de las Administraciones públicas.

### 4.3 Constituye una competencia estatal

Admitiendo que se trata de una materia propia del derecho procesal y presupuesto del proceso, esta acción debería adscribirse al título competencia de “legislación procesal” que el artículo 149-1.º-6.ª reserva a la competencia exclusiva del Estado, quedando sustraída a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan establecer regulación sobre esa acción.

### 4.4 Constituye una legitimación autónoma

Dado que la acción pública no tiene en consideración la titularidad de derecho o interés concreto de persona determinada, cabe concluir que lo realmente establecido es una ausencia de la legitimación como presupuesto subjetivo del proceso, en cuanto a las partes no se les puede exigir otro requisito que no sea el de la capacidad para ser parte y comparecer.

### 4.5 Utilidad de su reconocimiento

El reconocimiento generalizado de la AP en materia urbanística llevado a sus últimas consecuencias es la garantía de que las Administraciones públicas se sujetan a la exigencia de la legalidad al estar sometidas al control de todos los ciudadanos (artículo 106 CE).

---

15 OLEA GODDY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, pp. 6 a 8.

## 5 Requisitos subjetivos

### 5.1 Titularidad de la legitimación

En cuanto a la titularidad de la acción pública, no se establece requisito especial alguno o nexo de conexión entre el titular del derecho y el ejercicio de la acción.

De ello se deja constancia en el artículo 19-1.º-h) de la LJCA cuando se le reconoce a «todos los ciudadanos». En esa misma línea, cabe citar el reconocimiento que se hace de esta acción a nivel sustantivo en el campo urbanístico en el artículo 5.f. del RDLex 7/2015. Como se declara en la STS de 26 de mayo de 2003, «la acción pública está concebida para que cualquier (*quivis de populo*) pueda incoar el proceso contencioso-administrativo».

### 5.2 Los titulares de derechos subjetivos también lo son de la acción pública

La referencia a la posibilidad de que cualquier persona pueda ejercer la acción pública permite que *también* lo puedan hacer aquellos que estén legitimados por el interés o derecho afectado. La posibilidad, a pesar de su paradoja y las limitaciones de pretensiones, tiene la ventaja del menor rigor formal (un ciudadano puede, en vez de recurrir un acto que le perjudica –licencia a un vecino– ejercitar la APU para denunciar la situación, de modo que posteriormente la Administración sea la que lleve la carga de la tramitación del procedimiento)<sup>16</sup>.

Aunque la doctrina llamó la atención sobre el hecho de que la notificación a los interesados tiene repercusión en orden al plazo para ejercitar la acción<sup>17</sup>, entendemos que eso no puede colocar al particular que la recibió en peor situación en defensa de la legalidad que un tercero cualquiera, siempre, está claro, que se limite al ejercicio de la acción pública y no pretenda ya el reconocimiento de una situación jurídica a su favor (entre la que no se cuenta el posible beneficio particular de la reposición urbanística a que hubiese lugar a consecuencia de la acción de anulación del acto). A pesar de ello, en ocasiones la jurisprudencia ha declarado abuso de derecho en la APU cuando el interesado no empleó los plazos ordinarios para el recurso que tenía a su alcance por haber recibido notificación personal.

El reconocimiento generalizado a los ciudadanos del ejercicio de esta acción no confiere especialidad alguna respecto de los restantes presupuestos subjetivos del ejercicio del derecho, y a quien pretenda iniciar el proceso basándose en ésta se le ha de exigir la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, conforme a su regulación general.

### 5.3 Ciudadanos extranjeros

La vinculación de la acción pública a “los ciudadanos” permite preguntarse si es posible que los ciudadanos extranjeros, legalmente residentes en España, puedan beneficiarse de esa posibilidad, teniendo en cuenta que el artículo 3.1.º de la Ley orgánica 4/2000, de 11 enero 2000, por la que se regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y

16 A esa posibilidad de ejercitar la acción pública por los titulares de una legitimación por interés propio se refiere la STS de 4 de julio de 2006, siguiendo la línea marcada por las SSTS de 5 de julio de 1999, de 21 de febrero de 2000 y de 24 de enero de 2001.

17 GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Acción pública, vecinal y legitimación del Ministerio Fiscal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º XIII, 2006, p. 6.

su integración social, impone la igualdad de derechos con los nacionales, sabiendo que esa igualdad se limita al contenido de las leyes que «regulen el ejercicio de cada uno de ellos».

La cuestión quedó definitivamente resuelta en la STS de 18/11/2015, cuando la Sala admitió la acción seguida por una ciudadana extranjera en relación con la impugnación de determinadas obras, creando así jurisprudencia en este sentido<sup>18</sup>.

## 5.4 Personas jurídicas

Resulta indiscutida la posibilidad de que puedan ejercitar esta acción las personas jurídicas, tanto públicas como privadas.

Aunque hay algún pronunciamiento jurisprudencial que parece negar la posibilidad de que las personas jurídicas públicas puedan ejercitar la acción pública, es cierto que las SSTS de 26 de diciembre de 2001, de 31 de diciembre de 2001 y del 24 de diciembre de 2001, declaran que tanto la Administración autonómica, la Diputación Provincial y el Ayuntamiento correspondiente puedan impugnar por la vía de la acción pública un mismo acto de la Administración general respecto de actos vinculados a una central nuclear<sup>19</sup>.

En relación con la formación de voluntad de los órganos colegiados, también poseen legitimación los miembros de las corporaciones que votasen en contra de los acuerdos en aplicación del artículo 63.1.b), LBRL (STS de 24 de mayo de 1980). Y, aunque no hubiese votado en contra y sólo se hubiese abstenido, se interpone el «recurso contencioso-administrativo como ciudadano en ejercicio de la acción pública» (STS de 24 de febrero de 1997).

## 5.5 Asociaciones de consumidores y usuarios

Especial referencia se debe hacer a la actuación de asociaciones de consumidores y usuarios, a las que se refiere el artículo 11 de la LEC, entidades que se configuran con las características propias para la defensa de intereses generales. Con todo, no parece que la regulación que se contiene en el precepto citado autorice a hacerlas titulares más que para defender «en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios»; es decir, se excluyen el reconocimiento de una legitimación pública al margen de los que afecten a sus asociados. Así lo declaró la STS de 20 de junio de 2006 con referencia a una asociación de usuarios de servicios bancarios.

---

18 Consolidando así una línea abierta en la STS de 22/04/1998.

19 En contra de esta tesis nos consta una aislada sentencia del TSJG, la n.º 848/2014, que, además de no haber consolidado doctrina alguna, carece de fuerza argumental, a nuestro entender, para restringir la legitimación, ya que, como vemos, realmente anula por completo esta acción para un ayuntamiento: FJ 3º: «También alegan las partes demandadas en sus contestaciones que la pretensión principal del Ayuntamiento de O Corgo no puede ampararse en el ejercicio de la acción pública, y que sólo puede impugnar el PGOM del Ayuntamiento de Lánchara en aquello que le afecta directamente, como son los extremos a los que se refiere la pretensión subsidiaria. En esto se les debe dar la razón, visto lo que disponen los apartados e) e h) del artículo 19.1 de la Ley jurisdiccional sobre la legitimación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El primero, referido a los entes locales, la limita a lo que afecte el ámbito de su autonomía, y el segundo atribuye el ejercicio de la acción popular a los ciudadanos. El artículo 48.1 del vigente texto de la Ley del suelo dice simplemente que será pública la acción para exigir la observancia de la legalidad territorial y urbanística, pero el artículo 4.f) de ésta incluye entre los derechos de los ciudadanos el ejercicio de la acción pública para hacer respetar dicha legalidad. Este concepto de ciudadanos puede extenderse a personas jurídicas que los agrupan, e incluso a entidades que ejercen funciones públicas en algunos aspectos de su actividad, como declararon algunas resoluciones jurisdiccionales, pero no a las administraciones en sentido estricto. Por tanto, la pretensión principal de la Administración demandante tiene que ser desestimada».

Con todo, debe destacarse que cuando el artículo 19.1.b) de la LJCA reconoce la legitimación a estas “asociaciones” para la defensa de “intereses colectivos” podría entenderse que incluye el ejercicio de esa acción general. En este sentido se pronuncia González Pérez, siempre que la materia que se ejercita tenga relación con la esfera de competencia de la entidad.

## 5.6 Uniones sin personalidad

Las uniones sin personalidad –tanto de personas como de bienes– tienen la capacidad para ser parte, como se declara en el artículo 18 de la LJCA, aunque condicionada a «cuando la ley lo declare expresamente»; remisión que debe entenderse efectuada al artículo 6.7.º de la LEC que les confiere esa calidad para la defensa de «sus derechos», lo que excluye la posibilidad de ejercitar la acción pública que, por otra parte, puede ejercitar cualquier persona física integrada en ellas.

## 5.7 El ejercicio de la acción pública por el Ministerio Fiscal

La LJCA, al regular la legitimación en general, se la reconoce al Ministerio Fiscal (MF) «para intervenir en los procesos que determine la ley» [artículo 19.1.f)]. La LJCA, por tanto, no establece norma alguna sobre la legitimación. Se limita a hacer una referencia general a la ley, bien como demandante o como demandado<sup>20</sup>.

Por otra parte, el artículo 19.1.h) LJCA, reconoce legitimación a «cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las leyes». El hecho de que la norma legal se refiera específicamente a los “ciudadanos” no puede interpretarse en el sentido de que queda excluido el MF: si “cualquier ciudadano” puede incitar un proceso a fin de que se respete la legalidad en los casos previstos, obviamente no puede negarse legitimación a quien institucionalmente, constitucionalmente, tiene como misión «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad»<sup>21</sup>.

Si es pública la acción para la protección de la legalidad en estas materias, el MF estará legitimado para la acción, tanto en la vía administrativa –de la que el MF no está excluido en la obligación de su agotamiento– como en la judicial<sup>22</sup>.

Como critica la doctrina, el MF está legitimado, pero no ejercita la acción, aunque se esfuerza por otras vías en reaccionar ante ciertos supuestos que legitimarían la acción pública, como son los constitutivos de infracciones urbanísticas. Ante una infracción jurídico-administrativa, como son las que atentan a la legalidad urbanística, lo normal debiera ser seguir el proceso que la ley prevé para ello: el administrativo, y sólo si existen indicios racionales de que en la infracción jurídico-administrativa concurren elementos que permitan tipificarla como delictuosa, debe acudir el Ministerio Fiscal al proceso penal<sup>23</sup>.

20 La Circular 3/1998 de la Fiscalía General del Estado contiene una exposición razonada sobre los supuestos en que se reconoce legitimación activa al Ministerio Fiscal para incoar un proceso administrativo.

21 GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Acción pública, vecinal y legitimación del Ministerio Fiscal”, *cit.*, p. 22.

22 PEMÁN GAVÍN, J., “Sobre la nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa: las novedades relativas al objeto y las partes y al objeto del proceso”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 54, 1999, p. 436.

23 GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Acción pública, vecinal y legitimación del Ministerio Fiscal”, *cit.*, p. 21.

## 6 Límites al ejercicio del derecho

### 6.1 Interdicción de la mala fe y abuso del derecho

Como en cualquier ámbito del derecho, es exigible la buena fe en el ejercicio de esta acción, que fue exigida tradicionalmente por la jurisprudencia, aunque cabe apreciar una aplicación cada vez más restrictiva.

En principio cabe estimar que la exigencia de la buena fe y prohibición del abuso del derecho viene recogida en el artículo 7 del Código civil. Esas exigencias están ahora impuestas de manera expresa para el ámbito procesal en el artículo 247 de la LEC, que prevé la posibilidad de imposición de una sanción de multa.

En relación con ello, venía declarando la jurisprudencia que cabría apreciar la existencia de abuso del derecho y un actuar contrario a la buena fe, «cuando de la acción emprendida sólo se sigue daño para un tercero no imprescindible para el beneficio de la comunidad, que es el fundamento mismo de la acción pública» (STS de 4 de marzo del 1992), aunque añadiendo que la prueba de esa finalidad específica habría de ser probada por quien la invoca. Igualmente resulta improcedente el ejercicio de la acción pública «traspasando los límites de la buena fe y de la interdicción del abuso del derecho y del ejercicio antisocial de acciones»; cuando no se cumple «el fin institucional para el que fue concebida, de observancia de la legislación urbanística y depuración de actos ilegales, que la contravienen», y su ejercicio no supone «el beneficio público evidente de la depuración de una licencia ilegal» (STS de 30 de abril de 1990).

### 6.2 Necesidad de prueba: objetivización de la mala fe y del abuso

La apreciación de ese abuso debe examinarse con prudencia porque quien ejercita esta acción y aduce una vulneración de la legalidad en una concreta actividad administrativa – que generalmente beneficia a un tercero– tiene a su favor una legitimación suficiente para estimar legítimo el ejercicio de la acción, por más que necesariamente deba pretenderse un perjuicio de esos terceros.

Por ello, parece más aconsejable buscar el abuso cuando la argumentación de la pretendida ilegalidad que se pretende poner de manifiesto carece de todo fundamento jurídico obligando a los tribunales, Administración y particulares beneficiados por el acto a dedicar tiempo y recursos a defenderse de ejercicios de acciones carentes de todo rigor<sup>24</sup>.

La jurisprudencia admite estos límites en el ejercicio de la acción pública de esta forma matizada, y así en la STS de 26 de julio de 2006 (Rec. n.º 2393/2003) se expresa que: «cierto es que el ejercicio de la acción pública en el ámbito urbanístico está sujeto a los límites generales o comunes que nuestro ordenamiento jurídico impone al ejercicio de cualquier derecho, como son, básicamente, las exigencias de la buena fe y la proscripción del abuso del derecho. Pero no es menos cierto que la extralimitación ha de quedar perfectamente acreditada, pues es ello lo que exige la titularidad del derecho que se ejercita. Si se es titular del derecho, su ejercicio debe ser amparado, y todo obstáculo que lo impida, además de estar previsto en

---

24 OLEA GODÓY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p.11.

el ordenamiento jurídico, debe quedar constatado», para más adelante recordar algunas de las afirmaciones del Tribunal Supremo referidas al concepto de mala fe, «como son aquellas que la ligan con la conducta deshonesta y desleal en las relaciones de convivencia, o con la que no se adecua a las exigencias imperativas éticas clamadas por la conciencia social en un lugar y momento histórico determinado, o con la que responde a una finalidad económico-social que es distinta de aquella para la que se atribuyó el poder en que consiste el derecho subjetivo, o con la que es contradictoria con una anterior conducta generadora de confianza; y recordar, también, que la doctrina reiterada de este Tribunal Supremo requiere, para poder apreciar el abuso del derecho, que se revele de modo patente, manifiesto y claro que la intención o propósito sea sólo el de causar daño a otro sin que resulte provecho para el agente, no actuando abusivamente quien utiliza su derecho respondiendo al mismo criterio finalista que el que inspira a la norma legal atributiva de él».

### 6.3 Irrelevancia de los motivos secundarios a la defensa de la legalidad si no alcanzan el fraude de ley o procesal

La existencia de motivos particulares diferentes del interés general no basta para la apreciación del abuso del derecho. Así, se admite el ejercicio de la acción para exigir el cierre de fincas por infracción de la normativa urbanística, aunque se alegue un deseo de venganza (STS de 17 de diciembre de 1980). Y, «en cuanto a la buena fe, esta Sala declaró constantemente que el ejercicio de la acción pública urbanística no es incompatible con la existencia de intereses provistos de índole económica o de otro tipo en quien la hace valer» (SSTS de 5 y 6 de octubre de 2001).

Debido, posiblemente, a esta cautela, entiende De Oro Pulido López que el TS se inclina (STS 20/12/2001, Rec. n.º 8016/97) por prescindir de las motivaciones del recurrente para acoger la legitimación de la acción popular, con la única barrera del abuso antes citado<sup>25</sup>.

Con ocasión de la impugnación de una licencia de apertura de un centro comercial por una asociación de comerciantes, la STS de 16 de julio de 2008 (Rec. n.º 5440/2004), en un supuesto de acción pública, aprecia interés legítimo «en evitar un competidor que no cumple lo dispuesto en el ordenamiento urbanístico».

### 6.4 El abuso del derecho es una cuestión de fondo que no permite a una Administración inadmitir el ejercicio de la APU, que es una cuestión procesal

En ininidad de ocasiones las Administraciones públicas, en la vía administrativa, rechazan denuncias de los particulares en relación con la legalidad urbanística, con archivos de plano incluso de forma reiterada, con el argumento de que esto supone un abuso de derecho de la APU, cuestión rechazada por la jurisprudencia, que entiende que tal ejercicio no constituye un uso abusivo y que en todo caso esto es una cuestión de fondo que no permite inadmitir a trámite la acción, lo que sería en realidad negar la legitimación conferida por la APU.

En este sentido, la TSJG n.º 329/2015 indica: «la Administración (...) confunde falta de legitimación activa –interés legítimo y, en este caso, acción pública, que, indiscutidamente existe– y

25 DE ORO PULIDO LÓPEZ, M., "La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre medio ambiente y urbanismo", *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 12, 2001, p. 171.

abuso del derecho –afectante a la pertinencia o no de la tutela judicial dispensable al ejercicio de la acción urbanística–. El recurso de apelación, que niega el abuso de derecho declarado en la sentencia, ha de ser estimado, y el recurso-demanda, que critica la “denegación de la legitimación para la utilización de la acción pública (...) de forma genérica y en el ámbito territorial del Ayuntamiento de A Guarda” y pretende su anulación, ha de ser estimado».

## 7 Objeto del proceso. Actividad impugnable y pretensiones admisibles

El control de la actividad de las Administraciones públicas se basa en la aceptación de un carácter revisor de la jurisdicción contenciosa y, por otro lado, en la capacidad de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas al ejercitarse una tutela de plena jurisdicción, en determinados supuestos.

Esta caracterización de la jurisdicción obliga a configurar el objeto del proceso integrado por dos elementos; a) la concreta actividad administrativa que se impugna y b) las concretas pretensiones que se suplican respecto de esa actividad.

### 7.1 Actividad impugnable

La actividad administrativa impugnable aparece delimitada en los artículos 25 y siguientes de la LJCA y se concreta en: disposiciones generales; actos administrativos, expresos o presuntos; inactividad y actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

#### 7.1.1 Disposiciones generales

Aunque en un principio en el ámbito urbanístico se expusieron dudas sobre la admisibilidad de la acción pública en relación con las disposiciones generales, acabó por prevalecer la tesis de la positiva, lo que era incuestionable, dada la amplitud de la norma reguladora.

El titular de la acción pública podrá impugnar directamente cualquier disposición general que atente contra el ordenamiento jurídico, como indirectamente al aplicarse por acto administrativo.

Ante todo, la naturaleza normativa del plan, reiteradamente declarada por la jurisprudencia<sup>26</sup>, determina la posibilidad de que la acción pública alcance no sólo a su impugnación directa, sino también a la indirecta que deriva del artículo 26.1 de la LJCA<sup>27</sup>.

En segundo lugar, tal posibilidad de una impugnación indirecta va referida al conjunto de heterogéneos contenidos del plan, lo que implica al mismo tiempo que se pueda impugnar

26 La STS de 16 de octubre de 1990 subraya que «la potestad de plan es el resultado de la fusión de dos tipos de actuaciones públicas: la regulación de la utilización del suelo y la ejecución de obras públicas, de donde se deriva que hay aspectos del plan de indudable naturaleza normativa ya que contienen reglas susceptibles de una pluralidad indefinida de aplicaciones».

27 SSTS de 7 de febrero de 1987, de 14 de marzo y de 17 de octubre de 1988, de 14 de febrero, de 20 y 27 de marzo de 1990, de 18 de marzo y de 22 de mayo de 1991, de 4 y 11 de junio y 9 de octubre de 1992, etc.

con ocasión de su ejecución, ya que la materialización de obras es el único modo en que se ponen de manifiesto determinadas ilegalidades<sup>28</sup>.

En último término, habrá que indicar que la impugnación indirecta del plan opera no sólo con ocasión de los actos de aplicación, sino también con motivo de la aprobación de normas de desarrollo, es decir, de la elaboración de un plan inferior<sup>29</sup>.

Así las cosas, resulta claro que el ciudadano tiene abierta la vía para la impugnación del plan durante toda su vida jurídica.

Y aún podría añadirse que la jurisprudencia admite también la impugnación indirecta del acuerdo de suspensión del otorgamiento de las licencias en razón de la conexión de dicho acuerdo con el plan<sup>30</sup>.

La STS de 1 de marzo de 2013 (Rec. n.º 4582/2009) admite dentro de la impugnación de un PGOM la de cualquier determinación: «Este reconocimiento de la acción pública nos hace concluir que, efectivamente, la recurrente estaba legitimada activamente para pretender la nulidad de las determinaciones del plan relativas al cálculo de aprovechamiento de otros sectores distintos a aquel en que se sitúa su parcela».

Finalmente, resulta de interés la STSJG n.º 142/2015, que reconoce sin dificultad, basándose en la acción pública, la impugnación de plan general, estudio de detalle y licencia, acumuladamente.

Regap



ESTUDIOS

28 La STS de 17 de octubre de 1988 indica: «Esta Sala puso de relieve reiteradamente la naturaleza normativa de los planes de ordenación urbana y, como consecuencia, señaló la viabilidad de su impugnación indirecta al producirse los actos de aplicación de aquéllos (sentencias de 7 de febrero y 15 de junio de 1987). Ciertamente, la afirmación de la naturaleza normativa de los planes es susceptible de matizaciones en razón del heterogéneo contenido de aquellos: como la doctrina indicó con acierto, el plan engloba la actuación de dos potestades distintas, una de auténtica naturaleza reglamentaria (normas relativas a la utilización del suelo, etc.) y otra que se traduce en la ejecución de obras públicas de urbanización (dirigida a la transformación material de la realidad, sin la cual el plan será un "dibujo muerto"). Pero ocurre que ambos elementos integrantes del contenido del plan están íntimamente ligados entre sí y así, con referencia concreta al tema litigioso (corrección de una unidad de actuación), la jurisprudencia, a veces, con ocasión de la impugnación directa del plan, declaró que las cuestiones expuestas no pueden resolverse "hasta el momento de la ejecución" (Sentencia de 29 de junio de 1986). No podría admitirse que la impugnación directa del plan deje fuera esas cuestiones, para luego, en el momento de la ejecución, entender que hubiesen debido ser expuestas precisamente en la impugnación directa. Esta íntima conexión de los distintos elementos integrantes del plan abre con generalidad la posibilidad de su impugnación indirecta, sin que para ello pueda ser obstáculo el desistimiento del recurso directo, como bien se cuida de advertir el artículo 39-4 de la Ley Jurisdiccional, que cierra así el paso en este punto a la causa de inadmisibilidad que es la cosa juzgada (artículo 82.d de la Ley Jurisdiccional)».

29 SSTs de 22 de enero de 1988, 6 de noviembre de 1990, 19 de febrero de 1991, etc.

30 La STS de 7 de noviembre de 1988 es del siguiente tenor: «Es cierto que el recurso indirecto es una técnica típica de la impugnación de las disposiciones generales (...) y que, aun así, el texto refundido incluye tal suspensión entre los "actos" preparatorios de la formación y aprobación de los planes, pero, incluso así, la íntima conexión del acuerdo de suspensión con éstos, de clara naturaleza normativa, permite aplicar a la suspensión la técnica de la impugnación indirecta: (...) B) El acuerdo de suspensión no anticipa los efectos del plan en estudio, sino que, operando sobre la ordenación vigente, erige un obstáculo (temporal y espacialmente limitado) a la aplicabilidad de ésta, de modo que cada vez que se paraliza la tramitación de una licencia concreta está produciéndose una inaplicación de la ordenación en vigor, o, lo que es lo mismo, está operando el obstáculo provocado por la suspensión, la cual, así pues, tiene la generalidad propia de la ordenación inaplicada. C) En último término, la suspensión del otorgamiento de licencias actúa a modo de un *contrarius actus* sumamente peculiar teniendo en cuenta, por un lado, la competencia para dictarla y, por otro, la naturaleza de la ordenación cuya aplicación impide y que naturalmente sólo resulta posible en virtud de la expresa habilitación contenida en el artículo 271 del texto refundido. Sobre esta base, en definitiva, aunque se estimase que algunas de las ideas expuestas tienen un carácter meramente descriptivo, es cierto que la suspensión de licencias opera en la vida práctica afectando decisivamente a la virtualidad del ordenamiento urbanístico y, así las cosas, frente a una posible firmeza del acuerdo de suspensión, el ordenamiento jurídico necesariamente ha de permitir la reacción que implica la impugnación indirecta».

## 7.1.2 Actos administrativos

### 7.1.2.1 Régimen general de legitimación para la impugnación de licencias y otros actos de ejecución del planeamiento

Constituye el supuesto más general en el orden jurisdiccional contencioso, y, concretamente, en el ejercicio de la acción pública. Y, en aplicación de la norma del artículo 25 LJCA, únicamente será admisible la pretensión si el acto reúne los requisitos que se establecen; por tanto, en relación con un acto que no agote la vía administrativa, será necesario, antes de incoar el proceso, interponer el recurso de alzada ante el órgano competente.

En este sentido, no ofrecen especialidades los que suponen la impugnación clásica de esa actividad, siempre que pueda incardinarse en algunas de las materias cuya normativa habilite el ejercicio de la acción pública<sup>31</sup>. Para el artículo 62 TRLSRU 7/2015, la observancia de la legislación y de los instrumentos de ordenación del territorio y el urbanismo incluye, además de la tramitación de los planes urbanísticos o programas, la impugnación de licencias urbanísticas<sup>32</sup>, algo admitido pacíficamente en la jurisprudencia.

La TSJG n.º 168/2015 (FJ 3º) se refiere igualmente a los actos que sean consecuencia de la ejecución de una sentencia anterior para verificar el cumplimiento de la legalidad en lo relativo al exacto cumplimiento del fallo: «La cubierta retráctil cuya instalación constituye, a juicio del actor, una infracción urbanística, fue instalada en el mismo lugar que ocupaba otra fija cuya demolición fue decretada en una sentencia. La actuación del actor al entender que con su instalación se contrariaba lo decidido en vía judicial –y se reincidía en la infracción que determinara esa decisión– no constituye ningún abuso de derecho, y está amparada en la acción pública, ya que no sólo persigue el cumplimiento de la normativa urbanística, sino también el respecto a las decisiones de los tribunales».

La APU abarca la pretensión encaminada a solicitar que la Administración compruebe si determinadas obras realizadas se ajustan a la licencia concedida (STSJG n.º 69/2014, FJ 1º), así como la solicitud de declaración de caducidad de la licencia (STSJG n.º 828/2013).

En caso de ejercicio reiterado de la APU mediante denuncias que no son atendidas, es admisible y se acoge el derecho al trámite, es decir, a condenar al ayuntamiento a que incoe, tramite y resuelva de forma expresa la denuncia de la vulneración de la legalidad urbanística (STSJG n.º 981/2012). La STJG n.º 968/2011 dice a este respecto en el FJ 3º: «Los artículos 42 y siguientes de la Ley 30/1992 imponen un deber a la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos. En este caso, se trata de un procedimiento iniciado a instancia de parte que la Administración está obligada a resolver. No debe olvidarse que quien ejercita la acción pública es un verdadero interesado en el procedimiento administrativo que promueve y, por consiguiente, parte en él y plenamente legitimado para exigir ante los tribunales de justicia la observación de la legalidad urbanística si no obtiene respuesta en plazo». En igual sentido, la STS de 23/7/2015 (Rec. n.º 2342/2013), que confirma en casación la doctrina reiterada de la AN, donde manifestaba (SSAN de fechas 19/4/2013 y 19/5/2011) que, «cuando los particulares poseen la condición de interesados, o gozan del reconocimiento del ejercicio de la acción pública por razón de la materia concernida, y tienen, por tanto,

31 OLEA GODÓY, W. F., "La acción pública en el proceso contencioso administrativo", *cit.*, p. 12.

32 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., en la referencia web citada.

“derecho al procedimiento administrativo”, en el sentido de obligar a efectuar un pronunciamiento sobre la procedencia o no de acordar su incoación, no pueden quedar inermes y a expensas de la libérrima voluntad de la Administración, que es lo que sucedería de modo inevitable y sin remedio si aquella, con su sola inactividad, pudiese aplazar indefinidamente en el tiempo el pronunciamiento sobre una solicitud a cuya respuesta tienen derecho».

#### 7.1.2.2 Impugnación de actos administrativos en materia no urbanística, pero vinculada a ella

También puede ser objeto de impugnación mediante la APU la concesión minera por lesión a un espacio protegido, por la conexión que este último elemento presenta en relación con la normativa urbanística (STS de 7/6/2013, FJ 7º): «De modo que el ejercicio de la acción pública urbanística no puede entenderse bloqueado o impedido cuando se impugna un acto no urbanístico, siempre que se encuentre esencialmente vinculado a los usos del suelo y se invoque una norma legal que impida el uso que reconoce la concesión”.

Se acoge igualmente la APU para impugnar licencia para actividades de incidencia ambiental (antiguo campo del RAMINP) cuando el contenido infractor esté basado en el incumplimiento del contenido de un PGOM (STS de 21/3/2012, FJ 4º)<sup>33</sup>.

Como criterio *orbiter dicta*, señala la STSJG n.º 473/2014 que es admisible la acción pública para la impugnación de una autorización sectorial en tanto se impugne un procedimiento de autorización urbanística, pero no cuando se hace de forma autónoma, porque entonces no resulta vinculado a la reposición de la legalidad urbanística<sup>34</sup>.

#### 7.1.2.3 Improcedencia de la APU por exceder el ámbito urbanístico

La inexistencia de acción pública en materia tributaria determina que no se pueda impugnar una licencia de actividad u obras por falta de ingreso con los correspondientes impuestos o tasas municipales (STSJG n.º 782/2012).

No se considera acto impugnabile el resultado de una reparcelación, por no comprometer la ordenación urbanística. Así la STSJG n.º 791/2014: «las cuestiones sobre los derechos de propiedad de las fincas de resultado son cuestiones privadas que, al no afectar a la ordenación urbanística, quedan fuera del ámbito de la acción pública, por lo que sólo cabe que las atribuciones las impugnen aquellos cuyos derechos o intereses resulten perjudicados. Por ello esta cuestión está íntimamente relacionada con la referida en primer lugar».

### 7.1.3 Inactividad de la Administración

La impugnación de la inactividad, según el artículo 29 de la LJCA, admite la doble modalidad de:

33 «Si de legitimación por acción pública se trata, debemos recordar, en fin, que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que, al margen de la dimensión ambiental del reglamento de actividades, cuando la temática esencial de impugnación de una actividad radica precisamente en su emplazamiento, según el artículo 4 del RAMINP, que, como es sabido, se supedita a lo dispuesto en los planes de ordenación urbana, cabe admitir el ejercicio de la acción pública establecida como legitimación en materia urbanística [SSTS de 3 de diciembre de 2001 (Rec. 5349/1997), 31 de enero de 2001 (Rec. 9275/1995) y de 28 de marzo de 2000 (Rec. 7704/1994)].».

34 Dice el FJ 4º que: «las alegaciones de la recurrente resultan desconcertantes, porque tal evidencia sólo podría derivarse de que se impugna una autorización “sectorial” insertada en procedimiento de autorización urbanística en el que está reconocida la acción pública. Pero este argumento se torna equivocado desde el momento en el que se optó por interponer el recurso por separado, de modo que no se arrastra a este proceso la legitimación pública que se reconoce para aquéllos».

- incumplimiento de obligaciones asumidas por la Administración en disposición general sin necesidad de acto de aplicación, en acto, contrato o convenio; o
- por la inejecución de un acto administrativo firme.

En tales supuestos, el precepto mencionado habilita la impugnación en vía contenciosa, pero sólo “a quien tuviese derecho a ella (la prestación)” o a “los afectados”; es decir, el mismo legislador parece reservar tales supuestos de impugnación de la actividad administrativa a quien estuviese legitimado por el interés o derecho afectado o, con mayor rigor, los titulares de la prestación contenida en la disposición general, acto, contrato, convenio o inejecución de acto firme, con la consecuente exclusión de que puedan habilitar el ejercicio de la acción pública por quien no se encuentre en esa situación.

Esa situación deja fuera de la acción pública supuestos en los que la Administración deja sin ejecutar, por ejemplo, un acto ordenando el restablecimiento de la legalidad urbanística alterada con actuaciones de esa naturaleza<sup>35</sup>, obligando al titular de la acción pública a requerir al respectivo Ayuntamiento para esa ejecución y, ante la negativa, impugnar el acto, expreso o presunto, que resolviese la petición, pero acudiendo a la vía del proceso ordinario correspondiente, sin beneficiarse del acortamiento de los plazos o incluso del procedimiento abreviado, que autoriza el artículo 29 de la LJCA.

#### 7.1.4 La vía de hecho

Solución diferente debe ser la que se imponga en el caso de que la actividad administrativa se traduzca en actuaciones **de vía de hecho**. En estos casos, la ausencia de procedimiento puede ser campo propicio para determinar que los ciudadanos puedan ejercitar la acción pública, precisamente para hacer valer la exigencia de la legalidad, estando habilitados para su impugnación en vía contenciosa, de acuerdo con lo que autoriza el artículo 30 de la LJCA<sup>36</sup>.

## 7.2 Pretensiones admisibles

Conforme a la ley, en relación con la actividad impugnada en el ámbito del derecho urbanístico, esas pretensiones pueden ser, en abstracto, de dos clases;

- La que debe accionarse necesariamente porque en otro caso carecería de objeto el proceso: es la declaración de que la actividad impugnada “no es conforme a derecho y, en su caso, la anulación”, como se dispone en el artículo 31.1.º de la LJCA.

Se trata de la pretensión con la que se busca la declaración de nulidad o anulabilidad de la actividad impugnada, sin más pretensiones.

- La LJCA acoge el sistema de plena jurisdicción, en la que se autoriza al titular de la acción para suplicar al tribunal, además de esa declaración de ineficacia de la actividad administrativa impugnada, el «reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de ésta, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios», como se dispone en el artículo 31.1.º LJCA.

---

35 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 12.

36 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 13.

Por esa vía se autoriza que el recurrente afectado por la actividad administrativa impugnada pueda restablecer el derecho o el interés que se le vulneró.

En lo expuesto está una de las limitaciones más relevantes para los titulares de la acción pública en cuanto, al no ser titulares de derechos o intereses concretos afectados por la actividad impugnada, no autoriza incorporar al proceso pretensiones de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas.

Así pues, por la vía de la acción pública sólo es admisible la pretensión de mera anulación, limitación que salvaguarda el riesgo de procesos carentes de fundamento.

En consecuencia, a través de la acción pública no resulta posible ejercitar las pretensiones de plena jurisdicción del artículo 31.2 de la LJCA, pero no se pueden confundir estas con las que solicitan el pleno restablecimiento de la legalidad urbanística, según se declara en la STS de 17 de marzo de 2009 (Rec. n.º 11119/2004), u otra jurisprudencia posterior, también de 2009, en la que la Sala Tercera aclara, para estimar el motivo de casación para el efecto invocado, que la petición de clasificación de un suelo como urbano no es razón para inadmitir el recurso contencioso-administrativo, como había procedido la Sala de instancia por entender que el demandante no había justificado su condición de propietario del suelo, ya que tal pretensión está amparada por el carácter reglado de dicha clasificación y, por consiguiente, es susceptible de reclamarse a través de la acción pública urbanística.

La STSJG n.º 629/2015 reconoce al particular al que se le negaba legitimación de adverso su derecho con base en la acción pública, aunque en el caso sostenga unas pretensiones que coinciden con sus particulares intereses (FJ 1º).

## 8 Especialidades procesales

Unos de los principales problemas que generan el ejercicio de la acción pública y su deficiente regulación son las particularidades que existen en el propio inicio del proceso contencioso, sometido a formalidades previas ineludibles y a cortos plazos de interposición. Esas exigencias no son fáciles de conciliar en el supuesto de su ejercicio por la vía de la acción pública.

### 8.1 La acción pública y el beneficio de justicia gratuita

Al ejercicio de la acción pública ha de ser aplicable lo dispuesto por el apartado tercero del artículo 20 de la LOPJ, que prevé la gratuidad, siempre, de la acción popular: «3. No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita». Entiende la doctrina que no cabe entender que tal denominación se refiera exclusivamente a la que se ejercita en los procesos penales, siendo la razón de ser de ésta y de aquélla la misma, de manera que, ejercitada tal acción pública, existe el derecho al beneficio de justicia gratuita sin necesidad de promover declaración alguna de éste en un procedimiento incidental *ad hoc*, al venir reconocido tal derecho por la LOPJ<sup>37</sup>.

37 PECES MORATE, J., "Significado y trámite de los procesos especiales en la jurisdicción contencioso-administrativa", *Jurisdicción contencioso-administrativa: Aspectos procesales. Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 23, 2009, p. 10.

Otra cuestión será delimitar si se está ejerciendo propiamente la APU o se está actuando como directa o indirectamente interesado o afectado por el acto o disposición impugnados, lo que, al amparo de las pretensiones de la demanda, deberá despejar toda duda.

El ejercicio de la APU sólo puede beneficiarse de los efectos que para la justicia gratuita establecen los artículos 30 y siguientes de la LAC, sin que se pueda acoger a la exención de otras fianzas o cauciones legalmente previstas, pues, aunque es cierto que la LOPJ prevé que no se exijan fianzas que, por su inadecuación, impidan su ejercicio, no exime de su prestación. Otra cosa es que esas cauciones no se conviertan en obstáculos insalvables para obtener el fin pretendido por la ley con la medida cautelar de que se trate.

## 8.2 Agotamiento de la vía administrativa

En efecto, como se dispone en el artículo 25 de la LJCA, en relación con el supuesto clásico de que se impugnen actos administrativos, sólo es admisible el recurso contra «los que pongan fin a la vía administrativa» cuando se hayan agotado los recursos previos en esa vía previa, como se dispone en el artículo 109 de la LRGAP-PAC. A su vez, esos recursos administrativos sólo están autorizados a los que tengan la condición de “interesados”, como se dispone en el precepto; exigencia personal que esa ley define en el artículo 31 nuevamente con referencia a la titularidad de derechos o intereses “legítimos” que, por su propia definición, no concurren en el titular de la acción pública<sup>38</sup>, de donde deducimos la excepcionalidad de la situación creada por la APU que impide a la Administración la denegación de la legitimación por esta causa (así, la TSJG n.º 329/2015).

## 8.3 Subrogación en la posición jurídica de un tercero que desistió de la acción pública en la vía administrativa

Debido a la articulación de la acción por quien carece de una conexión específica con el objeto del proceso, y que está equiparada a la de cualquier otro ciudadano, se suscitó la cuestión de si es posible sostener la APU en lugar de un tercero que –con idéntico título– desistió en la vía administrativa.

A este respecto el Tribunal Supremo conoció de un recurso de casación deducido contra una sentencia que había declarado la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo sostenido por un abogado cuyos clientes no se decidieron, a última hora, a interponerlo. La Sala de instancia incluso condenó al abogado recurrente al pago de las costas por su temeridad al actuar en nombre de terceros sin tener su representación y defensa.

La STS de 17 de marzo de 2009 (Rec. 11119/2004), por el contrario, estimó el motivo de casación esgrimido por el referido abogado con base en la infracción cometida por la sala sentenciadora del dispuesto en el artículo 304 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1992, que contemplaba el ejercicio de la acción pública.

La consecuencia de lo anterior implica, en nuestra opinión, que incluso si el desistente ejercita una acción basada en un interés particular, pero que se proyecta sobre el ámbito urbanístico, puede el tercero continuar invocando la legitimación que le confiere la APU, con la característica, está claro, de restricción de pretensiones, que sólo podrían ser las derivadas

---

38 OLEA GODÓY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 13.

del ejercicio de la acción pública –anulación del acto– pero nunca el reconocimiento de la situación jurídica individualizada, por más que el tercero inicialmente actuante si pudiese, con su propio título de intervención, hacerlo.

## 8.4 Transmisibilidad *mortis causa* de la acción pública

El TS admitió la transmisión de la acción pública a los herederos del actuante fallecido tanto en fase de ejecución del fallo como durante la declarativa, por lo que debemos entender, en conexión con lo razonado en relación con la continuación de la acción iniciada por tercero, que procederá también en vía administrativa.

En el caso concreto, la STSJG 4/12/2003 (Rec. n.º 4816/1993) declaró inadmisibile, por causa sobrevenida, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular, a cuyo fallecimiento comparecieron sus hijos para sostener la acción pública urbanística que aquél había ejercitado<sup>39</sup>. La STS de 30 de junio de 2008 (Rec. n.º 4091/2004) estimó el motivo de casación, para el efecto articulado por los herederos del actor fallecido, con el siguiente argumento: «Es cierto que la acción pública no tiene en sí mismo un contenido patrimonializable (...). Y es cierto, también, que en nuestro ordenamiento no se contempla la transmisión de la acción pública así configurada, en abstracto, como reconocimiento legal legitimador. Pero aquí no se trata de la acción pública en abstracto, sino de una acción ya ejercitada; y ese ejercicio dio origen a una relación jurídica procesal concreta, en cuyo seno surgieron derechos y obligaciones con contenido propio y con innegables consecuencias en la esfera patrimonial –piénsese en los gastos y costas procesales–. Por ello, si el recurrente que ejercitó en su día la acción pública fallece cuando ya se dictó sentencia favorable a sus pretensiones, debe reconocerse a sus herederos, si acuden en la causa, el derecho para instar la ejecución del fallo tanto en el relativo a los pronunciamientos substantivos como en cuanto a lo que pudiese recaer en materia de costas procesales. De igual modo, debe admitirse la sucesión procesal a favor de los herederos cuando el fallecimiento del recurrente originario se produjese durante la tramitación del proceso y antes de que recaiga sentencia».

## 8.5 Plazo de interposición del recurso contencioso (contra actos que agotan la vía administrativa)

### 8.5.1 Régimen general

El recurso contencioso ha de interponerse, como regla general, en el plazo de los dos meses, computados desde «el día siguiente al de la publicación de la disposición general impugnada

39 La Sala de instancia basó su decisión de inadmisión en el siguiente razonamiento: «reconocimiento (de la calidad de herederos a efectos substantivos) que, por otra parte, resultaría inocuo, pues, como se dijo al principio, estamos ante un proceso seguido en el ejercicio de la acción pública, que no está en el comercio de los hombres y que concretamente no forma parte del patrimonio que una persona deje al fallecer, al no poder integrarse entre los derechos a que se refieren los artículos 659 y 661 del Código civil, de la misma manera que no podría disponer de ella por testamento para después de su muerte, ni transmitirla a otro por actos "inter vivos", y todo ello porque con ella no se está defendiendo ningún interés personal patrimonializable, aunque sólo fuese por título de perjuicios morales, sino ejercitando altruistamente una defensa de la calidad de vida de la sociedad a través de la observancia de la normativa urbanística, y esta es una facultad que compete a cualquiera pero que, ejercitada por uno, con su muerte se extingue; tampoco cabe pensar en que, ocurrido el fallecimiento, la acción quede vacante a la espera de cualquiera que la quiera ocupar, sino que quien quiera ejercerla deberá hacerlo como titular originario y no derivativo de ella, si a tiempo está y comenzando por la correspondiente reclamación en vía administrativa para someterla luego, si fuese el caso, al control jurisdiccional».

o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa», como se dispone en el artículo 46 de la LJCA. Para el caso de que se trate de actos presuntos, el plazo de seis meses fue ampliado por la jurisprudencia, equiparándolo a los actos no notificados en la debida forma (STC n.º 186/2006, de 19 de junio), dejando abierto el plazo de interposición del recurso.

### 8.5.2 Cómputo del plazo. El problema de la falta de notificación

En el supuesto de publicaciones –necesariamente cuando se trate de disposiciones generales o en los supuestos especiales en que los actos administrativos han de ser objeto de esa publicación– es fácil el conocimiento por la generalidad de los ciudadanos y no deja en inferiores condiciones a quien pretende ejercitar la acción pública que deberá someterse a ese plazo de interposición.

La cuestión es diferente en el supuesto normal de que el acto esté sometido a la formalidad de la notificación porque ésta, conforme a lo establecido en el artículo 58 de la LRGAP-PAC, sólo se practicará a los “interesados” en el correspondiente procedimiento administrativo, que no lo es el titular de la acción pública, lo que equivale al desconocimiento del acto mientras transcurre el plazo de impugnación<sup>40</sup>.

El legislador no da una solución a ese dilema y la legislación sectorial tampoco lo hace con carácter general. Imponer esas exigencias conforme al sistema general supondría dejar ineficaz el reconocimiento de la acción pública, aunque hacer lo contrario también afectaría al principio de seguridad jurídica. Se hace eco de ese dilema la STS de 29 de mayo de 2002 cuando declara que «la acción de impugnación sería ilusoria si el reconocimiento de una legitimación general quedase en eso, manteniendo la necesidad de impugnar en los plazos ordinarios unos actos administrativos de los que no existe formal constancia».

### 8.5.3 Solución para actos (incluidas licencias) con manifestación sobre la realidad física: requerimiento administrativo o interposición directa

La jurisprudencia adoptó un criterio amplio respecto a esta situación y autorizó a quien pretenda ejercitar la acción pública, «a falta de una correcta notificación» del acto administrativo, a ejercerla «bien por petición independiente a la Administración, bien interponiendo (...) el recurso procedente» (STS de 5 de octubre de 2001, Rec. n.º 2046/1997), para lo cual el plazo de interposición queda abierto en tanto no se produzca la caducidad de la APU prevista en la Ley del suelo<sup>41</sup>.

40 Para el caso de los interesados notificados personalmente, la STSJG n.º 602/2014 entendió que obviar los plazos de recurso cuando existió notificación expresa para acogerse luego a la acción pública constituía un abuso de derecho, por lo que denegó la acción así intentada.

41 Dice la Sentencia: «Tercero.- Tanto el Ayuntamiento de Vigo como Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., oponen como motivo de casación la infracción del artículo 82 f) LJ y alegan que la petición dirigida al Ayuntamiento de Vigo en la que se impugnan las licencias concedidas por dicha Corporación a D.º Dores deben considerarse, como hizo la sala de instancia, como un recurso de reposición formulado contra las licencias, pero un recurso interpuesto transcurrido el plazo previsto legalmente, sin que quepa eludir las consecuencias derivadas de ello invocando el régimen aplicable a las notificaciones defectuosas, puesto que el recurrente no tenía la condición de interesado en el procedimiento y ha de suponerse, al ser la construcción de la estación de servicio un hecho público y notorio, que aquél tenía conocimiento de las licencias concedidas. Este motivo de casación ha de ser desestimado; a falta de una correcta notificación de la licencia al interesado, el ejercicio de la acción pública urbanística se puede llevar a efecto, bien por petición independiente a la Administración, bien interponiendo contra el acuerdo municipal de concesión de la licencia el recurso que procediese, pero, en todo caso,

Esa posibilidad se establece porque en las materias en que se reconoce el ejercicio de la acción pública están normalmente referidas a cuestiones que tienen que ver con la realidad física (urbanismo, costas, patrimonio histórico, etc.) en la que es posible que el ciudadano pueda observar, aunque no tenga conocimiento del acto administrativo concreto, sus efectos. A ello responde el sistema establecido en la DA 4ª LOUGa, en cuanto autoriza el ejercicio de la acción, no sólo mientras se está ejecutando la obra que se considera ilegal –hecho externo fácilmente apreciable–, sino incluso *mientras se prolongue su ejecución y, posteriormente, hasta el vencimiento de los plazos de prescripción determinados en esta ley*, plazo que está en congruencia con lo establecido para que las Administraciones públicas puedan reaccionar contra la obra ilegal (incluso con acto legitimador contrario al plan –es decir, licencia–), por lo que siempre quedaría a quien pretende ejercer la acción pública requerir a la Administración para que actúe en virtud de las potestades que las normas (autonómicas) le conceden contra dichas obras ilegales y, en caso de no reaccionar, pretender su imposición en vía contenciosa.

Así pues, cabe concluir que, salvo en los supuestos en que exista un conocimiento formal de la concreta actividad administrativa que se impugna, el procedente podrá optar entre:

a) requerir a la Administración para que evite la ilegalidad que se considera consumada y, en su caso, interponer el recurso contencioso contra la decisión, expresa o presunta, ésta ya en los plazos establecidos con carácter general porque la habilitación de la acción pública y la reclamación efectuada a la Administración le confiere la calidad de “interesado” en ese concreto procedimiento administrativo y, por eso, deberá notificársele la concreta resolución.

Una vez accedido por la APU a la vía administrativa, no existe ya entonces, y desde el punto de vista del proceso contencioso, especialidad alguna respecto de la legitimación por el interés o derecho afectado, debiendo entenderse que, en tales supuestos, el transcurso del plazo de los dos meses hace decaer el ejercicio de la acción (artículo 46 LJCA)<sup>42</sup>.

b) Ejercitar, en caso de que el acto conocido agotase la vía administrativa, la impugnación directamente en la vía contenciosa, aun cuando esto suponga un ejercicio extemporáneo de la acción en relación con el acto (porque éste fue notificado a los interesados), porque realmente para el accionante público no lo es, por lo que la dinámica de los plazos aquí funciona como la de la notificación defectuosa, dejándose abierta la opción de recurso, con un límite, la caducidad de la acción recogida legalmente.

#### 8.5.4 Actos administrativos sin proyección sobre la realidad física

El anterior esquema es factible en caso de que se trate de actuaciones sobre el medio físico, pero no lo es en aquellos supuestos –también en el ámbito urbanístico– en que la actuación administrativa no tiene posibilidad de llegar a ser conocida por los ciudadanos en general, por lo menos en un tiempo más o menos próximo<sup>43</sup>, que, sin embargo, entendemos que debe subsistir por ser el más protector de la viabilidad de la APU. Sería ilógico establecer un plazo más dilatado para un acto que se percibe por cualquier (obra) que para otro que

el plazo para hacerla valer es el indicado en el artículo 304 del Texto refundido de la Ley del suelo de 26 de junio de 1992 (LS/92), plazo que no fue excedido en este caso».

42 Como declara, entre otras, la STS de 21 de diciembre de 2001.

43 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 14.

no, porque es más difícil de detectar este último, por lo que la caducidad de la APU debe abarcar para el resto de actos como mínimo los seis años previstos en la norma para los que sí tienen reflejo físico.

## 8.6 Caducidad de la acción como límite temporal a su ejercicio en caso de obras ilegales

La jurisprudencia anterior podría sugerir una situación de posibilidad de impugnación ilimitada en el tiempo de los actos contrarios a la legalidad urbanística, pero eso fue limitado por razones de seguridad jurídica en determinados supuestos, concretamente en relación con la ejecución de obras contrarias a la legalidad.

Así, Peces Morate entiende que la acción pública urbanística está sujeta a caducidad, como cualquier otra, según se reconoce en la STS de 5 de julio de 2006 (Rec. n.º 1998/2003). Cuestión distinta es la del cómputo del plazo, declarando también la jurisprudencia que el plazo de caducidad en las infracciones continuadas no puede iniciarse hasta que finaliza la actividad o se realiza el último acto con que la infracción se consuma, constituyendo, entre otros, el uso del suelo una actividad continuada, sentencias de 22 de enero de 1992 y 21 de mayo de 1985, pues, dice la primera, «si la Administración puede impedir el uso del suelo ilegal en tanto que este dure, será razonable que el plazo de prescripción no empiece a correr mientras se mantenga el uso».

La caducidad de la APU se prevé en la DA 4ª de la LOUGa, cuando señala: «2. La acción pública a que se hace referencia en el apartado anterior, **si es motivada por la ejecución de obras que se estimen ilegales**, puede ejercerse mientras se prolongue su ejecución y, posteriormente, hasta el vencimiento de los plazos de prescripción determinados en esta ley».

En consecuencia, en relación exclusivamente con obras contrarias al ordenamiento jurídico, la ley establece una limitación temporal –plazo de caducidad– para el ejercicio de la acción, después de la cual no podrá ejercerse con éxito. Así lo reconoce entre otras la STSJG n.º 586/2015, FJ 3º respecto al cómputo de plazos de restauración de la legalidad perturbada por unas obras.

El plazo de caducidad así detallado no comprenderá, en consecuencia, el resto de situaciones ya descritas, y singularmente la relativa a una licencia en tanto no fuese ejecutada. En este sentido, recuérdese que la licencia de obras se concede por un plazo máximo de tres años, pero que no se declara la caducidad mientras no se siguió un procedimiento previo con audiencia del interesado –artículo 197.3 LOUGa–, por lo que la afirmación de la vigencia de la acción pública tiene completa virtualidad en este supuesto.

Respecto a esto, en tesis discutible tanto por el resultado del procedimiento (inadmisión) como por la indeterminación que mantiene en relación con cuál es la tesis de la sala en relación con la caducidad de la acción en relación con licencias urbanísticas (parece insinuar que los plazos son los equivalentes a los dos interesados, lo que contraría la jurisprudencia del TS), la STSJG n.º 4089/2014 revocó la sentencia de instancia y declaró la inadmisión del recurso fundado en la APU porque la demandante, a pesar de que accionaba contra una licencia de primera ocupación antes del transcurso de cuatro años, era –por haber sido entonces asesora jurídica de urbanismo del Ayuntamiento– conocedora de su existencia desde

antes, por lo que entendía por un lado la existencia de abuso de derecho (argumento que sí podríamos compartir) y, por otra, porque el período de prescripción de la DA 4ª LOUGa es exclusivamente para obras **y no para licencias**<sup>44</sup>.

Debe hacerse en este apartado una última precisión: aunque la doctrina se refiere con frecuencia al plazo para el ejercicio de la APU como de *prescripción*, las SSTs de 26/10/2001 (Rec. 3010/1997) y la ya citada de 5/7/2006 (Rec. 1998/2003) se refieren a la institución de la *caducidad* de forma clara, razón por la que aquí asumimos esa tesis y no la de la prescripción, como a veces aparece también referida en algunas sentencias de tribunales superiores de justicia.

## 8.7 Constitución de la relación jurídico-procesal

Dado que en el ejercicio de la acción pública se pretende siempre la declaración de ilegalidad de actos que se dictaron en procedimientos en los que quien la ejercita no tuvo la consideración de interesado, deberán ser llamados al proceso, en su condición de demandados, esos titulares de derechos o intereses que, en palabras del artículo 21 de la LJCA, «pudiesen quedar afectados por la estimación de la pretensión del demandante».

El hecho de que el beneficiado por el acto sometido al control jurisdiccional sólo pueda adoptar la posición de codemandado, y estar proscrita en el ámbito del contencioso la reconvencción, a estos sólo les será admisible oponerse a la estimación del recurso y suplicar la confirmación del acto, del mismo modo que a la Administración autora de éste<sup>45</sup>.

En caso de estimación del recurso y anulación del acto, quedará la posibilidad de los recursos.

Pero si la propia Administración, iniciado el proceso y conforme autoriza el artículo 76 de la LJCA, dictase un acto en el que reconociese la pretensión al demandante por la vía de la acción pública, y ese nuevo acto no «infringiese manifiestamente el ordenamiento jurídico», a esos interesados en el acto que actuaron como codemandados sólo les quedará la vía de la impugnación de ese nuevo acto; deberá entenderse que primero en vía administrativa y, en su caso, en vía jurisdiccional, lo que no deja de ofrecer problemas porque, en principio, el auto por el que se admite la terminación del procedimiento tendría el efecto de cosa juzgada, que no se vulneraría porque, en el proceso ulterior contra ese acto que puso fin al previo proceso, no supondría la identidad de las calidades en que las partes intervendrían, como exige ahora el artículo 222-3.º de la LAC. En todo caso, esos beneficiados por el acto que se anule, incluso cuando lo fuese por sentencia, tendrán derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por responsabilidad patrimonial<sup>46</sup>, que se deberá realizar como pretensión autónoma en la vía administrativa, no con ocasión de este procedimiento.

44 Además de la citada STS de 5/10/2001, esta Sentencia del TSJG contraviene la STS de 15/7/1999 (Recurso: 4967/1993), que, en un caso en que la recurrente accionaba contra una licencia de obras, indica en su FJ 6º que «No puede reprocharse a FINRESA que defienda sus intereses y no puede exigírsele para ello una diligencia en el ejercicio de la acción pública urbanística que no requiere su parágrafo 2 y que, de aceptarse la tesis de la parte recurrente, vendría en la práctica a vaciar de contenido ese precepto».

45 OLEA GODOY, W. F., "La acción pública en el proceso contencioso administrativo", *cit.*, p. 15.

46 OLEA GODOY, W. F., "La acción pública en el proceso contencioso administrativo", *cit.*, p. 16.

## 8.8 Intervención del MF en caso de desistimiento de la acción en el proceso. Asunción sobrevenida de la condición de parte demandante

En cuanto al procedimiento contencioso-administrativo, existe una norma especial en el artículo 74.3 y 4, LJCA, al regular el desistimiento.

Precisamente para evitar el peligro señalado del ejercicio de la acción pública para fines distintos a la protección de la legalidad, se exige la audiencia del Ministerio Fiscal antes de dictar auto sobre el desistimiento, a fin de que se pueda oponer razonadamente por apreciar daño para el interés público.

No obstante, aunque cabe oposición al desistimiento por el Ministerio Fiscal dada la acción pública imperante o que el Tribunal resuelva en el caso de que se aprecie «daño para el interés público» (artículo 74.3 y 4 LJCA), no articula la normativa cómo se seguiría el procedimiento si el recurrente ya no persigue la condena de la Administración. Una posible vía sería la actuación del Ministerio Fiscal en favor del interés público que se pudiese ver dañado<sup>47</sup>.

La dificultad procesal de esta situación estriba en que la ausencia de la figura de coadyuvante en el procedimiento contencioso impide que, interpuesto el recurso, actúe el Ministerio Fiscal. A pesar de ello, la existencia de la acción pública podría llevar a articular la posibilidad de su comparecencia con ocasión del trámite del artículo 74 LJCA, pues de otro modo no podría válidamente desplegar todos sus efectos. En relación con esto, se podría prever para el MF una intervención procesal semejante a la prevista en el 50.3. LJCA, donde el comparecido tardíamente puede aprovechar los trámites aún no precluidos y propiamente, ante el desistimiento del actor, el MF ocuparía su posición, de modo que no sería coadyuvante, sino subrogado en la posición jurídica del demandante. Para completar la regulación, cabría aplicar directamente el artículo 13.3. LAC relativa a la intervención de sujetos no originariamente demandantes.

Otra solución propone Penín Alegre: el MF podría interponer otro paralelo y pedir la acumulación vía 34.1 LJCA para, una vez desistido, continuar el con la acción. Entendemos, por nuestra parte, que ello requeriría una dilación del procedimiento si aplicásemos todas las normas de acumulación de autos, por lo que resultaría más operativo e igual de funcional al fin del artículo 74 LJCA proceder según los artículos 13.3. LAC y 50.3. LJCA.

## 8.9 Contenido de la sentencia

La sentencia que se dicte en estos procesos no ofrece particularidad alguna y deberá limitarse, en caso de no existir causa de inadmisibilidad y conforme al principio de congruencia, a la

---

47 PENÍN ALEGRE, C., "Licencias declaradas ilegales por sentencia firme y modificación del plan para adecuarlas al ordenamiento infringido", *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 3, 2011, pp. 18 y 19. Indica esta magistrada que en Cantabria existen ejemplos de actuación procesal por el Ministerio Público. Una asociación de vecinos acudió a la fiscal de Medio Ambiente en Cantabria y, ante la falta de capacidad económica para afrontar el correspondiente aval que le pudiesen exigir, la representante del Ministerio Público optó por interponer directamente recurso contencioso administrativo contra una licencia relativa a la construcción de diversas viviendas amparada en un plan anulado por la Sala y confirmado por el TS en la zona de Oyambre, San Vicente de la Barquera. Al tiempo de interponer el recurso, invocando la acción pública y el objetivo encomendado al Ministerio Fiscal de promover la acción de la justicia, solicitó como medida cautelar la suspensión de la licencia, suspensión que fue acordada por el juzgado, aquietándose el Ayuntamiento con dicha decisión y estimándose finalmente el recurso. El caso fue expuesto por dicha fiscal en el Seminario de Fiscalías de Medio Ambiente en Valsain, Segovia, celebrado el pasado 27 y 28/6/2008. En dichas jornadas sobre la acción pública y el papel del fiscal, sí se consideró la idea de la intervención del representante público a petición de una asociación ecologista.

simple anulación o confirmación, estimando o desestimando el recurso, que, como ya se dijo, sólo puede contener pretensiones encaminadas a esa declaración.

En caso de que se incorporase a esa pretensión el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, estas habrán de ser desestimadas. En realidad, se trataría de una inadmisibilidad parcial del recurso.

## 8.10 Ejecución de sentencias

En cuanto a la ejecución de las sentencias, no se establece especialidad alguna en estos procesos iniciados por la acción pública, por lo que han de seguirse las normas generales de la LJCA. En los supuestos de estimación del proceso –caso de desestimación y confirmación de la actuación, no hay nada que ejecutar, salvo los efectos internos del proceso (costas)–, la Administración deberá llevar “*a puro y debido efecto*” la declaración judicial, como se dispone en el artículo 104.

La declaración será la mera anulación de la actividad, lo que no evita que la Administración deba dictar actos –incluso ejecutarlos materialmente– para dar plena efectividad a esa declaración, porque, como se declara en la STS de 13 de diciembre de 2001, «el deber de observar la legalidad... supone, como es lógico, no sólo la anulación de los actos administrativos que la contravengan, sino también la ejecución de los actos administrativos, removiendo los obstáculos que se opongan a su efectividad, ya provengan de los administrados o de la propia Administración».

No supone esa ejecución incorporar a la acción pública pretensiones de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, como podría serlo la de demolición de una edificación declarada ilícita; no cabe concluir esa ampliación de pretensiones porque esa demolición, por ejemplo, vendría impuesta como consecuencia ineludible de la mera revocación del acto legitimador –o la inactividad que la consintió– en virtud del cual se ejecutó<sup>48</sup>. Ahora bien, en el caso de que no se cumpla, cabe instar, con fundamento en la APU, en el expediente de ejecución, el cumplimiento del acto al que la Administración quedó obligada.

## 8.11 El desistimiento en la fase de ejecución. Imposibilidad de transacción o desistimiento

El TS ha rechazado el desistimiento en la fase de ejecución teniendo en cuenta el compromiso del interés público y del fraude de ley y procesal que suponía el desistimiento en fase ejecutiva, ya que, al no concurrir imposibilidad legal o material de ejecución, el cumplimiento del fallo era inexcusable, resultando nulos los actos o disposiciones orientados a evitarlo. Se indicó además la necesidad de traslado al MF para audiencia previa al auto de archivo<sup>49</sup>.

48 OLEA GODOY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 16.

49 Es el caso de la STS de 28 de mayo de 2008 (Rec. n.º 579/2006), en la que se examina, como recuerda Calvo Rojas (“La ejecución de sentencias en el ámbito contencioso-administrativo”, *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo. Estudios de Derecho Judicial*, n.º 54, 2009, pp. 1-34), un acuerdo transaccional claramente ilegal en el que los intervinientes en el proceso – la demandante, que había ejercitado la acción pública y había obtenido el pronunciamiento de anulación de una licencia de obras, la Administración que la otorgaba y la empresa promotora titular de esa licencia ilegal– se confabulan suscribiendo un convenio en el que afirman que concurren causas de imposibilidad legal y material de ejecución de la sentencia, por lo que acuerdan sustituir el cumplimiento del fallo por una indemnización económica por importe de cuatrocientos mil euros en favor de la demandante, comprometiéndose a

## 8.12 Intervención por APU en fase de ejecución de un procedimiento iniciado por un tercero

Otra cuestión importante en el incidente de ejecución de sentencia es el hecho de que la jurisprudencia ha reconocido la legitimación para ejercitar la acción pública *ab initio* en la fase de ejecución de un proceso iniciado por un tercero. Así lo entendió la STS de 23 de abril de 2010 (Rec. n.º 3648/2008): «una vez que esta sala les reconoce a las personas afectadas la posibilidad de comparecer en la ejecución cuando no fueron parte en el recurso contencioso-administrativo (Sentencia de 7 de junio de 2005, citada y dictada en el recurso de casación n.º 2492/2003), y reconocida también la acción pública en nuestro ordenamiento jurídico urbanístico para la protección de la legalidad tanto como legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo (Sentencia de 7 de febrero de 2000, dictada en el recurso de casación n.º 5187/1994), como para comparecer en la ejecución (Sentencia de 26 de enero de 2005, dictada en el recurso de casación n.º 6867/2001), resulta forzoso concluir que la asociación recurrente puede comparecer en la ejecución para ejercitar las acciones tendentes únicamente al exacto cumplimiento de la sentencia»<sup>50</sup>.

También se ha pronunciado expresamente la jurisprudencia en los casos en que fuese iniciado por el titular del interés o derecho afectados, que luego el actor público asume en fase de ejecución al margen o en contra de lo sostenido por el inicialmente demandante<sup>51</sup>.

La cuestión es relevante porque es frecuente –casi hecho notorio– la existencia de sentencias –especialmente en el ámbito urbanístico– que declaran ilegalidades de edificaciones o instalaciones y, por circunstancias ajenas al proceso, los recurrentes abandonan su ejecución, quedando sin ejecutar los mandatos de los tribunales. Esa habilitación para que cualquier ciudadano puede instar la ejecución de esas sentencias evitaría tales indeseables situaciones<sup>52</sup>.

---

llevar a cabo las actuaciones necesarias para que el tribunal sentenciador homologue ese acuerdo, comprometiéndose la parte actora a reconocer expresamente que resulta imposible, material y legalmente, ejecutar la sentencia, confiando a su voluntad el carácter de un desistimiento con el que renuncia a la ejecución de la sentencia. La Sala de instancia, que ya en una resolución anterior declarara no haber lugar al incidente de imposibilidad de ejecución de la sentencia, denegó la homologación del acuerdo transaccional mediante auto en el que, además, recuerda a las partes que, conforme al artículo 103.4 de la LJCA, son nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento. Confirmado en súplica ese auto, dos de los concertados frente a la sentencia –el Ayuntamiento y la promotora inmobiliaria– no cesaron en su empeño e interpusieron sendos recursos de casación a los que, claro está, el Tribunal Supremo declaró que no procedían. Igualmente, en la STS de 16/4/2009 (Rec. n.º 2826/2007) y en relación con una Sentencia de 13/12/1976, (Rec. n.º 169/1975), por la que se ordenaba la demolición del exceso de un edificio de nueve plantas de la Avenida de la Diagonal de Barcelona, confirmada por STS de 3/4/1980, la ahora ejecutante acordó con el Ayuntamiento poner fin a todas sus controversias mediante desistimiento de todos los recursos que hubiese interpuesto (transacción que se practicó con posterioridad a todas las incidencias ocurridas después de la firmeza, percibiendo a cambio la suma de 100 millones de pesetas). El TSJ de Cataluña, mediante autos de 6-9 y 2/11/2005, considera ejecutada la sentencia, aplicando los artículos 74 y 77 de la LJCA. El TS revoca dicho pronunciamiento, dado que el desistimiento acordado no llegó a producirse. Y añade que aun en el caso de que se materializó procesalmente, no por eso tendría que ser aceptada, pues el tribunal podrá rechazarlo razonadamente cuando aprecie daño para el interés público. Y mantiene que en el ámbito de una infracción urbanística están en juego unos intereses generales indisponibles por el simple acuerdo entre las partes sobre la base de una satisfacción económica.

50 En este caso, como recuerda Chaves García, se le permitió a una asociación ecologista comparecer en fase de ejecución para instar al cumplimiento de la sentencia. En CHAVES GARCÍA, J. R., “Agilización de la ejecución de sentencias en el proceso contencioso”, *Medidas de agilización en la jurisdicción contencioso-administrativa. Singular tratamiento de la fase de ejecución. Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 12, 2013, p. 37.

51 En ese sentido, las SSTS de 7 de junio de 2005 y la de 12 de diciembre de 2006.

52 OLEA GODDY, W. F., “La acción pública en el proceso contencioso administrativo”, *cit.*, p. 17.

## 8.13 Procedimientos especiales y acción pública

Los procedimientos especiales que se regulan en la LJCA no merecen especialidad alguna en el caso de ejercicio de la acción pública, excepto la mención a la cuestión de ilegalidad de los artículos 123 y siguientes, de frecuente formulación en el caso de estas materias en que se habilita el ejercicio de la acción pública en que existen, o bien instrumentos de planificación (urbanismo, patrimonio) o determinadas actuaciones generales que sirven de legitimada de manera inmediata a la concreta actividad impugnada (parques naturales, costas, etc.).

En este sentido, la eventual estimación de las demandas puede obligar al tribunal que dicta la sentencia en la que declara ilegal un acto, por considerar así la norma de la que emana (los planes tienen esa consideración), a la formulación de la cuestión de ilegalidad ante el tribunal competente para conocer de la impugnación directa de esa disposición general, debiendo emplazarse al recurrente en virtud de la acción pública, porque fue parte en el proceso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124 de la LJCA.

## 8.14 Tutela cautelar

Respecto de la protección cautelar establecida en el proceso contencioso-administrativo, no existe ningún reparo en su aplicación cuando el proceso se inicie mediante el ejercicio de la acción pública, y rigen las normas generales que se establecen en los artículos 129 y ss. LJCA.

En este sentido, debe valorarse la posibilidad de adoptar medidas cautelares que «aseguren la efectividad de la sentencia», como se dispone en el artículo 129.1.º de la LJCA. Pero también es cierto que la adopción de estas medidas cautelares pueden suponer un abuso en el ejercicio de la acción pública y, además, agravado por el hecho de adoptar medidas más o menos inmediatas sobre actuaciones administrativas que puedan, al cabo, confirmarse en vía contenciosa pero afectando a los intereses de los destinatarios de esa actividad.

Por ello, adquiere una especial relevancia la exigencia de caución que autoriza el artículo 133 de la ley, bien entendido que la exigencia de ese aseguramiento no pueda burlar la legitimidad de dicha tutela cautelar con la imposición de afianzamientos exagerados. En este sentido, debe hacerse constar que el artículo 20 de la LOPJ dispone, en su párrafo tercero, que «no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción pública». Bien es verdad que el precepto no tiene incidencia en el ámbito de la acción pública en el campo administrativo en que el ejercicio de la acción no está sometido la prestación de fianza alguna; con todo, sí ha de servir ese criterio para la exigencia de esa caución en caso de pretensión cautelar<sup>53</sup>.

## 8.15 Costas procesales

Las costas no tienen, en el caso de la acción pública, especialidad alguna, por lo que han de regir las normas generales que se contienen en el artículo 139 de la LJCA.

En este sentido, cabría pensar en la declaración general que se contiene en el artículo 20 de la LOPJ en relación con que la acción popular "*será siempre gratuita*"; no obstante, la

53 OLEA GODOY, W. F., "La acción pública en el proceso contencioso administrativo", *cit.*, p. 18.

jurisprudencia de la Sala III del TS (*vid.* la STS de 4/10/2006) declaró que esa regla está reservada al proceso penal.

## 9 Bibliografía

- CALVO ROJAS, E., "La ejecución de sentencias en el ámbito contencioso-administrativo", *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo. Estudios de Derecho Judicial*, n.º 54, 2009.
- CHAVES GARCÍA, J. R., "Agilización de la ejecución de sentencias en el proceso contencioso", *Medidas de agilización en la jurisdicción contencioso-administrativa. Singular tratamiento de la fase de ejecución. Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 12, 2013.
- CIERCO SEIRA, C., "El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las Administraciones Públicas", *Revista del Poder Judicial*, n.º 69, Primer trimestre 2003.
- DE ORO PULIDO LÓPEZ, M., "La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre medio ambiente y urbanismo", *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 12, 2001.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R., "Incidencia de la Constitución en la apreciación de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo. Análisis jurisprudencial de los motivos previstos en el artículo 82 de la LJCA", *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 11, 1992.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Acción pública, vecinal y legitimación del Ministerio Fiscal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º XIII, 2006.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., <http://www.revistainmueble.es/2015/04/30/la-accion-publica-para-la-proteccion-de-la-ordenacion-del-territorio-y-el-urbanismo/> (15 de noviembre de 2015).
- MENÉNDEZ PÉREZ, S., "Jurisprudencia urbanística. Jurisprudencia contencioso-administrativa (2006-2008): Análisis crítico", *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 32, 2008.
- OLEA GODOY, W. F., "La acción pública en el proceso contencioso administrativo", *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 144, 2007.
- PECES MORATE, J., "Significado y trámite de los procesos especiales en la jurisdicción contencioso-administrativa", *Jurisdicción contencioso-administrativa: Aspectos procesales. Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 23, 2009.
- PEMÁN GAVÍN, J., "Sobre la nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa: las novedades relativas al objeto y las partes y al objeto del proceso", *Revista del Poder Judicial*, n.º 54, 1999.
- PENÍN ALEGRE, C., "Licencias declaradas ilegales por sentencia firme y modificación del plan para adecuarlas al ordenamiento infringido", *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 3, 2011.

ROÁS MARTÍN, L. (Dir.), "Acción pública urbanística: incidente en la misma de los criterios restrictivos contemplados en la Ley 9/2006, de 28 de abril", *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 23, 2009.

SÁNCHEZ JORDÁN, E., "Protección civil de la legalidad urbanística", *Revista de Derecho Privado*, año n.º 90, mes 4, 2006.

regap



ESTUDIOS



## Reflexións sobre o fomento do deporte nun Estado descentralizado

### Reflexiones sobre el fomento del deporte en un Estado descentralizado

#### Reflections on promoting sport in a decentralized State



ANDREA GARRIDO JUNCAL

Profesora contratada interina de Derecho Administrativo  
Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España)  
andrea.garrido@usc.es

Recibido: 03/11/2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** O estudo das responsabilidades asumidas polos poderes públicos no ámbito deportivo exige unha análise previa do noso ordenamento xurídico. A comprensión dos dous preceptos constitucionais que aluden ao deporte, os artigos 43.3 e 148.1.19ª, aconsella unha reflexión sobre a eficacia xurídica dos mandatos recoñecidos no capítulo III do título I da Carta Magna, sobre a descentralización do modelo organizativo do Estado positivizado no título VIII da norma fundamental e sobre algúns conflitos que xorden como consecuencia da asunción por parte das entidades locais da función de promover o deporte.

**Palabras clave:** principios reitores da política económica e social, Estado descentralizado, deporte, competencias.

**Resumen:** El estudio de las responsabilidades asumidas por los poderes públicos en el ámbito deportivo exige un análisis previo de nuestro ordenamiento jurídico. La comprensión de los dos preceptos constitucionales que aluden al deporte, los artículos 43.3 y 148.1.19ª, aconseja una reflexión sobre la eficacia jurídica de los mandatos reconocidos en el capítulo III del título I de la Carta Magna, sobre la descentralización del modelo organizativo del Estado positivizado en el título VIII de la norma fundamental y sobre algunos conflictos que surgen como consecuencia de la asunción por parte de las entidades locales de la función de promover el deporte.

**Palabras clave:** principios rectores de la política económica y social, Estado descentralizado, deporte, competencias.

**Abstract:** This paper aims at studying the responsibilities assumed by the public authorities in the field of sport, task requiring a previous analysis of our Spanish legal system. The understanding of the two constitutional provisions referring to sports – i.e. articles 43.3 and 148.1.9 of the Spanish Constitution – suggests a reflection firstly, on the legal effectiveness of mandates recognized in Chapter III of Title I of the Constitution, on decentralization of the organizational model of the State, duly established in Title VIII of our Constitution and, secondly, on some conflicts arising as a consequence of the assumption of competences by local authorities in promoting sport.

**Key words:** Social and economic governing principles, decentralized State, sport, competences.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 La eficacia jurídica del artículo 43.3 y los restantes mandatos reconocidos en el capítulo III del título I de la Constitución. 2.1 La defensa cruzada de derechos, la irreversibilidad de las conquistas sociales y la

estatutorización de los derechos sociales. 3 La compleja distribución competencial en el ámbito deportivo. 4 Las obligaciones de los municipios en el fomento del deporte. 5 Algunos problemas que plantea la promoción del deporte a nivel local. 6 Bibliografía.

## 1 Introducción

La desconsideración hacia el deporte desde la perspectiva del legislador carece de toda justificación. Así, en palabras de Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, «son millones los españoles que acuden habitualmente a los espectáculos deportivos; centenares de miles los que practican el deporte por afición, por diversión, por estética o simplemente por higiene; muchísimos miles, también, los que tienen en el deporte un medio de vida. Son millones de pesetas, miles de millones, los que giran constantemente en torno a lo deportivo. El deporte es un negocio, una empresa, una profesión, un espectáculo, un juego, una diversión e, incluso, un pretexto y un argumento político»<sup>1</sup>. En consecuencia, el derecho realiza en este ámbito una tarea de ingeniería social consistente en la armonización de intereses en conflicto, en la consecución de fines sociales y en la satisfacción –más o menos armónica– de necesidades sociales<sup>2</sup>.

Es oportuno comenzar reconociendo la importante novedad aportada por nuestro texto constitucional al incluir una referencia expresa al deporte en su artículo 43.3; «los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio». Del tenor literal de este precepto y de la protección que se le dispensa en el artículo 53.3, parece claro que nuestra Carta Magna deja absolutamente abierto el modelo deportivo que haya de establecerse en nuestro país. Surgen de esta redacción constitucional, cuando menos, las siguientes interrogantes: si los poderes públicos deben fomentar la educación física y el deporte, ¿cuál es la diferencia entre una y otro?; ¿cuáles son esos poderes públicos obligados por el precepto y el apartado que ahora tratamos?; ¿hasta dónde alcanza y cuáles son los límites de esa obligación de fomento? y ¿a qué deporte en concreto se refiere este artículo constitucional?

La amplitud, la inconcreción, la indeterminación o la imprecisión son las críticas que se han vertido frecuentemente sobre el artículo 43.3 y, en general, sobre todos los preceptos que se encuadran en el capítulo III del título I de la Constitución, que lleva por rúbrica «los principios rectores de la política económica y social». La lógica consecuencia de dicha indeterminación es la generación de la incertidumbre a la hora de perfilar conceptualmente los pilares sobre los que se asienta el bienestar social. En consecuencia, se afirma, incluso, que es la propia norma fundamental del ordenamiento jurídico la que pone en riesgo la autenticidad del Estado social que ella misma reconoce.

En este trabajo examinaremos la eficacia jurídica de los artículos 39 al 52 del texto constitucional, así como las fórmulas empleadas para su fortalecimiento, esto es, la defensa cruzada de derechos o el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, la irreversibilidad de las conquistas sociales y la inclusión de un catálogo de derechos en los nuevos estatutos de autonomía. A continuación, aludiremos a la organización territorial de nuestro Estado. La apuesta por un modelo descentralizado, en el que el poder se encuentra repartido entre

---

1 Véase el prólogo de la obra *El ordenamiento jurídico del deporte*, Civitas, Madrid, 1974, p. 13.

2 Véase PALOMAR OLMEDA, A., «Aportaciones del Derecho al deporte federado y asociativo», *Aportaciones del Derecho al Deporte del s. XXI, Jornadas de Derecho Deportivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 13.

el nivel estatal, autonómico y local, exige el conocimiento de las reglas sobre las que se realiza dicho reparto. La distribución competencial dista de ser una cuestión pacífica en cualquier materia y, por tanto, también, en el ámbito deportivo. A partir de lo dispuesto en la Constitución, las Comunidades Autónomas han asumido competencias exclusivas sobre este campo; sin embargo, las iniciativas legislativas autonómicas se desarrollan paralelamente a las estatales. La limitación actual de los recursos económicos parece condicionar la aplicación de la anterior normativa y, en consecuencia, el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos. El propósito último de estas páginas es describir las competencias que los municipios poseen en el ámbito deportivo y analizar algunos de los problemas que plantea el ejercicio de éstas.

## 2 La eficacia jurídica del artículo 43.3 y los restantes mandatos reconocidos en el capítulo III del título I de la Constitución

Es conveniente anotar que el margen de disponibilidad o, si se prefiere, de discrecionalidad reconocido en esta parte de la Carta Magna no es injustificado, sino que tiene una explicación, la cual –podemos adelantar– resulta sencilla y, al mismo tiempo, peligrosa.

La Constitución es un texto con vocación de permanencia, que tiene que ser válido en el tiempo y que debe presentarse, en consecuencia, independiente de la situación de carácter económico o político que, en cada momento, atraviese el país. La Carta Magna debe servir para orientar e impulsar los progresos sociales, pero en ningún caso para determinarlos. Hasta dónde habrá de llegar la Administración es algo que, naturalmente, los preceptos constitucionales no dicen ni pueden decir. El desarrollo social se sitúa, por tanto, en el terreno de lo puramente político y no de lo jurídico.

Tradicionalmente, se afirmaba que la construcción del Estado del bienestar sólo podía tener lugar en un marco político controlado y dominado por la izquierda. Ahora bien, en la actualidad, este posicionamiento se muestra un tanto impreciso. Es evidente que la ciudadanía de hoy se ha acostumbrado a vivir con la letanía del “tengo derecho a” y que todo partido político para aspirar al poder debe de dar respuesta a ese derecho. Así, todos hacen alusión, durante la contienda electoral, a su intención de aumentar y mejorar los servicios públicos sin coste alguno porque pocos votarían a quien le dijera que la persona adulta y sana debe responsabilizarse de su vida mediante su exclusivo esfuerzo personal o a quien le aclarara que, si queremos un bien o un servicio, tenemos que pagar más impuestos porque no hay nada gratis.

De un tiempo a esta parte, podemos tener, de alguna forma, la sensación de que el camino en el que nos estamos situando es radicalmente distinto<sup>3</sup>. En un contexto en el que la máxima austeridad se impone, son habituales las voces que demandan qué género de política concreta pudiera resultar incompatible con el modelo social que la Carta Magna consagra en los artículos 39 al 52 y, sobre todo, cuáles podrían ser las vías de reacción jurídica frente a ella, cuestión que nos conduce a analizar inmediatamente su eficacia.

3 «Ni cambio ni bandazo, sino responsabilidad pensando en el futuro» y «no he cumplido con mis promesas pero he cumplido con mi deber» son dos mensajes de José Luis Rodríguez Zapatero y Mariano Rajoy Brey, respectivamente, que sintetizan a la perfección el nuevo escenario donde el control del déficit público es la única prioridad.

El artículo 53.3 de la Constitución, con una redacción muy parecida a lo que en la doctrina alemana se ha denominado “cláusula del miedo” (*Angstklausele*), dispone que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Para Alfonso OJEDA MARÍN, «importa subrayar, una y cuantas veces sea menester, que los principios rectores encuadrados en el capítulo III del título I son auténticas normas jurídicas y no declaraciones programáticas, como un sector minoritario de la doctrina española ha intentado vanamente defender. Una cuestión es que los principios requieran concreción legal, no sean directamente aplicables ni inmediatamente justiciables, y otra bien distinta es que no se trate de normas vinculantes, que lo son. En realidad, dichos principios enuncian más bien obligaciones genéricas del Estado que efectivos derechos individuales. Prueba concluyente de su carácter jurídicamente vinculante es que prohíben legislar en sentido contrario a sus propios términos. Tales principios tienen, pues, eficacia obstativa o impeditiva. El legislador podrá dar un alcance mayor o menor a los derechos sociales, pero nunca podrá oponerse a ellos, toda vez que incurrirá en vicio de inconstitucionalidad»<sup>4</sup>.

## 2.1 La defensa cruzada de los derechos, la irreversibilidad de las conquistas sociales y la estatutorización de los derechos sociales

Con la finalidad de reforzar y proteger la posición del ciudadano y de superar la interpretación literal del artículo 53 de la Constitución, se han formulado varias teorías. En este sentido, son de obligada referencia, en primer lugar, la defensa cruzada de derechos y, en segundo lugar, la irreversibilidad de las conquistas sociales.

La defensa cruzada de derechos o el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales es una línea argumental que se apoya en la vinculación estrecha y directa de los derechos sociales con los principios y valores de carácter fundamental (igualdad, dignidad de la persona, solidaridad, etc.). Con base en ella, la ausencia de una referencia expresa o de una protección determinante de los derechos sociales por parte de la normativa no constituye un dato fundamental. Existe la oportunidad de defenderlos a través de la garantía de otros derechos que sí están reconocidos y codificados<sup>5</sup>. De esta forma, la obligación de los poderes públicos de fomentar el deporte y de facilitar la adecuada utilización del ocio podría exigirse argumentando una relación con el artículo 15, que reconoce el derecho a la vida y a la integridad física.

En las autorizadas palabras de Santiago MUÑOZ MACHADO escritas a propósito de su reciente discurso de investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Valencia, «es necesario que se supere la concepción tradicional de los derechos sociales como derechos inexigibles, cuya delimitación depende de la exclusiva voluntad del legislador, que éste acomodará a las circunstancias económicas de cada momento»<sup>6</sup>. En la misma

---

4 Véase *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 2005, pp. 83-84.

5 Véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “La defensa de la cruzada de derechos: La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario jurídico de La Rioja*, n.º 10, 2005, pp.11-31.

6 Véase «Sobre la pobreza y el derecho», discurso de investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Valencia pronunciado el 7 de marzo de 2013; disponible en la página:

línea, Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN sostiene que «deberíamos superar este argumento economista y, con él, la distinción binaria entre derechos que comportarían una obligación de intervención (sociales) y derechos que conllevarían una obligación de abstención (civiles). Atribuir únicamente el término “fundamental” a los derechos civiles y políticos en función de su nivel de garantías responde a una posición tradicional basada en datos de nuestro ordenamiento jurídico (el diseño del recurso de amparo en España), así como del marco internacional en el que nos movemos (mecanismo de peticiones individuales en desarrollo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966). Ambas situaciones se están superando como consecuencia de la jurisprudencia social del Tribunal Constitucional español, o la más reciente introducción del sistema de denuncias individuales en el marco del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966»<sup>7</sup>.

La irreversibilidad de las conquistas sociales o la tesis de la congelación de los derechos sociales es la segunda línea argumental orientada a la búsqueda de mecanismos de optimización de los logros que se van produciendo en el Estado del bienestar, impidiendo su retroceso. Pese al sugerente y plausible postulado que contiene esta tesis, ni la doctrina científica la sostiene mayoritariamente ni la constitucional la ha considerado viable por conculcar las exigencias del principio democrático o del pluralismo político. No obstante, el respeto al Estado social obligaría a considerar la necesidad de garantizar, dejando a salvo la eventual aparición de circunstancias muy excepcionales que lo impidiesen, los contenidos sustanciales mínimos o estándares de los progresos sociales alcanzados. En este sentido, el Tribunal Constitucional ya dijo tempranamente que «el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover la condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas»<sup>8</sup>. En este pronunciamiento, es evidente que la atención se debe centrar en la comprensión de los términos «sin razón suficiente». En general, se ha negado la congelación o la perpetuación de los progresos sociales alcanzados debido a la conducta intervencionista que éstos exigen al Estado, pero se ha rechazado también su eliminación arbitraria e injustificada.

Al examinar las diversas formas con las que se ha intentado forjar un Estado social, una consideración especial merece la denominada estatutorización de los derechos sociales. Es bien sabido que una de las novedades más importantes de la tercera ola de reformas estatutarias que protagonizó la VIII Legislatura estatal fue la inclusión de un catálogo de derechos<sup>9</sup>. Gracias a esta experiencia, o por culpa de ella, varios debates del derecho público se han reabierto recientemente en la doctrina iuspublicista. En concreto, vuelve a polemizarse con vigor acerca de la materia que puede ser objeto de tratamiento en los estatutos de auto-

<http://www.uv.es/uweb/universidad/es/listado-noticias/jurista-santiago-munoz-machado-afirma-reduccion-politicas-sociales-puede-afectar-directamente-dignidad-humana-1285846070123/Noticia.html?id=1285873993623> (1 de febrero de 2016).

7 Véase *Los nuevos retos de los servicios sociales en España*, ePraxis, Sevilla, 2012, p. 72.

8 Véase STC 81/1982, FJ 3.

9 Conforme a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., la primera ola de reformas estatutarias se realizó con la aprobación de las leyes orgánicas de transferencia de competencias de 1992 para aquellas Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por el cauce del artículo 143 de la Constitución. La segunda tuvo lugar de 1996 a 1998, cuando se levantaron las limitaciones impuestas por los pactos autonómicos de 1981. (“El sistema descentralizador de las Comunidades Autónomas tras la Constitución de 1978”, *Revista de Administración Pública*, n.º 175, 2008, pp. 247 a 249).

mía, la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica recogidos en nuestra Constitución y, en último lugar, la relación entre el principio del Estado social y el de la descentralización política.

Con los renovados estatutos de la Comunidad Valenciana<sup>10</sup>, Cataluña<sup>11</sup>, Islas Baleares<sup>12</sup>, Andalucía<sup>13</sup>, Aragón<sup>14</sup>, Castilla y León<sup>15</sup>, Navarra<sup>16</sup> y Extremadura<sup>17</sup>, surge una nueva concepción del estatuto de autonomía. Se conciben como normas que no se limitan al contenido mínimo y obligatorio que establece el artículo 147.2 de la Constitución –recordemos: denominación de la Comunidad, la delimitación de su territorio, la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias o la organización y delimitación de sus competencias–, sino como normas con un ámbito material más amplio, lo que les permite regular las relaciones de la entidad autónoma con sus ciudadanos a través de la creación de unos derechos estatutarios.

Según Vicenç AGUADO I CUDOLÀ, la inclusión de un elenco de derechos en los estatutos de autonomía debería haberse valorado positivamente porque «permite avanzar en el proceso de concreción del mandato a las administraciones autonómicas en el bloque de la constitucionalidad y, al mismo tiempo, permite actualizar los mandatos constitucionales a las nuevas necesidades de la ciudadanía»<sup>18</sup>. Sin embargo, la posibilidad de que un parlamento autonómico reconociera un listado propio de derechos ha sido fuertemente cuestionada. De hecho, fue uno de los principales motivos para que, primero, más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso y, más tarde, el Defensor del Pueblo presentaran un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley orgánica de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña<sup>19</sup>.

Analizando la STC 31/2010, de 28 de junio de 2010, que estima parcialmente el primer recurso de inconstitucionalidad, Joaquín TORNOS MAS explica que «el Tribunal rechaza los argumentos en contra de que el estatuto pueda incluir una relación de derechos estatutarios, si bien condiciona la validez de los mismos a que sólo vinculen al legislador autonómico y a que estén materialmente relacionados con el ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma. Por otro lado, señala que la mayoría de los derechos son realmente mandatos de actuación dirigidos al poder público, y no verdaderos derechos subjetivos». Este autor entiende que «el hecho de que desde un estatuto se impongan mandatos al legislador autonómico, y que como consecuencia de ello puedan crearse por mandato estatutario derechos

---

10 Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril.

11 Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio.

12 Ley orgánica 11/2007, de 28 de febrero.

13 Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

14 Ley orgánica 5/2007, de 20 de abril.

15 Ley orgánica 14 7/2007, de 20 de noviembre.

16 Ley orgánica 7/2010, de 27 de octubre.

17 Ley orgánica 1/2011, de 28 de enero.

18 Véase "El derecho a los servicios sociales en el Estatuto de autonomía de Catalunya", *Derechos sociales y estatutos de autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo estatuto del PDI universitario*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 233-247.

19 Un estudio detallado sobre viabilidad de las declaraciones estatutarias de derechos puede encontrarse en MORCILLO MORENO, J., *Validez y eficacia de los derechos estatutarios. En especial, el proyecto de reforma castellano-manchego*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, Toledo, 2013.

diferentes para los ciudadanos dentro del territorio español, es conforme con el Estado de las Autonomías, en la medida en que el mismo reconoce y ampara el pluralismo político»<sup>20</sup>.

Sin embargo, Luis ORTEGA ÁLVAREZ prefiere «no ignorar las tensiones que se originan cuando existe una pluralidad de gobiernos actuando sobre un mismo territorio y cómo los principios de autonomía e igualdad pueden verse envueltos en serios compromisos»<sup>21</sup>. En la misma línea, José Luis CASCAJO CASTRO declara que «la novedad reside ahora, dada la asimetría endógena de nuestro Estado compuesto, en garantizar un régimen jurídico descentralizado de los derechos sociales, donde se pone a prueba el carácter marcadamente económico y funcional de la autonomía en la elaboración de sus propias políticas públicas, con su correspondiente correlato subjetivo de prestaciones, sin romper el marco estatal unitario del estatus de ciudadano, que viene sustentado en los artículos 53, 81.1, 139.1 y 149.1.1ª de la Constitución»<sup>22</sup>.

Finalmente, es oportuno señalar que el carácter inacabado de la Carta Magna –circunstancia que, por otra parte, es general en todas las constituciones– ha de contemplarse en la materia de derechos y libertades, pero también en la configuración del Estado autonómico. De esta forma, cuando a mediados de la década de los setenta se inicia en España el proceso constituyente, no es desacertado afirmar que la sociedad española tenía que hacer frente a dos grandes problemas: cómo transitar de un régimen dictatorial y no constitucional a otro democrático y constitucional y cómo transformar un Estado unitario y centralista en otro políticamente descentralizado<sup>23</sup>.

### 3 La compleja distribución de competencias en el ámbito deportivo

Frente al Estado unitario y centralizado, habitual en la tradición histórica española, la Constitución introduce en su título VIII las Comunidades Autónomas sobre la base de que España es un país plural, variado y extenso<sup>24</sup>. De esta manera, se configura un modelo territorial que se ha dado en llamar el Estado de las autonomías, evitando otras denominaciones más comprometidas ideológicamente, como la federal<sup>25</sup>.

20 Véase “La sentencia del Tribunal Constitucional español 31/2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña”, *Istituzioni del Federalismo*, n.º 1, 2011, pp. 29-30.

21 Véase “Los estatutos de autonomía tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010”, *Istituzioni del Federalismo*, n.º 1, 2011, p. 68.

22 Véase “Los derechos sociales, hoy”, *Revista catalana de dret públic*, n.º 38, 2009, p. 24.

23 Véase PÉREZ ROYO, J., *Curso de derecho constitucional*, 13ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 775.

24 Es importante señalar que, cuando entra en vigor la Constitución, toda España se encuentra ya *de facto* descentralizada, en el caso catalán mediante la restauración de la Generalitat, que se había ratificado mediante decreto de 29 de septiembre de 1977, y en el resto del país, estableciendo, con la excepción de Cantabria, La Rioja y Madrid, regímenes provisionales de autonomía a través de decretos-leyes que consolidan iniciativas de los parlamentarios de las diversas provincias. Se trataba de estructuras de gobierno incipientes, sin potestad legislativa y con un acervo competencial mínimo, al que se referían las comisiones mixtas de traspasos. Pero lo cierto es que este sistema prefiguraba la estructura institucional (Parlamento, Gobierno en mutua relación) de las Comunidades Autónomas del futuro; apuntaba a una generalización autonómica y dibujaba unos espacios políticos, el famoso «mapa autonómico», de difícil rectificación. Véase ARAGÓN REYES, M. (dir.) y AGUADO REYES, C. (codir.), *Organización general y territorial del Estado*, Madrid, Civitas, 2011, p. 359.

25 GARCÍA ROCA, J., explica que «el rechazo del nombre “federal” en España tuvo mucho que ver en nuestras asambleas constituyentes de 1931 y 1978 con el “mito” creado a causa de la Revolución cantonal en 1873 durante la I República, un movimiento que llevó –sea como realmente fuere– a equiparar federalismo con radicalismo e izquierdismo en la conciencia colectiva y la memoria histórica». (“¿Reformar el Estado en clave federal?”, *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, n.º 34, 2013, p. 20). Por otra parte, SORIANO GARCÍA, J. A. y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., afirman que «no añade nada la expresión “federal”, pero si sirviera para algo, hágase, pese a que sabemos no es algo sustancialmente distinto de lo que tenemos y, por ende, no hay que tenerle ningún miedo. La expresión “federal”

Las líneas maestras de este modelo organizativo compuesto vienen expuestas en dos preceptos constitucionales de importancia crucial. De una parte, el artículo 2, que declara que «la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas». De otra, el artículo 137, que especifica que «el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses».

Asimismo, es relevante aludir a que la configuración de un Estado descentralizado –en el que el poder, incluido el legislativo, se encuentra repartido– ha favorecido la sustitución de un ordenamiento jurídico único por otro ordenamiento complejo. La coexistencia de diversos ordenamientos jurídicos en un mismo territorio ha provocado que el principio de jerarquía normativa ya no baste para explicar las relaciones internormativas y ha forzado, por tanto, la introducción de específicas reglas para que el correspondiente conjunto normativo quede debidamente articulado<sup>26</sup>.

En lo que a la vertebración territorial se refiere, es oportuno señalar que el texto constitucional no diseña un mapa de las Comunidades Autónomas, es decir, no las enumera y contempla el acceso a la autonomía como un derecho abierto. El artículo 143.1 de la Constitución establece que, «en el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este título y en los respectivos estatutos». Tampoco la Constitución define las competencias de éstas, sino que remite esta determinación a los estatutos de autonomía «dentro del marco establecido en la Constitución» conforme a su artículo 147.1 d).

Con el objeto de saber cuál es la Administración competente para llevar a cabo la obligación pública de fomento respecto de la materia deportiva que se infiere en el artículo 43.3 de la Constitución, es preciso acudir, en primer lugar, al título VIII de la Constitución y, en segundo lugar, a los estatutos de autonomía. La cuestión competencial, derivada del juego entre este título de la Constitución y cada uno de los estatutos de autonomía, dista de ser algo completamente claro. Al respecto, Santiago MUÑOZ MACHADO sostiene que el título VIII de la Constitución es, de principio a fin, incorrectísimo técnicamente. En su opinión, resulta inexplicable que la parte más delicada de la Constitución no fuera tratada con más cuidado y talento. Realmente es de una complejidad asombrosa y, por fuerza, su aplicación tenía que conducir a la generación de conflictos competenciales permanentes, tardanzas infinitas en su resolución, y llevar a una relajación final en la que cada poder concernido actúa a su arbitrio a despecho de las reglas<sup>27</sup>. Por su parte, José Luis MEILÁN GIL considera, sin embargo, que lo rechazable en el Estado autonómico actual no procede tanto de la

---

gusta poco por la historia que representó la I República, por lo que la II República ni lo tuvo en cuenta, desechándolo. Tampoco lo quieren las Autonomías especiales, ya que el federalismo tiende a la uniformización y precisamente de ella es de la que quieren escapar Cataluña y el País Vasco. No lo quiere nadie, pero si sirviera, pues, como dijimos, hágase» («Crónica de un acontecimiento: la presentación política del «Informe sobre España» de Santiago Muñoz Machado», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 34, p. 41).

26 Véase FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 202-217.

27 Véase *El informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Crítica, Barcelona, 2012, p. 102.

redacción del texto constitucional como de su aplicación por los partidos políticos mayoritarios, en una auténtica mutación constitucional, en contra del espíritu y de la letra de la Constitución. Desde su punto de vista, por tanto, más que una reforma de ésta, podría reivindicarse una vuelta a la Constitución<sup>28</sup>.

En el título VIII de la Constitución se establecen dos listados de materias en dos preceptos. El primero de ellos contiene veintidós materias sobre las que Comunidades Autónomas pueden asumir competencias a través de sus respectivos estatutos. El segundo recoge, en su apartado 1, treinta y dos materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva. En cualquier caso, el marco constitucional debe completarse con las cláusulas complementarias, residuales o de cierre, previstas en el artículo 149.3: «Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos estatutos. La competencia sobre las materias que no hayan asumido los estatutos de autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas».

Dentro de los preceptos constitucionales relativos al reparto competencial, una mención expresa al deporte la encontramos únicamente en el artículo 148.1.19ª, donde se establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en la materia «promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio». A partir de dicha alusión constitucional y de la ausencia de una cláusula expresa que apodere al Estado en este ámbito, los estatutos de autonomía han asumido el deporte como una de sus competencias exclusivas.

A título ejemplificativo, la Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril, del Estatuto de autonomía de Galicia, declara, en su artículo 27.22, que «en el marco de este estatuto corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias: (...) La promoción del deporte y la adecuada utilización del ocio»<sup>29</sup>. En el ejercicio de esta compe-

28 Véase "El Estado autonómico: diseño, aplicación, restauración", *La reforma del Estado y de la Administración española*, M. Baena del Alcázar (dir.), INAP, Madrid, 2013, p. 255.

29 Tras las últimas reformas estatutarias, se percibe la tendencia a definir exhaustivamente las competencias asumidas. Verbigracia, el artículo 134 del Estatuto de autonomía de Cataluña establece que «1. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de deporte, que incluye en todo caso:

- a) El fomento, la divulgación, la planificación y la coordinación, la ejecución, el asesoramiento, la implantación y la proyección de la práctica de la actividad física y del deporte en cualquier parte de Cataluña, en todos los niveles sociales.
- b) La ordenación de los órganos de mediación en materia de deporte.
- c) La regulación de la formación deportiva y el fomento de la tecnificación y del alto rendimiento deportivo.
- d) El establecimiento del régimen jurídico de las federaciones y los clubes deportivos y de las entidades catalanas que promueven y organizan la práctica del deporte y de la actividad física en el ámbito de Cataluña, y la declaración de utilidad pública de las entidades deportivas.
- e) La regulación en materia de disciplina deportiva, competitiva y electoral de las entidades que promueven y organizan la práctica deportiva.
- f) El fomento y la promoción del asociacionismo deportivo.
- g) El registro de las entidades que promueven y organizan la práctica de la actividad física y deportiva con sede social en Cataluña.
- h) La planificación de la red de equipamientos deportivos de Cataluña y la promoción de su ejecución.
- i) El control y el seguimiento médico-deportivo y de salud de los practicantes de la actividad física y deportiva.
- j) La regulación en materia de prevención y control de la violencia en los espectáculos públicos deportivos, respetando las facultades reservadas al Estado en materia de seguridad pública.
- k) La garantía de la salud de los espectadores y de las demás personas implicadas en la organización y el ejercicio de la actividad física y deportiva, así como de la seguridad y el control sanitarios de los equipamientos deportivos.
  - l. El desarrollo de la investigación científica en materia deportiva.
  2. La Generalitat participa en entidades y organismos de ámbito estatal, europeo e internacional que tengan por objeto el desarrollo del deporte.

tencia, el Parlamento de Galicia dictó la Ley 11/1997, de 22 de agosto, general del deporte de Galicia, que se convirtió en la primera norma con vocación de regulación de la actividad física en nuestro territorio y que fue finalmente remplazada con posterioridad por la Ley 3/2012, de 2 de abril, del deporte de Galicia<sup>30</sup>.

La realidad evidencia que, paralelamente al desarrollo de iniciativas legislativas autonómicas, existe una legislación estatal que reglamenta el fenómeno deportivo afrontando muchas de sus vertientes. Primero, la Ley 13/1980, de 31 de marzo, general de la cultura física y el deporte; y, luego, la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte<sup>31</sup>. Este hecho constata que la actividad deportiva no puede atribuirse a un único poder público, pues confluyen en ella una multitud de facetas (salud, educación, cultura, profesiones reguladas o legislación mercantil, etc.) que determinan necesariamente un entrecruzamiento de títulos competenciales y, por ende, una concurrencia de la actuación de las diversas administraciones. En este sentido, tampoco sería posible obviar el creciente papel que la Unión Europea juega en el ámbito deportivo<sup>32</sup>.

- 
3. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de tiempo libre, que incluye en todo caso el fomento y la regulación de las actividades que se lleven a cabo en el territorio de Cataluña y el régimen jurídico de las entidades que tengan por finalidad el ejercicio de actividades de tiempo libre.
  4. La Generalitat participa en entidades y organismos de ámbito estatal, europeo e internacional que tengan por objeto el desarrollo del tiempo libre».

30 El 30 de mayo de 2012 se celebraron unas jornadas en la EGAP con el objeto de analizar las novedades de dicha normativa. Las conferencias pueden consultarse en el siguiente enlace <http://egap.xunta.es/fichaxornada/index/6028>

31 La sentencia del Tribunal Constitucional 16/1996, de 1 de febrero, establece que «no cabe desconocer que el Estado ostenta competencias sobre determinadas materias, singularmente educación y cultura, que pueden incidir también sobre el deporte; todo ello sin perjuicio de las competencias específicas que la Ley 10/1990, del deporte, atribuye al Estado, en especial de coordinación con las Comunidades Autónomas respecto de la actividad deportiva general y apoyo, en colaboración también con las Comunidades Autónomas, del deporte de alto nivel». La reciente sentencia del Tribunal Constitucional 80/2012, de 18 de abril, precisa, en cambio, que «resulta evidente que la llamada “representación internacional” en el ámbito deportivo tiene difícil encaje en la materia de “relaciones internacionales” prevista en el artículo 149.1.3 CE, puesto que ni nos encontramos ante relaciones entre Estados u otro tipo de organismos públicos –ya que las estructuras deportivas internacionales tienen un carácter absolutamente privado– ni la participación en competiciones oficiales supone la asunción de compromisos u obligaciones internacionales de ningún tipo. Así lo hemos mantenido recientemente en la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre la adecuación a la Constitución de determinados preceptos del Estatuto de autonomía de Cataluña, en la que, con ocasión de pronunciarnos sobre la constitucionalidad del apartado segundo del artículo 134 EAC relativo a la competencia autonómica sobre “deporte y tiempo libre” –que prevé la participación de la Generalitat “en entidades y organismos de ámbito estatal, europeo e internacional que tengan por objeto el desarrollo del deporte”– por su posible colisión con las competencias del Estado en materia de relaciones internacionales (artículo 149.1.3 CE), dijimos que “la participación de la Generalitat en entidades y organismos europeos o, en general, internacionales que tengan por objeto el desarrollo del deporte, no supone el ejercicio de potestades que están reservadas al Estado ex artículo 149.1.3 CE, ni puede condicionar el libre y pleno ejercicio estatal de dicha competencia correspondiendo al Estado regular su alcance y modalidades” (FJ 80)».

32 Sobre el interés europeo por el deporte, Ángel IGLESIAS ALONSO señala que «ya en la Carta Europea del Deporte para Todos de 1975 del Consejo de Europa se ponían de manifiesto los beneficios del deporte en materia de educación, salud e integración social y se confiaba a los países signatarios y a sus sociedades civiles la responsabilidad de implementar acciones conducentes a la promoción de las prácticas deportivas. Más recientemente, y ya en el ámbito de las instituciones comunitarias, en 1997 en Ámsterdam se hizo hincapié en la importancia del deporte para reforzar la identidad europea y se instó a diversos órganos de la Unión para trabajar más estrechamente con las federaciones deportivas de los países miembros al objeto de potenciar su papel, particularmente en lo concerniente al desarrollo y promoción del deporte no profesional y el papel que en su desarrollo tiene el asociacionismo deportivo. De la misma forma, en la reunión del Consejo Europeo en Viena en 1998 se reconoció la importancia del deporte como instrumento para el cumplimiento de los fines de la Unión y se instó a la Comisión Europea para tomar iniciativas en la puesta en marcha y en el desarrollo de acciones para el cumplimiento de esos fines. De la misma manera, en diversos documentos se manifiesta un creciente interés por asuntos importantes relacionados con la práctica deportiva, desde los problemas generados por el dopaje hasta la necesidad de someterse a unos principios éticos que salvaguardan la práctica del deporte; en este sentido, se apuesta por la coordinación de actuaciones y la colaboración entre la comisión, las federaciones internacionales y los países miembros al objeto de implantar medidas preventivas» (“Política deportiva y Estado de bienestar en España: una perspectiva desde las propuestas electorales”, *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento. Deportes. Juegos de azar. Entretenimiento y Música*, n.º 21, 2007, p. 33).

## 4 Las obligaciones de los municipios en el fomento del deporte

La obligación constitucional de fomento en lo que al deporte se refiere afecta a todos los poderes públicos, incluida la Administración local. En esta línea, Ramón TEROL GÓMEZ y Alberto PALOMAR OLMEDA sostienen que «es en el nivel local, en el municipio especialmente, donde se establece el marco idóneo para la promoción del “deporte para todos”<sup>33</sup>, pues se trata de la Administración pública más próxima al ciudadano y la mejor conocedora de la realidad social que le rodea»<sup>34</sup>.

En relación con las competencias de las entidades locales, ha de precisarse que éstas no se fijan ni en la Constitución ni en un único texto normativo, sino mediante las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas. De esta forma, se suele decir con frecuencia que el régimen jurídico de la planta local es bifronte, esto es, como si tuviera dos frentes o caras. Con ello se quiere destacar que esta Administración territorial no depende, en su regulación legal ni en la ejecución de las funciones administrativas, sólo del Estado o sólo de las Comunidades Autónomas, sino de ambos, según la distribución de competencias correspondiente<sup>35</sup>.

En opinión de Manuel MEDINA GUERRERO, los nuevos estatutos, especialmente el catalán y el andaluz, constituyen un punto de inflexión en la garantía y protección de la autonomía local, nacen con una marcada vocación municipalista, apostando por una profunda interiorización del régimen local en el ámbito autonómico poniendo así fin al carácter bifronte que venía caracterizando al régimen local en el marco del Estado autonómico. Para dicho autor, los mencionados estatutos pretenden evitar que las competencias locales estén a disposición del legislador sectorial a través del sencillo expediente de delimitar un ámbito material en el que necesariamente habrán de reconocerse competencias propias a las entidades locales. De este modo, se ha querido blindar un espacio mínimo de competencias propias locales en el Estatuto, por más que en su deslinde exacto sea precisa la configuración del legislador<sup>36</sup>.

33 Según Juan Antonio LANDEIRA UNZETA, cuando se hace alusión al deporte para todos, se está pensando en el deporte recreativo, es decir, en el deporte practicado por la ciudadanía de toda edad y condición con fines de salud, ocio, recreación, bienestar, estética, etc., al margen de sistemas de competición de rendimiento que se organizan en el ámbito del deporte escolar, del deporte universitario o del deporte federado. Este deporte para todos se puede practicar de forma espontánea, libre e individual, pero también se puede practicar en el seno de actividades organizadas; se puede practicar en instalaciones deportivas convencionales y en espacios al aire libre o en el medio natural; se puede practicar en el ámbito de competiciones populares o en el seno de programas de fomento que organizan ayuntamientos y otros agentes sociales, públicos y privados, etc. En definitiva, el subsistema del deporte para todos presenta una gran variedad, una gran policromía. (“Algunas aportaciones del derecho al deporte para todos del siglo XXI”, *Aportaciones del derecho al deporte del s. XXI, Jornadas de Derecho Deportivo, cit.*, p. 100).

34 Véase “El ordenamiento estatal del deporte”, *Derecho deportivo*, Palomar Olmeda, A. y Pérez González, C. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, <http://www.tirantonline.com>.

35 Ahora bien, las entidades que comprenden la Administración Local tienen unos caracteres diversos a los dos tipos de Administraciones anteriormente citadas. No son aparatos organizativos que se sitúen bajo la dependencia directa de un poder ejecutivo propio de una entidad política. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha explicado en diversas sentencias (núms. 32/1981, 84/1982, 170/1989, 214/1989) que la autonomía local, tal como se reconoce en los artículos 137 y 140 de la Constitución, goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar. Esa garantía institucional supone el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración de cuanto les atañen, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación es posible. Más allá de este límite de contenido mínimo que protege, la garantía institucional de la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional. Véase COBO OLVERA, T., *Ley de bases del régimen local: comentarios, concordancias y jurisprudencia: adaptada a la Ley de medidas para la modernización del gobierno local*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2004, p. 225.

36 Véase *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 (disponible en: <http://www.tirantonline.com/tol/documento/show/4147223?route=ser&general=la+reforma+del+r%C3%A9gimen+local&searchtype=substring>).

Es bien sabido que, al socaire de la crisis económica actual, las mayores preocupaciones han sido dos: el desarrollo económico y la reducción del déficit público. En la última dirección, es conocido igualmente que se han realizado ajustes drásticos en los gastos e inversiones públicas de toda clase, reabriéndose el debate sobre la viabilidad de algunas tareas de las que tradicionalmente se ocupaban las administraciones.

El final de la prosperidad económica puso en solfa inicialmente el capitalismo, pero ha acabado también por poner en duda el futuro del Estado, al menos tal como lo concebíamos hasta el momento. La crisis económica ha determinado la crisis de las cuentas públicas, cada vez con menos recursos para afrontar los gastos públicos, pero también la crisis de la Administración como institución al servicio de los intereses generales. Las labores que tiene encomendadas se presentan asiduamente como una carga que dificulta, si no impide, la recuperación y la vuelta al crecimiento económico.

Tal vez el mayor peligro del contexto macroeconómico que vivimos lo constituya que éste supone un recurso al que apelar para argumentar reducciones inmediatas del gasto sin atender a las razones de fondo de su necesaria permanencia. Es esencial comprender que el escenario requiere no simples medidas de contención o reducción del gasto de carácter lineal, sino aunar esfuerzos en pro del objetivo común, que no es otro que la necesaria racionalización del gasto pero bajo la idea del mantenimiento de la calidad y la equidad en la prestación de los servicios públicos.

A pesar de la conveniencia de fomentar la práctica del deporte desde los municipios, no descubrimos nada nuevo si indicamos que, tras el fin de la bonanza económica, las partidas presupuestarias destinadas a los servicios deportivos se han reducido, lo cual ha afectado a la mejora de su oferta o simplemente a su mantenimiento. En un contexto en el que la consigna es la austeridad, no es extraño que numerosos ciudadanos se pregunten si las dificultades financieras diluyen las obligaciones de los municipios en este campo. No obstante, no existe una cobertura legal que avale tal desinterés por el fenómeno deportivo, aun en épocas de fuertes crisis económicas.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (en adelante, LRSAL) arranca de una determinada convicción política: las entidades locales suponen un alto coste para el conjunto del Estado. Unas veces, porque realizan actividades que no les corresponden, o que no deberían llevar a cabo. Otras veces, porque son, simplemente, ineficientes, ya que las actividades que realizan las cumplen con mayor gasto del que sería procedente. Al amparo de este discutible convencimiento, la citada ley propone reformar las competencias locales (para evitar duplicidades y asegurar la sostenibilidad financiera de ciertos servicios municipales); «racionalizar» (es decir, reducir) el sector público local, las entidades locales menores y las mancomunidades «no sostenibles»; fortalecer a los secretarios, interventores y tesoreros municipales, y reducir las retribuciones de los concejales y alcaldes, así como el número de empleados públicos «eventuales» (puestos de confianza política) en las Administraciones locales<sup>37</sup>.

La entrada en vigor de la LRSAL ha provocado una situación de incertidumbre en los municipios, fundamentalmente respecto a las competencias de éstos, debido a los cambios

---

37 Véase VELASCO CABALLERO, F., "Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Anuario de Derecho Local*, n.º 6, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 25.

introducidos en su régimen competencial. Así las cosas, la seguridad jurídica y la conveniencia de una interpretación homogénea de los postulados de la nueva regulación han sido los dos principales argumentos esgrimidos por las Comunidades Autónomas para justificar un desarrollo de esta ley<sup>38</sup>.

Tras la aprobación de la LRSAL se sigue reconociendo a las entidades locales en el artículo 2.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LBRL), su derecho a «intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses», aunque adecuando ahora su ejercicio no ya sólo a los principios de descentralización y proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos, sino también a los de «eficacia y eficiencia, con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

La nueva redacción del artículo 7 de la LBRL instaura una tipología de competencias de las entidades locales, diferenciando entre competencias «propias» y «atribuidas por delegación». Ante el vacío dejado por la redefinición de la cláusula general de competencias del artículo 25.1 y la supresión del artículo 28, ambos de la LBRL, surge igualmente un tipo residual competencial, las competencias «distintas de las propias y atribuidas por delegación»<sup>39</sup>.

El artículo 25.1 de la LBRL establece que «el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo». Por tanto, después de la aprobación de la LRSAL, ha desaparecido el sintagma «toda clase» y el término «cuantos» que antes precedían, respectivamente, a los sustantivos «actividades» y «servicios públicos» y se ha incluido la expresión «en los términos previstos en este artículo».

La supresión de los términos «toda clase» y «cuantos» anuncia una restricción o limitación respecto a la asunción competencial por parte de los municipios. De otro lado, la inclusión del requisito «en los términos previstos en este artículo» permite poner en cuestión si, tras la aprobación de esta norma, el precepto continúa encerrando una cláusula de competencia general, esto es, si el ayuntamiento puede, como hasta ahora, adoptar múltiples y heterogéneas iniciativas, con el fin de satisfacer el interés general de los vecinos, en todos aquellos ámbitos de actuación que no estén reservados a otra Administración. Al respecto, a título ejemplificativo, la Comunidad Autónoma de Andalucía aclara, en el preámbulo del Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que dicha norma «no prohíbe a las Comunidades Autónomas atribuir otras competencias a las entidades locales distintas de las previstas en los artículos 25.2 y 36.1 de la LBRL, pues lo contrario sería inconstitucional».

38 Para un conocimiento más detallado de la implantación de la LRSAL a nivel autonómico, nos remitimos a GALÁN GALÁN, A., "La aplicación autonómica de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n.º extraordinario, enero 2015, <http://revistaonline.inap.es>.

39 Esta tipología de competencias se denominó primero «competencias impropias». El Consejo de Estado, en un Dictamen de 26 de junio de 2013, rechazó esta expresión, proponiendo en su lugar la de «competencias distintas de las propias y atribuidas por delegación». Ciertamente, existe una gran confusión en torno a las llamadas «competencias impropias» de los entes locales. Esta expresión es utilizada con sentidos muy diversos. Alfredo GALÁN GALÁN distingue ocho acepciones en *La reordenación de las competencias locales: duplicidad de administraciones y competencias impropias*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2012, pp. 57-102.

De la lectura del vigente artículo 25 de la LBRL, deducimos que se ha reordenado igualmente su apartado 2, esto es, la lista de materias que el municipio ejercerá como competencias propias. De este modo, comprobamos que la previsión «actividades o instalaciones deportivas: ocupación del tiempo libre» (apartado m) como competencia propia de los municipios ha sido remplazada por el enunciado «promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre» (apartado l). Dado que el variado elenco de materias relacionadas en la nueva versión del artículo 25 es muy amplio, y puede implicar el ejercicio de potestades regulatorias pero también prestacionales, en los apartados 3 a 5 se señalan una serie de condicionamientos que, a excepción del principio de descentralización y garantía de no atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública (apartado 5), habrá que interpretar que sólo se refieren a la «implantación de servicios locales», como son los de «eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera». El artículo 25.4 de la LBRL declara que la ley a la que se refiere el apartado anterior deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad. Asimismo, la ley debe prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las entidades locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones. Desde la perspectiva de Martín BASSOLS COMA, estos condicionamientos sólo pueden tener relevancia cuando se trate del ejercicio de competencias que comporten la creación, instalación o implantación de servicios de gestión específicos, precisados de un gasto o financiación *ad hoc*, pues en caso contrario sería inviable una justificación de tal naturaleza en relación con la realización de cada una de las regulaciones, reglamentaciones, planificaciones, sanciones, inspecciones, autorizaciones, etc., que además tienen ya su cobertura con la financiación genérica<sup>40</sup>.

Por lo que se refiere a la enumeración de los servicios de prestación obligatoria, anotamos que la redacción actual del artículo 26 de la LBRL es el lógico correlato de las modificaciones introducidas en el anterior precepto y que los municipios con población superior a 20.000 habitantes deberán prestar, en todo caso, el servicio de instalaciones deportivas de uso público.

El artículo 27.3 de la LBRL dispone que con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía, y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos, entre otras, la competencia referente a la gestión de las instalaciones deportivas de su titularidad, incluyendo las situadas en los centros docentes cuando se usen fuera del horario lectivo (apartado h). Se trata de dos grupos de instalaciones totalmente distintos, donde en el primero hemos de señalar que, normalmente, este tipo de instalaciones se corresponden con el alto rendimiento deportivo, que, en resumidas cuentas, lo gestiona la Administración que lo financia, por lo que es difícil que se deleguen al ámbito municipal; otra cosa muy distinta es que se establezcan acuerdos de colaboración entre la Administración municipal y el titular de la instalación, para que los ciudadanos de las poblaciones cercanas puedan tener y utilizar los servicios deportivos de los que disponen cuando éstos no estén ocupados por los titulares de dichas actividades; en el otro grupo, el que se corresponde con los centros escolares, es una práctica muy utilizada que las instala-

---

40 Véase “La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general”, *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 34, 2014, p. 30.

ciones deportivas escolares puedan ser usadas fuera del horario lectivo por los ciudadanos del municipio, previo convenio o acuerdo de colaboración, siendo lo normal que el municipio abone los gastos que ocasiona la utilización fuera del horario escolar, y no al revés, que la Administración titular ceda la instalación y la pague, cuando no es una competencia suya. En definitiva, Ignacio JIMÉNEZ SOTO considera muy poco probable que se produzcan delegaciones en el ámbito deportivo, al margen de los convenios de colaboración existentes y de la cesión de instalaciones que no llevan el gasto de mantenimiento, aunque la ley abre el paso a esta posibilidad<sup>41</sup>. Por último, hay que resaltar que el ámbito subjetivo de la delegación excluye a las diputaciones provinciales, que la efectividad de la delegación requiere obviamente la aceptación del municipio, que el ejercicio de las competencias atribuidas por delegación se somete a una dirección y a un control rigurosos por parte de la Administración delegante, y que, sin duda, la innovación más importante del nuevo régimen de delegación estriba en ir acompañada de la correspondiente financiación.

Como colofón, es preciso apuntar que, al amparo del artículo 7.4 de la LBRL, las entidades locales pueden ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando se cumplan dos requisitos: que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y que no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea de éste. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en los que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias. Para terminar, cabe advertir que la inexistencia de duplicidades tendrá que referirse a actividades o servicios que realmente venga realizando o prestando en el término municipal otra Administración, no al mero hecho de la concurrencia competencial en abstracto, pues de lo contrario se desvirtuaría por completo la cláusula general de competencia y se vulneraría con ello la Carta Europea de Autonomía Local<sup>42</sup>.

Regap



ESTUDIOS

## 5 Algunos problemas que plantea promoción del deporte a nivel local

La Ley 3/2012, de 2 abril, del deporte de Galicia, delimita las competencias de las distintas administraciones en dicha materia como consecuencia de la vocación generalista de la propia norma y la necesidad de conseguir que la actuación del conjunto de los poderes públicos en este ámbito responda a criterios y objetivos comunes. El título II describe las competencias de la Administración autonómica, las diputaciones provinciales y los municipios en los artículos 5, 7 y 8 respectivamente. Entre las competencias de titularidad municipal, se citan la organización de campeonatos y eventos deportivos de carácter local y la gestión de las instalaciones deportivas, en las cuales centraremos nuestra atención por haber sido objeto de diferentes controversias en los últimos tiempos.

41 Véase "Evolución y configuración de los servicios deportivos locales. Un acotamiento a propósito de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n.º 3, enero-junio 2015, <http://revistaonline.inap.es>.

42 Véase MÍGUEZ MACHO, L., "As competencias locais tras a Lei de racionalización e sostibilidade da Administración local", *Revista Galega de Administración Pública*, n. 147, 2014, p. 199.

Entre los modelos que existen para organizar un acontecimiento de naturaleza deportiva, Rosa VIDAL MONFERRER alude a aquél que consiste en la atribución a una empresa privada de la organización del evento y a la Administración local del fomento del mismo, que decide coorganizarlo, de tal forma que el evento queda excluido del pago de la tasa municipal por la utilización del dominio público. Esta autora explica que dicho modelo se emplea, por ejemplo, en el Campeonato de España de Ciclismo el día que la Vuelta llega al ayuntamiento de Valencia<sup>43</sup>. El modelo de colaboración público-privado descrito no está exento de polémica, puesto que sólo los eventos deportivos de interés público pueden beneficiarse de él.

Sobre las instalaciones deportivas, es importante destacar un dato. El Censo Nacional de Instalaciones Deportivas muestra un total de 79.059 instalaciones censadas, de las cuales los ayuntamientos cuentan con el 61,63% de los m<sup>2</sup> de la superficie útil destinada a espacios deportivos<sup>44</sup>. La actuación de los municipios en un sector como el de los gimnasios puede afectar a los intereses de empresas privadas que proveen los mismos servicios en el término municipal. Sin embargo, ello no representa una alteración de las reglas del mercado. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2009 declara que la presencia pública en este ámbito se acomoda perfectamente a los artículos 38<sup>45</sup> y 128.2<sup>46</sup> de la CE. No obstante, consideramos que un tema más controvertido es aquel que se refiere a las tasas por la prestación de los servicios en las instalaciones deportivas municipales. Su objetivo es cubrir el coste del servicio y, por tanto, lo determinante para la Administración que la establece es el necesario estudio económico-financiero que ponga en valor los citados costes<sup>47</sup>. Es recriminable que los gobiernos locales aprueben una subida de las tasas apoyándose en un afán recaudatorio. Sin embargo, la posibilidad de su actualización dificulta la articulación de una oposición frente a dichas decisiones.

Finalmente, creemos necesario reafirmar la certeza de que la inversión pública realizada en los últimos años es parte del éxito deportivo español, por lo que la consolidación de una política pública en esta dirección parece esencial. Sin embargo, una vez realizada esta aseveración, no cabe duda de que la financiación de la cuestión deportiva necesita ser repensada en la actualidad. A nuestro juicio, la utilización razonable de los fondos públicos exige el afrontamiento inaplazable de tres retos. En primer lugar, es preciso delimitar claramente el papel que le corresponde a cada una de las Administraciones con el objeto de no duplicar esfuerzos y, por ende, destinar recursos económicos a una misma finalidad. En segundo lugar, es conveniente decidir si los poderes públicos financiarán en el futuro el conjunto de las manifestaciones de la actividad deportiva o, por el contrario, se concentrarán en algunas de ésta. Y en tercer y último lugar, es oportuno señalar que las tasas que sufragan las actividades municipales pueden ser alteradas, pero siempre con la observancia del principio de transparencia.

43 Véase "La organización de eventos deportivos: modelos de colaboración público-privada", *Aportaciones del Derecho al Deporte del s. XXI, Jornadas de Derecho Deportivo*, cit., pp.169-170.

44 Esta información se extrae de la siguiente página: [http://www.femp.es/Portal/Front/ContenidoDetalle/\\_N1w1oXtNSY0NK3fbzNCuwFAOdBUPGKyauXvSj4llaXQ](http://www.femp.es/Portal/Front/ContenidoDetalle/_N1w1oXtNSY0NK3fbzNCuwFAOdBUPGKyauXvSj4llaXQ) (29 de marzo de 2013).

45 Este precepto indica: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

46 Este precepto dispone: «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

47 Véase PALOMAR OLMEDA, A., "La competencia desleal en la organización de actividades deportivas por los Poderes Públicos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2009", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 28, 2009.

## 6 Bibliografía

- AGUADO I CUDOLÀ, V., "El derecho a los servicios sociales en el Estatuto de autonomía de Catalunya", *Derechos sociales y estatutos de autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo estatuto del PDI universitario*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- ARAGÓN REYES, M. (dir.) y AGUADO REYES, C. (codir.), *Organización general y territorial del Estado*, Madrid, Civitas, 2011.
- BASSOLS COMA, M., "La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general", *Cuadernos de derecho local*, n.º 34, 2014.
- CASCAJO CASTRO, J. L., "Los derechos sociales, hoy", *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 38, 2009.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2012.
- GALÁN GALÁN, A., "La aplicación autonómica de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n.º extraordinario, enero 2015, <http://revistaonline.inap.es>.
- GALÁN GALÁN, A., *La reordenación de las competencias locales: duplicidad de administraciones y competencias impropias*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2012.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Á., *Los nuevos retos de los servicios sociales en España*, ePraxis, Sevilla, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El sistema descentralizador de las Comunidades Autónomas tras la Constitución de 1978", *Revista de Administración Pública*, n.º 175, 2008.
- GARCÍA ROCA, F. J., "¿Reformar el Estado en clave federal?", *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 34, 2013.
- GONZÁLEZ GRIMALDO, M. C., *El ordenamiento jurídico del deporte*, Civitas, Madrid, 1974.
- IGLESIAS ALONSO, Á., "Política deportiva y Estado de bienestar en España: una perspectiva desde las propuestas electorales", *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento. Deportes. Juegos de azar. Entretenimiento y Música*, n.º 21, 2007.
- JIMÉNEZ SOTO, I., "Evolución y configuración de los servicios deportivos locales. Un acotamiento a propósito de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n.º 3, enero-junio 2015.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "La defensa de la cruzada de derechos: La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Anuario jurídico de La Rioja*, n.º 10, 2005.
- MEDINA GUERRERO, M., *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

regap



ESTUDIOS

- MEILÁN GIL, J. L., "El Estado autonómico: diseño, aplicación, restauración", *La reforma del Estado y de la Administración española*, M. Baena del Alcázar (dir.), INAP, Madrid, 2013.
- MÍGUEZ MACHO, L., "As competencias locais tras a Lei de racionalización e sostibilidade da Administración local", *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 47, 2014.
- MORCILLO MORENO, J., *Validez y eficacia de los derechos estatutarios. En especial, el proyecto de reforma castellano-manchego*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, Toledo, 2013.
- MUÑOZ MACHADO, S., *El informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Crítica, Barcelona, 2012.
- MUÑOZ MACHADO, S., "Sobre la pobreza y el Derecho", discurso de investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Valencia pronunciado el 7 de marzo de 2013. (Disponible en la página <http://www.uv.es/uvweb/universidad/es/listado-noticias/jurista-santiago-munoz-machado-afirma-reduccion-politicas-sociales-puede-afectar-directamente-dignidad-humana-1285846070123/Noticia.html?id=1285873993623>, consultada el 1 de febrero de 2016).
- OJEDA MARÍN, A., *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 2005.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., "Los estatutos de autonomía tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010", *Istituzioni del Federalismo*, n.º 1, 2011.
- PALOMAR OLMEDA, A., "La competencia desleal en la organización de actividades deportivas por los Poderes Públicos en la Sentencia del tribunal Supremo de 29 de junio de 2009", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 28, 2009.
- PALOMAR OLMEDA, A. y VV.AA., "Aportaciones del derecho al deporte federado y asociativo", *Aportaciones del derecho al deporte del s. XXI, Jornadas de Derecho Deportivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (disponible en <http://www.tirantonline.com>).
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 13ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2012.
- SORIANO GARCÍA, J. E. y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., "Crónica de un acontecimiento: la presentación política del «Informe sobre España» de Santiago Muñoz Machado", *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 34, 2013.
- TEROL GÓMEZ, R. y PALOMAR OLMEDA, A., "El ordenamiento estatal del deporte", *Derecho deportivo*, A. Palomar Olmeda y C. Pérez González (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- TORNOS MAS, J., "La sentencia del Tribunal Constitucional español 31/2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña", *Istituzioni del Federalismo*, n.º 1, 2011.
- VELASCO CABALLERO, F., "Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local", *Anuario de Derecho Local*, n.º 6, Marcial Pons, Madrid, 2013.

# Regap

Comentarios y notas

2



## A defectuosa información pública como causa de nulidade dos plans urbanísticos

### La defectuosa información pública como causa de nulidad de los planes urbanísticos

#### Defective public information like reason of nullity of the urban development plans



M.<sup>a</sup> JOSÉ VALENZUELA RODRÍGUEZ

Técnica de Administración General (Administración Local)  
Cuerpo Superior de la Xunta de Galicia (España)  
mvamj@yahoo.es

Recibido: 07/01/2016 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



COMENTARIOS Y NOTAS

**Resumo:** A elaboración e aprobación dos plans urbanísticos constitúe un laborioso proceso que se define pola súa gran complexidade. Malia iso, a aprobación dos plan non blinda o documento fronte á declaración sobrevida de nulidade dictada polos órganos xurisdicionais ao apreciar vicios de nulidade de pleno dereito. Este traballo pretende analizar unha das múltiples causas que poden determinar a nulidade dos instrumentos de planeamento: a defectuosa realización do trámite de información pública. Para iso, realízase un estudo das distintas lexislacións urbanísticas autonómicas e analízase a doutrina e a xurisprudencia que se ocupou desta materia, deténdonos especialmente na necesidade dunha segunda información pública cando se produce unha modificación substancial do plan.

**Palabras clave:** información pública, nulidade de plan urbanístico, modificación substancial, participación, decretos de suspensión, planeamento.

**Resumen:** La elaboración y aprobación de los planes urbanísticos constituye un laborioso proceso que se define por su gran complejidad. Pese a ello, la aprobación de los planes no blinda el documento frente a la declaración sobrevenida de nulidad dictada por los órganos jurisdiccionales al apreciar vicios de nulidad de pleno derecho. Este trabajo pretende analizar una de las múltiples causas que pueden determinar la nulidad de los instrumentos de planeamiento: la defectuosa realización del trámite de información pública. Para ello se realiza un estudio de las distintas legislaciones urbanísticas autonómicas y se analiza la doctrina y jurisprudencia que se ha ocupado de esta materia, deteniéndonos especialmente en la necesidad de una segunda información pública cuando se produce una modificación substancial del plan.

**Palabras clave:** información pública, nulidad de plan urbanístico, modificación sustancial, participación, decretos de suspensión, planeamiento.

**Abstract:** The development and adoption of urban planning is a laborious process that is defined by its complexity. Nevertheless, the approval of plans document does not shield against the supervening invalidity issued by the courts in assessing vices of nullity. This paper aims to analyze one of the many causes that can determine the invalidity of planning instruments, the defective implementation of the public inquiry. To do a study of the different regional urban

planning legislation is made and the doctrine and jurisprudence that has dealt with this matter, especially stopping the need for a second public information when a substantial change occurs plan is analyzed.

**Key words:** public information, nullity urban plan, substantial modification participation, planning decrees suspension.

**Sumario:** 1 Introducción. La información pública como manifestación del principio de participación ciudadana. 2 El concepto de modificación sustancial y la necesidad de una “segunda información pública”. 2.1 Regulación de la “segunda información pública” en las legislaciones urbanísticas autonómicas. 2.2 Análisis jurisprudencial en relación con el concepto de modificación sustancial. 3 Especial referencia a los decretos de suspensión de planeamiento. 4 Reflexiones finales. 5 Bibliografía.

## 1 Introducción. La información pública como manifestación del principio de participación ciudadana

La información pública constituye, sin ningún género de duda, uno de los trámites fundamentales en el procedimiento de elaboración y aprobación de un instrumento de planeamiento.

Este trámite se ha erigido como una manifestación del principio de participación ciudadana, consagrado en el artículo 105 de la CE, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional<sup>1</sup>. A esta participación ciudadana en materia de planeamiento urbanístico han apelado tanto el legislador<sup>2</sup> como la doctrina científica y la jurisprudencia.

El trámite de información pública impregna al planeamiento urbanístico de una mayor legitimidad democrática, al suponer la participación directa de los ciudadanos en el ejercicio de dicha actividad planificadora<sup>3</sup>.

Constituye el objeto de este trabajo el trámite de información pública en sentido estricto<sup>4</sup>, esto es, el procedimiento de audiencia y participación que se realiza entre la aprobación inicial y la aprobación provisional del documento de planeamiento, no pudiendo extendernos aquí en el análisis de otras formas de participación<sup>5</sup> que también son reflejo de ese principio constitucional de participación ciudadana y que, sin duda, alcanzan una importancia significativa.

La información pública es un trámite esencial para hacer realidad la necesidad de una Administración transparente, lo que, en palabras de LLORENS FERRER<sup>6</sup>, cobra una especial relevancia en materia urbanística, por diversas razones: por la complejidad técnica y social de las

---

1 Ésta ha sido la posición mantenida por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 102/1995, de 26 de junio y 119/1995, de 17 de julio. En este último pronunciamiento el Alto Tribunal ha rechazado que el trámite de información pública encuentre su amparo en el artículo 23 de la Carta Magna, de forma que no puede acogerse a la protección inherente a este derecho fundamental a participar en los asuntos públicos, pues como ha señalado el tribunal no es un derecho de participación política, sino una participación en la actuación administrativa, que no es tanto una manifestación del ejercicio de la soberanía popular cuanto uno de los cauces de los que en un Estado social deben disponer los ciudadanos para que su voz pueda ser oída en la adopción de las decisiones que les afectan. Para un estudio más exhaustivo, véanse FONSECA FERRANDIS, F. E., “El derecho constitucional a participar en asuntos públicos y el trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de los planes de urbanismo”, *Actualidad Administrativa*, n.º 15, 2000, pp. 547-556; y ORDUÑA PRADA, E., “La participación ciudadana directa en el proceso de formación de los planes urbanísticos según la jurisprudencia”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 294-295, 2004, pp. 315-360.

2 Así lo ha recogido el legislador estatal en la exposición de motivos de la LS de 2007, indicando que la ley asegura unos estándares mínimos de transparencia, de participación ciudadana real y no meramente formal.

3 En este sentido, la jurisprudencia ha sido constante, pudiendo citar ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1991.

4 Este trámite de información pública y su regulación en el ámbito estatal está íntimamente vinculado al concepto de transparencia, tal como señalan CORCHERO, M. y SÁNCHEZ PÉREZ, L., “La transparencia en materia de urbanismo y ordenación del territorio”, *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.º 18, 2015, pp. 2161-2180.

5 Tras el período de información pública, la otra manifestación de participación más relevante la constituye la participación en la fase de avance de planeamiento, previa a su aprobación inicial.

6 LLORENS FERRER, M., “El principio de transparencia en el planeamiento urbanístico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 97, 2013, p. 142.

decisiones urbanísticas en sede de planeamiento; por la potente capacidad del planeamiento urbanístico de delimitar el contenido del derecho de propiedad del suelo; y porque el principio de transparencia constituye una garantía de la legalidad urbanística, como mecanismo de control social de la amplia discrecionalidad administrativa.

Ahora bien, esta participación no significa que deban ser aceptadas las alegaciones realizadas, pues, como señala CANO MURCIA<sup>7</sup>, no implica que las alegaciones o sugerencias que se realicen tengan que ser imperiosamente aceptadas por el planificador, sino que éste deberá valorar su compatibilidad con el modelo de ciudad proyectado.

La omisión o defectuosa realización de este trámite, que se considera esencial en esta materia dada la especial incidencia que los planes urbanísticos tienen sobre los ciudadanos, conlleva la nulidad de pleno derecho del instrumento de planeamiento<sup>8</sup>.

## 2 El concepto de modificación sustancial y la necesidad de una “segunda información pública”

Hoy en día, se entiende que a ninguno de los operadores jurídicos y técnicos que realizan su actividad en el ámbito urbanístico, y particularmente en el campo del planeamiento, se les escapa la necesidad de someter un plan urbanístico al trámite de información pública, sin perjuicio de que, en ocasiones, ese trámite pueda adolecer de algún vicio que implique una defectuosa información pública<sup>9</sup>.

Ahora bien, algo más controvertido ha sido la concurrencia de un supuesto que haga necesario reiterar ese trámite de información pública, lo que inicialmente los tribunales y la legislación urbanística estatal y después las distintas legislaciones urbanísticas autonómicas han venido denominando como modificación sustancial del documento.

En todo caso, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico estatal vigente, esa exigencia de una segunda información pública cuando nos encontremos ante una modificación sustancial se contiene ya en el artículo 130 del Reglamento de planeamiento<sup>10</sup>.

### 2.1 Regulación de la “segunda información pública” en las legislaciones urbanísticas autonómicas

Haciéndose eco de la línea seguida por el legislador estatal, así como de la jurisprudencia vertida en relación con ella, las distintas Comunidades Autónomas, con carácter general, han regulado en

7 CANO MURCIA, A., “El alcance de la participación de los particulares en la revisión del plan general municipal de ordenación urbanística”, *Práctica Urbanística*, n.º 111, 2012, pp. 28-37.

8 En este sentido, se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo, pudiendo destacar, entre otras, sus sentencias de 28 de junio de 2012 (recurso de casación 3013/2010) y de 18 de enero de 2013 (recurso de casación 4572/2010).

9 Como ejemplos, podemos citar la ausencia de publicación en todos los medios exigidos legalmente, como puede ser la publicación del anuncio en un sólo periódico cuando la ley exija dos, o un error en el plazo de sometimiento a información pública.

10 Dispone el artículo 130 del Reglamento de planeamiento que «*El organismo o corporación que hubiese otorgado su aprobación inicial, a la vista del resultado de la información pública, de la audiencia a que se refiere el artículo anterior y de los informes emitidos, acordará la aprobación provisional con las modificaciones que, en su caso, procedieren. Si dichas modificaciones significasen un cambio sustancial en los criterios y soluciones del plan inicialmente aprobado, se abrirá, antes de someterlo a aprobación provisional, un nuevo trámite de información pública y audiencia a las corporaciones por los mismos plazos.*».

sus legislaciones urbanísticas la necesidad de someter el plan urbanístico a ese segundo período de información pública en aquellos supuestos en los que el instrumento sufra una modificación sustancial en relación con el documento ya sometido a participación ciudadana<sup>11</sup>.

Llamativa resulta, por su peculiaridad, la regulación que hace el artículo 77 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura, al limitar la nueva información pública a aquellas cuestiones que hayan sufrido en concreto las modificaciones sustanciales pertenecientes a la ordenación estructural y no ser necesaria respecto de todo el contenido del plan.

También podemos resaltar la regulación que hace la Comunidad Autónoma valenciana, pues su ley urbanística, Ley 16/2005, de 30 de diciembre, exime de la obligatoriedad de reiterar el trámite de información pública en un mismo procedimiento cuando se introduzcan modificaciones, aunque fuesen sustanciales, bastando con que el órgano que otorgue la aprobación provisional notifique ésta a los afectados por las modificaciones en las actuaciones (artículo 83).

No podemos dejar de realizar una última llamada de atención sobre la regulación que hace Castilla-La Mancha, por su regulación innovadora y controvertida, al establecer expresamente en su Texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado mediante el Decreto legislativo 1/2010, de 18 de mayo, la innecesariedad de reiterar el trámite de información pública si se introdujesen modificaciones sustanciales en el plan a causa, bien de las alegaciones formuladas en la información pública, bien de los informes emitidos por otras administraciones públicas (artículo 36).

Llegado este punto y en relación con el citado artículo 36 de la ley urbanística castellano-manchega, conviene hacer una mención a la Sentencia de 26 de julio de 2011 por la que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha<sup>12</sup> anula la orden de aprobación definitiva del plan de ordenación municipal de Toledo<sup>13</sup>, pronunciamiento judicial confirmado por el Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 27 de febrero de 2014, desestimatoria del recurso de casación<sup>14</sup>.

El motivo de anulación radica en la introducción en el plan de modificaciones sustanciales que no fueron sometidas previamente al trámite de información pública<sup>15</sup>, trámite nece-

---

11 Así se contempla en los artículos 32 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía; 48 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo de Aragón; 69 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, del suelo de Cantabria; 52 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León; 70 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura; 85 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia; 54 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo de Islas Baleares; 87 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja; 57 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de Madrid; 70 de la Ley 35/2002, de 20 de diciembre; 160 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia; 90 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, del suelo y urbanismo del País Vasco; y 70 de la Ley 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra.

12 Sentencia 452/2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo 556/2007.

13 Orden de 26 de marzo de 2007 de la Consejería de Vivienda y Urbanismo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

14 Recurso de casación 5116/2011, ponente Mariano de Oro-Pulido López.

15 Afirma la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el FJ 2º de dicha sentencia, reproduciendo la Sentencia de la Sala de 18 de julio de 2011, recaída en el P.O. 516/2007, resolviendo la misma cuestión «Pues bien, aplicando la jurisprudencia señalada al presente procedimiento, entiende la Sala que, efectivamente nos encontramos ante una modificación sustancial, atendiendo tanto a la superficie afectada por la modificación dentro de los m<sup>2</sup> de superficie total construable que pasa de 7.297.046 m<sup>2</sup> a 11.186.076 m<sup>2</sup>, teniendo en cuenta la extensión del término municipal de Toledo, como al incremento en el número de viviendas previstas que supone un total de 12.174 viviendas más, pasando de 37.082 a 49.258 viviendas, así como al incremento

sario al suponer una alteración global del plan. Entendió el Tribunal que no resultaba de aplicación el citado artículo 36.2 a) de la legislación castellano-manchega por infringir lo dispuesto en el artículo 6.1 de la ley básica estatal<sup>16</sup>, que constituía legislación básica en materia urbanística, así como la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre el trámite de información pública en la elaboración del planeamiento.

Promovido recurso de amparo<sup>17</sup> por el Ayuntamiento de Toledo, al entender vulnerados sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 21 de septiembre de 2015, Sentencia 195/2015, otorgó el amparo solicitado y declaró la nulidad de las sentencias anulatorias del plan de ordenación municipal de Toledo, por entender que los órganos jurisdiccionales debieron plantear la cuestión de inconstitucionalidad si entendían que la norma autonómica vulneraba la legislación básica estatal<sup>18</sup>.

Por tanto, habrá que esperar, en su caso, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre una eventual cuestión de inconstitucionalidad de la normativa castellano-manchega, en lo que a la regulación de la segunda información pública se refiere.

Para finalizar este epígrafe, en relación con la necesidad de una segunda información pública, surge una cuestión accesoria, aunque no por ello de una importancia menor, que, si bien no es objeto de este trabajo, no podíamos dejar de mencionarla. Nos estamos refiriendo a la necesidad de someter el documento que es objeto de una segunda información pública a nuevos informes sectoriales. Y es que si la filosofía que subyace en la necesidad de una segunda información pública es que el documento aprobado inicialmente ha sufrido unas modificaciones de tal entidad que debe ser objeto de exposición para que los particulares formulen las alegaciones y consideraciones que estimen pertinentes, cuál sería la justificación para entender que ese derecho a pronunciarse no es extensible a las Administraciones que analizaron un documento sustancialmente diferente. Alguna legislación urbanística autonómica, consciente de esta problemática, se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión<sup>19</sup>, si bien en su mayoría guardan silencio al respecto.

---

*de la superficie de uso industrial de 807.372 m<sup>2</sup> a 2.776.163 m<sup>2</sup>, lo que supone un incremento de 1.968.791 m<sup>2</sup> en el suelo industrial, pues ello implica, en los términos interpretados por la jurisprudencia señalada, una modificación sustancial del modelo territorial concebido por el plan, pudiendo concluir mediante la simple comparación de las memorias del proyecto del POM sometido a información pública en el año 2005 y del POM aprobado definitivamente en el año 2007, que las modificaciones afectan a una superficie importante y son cualitativamente significativas».*

- 16 El artículo 6.1 de la entonces vigente Ley 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones, norma de carácter básico en virtud de su disposición final única, establecía que «la legislación urbanística garantizará la participación pública en los procesos de planeamiento y gestión, así como el derecho a la información de las entidades representativas de los intereses afectados por cada actuación y de los particulares».
- 17 Recurso de amparo 6011-2014.
- 18 El magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos ha formulado voto particular a esta sentencia entendiendo que nos encontramos en un supuesto de inaplicación en que la normativa autonómica resulta desplazada por criterios de prevalencia que, como labor de interpretación y aplicación de normas en conflicto, puede ser desarrollada con naturalidad por los órganos judiciales, sin perjuicio de un eventual control posterior por parte de este Tribunal Constitucional.
- 19 Es el caso, por ejemplo, de las Comunidades andaluza (artículo 32 de la Ley 7/2002 de ordenación urbanística de Andalucía) y madrileña (artículo 57 de la Ley 9/2001, de suelo de Madrid), que exigen la solicitud de nuevos informes cuando sea preceptiva la nueva información pública. En sentido contrario, Castilla y León regula expresamente la innecesariedad de solicitar informes cuando se abra un nuevo período de información pública (artículo 52 de la Ley 5/1999 de urbanismo de Castilla y León).

## 2.2 Análisis jurisprudencial en relación con el concepto de modificación sustancial

En sede jurisprudencial se ha debatido con profundidad sobre aquellos supuestos en los que los planes urbanísticos deben someterse a una segunda información pública. El concepto jurídico indeterminado que los tribunales han intentado definir y concretar ha sido, en definitiva, el de modificación sustancial.

No han sido pocos los pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión. Se ha interpretado que nos encontramos ante un supuesto de “modificación sustancial” de un instrumento de planeamiento cuando se produce una alteración global de éste, en sus aspectos esenciales, en definitiva, cuando tal modificación supone la alteración del modelo de planeamiento elegido<sup>20</sup>.

La jurisprudencia ha entendido que nos encontramos ante una alteración del modelo en el sentido global indicado cuando se produce un incremento global de la reserva de sistemas generales y se modifica la edificabilidad como consecuencia de la aplicación de nuevos límites legales<sup>21</sup>. En muchos supuestos, no se trata únicamente de la definición de una modificación concreta a la que se le atribuye un carácter sustancial, sino que es el conjunto de cambios operados sobre el documento lo que conduce a su consideración como una modificación sustancial<sup>22</sup>.

En sentido contrario, ha admitido la innecesariedad de un segundo trámite de información pública por producirse un cambio de clasificación de un suelo urbanizable a un suelo no urbanizable<sup>23</sup> o por incrementar el porcentaje de suelo reservado a viviendas de protección pública en determinados ámbitos<sup>24</sup>.

---

20 Entre otras, podemos citar las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2009 (recurso de casación número 10814/2004, ponente María del Pilar Teso Gamella); de 11 de mayo de 2009 (recurso de casación 4814/2006, ponente Pedro José Yagüe Gil); y de 25 de marzo de 2010 (recurso de casación número 1385/2006, ponente Rafael Fernández Valverde).

21 El no sometimiento a un nuevo período de información pública de estas modificaciones determinó la anulación del Plan General de Ordenación Urbana de Zamora, anulación confirmada por el Tribunal Supremo en la anteriormente citada Sentencia de 11 de mayo de 2009 (recurso de casación 4814/2006), en cuyo fundamento jurídico quinto ha afirmado: «En este caso las alteraciones del plan constatadas en la sentencia recurrida son de carácter general, global y estructural; no puntual, ni aisladas, ni limitadas a un concreto sector. Así, por ejemplo, la modificación de la edificabilidad como consecuencia de la aplicación de los nuevos límites legales de densidad de población y edificación afectó de manera indiscriminada a todos los ámbitos en los que se superaban, obligando a modificar su ordenación y con ella los beneficios y cargas de los propietarios.

Otro tanto puede señalarse sobre el incremento global de la reserva de sistemas generales operado entre la aprobación inicial y la definitiva del plan, que conllevó la creación de nuevos equipamientos públicos relevantes no incluidos en la ordenación primigenia. Como reconoce el propio artículo 41.c) de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León, los sistemas generales son “dotaciones urbanísticas públicas al servicio de toda la población”. Tienen, por tanto, un carácter estructurante y configurador del propio modelo de ciudad. El incremento generalizado de dichas infraestructuras básicas o fundamentales, afectó, por tanto, de una manera sustancial a la esencia del propio plan, y a los derechos y deberes de los ciudadanos en multitud de ámbitos, sin perjuicio y con independencia de que obedeciese a un imperativo legal».

22 Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2009 (recurso de casación 10814/2004) antes citada, el Tribunal anula la aprobación de un plan general por entender que las modificaciones realizadas sobre el documento sometido a aprobación inicial requerían un nuevo trámite de información pública, recogiendo en su fundamento jurídico sexto los cambios que determinan esa necesidad de un nuevo período de participación «[...] los numerosos cambios que tuvieron lugar después de la aprobación provisional, antes señalados, y valorados –no cuantitativamente por el número de preceptos modificados como señala la recurrente– sino en atención a su contenido –por la incidencia que producen en el modelo de planeamiento elegido entre una y otra aprobación–, determina que las modificaciones alcancen el carácter de sustancial, al rebasar el contenido de una mera modificación accesorio. En definitiva, se ha producido una variación en la estructura del planeamiento por la modificación de los criterios básicos sobre los que se asienta el modelo territorial establecido provisionalmente, lo que debió dar lugar a un nuevo trámite de información pública».

23 Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010 (recurso de casación 1385/2006).

24 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2013 (recurso de casación número 2250/2011, ponente José Juan Suay Rincón).

Ahora bien, en esta materia, también la jurisprudencia ha dejado entrever la necesidad de analizar supuesto a supuesto y tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, así como la aplicación del principio de proporcionalidad<sup>25</sup>.

Evidentemente, esa obligación de someter un plan a una segunda información pública cuando nos encontremos ante una modificación sustancial de éste con respecto al documento aprobado inicialmente alcanza también a las modificaciones de instrumentos de planeamiento, si bien, en atención al mencionado principio de proporcionalidad, la valoración de si concurre o no tal alteración global habrá que realizarla teniendo en cuenta el ámbito del que se trate y la repercusión de la modificación sobre la superficie y los parámetros objeto de alteración.

### 3 Especial referencia a los decretos de suspensión de planeamiento

El Tribunal Supremo ha entendido de tal importancia el trámite de información pública en las ordenaciones urbanísticas que incluso, en su reciente Sentencia de 5 de febrero de 2014<sup>26</sup>, ha hecho extensiva la necesidad de este trámite a los decretos de suspensión de planeamiento<sup>27</sup>, modificando la doctrina jurisprudencial existente hasta ese momento. Este cambio de línea jurisprudencial se fundamenta en que la participación ciudadana debe estar garantizada en

25 Así lo ha recogido el Tribunal Supremo argumentando: «En la STS de 23 de febrero de 2010 hemos hecho referencia a la relatividad del concepto que nos ocupa, señalando que “las citadas conclusiones surgen en el marco de la relatividad del concepto de modificación sustancial que se contiene en el artículo 130 del Reglamento de planeamiento urbanístico, aprobado por el Real decreto 2159/1978, de 23 de junio (RPU), y que la jurisprudencia ha reproducido con reiteración”. Y, en la STS de 12 de noviembre de 2004, hemos tomado en consideración el principio de proporcionalidad atendiendo al carácter cuantitativo y cualitativo de las modificaciones introducidas en el planeamiento, señalando al respecto que, “como antes hemos expresado, la sentencia de instancia llega a la conclusión de la existencia de una modificación sustancial (acreedora de un nuevo trámite de información pública) con base en dos afirmaciones:

- a) La “entidad” de la proporción de incremento de suelo urbanizable entre la aprobación inicial y la definitiva.
- b) La “naturalaleza” de los cambios introducidos en el suelo urbano” (Sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 1385/2006)».

26 Recurso de casación número 2916/2011, ponente Jesús Ernesto Peces Morate. A través de dicho pronunciamiento judicial, el tribunal anula el Decreto 15/2007, de 1 de febrero, por el que se suspende la vigencia de las normas subsidiarias de planeamiento municipal del municipio de Barreiros y se aprueba la ordenación urbanística provisional hasta la entrada en vigor del nuevo planeamiento.

27 Los decretos de suspensión de planeamiento mantienen su configuración en las distintas legislaciones urbanísticas autonómicas en líneas generales siguiendo la regulación de esta tradicional figura que en su día se realizaba ya en el artículo 37 de la LS de 1956. Así, se pueden citar los artículos 35 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía; 102 de la Ley de ordenación del territorio y urbanismo de Asturias, aprobada mediante el Decreto legislativo 1/2004, de 22 de abril; 47 del Texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y espacios naturales de Canarias, aprobado mediante el Decreto legislativo 1/2000, de 8 de mayo; 43 del Texto refundido de la Ley de urbanismo de Castilla-La Mancha, aprobado mediante el Decreto legislativo 1/2010, de 18 de mayo; 63 del Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado mediante el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto; 66 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, de normas reguladoras del suelo y ordenación territorial de Extremadura; 61 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo de Islas Baleares; 70 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de Madrid; 145.4 de la Ley 13/2015, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia; y 102 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística de la Comunidad Valenciana.

Es de resaltar que algunas de estas legislaciones o sus reglamentos de desarrollo sí han añadido a su normativa la necesidad de un trámite de información pública en el seno de la tramitación de los referidos decretos de suspensión. Es el caso, por ejemplo, de las Comunidades de Madrid, Extremadura, Castilla - La Mancha e Islas Baleares. No obstante, muchas otras Comunidades se han limitado a reproducir el contenido y una tramitación similar a la recogida en su día en la legislación estatal, contemplando únicamente el trámite de audiencia al municipio afectado.

Es el caso del supuesto que nos ocupa, en el que resultó de aplicación el artículo 96 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia. Dicho precepto establece, en su apartado primero, la habilitación al ejecutivo autonómico para acordar la suspensión de un instrumento de planeamiento en los siguientes términos: «el Consello de la Xunta, a instancia del conselleiro competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio, y previa audiencia del ayuntamiento afectado, podrá suspender para su revisión, en todo o en parte del ámbito a que se refieran, la vigencia de los instrumentos de ordenación urbanística». La ley gallega prevé además que con el acuerdo de suspensión se apruebe la ordenación provisional que estará vigente, con carácter transitorio, hasta la entrada en vigor del nuevo planeamiento.

el procedimiento de aprobación de una nueva ordenación –aun cuando ésta sea provisional–, dando así cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 9.2 y 105, apartado a), de nuestra Carta Magna, 86 de la LRJPAC y 11 del TRLS 08<sup>28</sup>, todo ello con independencia de que la norma reguladora de dicho procedimiento no contemple expresamente la necesidad de este trámite de información pública.

Esta resolución judicial ha llevado al Tribunal Superior de Justicia de Galicia a plantear<sup>29</sup> al Tribunal Constitucional la posible inconstitucionalidad del artículo 96 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia<sup>30</sup>. En consecuencia, de admitirse a trámite la referida cuestión de inconstitucionalidad, tendremos que esperar el pronunciamiento del Alto Tribunal respecto de la obligatoriedad del trámite de información pública en los decretos de suspensión de planeamiento.

## 4 Reflexiones finales

El principio de participación ciudadana en el ámbito del urbanismo y, en particular, en su vertiente de planificación debería alcanzar su máxima proyección, pues, en definitiva, el plan urbanístico va a definir el modelo de ciudad y crecimiento de nuestro territorio. Y si bien ese modelo es diseñado por nuestros representantes, que han adquirido la legitimidad para ello a través de las urnas, la participación directa de los ciudadanos dota al instrumento de planeamiento de una mayor legitimidad democrática.

La manifestación más clara de esa participación es el trámite de información pública, sobre el cual en este trabajo se ha intentado reflejar el análisis doctrinal y jurisprudencial llevado a cabo en nuestro ordenamiento, teniendo en cuenta la respuesta de los legisladores autonómicos a las cuestiones más problemáticas suscitadas al respecto, pues no hay que olvidar que es más que un mero trámite formal en el seno de un procedimiento, es el cauce a través del que, como ha señalado el legislador estatal, debe garantizarse una participación real.

Dentro del respeto a la legislación estatal básica, cada Comunidad Autónoma, en el ejercicio de las facultades constitucionalmente atribuidas, articula el período de información pública en el seno del procedimiento de aprobación del plan. Ahora bien, como ya hemos analizado en este texto, no son pocos los conflictos que surgen en relación con esta cuestión, lo que llevará al Tribunal Constitucional a pronunciarse respecto de cuáles son los límites que el legislador autonómico urbanístico no debe sobrepasar.

En la praxis diaria se ha demostrado que el período de información pública se ha convertido, en una proporción considerable de supuestos, en la defensa de los intereses particulares de los concretos propietarios afectados y disconformes con la ordenación propuesta para su ámbito. No se pone en cuestión su legitimación, pues resulta palmaria y de obligado reconocimiento. No obstante, no debe perderse la perspectiva de que el urbanismo y, en particular, el planeamiento deben regirse en todo caso por la primacía del interés general

---

28 Hoy en día habría que entender esta referencia en relación con el artículo 25 del Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana.

29 La constitucionalidad del referido artículo se plantea en el seno de recursos contencioso-administrativos contra el Decreto 187/2011, de 29 de septiembre, de suspensión parcial del plan general de ordenación urbana de Ourense.

30 Entre otros, Auto de 3 de noviembre de 2015, dictado en el procedimiento ordinario 4577/2011.

frente a los intereses particulares y por ello dejar sobre estas líneas la reflexión relativa a la ausencia de una defensa de ese interés general en la mayor parte de los litigios planteados en los planes urbanísticos.

## 5 Bibliografía

- CANO MURCIA, A., "El alcance de la participación de los particulares en la revisión del plan general municipal de ordenación urbanística", *Práctica Urbanística*, n.º 111, 2012.
- CORCHERO, M. y SÁNCHEZ PÉREZ, L., "La transparencia en materia de urbanismo y ordenación del territorio", *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.º 18, 2015.
- DEL CASTILLO GARCÍA, M., *La tramitación y aprobación de los planes urbanísticos municipales*, La Ley, Madrid, 2011.
- FONSECA FERRANDIS, F. E., "El derecho constitucional a participar en asuntos públicos y el trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de los planes de urbanismo", *Actualidad Administrativa*, n.º 15, 2000.
- GEIS I CARRERAS, G., *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2013.
- LLORENS FERRER, M., "El principio de transparencia en el planeamiento urbanístico", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 97, 2013.
- MARTÍN REBOLLO, L. y BUSTILLO BOLADO, R. (directores); *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- ORDUÑA PRADA, E., "La participación ciudadana directa en el proceso de formación de los planes urbanísticos según la jurisprudencia", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 294-295, 2004.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *El control del planeamiento urbanístico*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- VV.AA., *El Derecho Urbanístico del Siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Martín Bassols Coma*, Editorial Reus, Madrid, 2008.

regap



COMENTARIOS Y NOTAS



Aproximación á problemática xurdida ao redor das restricións da competencia derivadas da delimitación administrativa do solo urbanizable e dos seus usos

## Aproximación a la problemática surgida en torno a las restricciones de la competencia derivadas de la delimitación administrativa del suelo urbanizable y de sus usos

Brief approach to problems arising around restrictions of competition related to the administrative delimitation of the urban land and its uses

50 Regap

Regap



MIRIAM MARTÍNEZ PÉREZ

Doctoranda de Derecho Mercantil  
Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España)  
miriam.martinez@usc.es

Recibido: 19/12/2015 | Aceptado: 21/01/2016

**Resumo:** O obxectivo principal deste estudo radica en pór de manifesto as posibles restricións inxustificadas da libre competencia que poden xurdir no ámbito da delimitación administrativa do solo urbanizable, así como da delimitación dos seus usos.

**Palabras clave:** restricións da libre competencia, delimitación administrativa do solo urbanizable, clasificación do solo urbanizable, cualificación do solo urbanizable.

**Resumen:** El objetivo principal de este estudio radica en poner de manifesto las posibles restricciones injustificadas de la libre competencia que pueden surgir en el ámbito de la delimitación administrativa del suelo urbanizable, así como de la delimitación de sus usos.

**Palabras clave:** restricciones de la libre competencia, delimitación administrativa del suelo urbanizable, clasificación del suelo urbanizable, cualificación del suelo urbanizable.

**Abstract:** The main goal of the present work is to examine the unjustified restrictions of free competition that may arise in the context of the administrative delimitation of the urban land as well as the delimitation of its uses.

**Key words:** restrictions on free competition, administrative delimitation of the urban land, urban land classification, urban land-use attribution.

**Sumario:** 1 Preliminar. 2 La delimitación urbanística del suelo urbanizable y de sus usos. Afectación de la competencia. 2.1 La clasificación del suelo que puede urbanizarse. Implicaciones en materia de competencia. 2.2 La calificación o delimitación del uso del suelo. Implicaciones en materia de competencia. 3 Bibliografía.

## 1 Preliminar

El suelo posee una importancia fundamental dentro de nuestro sistema de economía de mercado. Quizás sean sus características concretas como bien inmobiliario por excelencia las que lo hacen tan relevantes a efectos económico-comerciales. En primer lugar, el suelo es un factor de producción necesario e irremplazable en el desarrollo de la gran mayoría de las actividades económicas. En segundo lugar, constituye un importante activo financiero para los hogares, las empresas y el sector público. Y, en tercer lugar, el suelo se erige como el bien esencial en la producción de la vivienda y, en consecuencia, representa un gran porcentaje de la riqueza de los hogares, que afecta a las decisiones en materia de ahorro y consumo<sup>1</sup>.

La existencia de fallos de mercado y querer preservar el interés general en el mercado inmobiliario del suelo justifica la intervención de las Administraciones públicas –en lo sucesivo, AAPP– dentro de este sector económico. No obstante, dicha intervención público-administrativa, a su vez, puede producir efectos negativos indeseados que restrinjan injustificadamente la libre competencia.

En este marco, el 3 de septiembre de 2013, la CNC<sup>2</sup> publicaba su informe sobre los “*Problemas de competencia en el mercado del suelo en España*”<sup>3</sup>. En este documento, la CNC, en el cumplimiento de sus funciones de promoción de la competencia, analizaba el impacto de la intervención urbanística de las AAPP en el funcionamiento del mercado del suelo. Asimismo, en él se afirmaba que «*las intervenciones en materia urbanística, que sin duda responden a objetivos legítimos y pueden ayudar a corregir situaciones de mercado ineficientes, pueden sin embargo tener efectos indeseados sobre la competencia, la eficiencia y el bienestar. Este documento pretende identificar y caracterizar dichos efectos y sus causas, para facilitar que los poderes públicos tengan en cuenta correctamente los costes y beneficios de su intervención a la hora de formular las políticas en materia urbanística*»<sup>4</sup>. El documento, además, se hacía eco de la necesidad de llevar a cabo diversas reformas legislativas en materia urbanística.

- 1 En este sentido, véase el resumen elaborado por la Dirección del Departamento de Promoción de la Competencia del Informe emitido por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 3 de septiembre de 2013, en relación con los “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España” (*vid.* MAUDES GUTIÉRREZ, A. y LÓPEZ VALLÉS, J., “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España. El documento de discusión de la CNC”, *Boletín Económico del ICE*, n.º 3044, 2013, pp. 3-14. Disponible en: [http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE\\_3044\\_3-14\\_07D6COD3DEEFD1BA8854F7C2EEA08B29.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE_3044_3-14_07D6COD3DEEFD1BA8854F7C2EEA08B29.pdf). Consultado el 19.11.2015). Afirman los autores que «*el suelo constituye el bien inmobiliario por naturaleza. Económicamente es un recurso escaso, no renovable, irreproducible, inmóvil, heterogéneo, duradero, y un depósito de valor, fundamental como activo real y financiero, tanto para hogares como para empresas. Estas características proporcionan al suelo cierta unicidad como bien económico y tienen implicaciones importantes para el funcionamiento del mercado, de forma previa a cualquier tipo de intervención pública. En concreto, la inmovilidad y la heterogeneidad del suelo contribuyen a segmentar espacialmente el mercado, favorecen la persistencia de desequilibrios, y pueden generar posiciones monopolísticas en determinadas circunstancias*».
- 2 En la actualidad, la CNC es uno de los organismos integrantes de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), creada por el mandato de la disposición transitoria tercera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013). Mediante esta ley se decidió unificar todos los organismos reguladores y de defensa de la competencia con el fin de garantizar su independencia, incrementar la seguridad jurídica y aumentar su transparencia en beneficio de los consumidores y usuarios para garantizar una competencia dinámica y una regulación eficiente. Así, la CNMC pasó a absorber a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la Comisión Nacional de Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP).
- 3 CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, de 3 de septiembre de 2013, pp. 1-90. (Disponible en: [http://www.coac.net/AAUC/DOCUMENTS/2014%2004%2024%20CNC\\_Mercado%20del%20suelo.pdf](http://www.coac.net/AAUC/DOCUMENTS/2014%2004%2024%20CNC_Mercado%20del%20suelo.pdf), consultado el 19.11.2015).
- 4 La elaboración del informe «*utiliza como referencia las Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia, documento publicado por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en 2009. Del mismo modo que la regulación en otros sectores, la regulación urbanística debería ajustarse a los principios de la mejora regulatoria (better regulation), y en concreto a los de necesidad, proporcionalidad, mínima distorsión, eficacia y transparencia*». (CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, *cit.*, p. 6).

Del mismo modo, se proponían una serie de mejoras tendentes a intensificar y preservar el juego de la competencia dentro del mercado del suelo<sup>5</sup>.

La CNC estudia, así, una serie de factores característicos de la intervención urbanística en España que contribuyen a limitar la competencia en el mercado del suelo. De entre las cuestiones analizadas en dicho informe relativo a los problemas del mercado del suelo en España en lo que atañe a la defensa de la competencia, este trabajo tiene por objeto analizar, en concreto, las ineficiencias en el nivel de competencia del mercado del suelo producidas a causa de la delimitación administrativa del suelo urbanizable y de los usos que de él se pueden hacer<sup>6</sup>.

## 2 La delimitación urbanística del suelo urbanizable y de sus usos. Afectación de la competencia

En términos generales, la actividad urbanística constituye un proceso que se desarrolla en tres fases o ámbitos claramente diferenciados: el planeamiento, la gestión y la disciplina. Dejando al margen los dos últimos ámbitos, cabe señalar que la delimitación administrativa del suelo que debe urbanizarse y de los usos que, en consecuencia, se le atribuirán a éste se lleva a cabo mediante el planeamiento urbanístico<sup>7</sup>.

El objetivo principal del planeamiento urbanístico es dibujar la ciudad, determinando qué suelos son susceptibles de ser urbanizados y el uso al que éstos deben destinarse. El planeamiento suele llevarse a cabo a través de instrumentos de carácter local. Concretamente, destaca, dentro de los instrumentos de planeamiento general, el Plan General, desarrollado por los Ayuntamientos<sup>8</sup>.

La finalidad principal del Plan General de los Ayuntamientos es la de clasificar y calificar el suelo, en el que se realiza una ordenación detallada del suelo urbano y urbanizable. De este objetivo fundamental pueden inferirse dos finalidades distintas: por un lado, clasificar el suelo y, por otro, calificar los usos a los que se destina.

- 
- 5 La autoridad nacional de defensa de la competencia ya se había pronunciado en otras ocasiones en relación con las restricciones competenciales operadas en el mercado del suelo. Ejemplos de ello son los informes del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 1993 “Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios”, y de 1995 “La competencia en España: balance y nuevas propuestas”. Del mismo modo, también lo hizo la CNC en algunos estudios sectoriales, como el “Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores del sector alimentario” (2011) y el “Informe sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España” (2012), en la medida en que una intervención urbanística inadecuada puede provocar una reducción de la competencia en determinados sectores económicos, como, por ejemplo, los analizados en los estudios sectoriales que se acaban de citar.
- 6 El informe se centra también en el estudio de otros factores de frecuente aparición en la intervención urbanística que pueden originar limitaciones injustificadas de la competencia, como: i) la complejidad, discrecionalidad e inconsistencia de la intervención urbanística; ii) los costes de transacción y rigidez en el proceso urbanístico; y iii) la intervención directa de las AAPP en el mercado del suelo (CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, *cit.*, pp. 57 y ss.).
- 7 La regulación estatal básica en materia urbanística es el recientemente promulgado Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015), que deroga la totalidad de las disposiciones del anterior Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley del suelo. La regulación urbanística se completa, además, con las respectivas leyes autonómicas. Y, finalmente, los Ayuntamientos ejercen competencias ejecutivas en el proceso urbanístico en los términos previstos en la legislación estatal y autonómica.
- 8 Los instrumentos de planeamiento de carácter local se dividen en instrumentos de planeamiento general, entre los que destaca el Plan General, y los instrumentos de planeamiento de desarrollo (*Vid.* en este sentido, MAUDES GUTIÉRREZ, A. y LÓPEZ VALLÉS, J., “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España. El documento de discusión de la CNC”, *cit.*, pp. 4 y ss.).

Regap



COMENTARIOS Y NOTAS

Por lo que se refiere a la clasificación del suelo, consiste en asignar cada parte del territorio municipal dentro de las categorías de suelo de las que se dispone en el sistema urbanístico español: suelo urbano, suelo urbanizable y suelo no urbanizable. En cambio, la calificación del suelo hace referencia a la asignación de usos e intensidades de usos, en la medida en que dichos usos pueden disponerse con carácter global o de manera pormenorizada<sup>9</sup>.

## 2.1 La clasificación del suelo que puede urbanizarse. Implicaciones en materia de competencia

Mediante la técnica de la clasificación, la Administración –generalmente, la Administración municipal– demarca el suelo susceptible de ser urbanizado y excluye aquellas zonas del territorio consideradas como no urbanizables. El suelo excluido integra tanto el suelo protegido por motivos de interés general como el suelo descartado o excluido por cuestiones de programación temporal. En este último caso, el planificador, discrecionalmente, podrá determinar el carácter de urbanizable de dicho suelo cuando lo estime conveniente<sup>10</sup>.

Pese a que este instrumento se utiliza como un mecanismo corrector del crecimiento desproporcionado de las ciudades, se ha considerado que esta discrecionalidad del planificador no resulta ser la mejor forma de controlar ese crecimiento excesivo. Asimismo, la discrecionalidad de la que goza el planificador municipal puede afectar al juego de la competencia en el mercado del suelo. Con todo, atendiendo, precisamente, a estos aspectos de carácter negativo, se han aportado razones en contra de esta técnica de clasificación. En primer lugar, este sistema o técnica de clasificación no constituye el mecanismo más eficiente para solucionar los fallos de mercado que pueden dar lugar a un crecimiento espacial excesivo y desordenado. Fundamentalmente, la frontera urbanística está dirigida a evitar el síntoma –el posible crecimiento espacial excesivo– pero no la causa de dicho resultado –los fallos de mercado que impedirían que la solución competitiva sea óptima–<sup>11</sup>. En segundo lugar, la frontera urbanística impide que la competencia sea la fuerza fundamental en la determinación del suelo que tiene que ser urbano. Ello i) distorsiona ineficientemente el proceso de formación del precio del suelo en el área urbana; ii) otorga poder de mercado a los propietarios de suelo susceptible de ser urbanizado; y iii) favorece la aparición de procesos de búsqueda de rentas por parte de distintos agentes del mercado, públicos y privados, para conseguir un trazado final favorable a intereses no generales. En último lugar, su delimitación final puede verse distorsionada tanto por los procesos de búsqueda de rentas como por la dependencia de los Ayuntamientos en los ingresos dependientes del suelo<sup>12</sup>.

9 MAUDES GUTIÉRREZ, A. y LÓPEZ VALLÉS, J., “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España. El documento de discusión de la CNC”, *cit.*, p. 4 *in fine*.

10 La justificación de esta discrecionalidad se asienta en la necesidad de controlar el crecimiento espacial de las ciudades, que, de no limitarse, podría producir consumo y gastos excesivos tanto de espacios abiertos como de infraestructuras y servicios.

11 RUECKNER, J. K., *Lectures on Urban Economics*, Cambridge, MIT Press, Massachusetts, 2011, pp. 51 y ss.

12 CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, *cit.*, pp. 47 y ss. El informe hace referencia expresa a que «el problema principal detrás de esta situación es que, aun en el supuesto de que la cantidad de suelo incluida dentro de la frontera fuese óptima desde el punto de vista social en un momento concreto, la delimitación concreta de las parcelas que quedan incluidas dentro de la frontera puede resultar arbitraria e impredecible. Para las parcelas excluidas inicialmente de la frontera, la expectativa sobre el momento en el que eventualmente pueden quedar incluidas dentro de la misma es muy incierta y, de hecho, en el mercado se observan comportamientos absolutamente ineficientes, como cambios súbitos de valor de terrenos por un mero cambio en la clasificación. Si la frontera operase de un modo predecible, tales cambios serían más suaves, dado que los agentes podrían evaluar en cada momento el valor futuro de cada terreno con un riesgo reducido» (CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, *cit.*, p. 51).

Las autoridades de competencia han ofrecido alternativas a esta problemática consistentes, por ejemplo, en la asignación de derechos de urbanización mediante mecanismos competitivos, a través de los cuales el planificador podría controlar la cantidad de suelo que es posible urbanizar en cada momento del tiempo, evitando la identificación concreta y discrecional de las parcelas a urbanizar<sup>13</sup>.

## 2.2 La calificación o delimitación del uso del suelo. Implicaciones en materia de competencia

Además de los problemas de competencia relativos a la clasificación del suelo urbanizable, surgen también otros relacionados con la calificación o delimitación del uso de dicho suelo.

A través del planeamiento y, concretamente de la técnica de calificación, la autoridad urbanística determina el uso del suelo, así como otras características relevantes en su aprovechamiento, como, por ejemplo, la edificabilidad. En teoría, la finalidad principal de la calificación es evitar externalidades entre usos incompatibles<sup>14</sup>, así como reservar suelo para bienes con características de bien público, que tendrá que ser cedido por los propietarios del suelo.

A pesar de su motivación, conviene señalar que la zonificación no corrige totalmente las externalidades –por ejemplo, la contaminación–, puesto que simplemente las agrupa en un lugar concreto, pero –siguiendo con el ejemplo– sin ajustar el nivel de contaminación al nivel económicamente óptimo.

A su vez, este mecanismo presenta otros inconvenientes. En primer lugar, la calificación segmenta adicionalmente, por usos, el suelo municipal e impide que sea la competencia la que asigne el suelo entre posibles usos económicos alternativos. De hecho, la zonificación excesivamente detallada del suelo puede restringir la competencia de forma innecesaria y desproporcionada, reduciendo el espacio disponible para establecimientos en multitud de sectores económicos<sup>15</sup>. Adicionalmente, el planeamiento puede dar como resultado que el suelo contemplado para un determinado uso no sea del tamaño suficiente, o incorporar restricciones adicionales, como tamaños mínimos de parcela o distancias mínimas discrecionales entre establecimientos, cuyo efecto es restringir todavía más la competencia, perjudicando el funcionamiento del sistema económico. En segundo lugar, la eficiencia del instrumento de calificación del suelo puede verse distorsionada por los comportamientos de búsqueda de rentas y la dependencia de los Ayuntamientos de los ingresos provenientes del suelo. Y, en tercer lugar, la zonificación característica del urbanismo español actual tiende a limitar en cierto modo la aparición de zonas de uso mixto, y puede llevar, en combinación con la cesión, a una provisión ineficiente de bienes públicos urbanos<sup>16</sup>.

De acuerdo con la autoridad nacional de competencia, existen alternativas que podrían resultar menos distorsionadoras y más favorables a la asignación de suelo mediante mecanismos

13 CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, *cit.*, pp. 52 y 53.

14 Piénsese, por ejemplo, en una fábrica generadora de residuos que contamine un bloque de viviendas cercano a aquélla.

15 Como señala la CNC en su informe, los usos posibles no están establecidos en la legislación autonómica y dependen fundamentalmente de la autoridad urbanística municipal (*vid.* CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, *cit.*, p. 54).

16 CNC, “Problemas de competencia en el mercado del suelo en España”, *cit.*, pp. 53 y ss. Y también, O’SULLIVAN, A., *Urban Economics*, 8ª ed., McGraw-Hill/Irwin, United States, 2011.

de mercado. Para evitar las externalidades entre usos incompatibles, podrían utilizarse, con carácter general y fundamental, reglas o estándares que, por un lado, permitan corregir las externalidades pero que a la vez posibiliten que el uso del suelo se determine, en gran medida, a través del mercado y no a través del planeamiento diseñado por la autoridad urbanística. Mediante esta técnica no se separarían usos entre sí, sino que se garantizaría la compatibilidad entre usos mediante el cumplimiento de unas reglas estables, previamente establecidas, conocidas por todos los operadores e iguales para todos los agentes<sup>17</sup>.

### 3 Bibliografía

BRUECKNER, J. K., *Lectures on Urban Economics*, Cambridge, MIT Press, Massachusetts, 2011.

CNC, "Informe sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España", 2012.

CNC, "Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores del sector alimentario", 2011.

CNC, "Problemas de competencia en el mercado del suelo en España", 2013. (Disponible en: [http://www.coac.net/AAUC/DOCUMENTS/2014%2004%2024%20CNC\\_Mercado%20del%20suelo.pdf](http://www.coac.net/AAUC/DOCUMENTS/2014%2004%2024%20CNC_Mercado%20del%20suelo.pdf)., consultado el 19 de noviembre de 2015).

MAUDES GUTIÉRREZ, A. y LÓPEZ VALLÉS, J., "Problemas de competencia en el mercado del suelo en España. El documento de discusión de la CNC", *Boletín Económico del ICE*, n.º 3044, 2013 (disponible en: [http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE\\_3044\\_3-14\\_\\_07D6C0D3DEEFD1BA8854F7C2EEA08B29.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE_3044_3-14__07D6C0D3DEEFD1BA8854F7C2EEA08B29.pdf), consultado el 19 de noviembre de 2015).

O'SULLIVAN, A., *Urban Economics*, 8ª ed., McGraw-Hill/Irwin, United States, 2011.

TDC, "La Competencia en España: balance y nuevas propuestas", 1995.

TDC, "Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios", 1993.

---

17 CNC, "Problemas de competencia en el mercado del suelo en España", *cit.*, p. 56.

## Reformulación da responsabilidade patrimonial das administracións públicas

### Reformulación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas

#### Reformulation the patrimonial liability of public administrations



FRANCISCO JAVIER NOVOA JUIZ

Funcionario con Habilitación de Carácter Nacional  
Secretario del Ayuntamiento de O Grove (Galicia, España)

Recibido: 21/12/2015 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



COMENTARIOS Y NOTAS

**Resumo:** Próxima a entrada en vigor da Lei 39/2015, do 1 de outubro de procedemento administrativo común das Administracións públicas, e da Lei 40/2015, do 1 de outubro, do réxime xurídico do sector público, cómpre estruturalas e familiarizarse con elas para saber a onde acudir, neste caso, en materia de responsabilidade patrimonial, centrándonos basicamente nas referencias que a este proceso singular fai a Lei 39/2015 para, en próximos traballos, concretar aspectos máis propios do réxime xurídico e das relacións *ad intra* que prevé a Lei 40/2015, do 1 de outubro.

**Palabras clave:** responsabilidade patrimonial, inadmisibilidade, seguridade xurídica, fases do procedemento, simplificación.

**Resumen:** Próxima la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público, es preciso estructurarlas y familiarizarse con ellas para saber a dónde acudir, en este caso, en materia de responsabilidad patrimonial, centrándonos básicamente en las referencias que a este proceso singular hace la Ley 39/2015 para, en próximos trabajos, concretar aspectos más propios del régimen jurídico y de las relaciones *ad intra* que prevé la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

**Palabras clave:** responsabilidad patrimonial, inadmisibilidad, seguridad jurídica, fases del procedimiento, simplificación.

**Abstract:** Next the entry into force of Law 39/2015 of 1 October of the Common Administrative Procedure Law 40/2015 AAPP and October 1 of the Legal Regime of the Public Sector must be structured and getting them to know where go in this case, in terms of asset liability, focusing mainly on references to this unique process makes the Law 39/2015 on future work to realize more specific aspects of the legal regime and relations *ad intra* under the Act 40/2015 of October 1<sup>st</sup>.

**Key words:** property damage liability, inadmissibility, legal security, phases of the procedure, simplification.

**Sumario:** 1 Prefacio. 2 Ámbito de delimitación. 3 Estructura. 4 Análisis de la responsabilidad patrimonial en la Ley 39/2015. 5 Reflexión final.

# 1 Prefacio

*King can do not wrong*, con esta afirmación se conoce el inexistente sistema de responsabilidad patrimonial que a nivel continental derivaba de las monarquías absolutistas, y en los diferentes sistemas jurídicos, como el inglés, del *common law*, que eludía la responsabilidad del aparato burocrático estando facultada la Administración para nombrar al acusado, funcionario que haría el papel de demandado y cuya responsabilidad se cubriría económicamente dada la irresponsabilidad del soberano.

No sería hasta la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 cuando se consagra, en su artículo 17, el carácter “inviolable y sacre” de la propiedad y su privación por necesidad pública sujeta a justa indemnización. En todo caso, los daños de carácter no expropiatorio no eran contemplados bajo el principio anteriormente referido.

En España, el Código civil de 1889 se adelantó a su tiempo al establecer no sólo el derecho al resarcimiento de daños universal en el artículo 1902, sino que también contempló la responsabilidad del Estado en el artículo 1903, que posteriormente sería interpretada y tergiversada de modo que sólo respondería en caso de actuación bajo agente especial, no así actuación de funcionario, cuya responsabilidad sería directa y personal.

Reproduzco un fragmento de una Sentencia de 7 enero de 1898 que excusaba de responsabilidad al Estado, ya que, “tratándose de actos ejecutados por funcionarios en las funciones propias de su cargo, no cabe suponer por parte del Estado culpa, ni siquiera negligencia, en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes...”.

Por tanto, en la práctica, ya que la Administración inusualmente, por no decir nunca, actuaba a través de agente especial, no se producía responsabilidad alguna de ésta.

Sería la Constitución republicana, en su artículo 41, la que de manera genérica reconociera la responsabilidad patrimonial del Estado o corporación por funcionario público que actuase en el ejercicio de sus funciones, aunque dada su corta existencia no tuvo manifestación práctica.

Siguiendo el íter temporal, nos encontramos con la Ley municipal de 1935, que, en su artículo 209, se pronuncia en similares términos atribuyendo responsabilidad civil al ente administrativo.

La Ley de régimen local de 1950 consagra dos tipos de responsabilidad de los entes locales: la directa y la subsidiaria, en función de la negligencia o culpa atribuida a sus autoridades, funcionarios o agentes.

Y así llegamos al cambio brusco que supondría el artículo 121 de la LEF, que, sin embargo, limita la responsabilidad patrimonial debida al funcionamiento normal o anormal de la Administración por los daños que sufran los particulares en los bienes y derechos regulados en esta ley, lo que implica la exclusión de, por ejemplo, daños morales o de carácter corporal por no ser susceptibles de expropiación.

Este “error” se corrigió a través del artículo 133 del reglamento, que sujetaba la indemnización a todos aquellos daños susceptibles de ser evaluados económicamente, y de los artículos 41 y 42 de la LRJ de 1957, que son los que se reprodujeron en los artículos 139

y ss. de la moribunda LRJPAC, y del artículo 106.1 de la CE, a través de la afirmación que todos conocemos y con los elementos que integran la institución de la responsabilidad patrimonial: lesión efectiva, evaluable, individualizada, nexo causal y daño antijurídico por tener la obligación de soportarlo por parte del particular.

No es objeto de este artículo desarrollar la evolución del concepto de responsabilidad patrimonial tanto en su versión objetiva como subjetiva hasta el punto de llegar al extremo de que la Administración fuese una aseguradora universal, sino sistematizar el nuevo régimen y las novedades destacables introducidas por el legislador, que opta, de nuevo, por separar lo que se unió en 1992 y que nunca pensamos que mutaría de este modo, hasta el punto de que los nacidos en la época constitucional llegamos a considerarla como la ley de leyes fruto de una lucidez legislativa nunca repetida.

En todo caso, volvemos a desligar el régimen jurídico del procedimiento administrativo común, lo que supone repetir un sistema ya instaurado en 1957 y 1958 y que demostró una calidad e implementación que lo llevó a mantenerse varias décadas, por lo que esperemos se repita la historia.

## 2 Ámbito de delimitación

Tras este breve prefacio, hay que referirse al nuevo régimen que entrará en vigor el 2 de octubre de 2016 y que desligará las relaciones *ad intra* y *ad extra* de la Administración a través de la Ley de régimen jurídico del sector público y de la Ley de procedimiento administrativo, con las que debemos familiarizarnos.

Estamos ante una vuelta de tuerca que nos retrae al sistema anterior a la LRJPAC en el que regían la Ley de procedimiento administrativo, de 17 de julio de 1958, y la Ley de régimen jurídico del Estado, de 26 de julio de 1957.

Uno de los fines de estas normas es el de evitar las superposiciones de normativas, garantizar un principio un tanto desvirtuado, que es el de Seguridad Jurídica, como manifiesta en la exposición de motivos de la norma: *los defectos que tradicionalmente se han venido atribuyendo a las Administraciones españolas obedecen a varias causas, pero el ordenamiento vigente no es ajeno a ellas, puesto que el marco normativo en el que se ha desenvuelto la actuación pública ha propiciado la aparición de duplicidades e ineficiencias, con procedimientos administrativos demasiado complejos que, en ocasiones, han generado problemas de inseguridad jurídica.*

No es mi parecer que los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial hayan dado lugar a cierta inseguridad jurídica, pues es un ámbito bastante consagrado en nuestro ordenamiento y delimitado tanto en sus principios como en su procedimiento a través del reglamento de 1993, que quedará derogado por la LPACAP transcurrida la *vacatio legis*.

Básicamente, esta ley está orientada a fijar definitivamente la Administración electrónica en todas las Administraciones siempre bajo el prisma de la transparencia, la sostenibilidad y la estabilidad presupuestaria. No está de más destacar cómo seguimos ante una norma pensada para las Administraciones territoriales superiores y no para la local, pues las exigencias electrónicas difícilmente serán asumibles de manera inmediata por éstas, algo en lo que

regap



COMENTARIOS Y NOTAS

debió pensar el legislador de la Ley 27/2013 al atribuirle a las diputaciones en relación a los municipios de menos de 20.000 habitantes.

La regulación electrónica de la Administración venía adoleciendo de un problema de dispersión normativa y superposición de distintos regímenes jurídicos no siempre coherentes entre sí, de lo que es muestra la sucesiva aprobación de normas con incidencia en la materia, entre las que cabe citar: la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible; la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; o la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Ante este escenario legislativo, resulta clave contar con una nueva ley que sistematice toda la regulación relativa al procedimiento administrativo, que clarifique e integre el contenido de las citadas Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y Ley 11/2007, de 22 de junio, y profundice en la agilización de los procedimientos con un pleno funcionamiento electrónico. Todo ello revertirá en un mejor cumplimiento de los principios constitucionales de eficacia y seguridad jurídica que deben regir la actuación de las Administraciones públicas.

### 3 Estructura

La ley se estructura en 133 artículos, distribuidos en siete títulos, cinco disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales.

Es en el título IV, referido al procedimiento administrativo común, en el que se ubica la especialidad del procedimiento de responsabilidad patrimonial junto al resto del PAC, que se corresponde con lo que hasta el 2 de octubre viene regulado en el Real decreto 429/93 de 26 de marzo y en los 7 artículos de la LRJPAC referidos a esta materia.

De acuerdo con la sistemática seguida, los principios generales de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en cuanto que atañen a aspectos más orgánicos que procedimentales, se regulan en la Ley de régimen jurídico del sector público.

Sin embargo, del análisis de ambas normas se deduce claramente que esta afirmación de la EM no es del todo cierta, ya que en la Ley 40/2015, ley de carácter institucional *ad intra*, además de los principios se establecen preceptos referidos a la responsabilidad del personal al servicio de la Administración y a las indemnizaciones, ampliando la concepción de la responsabilidad legislativa, cuyo análisis no es objeto de este trabajo; artículo 139.3 de la LRJPAC: *las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.*

### 4 Análisis de la responsabilidad patrimonial en la Ley 39/2015

A continuación analizaremos los preceptos que afectan a la RP, destacando aquellas novedades o modificaciones existentes en relación con el régimen anterior.

## **1. Artículo 65 Especialidades en el inicio de oficio de los procedimientos de responsabilidad patrimonial**

*Cuando las Administraciones públicas decidan iniciar de oficio un procedimiento de responsabilidad patrimonial, será necesario que no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado al que se refiere el artículo 67.*

*El acuerdo de iniciación del procedimiento se notificará a los particulares presuntamente lesionados, concediéndoles un plazo de diez días para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen convenientes a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento de éste. El procedimiento iniciado se instruirá aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido.*

Este artículo se ubica en la sección 2ª del capítulo II del título IV (De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común), que regula las especialidades derivadas de la iniciación de los procedimientos cuando ésta se produce de "oficio" por la Administración.

En principio el precepto no aporta nada nuevo a lo regulado en el artículo 142 de la LRJPAC y el reglamento de desarrollo, pero, conforme a los criterios y objetivos expuestos en los motivos de la ley, desaparece la denominación del procedimiento abreviado, regulándose un procedimiento simplificado en los mismos términos que el abreviado, 30 días, nexo causal inequívoco, pero con carácter común, para todo tipo de procesos en el artículo 96 de la LPACAP.

## **2. Artículo 67. Solicitudes de iniciación en los procedimientos de responsabilidad patrimonial**

*1. Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.*

*En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva.*

*En los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de régimen jurídico del sector público, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el Boletín Oficial del Estado o en el Diario Oficial de la Unión Europea, según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al derecho de la Unión Europea.*

*Además de lo previsto en el artículo 66, en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar: las lesiones producidas; la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público; la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo; e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante.*

Regap



COMENTARIOS Y NOTAS

Este artículo se ubica en la sección 3ª y, obviamente, dicha sección se refiere con carácter general y en particular para la RP a los procedimientos iniciados a instancia de parte, siendo el arquetipo de éstos la reclamación de responsabilidad patrimonial.

En relación con el artículo 139.3 de la LRJPAC mencionado, que hace referencia a la responsabilidad patrimonial legislativa plasmada en el nuevo artículo 32.4.5 de la LRJ, hay que destacar cómo el artículo 67 de la LPACAP alude expresamente a la indemnización en estos supuestos únicamente cuando se declare la inconstitucionalidad de la norma, dejando en el aire aquellos casos en los que nos encontremos ante normas constitucionales que no contemplen supuestos indemnizatorios en los *términos que especifiquen dichos actos*.

Es interesante en los procedimientos iniciados a instancia de parte detenerse en dos conceptos que dan lugar a variadas interpretaciones y reflexiones: **la inadmisibilidad de la reclamación y el desistimiento de la reclamación**.

En primer lugar, no debemos olvidar la obligación administrativa de resolver todas las peticiones o recursos de las personas que deduzcan ante los entes públicos. Esto en principio supondría la imposibilidad de inadmitir cualquier tipo de instancia sin expediente al uso con fase de instrucción, ordenación y resolución.

Pero la LRJPAC considera supuestos específicos de inadmisibilidad que, según la doctrina y jurisprudencia aplicables, sólo en su seno se podría contemplar esta institución por el carácter palmario y evidente de la carencia de fundamento de la solicitud propuesta, impidiendo la aplicación del principio *pro actione*.

Así, el **artículo 89.4**: *En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución.*

**Artículo 113.1**: *La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas en él o declarará su inadmisión.*

**Artículo 102.3**: *El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando éstas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.*

**Artículo 119.1**: *El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando éste no se funde en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo anterior o en el supuesto de que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales.*

Es decir, la **“inadmisión es justificable”** en materia de recurso de reposición, revisión de oficio y recurso extraordinario de revisión, siendo en el caso del artículo 89.4 un concepto

jurídico indeterminado que sólo tendrá fundamento con una interpretación restrictiva adecuada al caso concreto y con base jurisprudencial y doctrinal.

Así, la AN, en su Sentencia de 9 de febrero de 2012 (EDJ 2012/16814), entiende que la inadmisión de plano, prevista en el artículo 89.4 LRJPAC, «*debe entenderse referida a los supuestos más palmarios y evidentes en los que la reclamación de responsabilidad carezca de fundamento de forma “patente y manifiesta” sin que pueda ser utilizada fuera de estos casos como un mecanismo de desestimación anticipada del fondo, pues ello reduce las garantías del solicitante y le obliga a acudir a los tribunales sin disponer de una decisión de fondo sobre la concurrencia de los requisitos en los que se funda la reclamación y sin los informes técnicos preceptivos. De modo que en aquellos supuestos en los que la Administración inadmite la reclamación sin tramitar el procedimiento administrativo correspondiente, la jurisdicción contencioso-administrativa debe controlar si la reclamación presentada en vía administrativa debe considerarse “como manifiestamente carente de fundamento”, pues, en caso contrario, la Administración habría incumplido su obligación de tramitar y resolver en cuanto al fondo la reclamación presentada, privando a la parte y al tribunal que posteriormente enjuicie del informe técnico preceptivo para determinar si existió o no un funcionamiento anormal de la Administración*».

En todo caso, parece que la doctrina y la jurisprudencia abogan por no aplicar la inadmisión inmediata más que en los casos previstos en la norma, debiendo tramitar el proceso, aunque éste termina con una resolución denegatoria fundamentada en el carácter inadmisibles de la pretensión requerida; pero, como en casi todo, habrá que esperar a los casos concretos y resolver según las circunstancias.

Así, tenemos las siguientes sentencias y dictámenes:

- El Dictamen de 17 de diciembre de 1998 establece que, *“dirigida una reclamación a la Administración en solicitud de indemnización por perjuicios derivados de una actuación administrativa, la comprobación de que no se ha presentado en tiempo hábil o de que no concurren las condiciones legales precisas para que el Estado indemnice no puede concretarse en una declaración administrativa de inadmisibilidad, sino en un pronunciamiento desestimatorio”*; y que, *dicho lo anterior, puede afirmarse que la inadmisión, sin entrar en el fondo del asunto, de una relación, ha de constituir una posibilidad muy restringida, de modo que en ningún caso se prejuzguen los elementos de juicio que puedan aportarse en el procedimiento.*

- La AN, en su Sentencia de 5 de mayo de 2009, considera que la aplicación de dicho precepto *“exige una aplicación estricta a aquellos casos en que la solicitud del interesado se presenta carente de fundamento de una manera patente y palmaria, lo que ciertamente solo puede decidirse en función de las circunstancias concurrentes en cada caso particular, si bien, al mismo tiempo, es claro que un ejercicio de aquella facultad que excediera aquellos reducidos límites incidiría en una práctica administrativa abusiva con lesión de los derechos del interesado que acude ante la Administración con una determinada solicitud, que, salvo el supuesto excepcional contemplado en el referido artículo 89.4, ha de ser objeto de la correspondiente tramitación previa a su resolución”*.

- El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en su Dictamen 17/2011, de 26 de enero, entiende que: *«la inadmisión liminar de solicitudes se compadece mal con el principio*

Regap



COMENTARIOS Y NOTAS

pro accione del procedimiento administrativo que se manifiesta, entre otros, en la recalificación de la solicitud prevista en el artículo 110.2 de la LPAC, ni con la subsanación de la solicitud contemplada en el artículo 71 y que impone a la Administración actuante, cuando la solicitud de iniciación presentada por el interesado no reúne los requisitos exigidos por la normativa o falten acaso algunos documentos que deban acompañarla, la concesión de un plazo de diez días hábiles para subsanar la solicitud o presentar tales documentos. Por eso, la figura de la inadmisión a limine sólo podrá utilizarse en aquellos casos en que esté especialmente contemplada en la legislación administrativa, como es el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos regulado en el artículo 102.3 de la misma ley o el recurso extraordinario de revisión del artículo 119.1. Fuera de estos casos, la Administración tiene la obligación de tramitar el procedimiento, incluido el trámite de audiencia. Se respeta así el principio de contradicción, principio general del derecho, fundamental y aplicable, también, en el procedimiento administrativo.

Así, con la única excepción de los casos en que la legislación administrativa prevea la inadmisión a limine, los interesados tienen derecho a que se tramiten sus solicitudes y, si éstas adolecieran de defectos formales que puedan subsanarse, a subsanarlos en el plazo concedido al efecto; y si, por el contrario, fueran insubsanables (extemporaneidad de la acción, o defectos sustantivos como la carencia manifiesta de fundamento), a que el interesado sea oído para que pueda alegar alguna causa de exoneración que justifique el retraso o su versión sobre el fundamento de su solicitud, dando argumentos a la Administración a repensar una decisión definitiva sobre la admisión a trámite de la solicitud y que impediría a la Administración entrar en el fondo de la cuestión planteada».

- El TS, en su Sentencia de 19 de enero de 1989, que, a pesar de que el artículo 6.2 del RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, señala que, «si es admitida la reclamación por el órgano competente, el procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites, no se está refiriendo a la posibilidad de resolver sin tramitar el procedimiento, sino que debe entenderse que procede la inadmisión sin necesidad de solicitar los informes relativos al fondo del asunto, pero no obviar los informes preceptivos por lo que se refiere únicamente a la causa de inadmisión. No obstante, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en su Dictamen 79/2010, de 24 de marzo, estima que la existencia de cosa juzgada supone la carencia manifiesta de fundamento de la reclamación».

Continuando con el análisis de la responsabilidad patrimonial, en la LPACAP nos encontramos con el capítulo III del citado título IV, que regula la ordenación del procedimiento y en el que no se hace referencia alguna específica al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

En cambio, en el capítulo IV referido a la fase de instrucción que comprende todos los actos para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se especifica para los procedimientos de RP el trámite de solicitud de informes y dictámenes, así:

### **3. Artículo 81 Solicitud de informes y dictámenes en los procedimientos de responsabilidad patrimonial**

1. En el caso de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de diez días el plazo de su emisión.

2. Cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

A estos efectos, el órgano instructor, en el plazo de diez días, contados desde la finalización del trámite de audiencia, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen una propuesta de resolución, que se ajustará a lo previsto en el artículo 91, o, en su caso, la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento.

El dictamen se emitirá en el plazo de dos meses y deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta ley.

3. En el caso de reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, será preceptivo el informe del Consejo General del Poder Judicial, que será evacuado en el plazo máximo de dos meses. El plazo para dictar resolución quedará suspendido por el tiempo que medie entre la solicitud del informe y su recepción, no pudiendo exceder dicho plazo de los citados dos meses.

Hay que destacar la afirmación del carácter preceptivo del informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, ya que en el reglamento de 1993 se establecía que debería solicitarse “en todo caso”. Además, se limitan los plazos de su emisión a 10 días sin fórmula de ampliación, tal como se contemplaba (y se contempla, pero todas las referencias en pasado deben considerarse con fecha de 2 de octubre del año 2016) en el artículo 10 del citado reglamento que permitía un exceso temporal de emisión de hasta un mes.

En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia (artículo 121 de la CE), no figura en esta ley la remisión a la LOPJ, que regula estos aspectos en sus artículos 292 a 296 (modificados por la LO 7/2015, de 21 de julio), que siguen en vigor, y se añade la necesidad del preceptivo informe del Consejo General del Poder Judicial para resolver sobre la indemnización, dando carácter legal a lo ya previsto en la disposición adicional 2ª del Real decreto 429/93, de 26 de marzo.

Sin embargo, y pese a que ya venía dispuesto en dicha disposición adicional, no parece lo más correcto, y además sin modificar expresamente los artículos relacionados de la LOPJ, que a través de una ley ordinaria se incluya un trámite en el procedimiento *ad hoc* con rango de ley orgánica. En este sentido, la STC 5/81, de 13 de febrero, establece en materia de conflicto de ley orgánica y ley ordinaria que, *dada la existencia de ámbitos reservados a cada tipo de ley, sólo se planteará el conflicto si ambas leyes inciden sobre una misma materia, en cuya hipótesis la ley orgánica habrá de prevalecer sobre la ordinaria, ya que no puede ser modificada por ésta.*

Regap



COMENTARIOS Y NOTAS

Por último, hay que destacar que desaparece la modificación introducida en el artículo 139 por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, en relación con la atribución al Consejo de Ministros para fijar indemnización en caso de funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad y el procedimiento para ello, trasladándose al artículo 32.8 de la Ley 40/2015, que **sí** que afirma contundentemente que la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la LO 6/85, de 1 de julio, por lo que no casa muy bien lo manifestado en el párrafo anterior del contenido de la Ley 39/2015.

El capítulo V del título IV regula las formas de terminación de los procedimientos administrativos, contemplando brevemente una referencia a la terminación convencional de la RP en el artículo 86.5, remitiendo el modo de fijar la cuantía y forma de la indemnización a lo regulado en el artículo 34 de la Ley 40/2015, que establece lo siguiente:

### **Artículo 34 Indemnización**

*1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.*

*En los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.*

*2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales, se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad Social.*

*3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de garantía de la competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.*

*4. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.*

Prescindiendo de la indemnización en supuestos de cambios legislativos que así la prevean o que sean declaradas inconstitucionales o contrarios al derecho de la Unión Europea, es importante destacar dos aspectos que se introducen expresamente.

El primero de ellos, en relación con la sustitución del IPC por el índice de garantía de la competitividad, que se establece como tasa de revisión de precios consistente con la recuperación de competitividad frente a la zona euro a través de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (BOE 31/03/2015).

El segundo, la potestad de tomar como referencia de valoración los baremos establecidos para seguros obligatorios y de Seguridad Social; en este sentido no debemos olvidar el carácter orientativo de estos baremos, en la línea de lo considerado por el TS en Sentencia de 17 de julio de 2014 en un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria, en cuyo fundamento de derecho quinto manifiesta que *«respecto de la aplicación del baremo establecido para el seguro obligatorio del automóvil, que postula la parte recurrente, debemos recordar que su aplicación en estos casos tiene un carácter meramente orientador. Carece, por tanto, del carácter vinculante que parece atribuir al baremo la parte recurrente, pues el juez administrativo cuando fija la indemnización por responsabilidad patrimonial, puede acudir a sus determinaciones como una mera orientación. Lo que se traduce en que no puede tener favorable acogida el alegato que se esgrime relativo a que la indemnización fijada se acomode a dicho baremo, pues esa no es razón suficiente para casar una sentencia.*

*En este sentido, venimos declarando, entre otras muchas, en la Sentencia de 9 de junio de 2009 (recurso de casación n.º 1822/2005), que “la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial, sin perjuicio, claro está, de la incidencia que debe tener la existencia de precedentes jurisprudenciales aplicables al caso que nos ocupe. (...) Para la realización de tal cuantificación puede acudirse al baremo establecido para el seguro obligatorio del automóvil, pero ello con carácter orientativo, como señala la sentencia de instancia y la jurisprudencia que acabamos de citar, por lo que no puede acogerse la alegación de la parte que exige que la indemnización se acomode a dicho baremo y considera contraria a derecho la sentencia de instancia cuando no se ha ajustado al mismo y por la misma razón no puede imponerse una valoración fundada en dicha exigencia”».*

Continuando el análisis de la Ley 39/2015, en lo referente a la responsabilidad patrimonial, la sección 2ª del capítulo V alude en dos artículos, 91 y 92, a las especialidades en cuanto a la resolución de este tipo de procedimientos y la competencia para ésta respectivamente sin que encontremos novedad alguna ni en los plazos ni en el carácter negativo del silencio, salvo la omisión del plazo de veinte días desde la recepción del dictamen para resolver, ya que a partir del 2 de octubre no habrá plazo para este aspecto del proceso.

En relación con la competencia, no se especifica cuál es el órgano de la entidad local competente, por lo que habrá que ponderar cada caso en base a la competencia residual del alcalde, y cuál sería el órgano competente en la materia sobre la que recae la supuesta responsabilidad patrimonial, así como la entidad económica de la misma para poder fundamentar una respuesta adecuada sobre el órgano encargado de la resolución. No así en relación con la instrucción del expediente, que deberá llevar a cabo un funcionario especializado, siendo más que dudosa la práctica de que sea un concejal el encargado de dicho menester.

regap



COMENTARIOS Y NOTAS

A la tramitación simplificada considerada en el capítulo VI del título IV ya me he referido al hablar del desaparecido procedimiento abreviado.

La última referencia al procedimiento de responsabilidad patrimonial en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, es la contenida en la disposición transitoria quinta en relación a los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una norma o su carácter contrario al derecho de la Unión Europea.

*Los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una norma o su carácter contrario al derecho de la Unión Europea iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se resolverán de acuerdo con la normativa vigente en el momento de su iniciación.*

En todo caso, no se regulaba un procedimiento *ad hoc* para este tipo de responsabilidades. Únicamente la referencia del artículo 139.3 de la LRJPAC y la construcción jurisprudencial, por lo que entiendo positiva la pormenorización establecida básicamente en el artículo 32.3.4.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que establece los requisitos para obtener indemnización por lesiones sufridas por la aplicación de una norma declarada contraria al derecho de la Unión Europea, así como por la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional:

- Obtención de sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiese alegado la infracción del derecho de la Unión.
- Que la norma confiera derechos a los particulares.
- Que el incumplimiento esté suficientemente caracterizado.
- Que exista relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

## 5 Reflexión final

Considerando que no estamos en puridad ante una novedad legislativa relevante, pues únicamente se vuelve al sistema y conceptualización de mediados del siglo pasado, no es menos cierto que dicha sistemática duró casi 40 años, por lo que, y a la vista de la corta vida de las regulaciones actuales, nos queda la esperanza de que no se retoque o modifique sustancialmente en otros 40 años.

Sin embargo, disiento del carácter simplificador de esta normativa y de la búsqueda de una mayor seguridad jurídica, porque no estábamos ante un sector o ámbito jurídico sujeto a inseguridades, como puede ser el urbanístico o financiero/tributario, y, si lo que se pretendía era reducir el número de leyes o normas reguladoras, seguimos ante dos normas, Ley 39/2015 y Ley 40/2015, ambas del 1 de octubre, que contienen artículos relacionados de forma desconcentrada frente al actual régimen jurídico, que se contempla en 7 artículos de la LRJPAC y un reglamento específico del procedimiento.

# Regap

Recensiones

3



A racionalización da organización administrativa local: as experiencias española, italiana e portuguesa

**La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa**

The rationalization of the local administrative organization: the Spanish, Italian and Portuguese experiences



ALMEIDA CERREDA, MARCOS | TUBERTINI, CLAUDIA | COSTA GONÇALVEZ, PEDRO (DIRS.)

SANTIAGO IGLESIAS, DIANA | DI LASCIO, FRANCESCA | CRUZ SILVA, PEDRO (COORDS.)

Aranzadi, Navarra, 2015

Regap



RECENSIONES

Cuando, en el año 2008, los principales indicadores macroeconómicos comenzaron a alertar de una posible crisis económica mundial, nadie podía imaginar que sus consecuencias alcanzarían a instituciones de algunos países de Europa que permanecían inalterables, en algunos casos, prácticamente desde su creación. Las políticas de austeridad impulsadas por los gobiernos europeos con el fin de contener el gasto público para hacer frente al déficit presupuestario propiciaron un programa de reformas que alcanzaron a la organización administrativa local, de manera que algunos Estados tuvieron que promover medidas de racionalización administrativa, condicionados también por imposiciones de determinadas instituciones europeas, como el Banco Central Europeo y la Comisión Europea; y mundiales, como el Fondo Monetario Internacional, para solicitar asistencia financiera externa o recuperar la confianza de la Unión Europea.

Las medidas para reforzar el control financiero y presupuestario han comportado la aprobación de políticas encaminadas a reformar la estructura organizativa local, clarificar las competencias locales y reducir el sector público, especialmente en tres países de la Unión Europea: España, Italia y Portugal. Precisamente sobre esta profunda reforma y sus consecuencias versa la obra que nos ocupa. Profesores e investigadores de universidades españolas, italianas y portuguesas se han unido para estudiar los distintos paquetes de medidas legislativas aprobados por sus respectivos gobiernos en lo que es un estudio de interés extraordinario para comprender la realidad de la Administración local tras la crisis económica de la primera década del siglo XXI. La obra analizada, dividida en tres bloques para facilitar el

manejo por parte del lector, resulta imprescindible para todas aquellas personas interesadas en el derecho administrativo local que quieran entender el proceso de reforma en España, Italia y Portugal, dada la variedad de asuntos tratados, la calidad de los estudios y la crítica aportada por los autores.

En el capítulo preliminar, el profesor Marcos ALMEIDA CERREDA realiza un planteamiento del estudio que gira sobre cuatro cuestiones que afectan a la organización administrativa local, como son: la reordenación de la planta local; las fórmulas asociativas de cooperación intermunicipal; los entes locales intermedios y el sector societario local, centrando al lector sobre las cuestiones fundamentales de la reforma de la organización administrativa local y su problemática en los tres países, en lo que es una suerte de guía crítica que facilita el manejo y comprensión de la obra.

La primera parte consta de cinco capítulos, dedicados a la reforma de la organización local en España.

El capítulo 1 está destinado al estudio de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio (en adelante, EATIM). Alfredo GALÁN GALÁN y Ramón GALINDO CALDÉS realizan un minucioso y completo estudio sobre las características de las EATIM en la actualidad que nos adentra en la materia mediante una clara y bien documentada exposición. Posteriormente, analizan la incidencia de la Ley 23/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (en adelante, LRSAL), sobre éstas que apuesta por avanzar en la disminución del número de entidades inframunicipales a través de obligaciones de tipo económico financiero y aportan una visión crítica al respecto del tema, examinando los distintos planteamientos propuestos durante la tramitación parlamentaria de la norma y efectuando un estudio sobre la constitucionalidad de la reforma.

En el capítulo 2, la profesora María Antonia ARIAS MARTÍNEZ se adentra en el mapa municipal español y aborda la fusión de municipios, tema recurrente de debate doctrinal y siempre controvertido que suscita importantes reticencias entre los agentes implicados. La autora, en este interesante capítulo, expone con claridad el debate y establece los presupuestos constitucionales sobre los que debe centrarse, para después analizar exhaustivamente la regulación de la planta municipal en la LRSAL. Para ello, desarrolla la previsión de fusión municipal que debe contener el plan económico-financiero formulado por las corporaciones locales como consecuencia del incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, y expone el procedimiento a seguir en el caso de las fusiones voluntarias de municipios a través de los convenios de fusión. Por último, aborda las medidas de estímulo que plantea el legislador para propiciar las fusiones municipales, nos ilustra sobre sus efectos y reflexiona sobre la aplicación práctica de la LRSAL, toda vez que ha transcurrido un tiempo prudencial desde su entrada en vigor.

La profesora María HERNANDO EYDINGS afronta, en el capítulo 3, el régimen jurídico de las mancomunidades y consorcios y las previsiones que contiene la LRSAL acerca de éstos, recordando los objetivos primigenios del legislador plasmados en el anteproyecto de ley y el resultado obtenido tras la aprobación del texto normativo. A partir de ahí, aclara las dudas sobre las competencias de ambas instituciones y la atribución a las diputaciones provinciales de competencias sobre prestación de determinados servicios, advirtiendo de los posibles efectos que varios recursos de inconstitucionalidad planteados pueden tener sobre el texto legal.

El profesor Ricard GRACIA RETORTILLO se ocupa en el capítulo 4 de entes locales intermedios, como son las provincias y sus órganos de gobierno, las diputaciones provinciales, discutidas, podríamos decir, desde su nacimiento. De hecho, la polémica ha llegado hasta nuestros días, acuciada por la fuerte crisis económica financiera. Rememorando al profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, el autor constata “la venganza de la provincia” tras la aprobación de la LRSAL, que ha servido para el fortalecimiento de la provincia como ente sobre el que se sostienen muchos de los planteamientos normativos para alcanzar los deseados objetivos de eficiencia económica de la Administración local. En el estudio, el autor expone la garantía constitucional de la existencia de la provincia y la indeterminación competencial de las diputaciones provinciales antes de la reforma operada por la LRSAL, para después abordar las propuestas que se han ido recogiendo en los borradores y anteproyectos de dicha ley y analizar el papel que, finalmente, juegan las diputaciones provinciales, como agentes de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. El profesor GRACIA RETORTILLO aclara exhaustivamente las nuevas competencias provinciales, distinguiendo entre las propias, las delegadas y las “impropias”, y se refiere a la función coordinadora que desarrolla el ente provincial en la prestación de servicios a los municipios. Por último, el autor reflexiona sobre el alcance de la reforma, claramente orientada a mejorar la eficiencia económica de la Administración local y plantea que ésta, sin embargo, no ha sabido dar respuesta a algunas de las carencias de las que adolecía la provincia, como el déficit democrático del gobierno provincial o la división territorial.

En el capítulo 5, la profesora Diana SANTIAGO IGLESIAS realiza un análisis de las medidas orientadas a redimensionar y reordenar el subsector societario local, para lo cual nos introduce en el tema a través de un amplio y detallado estudio de estos organismos desde la última década del siglo XX hasta la actualidad. Posteriormente, examina las disposiciones con incidencia directa que la LRSAL destina a reducir el tamaño del subsector societario local y a limitar su crecimiento. A continuación, desarrolla las previsiones con incidencia indirecta sobre el sector, precisando la distribución de competencias operada por la ley y los límites que ésta impone a las entidades locales, tanto en lo relativo al ejercicio de actividades económicas, que queda condicionado al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera, como en lo relativo a la utilización de sociedades municipales para la gestión de servicios públicos, supeditada esta última forma a que resulte más sostenible y eficiente que la gestión directa por parte de la entidad local, conclusión a la que habrá de llegarse siguiendo criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. El estudio realizado por la profesora Diana SANTIAGO IGLESIAS constituye un revelador trabajo sobre la problemática del sector público local.

La segunda parte del libro se dedica a abordar el estudio de la reforma de la organización administrativa local en Italia. En el capítulo 6, la profesora Giulia MASSARI analiza la fusión de los municipios con un completo estudio histórico en el que examina las dificultades del proceso de reforma de la planta local y la incidencia constitucional sobre la materia, para posteriormente afrontar las consecuencias de la crisis económica sobre las políticas de reordenación territorial. A continuación, la autora expone de manera clarificadora los aspectos generales de la controvertida Ley 56/2014, conocida como *Ley Delrio*, en alusión al subsecretario de la Presidencia del Consejo de Ministros, aprobada por el Gobierno presidido por Matteo Renzi, y que supone una profunda y compleja modificación en la estructura de la organización administrativa local del país, fomentando, entre otros aspectos, las fusiones entre municipios. Finalmente, reflexiona sobre el proceso reformista iniciado en Italia dentro

Regap



RECENSIONES

del contexto europeo, lo que permite al lector considerar el tema desde un punto de vista global y concluye que la fusión de municipios quizás no tiene como consecuencia un ahorro económico relevante, si bien sí es una medida de organización esencial, de reordenación funcional de las instituciones para alcanzar una autonomía real y una mayor eficiencia en la gestión de los servicios públicos.

Marzia DE DONNO analiza, en el capítulo 7, un nuevo nivel de Administración local asentado en formas asociativas intermunicipales a través de las uniones de municipios y convenios como instrumentos de coordinación. La autora expone de manera rigurosa y sistemática los distintos modelos asociativos y las dificultades que el proceso legislativo ha tenido que superar para lograr un encaje constitucional. En la exposición final reflexiona acerca del difícil equilibrio entre los nuevos modelos asociativos de gestión y la autonomía local, sancionada, entre otras, por la Carta Europea de la autonomía local.

El capítulo 8, redactado por la profesora Francesca DI LASCIO, tiene por objeto abordar el tema de la ciudad metropolitana como entidad administrativa local. La autora analiza el complejo recorrido de esta institución desde los años noventa del siglo XX hasta la actualidad, para después ahondar en la regulación jurídica de la ciudad metropolitana en la Ley 56/2014, precisando sus funciones, estatutos y órganos. Termina este interesante capítulo con una reflexión sobre el proceso de creación y constitución de las ciudades metropolitanas y sobre la necesidad de que la colaboración efectiva entre todos los agentes implicados sea el hilo conductor que rija el proceso.

En el capítulo 9, la profesora Claudia TUBERTINI realiza un estudio de la provincia en el ordenamiento jurídico italiano, sin duda uno de los más controvertidos y complejos de la reforma de la Administración local. Partiendo del origen de la reforma legal de la provincia y del dificultoso proceso que ha sufrido, la autora expone las principales líneas de reforma y las características principales del nuevo y singular ordenamiento de la provincia, basado en los entes de "área vasta".

Para terminar el bloque dedicado a la reforma de la Administración local en Italia, el profesor Riccardo URSI, en el capítulo 10, examina la cuestión de las sociedades públicas locales, analizando la complejidad del fenómeno de las sociedades públicas en la dimensión local, la normativa reguladora y la tendencia, desde el año 2006, a la simplificación y reducción de la esfera pública, para finalmente exponer y analizar la legislación reciente, que aboga por una racionalización de la utilización de las sociedades públicas locales.

La tercera parte del libro está dedicada a estudiar la reforma de la organización administrativa local en Portugal. Pedro CRUZ E SILVA analiza en el capítulo 11 la fusión de las *freguesias*, consecuencia de la profunda reforma del mapa administrativo a raíz de las leyes 75/2013, de 12 de septiembre; 73/2013, de 3 de septiembre; y 50/2012, que modificaron la planta municipal, las competencias de los poderes públicos locales, el régimen financiero local y la actividad empresarial local. El autor analiza el profundo proceso de reforma del poder local en Portugal, el más importante en la historia del país, iniciado como consecuencia del acuerdo alcanzado el 17 de mayo de 2011 por el Estado portugués con el Fondo Monetario Internacional, la Comisión Europea y el Banco Central Europeo (la conocida como *troika*), denominado "Memorando del Entendimiento sobre las Condiciones de la Política Económica" y cuyas consecuencias, aclara, únicamente podrán ser medidas transcurridos unos años.

En el capítulo 12, dedicado a la fusión de los municipios, Carlos José BATALHÃO nos instruye sobre la organización territorial portuguesa y la posible restructuración, que siempre tendrá como primer límite normativo la Constitución de la República Portuguesa; para ello analiza el encuadre jurídico constitucional y la normativa sobre el régimen jurídico, extinción y modificación de los poderes públicos locales para, a continuación, abordar la realidad municipal portuguesa y sus perspectivas de futuro a través de un completo estudio sobre la materia.

El profesor Licínio LOPES MARTINS analiza las comunidades intermunicipales en el capítulo 13, cuyas competencias se recogen en la Ley 75/2013. En primer lugar, para permitir una mejor comprensión de su estudio, nos ilustra efectuando un recorrido por el régimen jurídico anterior, regulado en las leyes 75/2013 y 45/2008, así como por la Ley 46/2008, sobre el régimen especial de las áreas metropolitanas de Lisboa y Oporto, y sintetiza la incidencia constitucional sobre ésta y sobre el proyecto de ley previo. A continuación, desarrolla los tipos de comunidades intermunicipales, las competencias y su forma de atribución, así como el régimen de sus trabajadores, en lo que es, sin duda, un estudio completo y pormenorizado de gran utilidad para el lector.

El capítulo 14, dedicado a las áreas metropolitanas, ha sido desarrollado por la profesora Fernanda Paula OLIVEIRA. Conforman un estudio ordenado y bien definido en el que realiza un compendio de la evolución legislativa de la materia y delibera sobre las complejas relaciones entre las áreas metropolitanas con otros niveles de poder territorial. La autora aporta en sus conclusiones las oportunidades y amenazas de este nuevo régimen jurídico de las áreas metropolitanas, facilitando al lector una reflexión sobre las necesidades que se plantean para alcanzar un proceso de regionalización que se convierta en una vía de solución eficaz de los problemas que sobrevuelan el poder local.

Por último, el capítulo 15 se destina al conocimiento de las empresas municipales en Portugal. En él, el profesor Pedro COSTA GONÇALVES desarrolla la evolución normativa en esta materia, desde el año 1998 hasta la aprobación en el año 2012 de la Ley 50/2012, reguladora del régimen jurídico de la actividad empresarial local y de las participaciones locales, aprobada como consecuencia de la profunda crisis económico-financiera que sufría el país, así como su posterior modificación mediante la Ley 53/2014. El autor desarrolla las fuertes restricciones impuestas a la creación de empresas públicas locales y los principios que deben regir su relación con otras entidades, así como el factor de equilibrio financiero y sostenibilidad de las cuentas, una de las causas de la reforma de la Administración local.

En definitiva, nos encontramos ante un estudio realizado por expertos universitarios en la materia bien planteado, convenientemente documentado y de gran interés para poder comprender las repercusiones que ha tenido la grave crisis económica sufrida por los países de la eurozona, especialmente a partir del año 2010, y que ha tenido como consecuencia la reforma de la organización administrativa local para alcanzar una mayor racionalización y eficiencia.

**Montserrat Montero Oitavén**

regap



RECENSIONES



A moderna configuración da  
doutrina do abuso do dereito

## **La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho**

The modern configuration of the  
doctrine of the abuse of the law

50  
Regap

CUADRADO PÉREZ, CARLOS

Aranzadi, Navarra, 2014

Regap



RECENSIONES

La obra objeto de esta recensión aborda, de forma rigurosa y exhaustiva, el examen de la configuración actual de la doctrina del abuso del derecho en el ordenamiento español. Para ello, su autor, a lo largo de los cuatro capítulos en los que se divide este libro, por una parte, describe la evolución histórica de dicha institución y los antecedentes de ésta en nuestro sistema, y, por otra parte, concentra su atención en exponer y glosar críticamente la regulación que el Código civil contiene de dicha figura.

En el primero de los capítulos, de carácter introductorio, el profesor Cuadrado justifica plenamente la necesidad de iniciar el estudio de la doctrina del abuso del derecho mediante una visión retrospectiva de la misma, analizando sus orígenes y su evolución histórica, a fin de comprender la regulación contenida en el vigente Código civil, así como la interpretación que de ella se ha llevado a cabo, y se continúa efectuando, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

Consecuentemente, el autor afronta el examen de la evolución histórica de esta institución en el segundo capítulo de esta monografía. En él hay que destacar que el profesor Cuadrado, a diferencia de gran parte de la doctrina, que sitúa los orígenes de la figura del abuso del derecho en la jurisprudencia gala posterior a la Revolución Francesa, defiende con una sólida y convincente argumentación que las raíces de esta figura se remontan a una época histórica muy anterior. Así, demuestra cómo a través de algunas fuentes romanas –por ejemplo, las *Instituta* de Gayo, la *Novela LXIII* de Justiniano o el *Digesto*– se puede inferir la operatividad en aquel antiguo derecho de concretas manifestaciones de esta institución. Concretamente,

es en la baja Edad Media donde el profesor Cuadrado sitúa el precedente inmediato de la figura del abuso del derecho, específicamente en la doctrina de los “actos de emulación”, creada por los grandes juristas de esta época inspirándose en el derecho justiniano y en los principios cristianos. En su opinión, ésta constituye la primera sistematización científica de los límites al ejercicio individual de los derechos subjetivos, por cuanto en su virtud se vetaba la realización de actos que no reportaban utilidad alguna al propietario de un determinado inmueble, pero que sí irrogaban algún menoscabo a los titulares de derechos de los predios vecinos. Esta reseña de la evolución histórica de la doctrina del abuso de derecho concluye con la exposición de la jurisprudencia posterior a la Revolución Francesa, analizando, en especial, dos emblemáticas resoluciones, por su transcendencia en la configuración de esta institución: la Sentencia de la Cour d’appel de Colmar, de 2 de mayo de 1855 (*arrêt de la fausse cheminée*), y la Sentencia de la Cour de Cassation, de 3 de agosto de 1915 (*arrêt Clément Bayard*).

En el tercer capítulo de esta monografía, el profesor Cuadrado, a la luz de las líneas evolutivas individuadas en el epígrafe precedente, efectúa un detallado estudio de los antecedentes de la doctrina del abuso del derecho en nuestro país. Para ello, estableciendo la génesis de ésta en el siglo XIII, en concreto, en las *Partidas* de Alfonso X el Sabio –aunque, según su muy autorizada opinión, ya se intuía su presencia, al menos en potencia, en algunos pasajes del *Fuero Juzgo*–, realiza un repaso de todas sus manifestaciones normativas hasta el presente. En este recorrido, se pueden destacar algunos hitos de especial interés, como el estudio que efectúa de la Ley de la represión de la usura, de 23 de julio de 1908, o del Reglamento hipotecario, de 6 de agosto de 1915. Asimismo, el autor analiza también la elaboración jurisprudencial de esta teoría que va surgiendo en paralelo a su positivización normativa. En este punto hay que destacar su interesante comentario crítico a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, en la medida en que el profesor Cuadrado defiende, con convicción, que sus razonamientos constituyen los cimientos sobre los que posteriormente se desarrolló, desde el punto de vista legislativo, dicha institución.

En el capítulo final de esta obra, el autor aborda el análisis de la regulación contenida en nuestro Código civil, tras la reforma operada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en virtud de la que se dio entrada definitiva en nuestro ordenamiento jurídico a la doctrina del abuso del derecho, recogiéndola de forma expresa en el artículo 7.2 del citado cuerpo normativo.

En este marco, antes de profundizar en el tratamiento normativo de la figura objeto de este trabajo, el profesor Cuadrado examina, realizando una exposición clara y precisa, dos cuestiones clave que han sido objeto de estudio doctrinal y jurisprudencial: la dicotomía entre el abuso del derecho y el ejercicio antisocial de éste y la justificación de dicha doctrina.

Tras esos necesarios prolegómenos, el apartado central del tercer capítulo se halla dedicado al estudio de los presupuestos del abuso del derecho. Así, en primer lugar, para poder invocar esta institución, se exige el ejercicio de un derecho por parte de su titular. En opinión del profesor Cuadrado, tal actuación puede consistir tanto en una conducta activa como en una actitud pasiva, por cuanto el artículo 7.2 se refiere a “todo acto u omisión”, –hay que destacar que, en este punto, el autor no comparte otras posiciones doctrinales, como la defendida por Batlle–. En segundo término, para la aplicación en un caso concreto de la figura del abuso de derecho, se exige que se sobrepasen “manifiestamente los límites

normales del ejercicio de un derecho". Este requisito es analizado por el autor desde una doble perspectiva: subjetiva y objetiva.

El estudio desde el punto de vista subjetivo requiere determinar previamente cuál es la intención del titular del derecho; así, el autor de esta monografía incluye dentro del ámbito de las conductas abusivas no sólo aquellas en las que se aprecia *animus nocendi* o un *consilium damni*, sino también aquellos comportamientos en que, a pesar de no ser su principal propósito, se origina un perjuicio a tercero, y su titular actúa sin un fin serio y legítimo.

Desde el punto de vista objetivo, se exige comprobar que se ha producido un ejercicio anormal o excesivo del derecho por su titular –concepto jurídico indeterminado que, en opinión del profesor Cuadrado, se apreciará y concretará conforme a las costumbres y concepciones de cada época y que variará asimismo en función de la naturaleza del propio derecho y de las circunstancias concurrentes en cada caso.

En el estudio de ambos aspectos, el autor analiza las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, atribuyendo, acertadamente, especial importancia a estas últimas, al corresponder a los tribunales la labor de concreción, caso por caso, de los "límites normales" de cada derecho y de la medida en que éste ha de entenderse "manifiestamente sobrepasado". Así, realiza un amplio y clarificador estudio de los pronunciamientos recaídos en materias como: los usufructos, la propiedad horizontal, el interdicto de obra nueva o las ejecuciones hipotecarias, materia ésta de gran importancia y actualidad como consecuencia de la crisis económica que todavía no hemos conseguido superar. El tercero de los requisitos exigidos por el artículo 7.2 del Código civil, para que sea invocable la doctrina del abuso de derecho, es la producción de un "daño para tercero" que no se halle legalmente obligado a soportarlo, señalando el autor que dicho daño puede ser tanto patrimonial como moral, y que puede haberse verificado ya o ser simplemente previsible. Por último, el profesor Cuadrado analiza las consecuencias de que "la ley no ampare el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste", distinguiendo dos clases de efectos: el primero de ellos es la indemnización de los daños y perjuicios que la conducta del titular del derecho haya ocasionado y cuya concreción corresponde a los tribunales en cada caso; y el segundo lo integran las medidas impeditivas de la persistencia del abuso. En este último ámbito, el autor diferencia entre las judiciales (medidas cautelares) y las administrativas (estas últimas vistas con recelo por gran parte de los civilistas, ante el temor –quizás no muy justificado, pues toda actuación de la Administración a la postre se haya sujeta al control de los jueces– de suplantación en esta materia de la autoridad judicial por la Administración).

En definitiva, el interés objetivo del tema tratado –en especial, en el contexto socioeconómico actual–, el rigor con el que se lleva a cabo su análisis y, sobre todo, las sugerentes y novedosas soluciones aportadas a viejas controversias convierten a esta monografía en una publicación de referencia de lectura obligatoria para todos aquellos juristas que, por necesidad profesional o curiosidad intelectual, hayan de afrontar el estudio de la doctrina del abuso de derecho, una institución que, si bien tiene su ámbito propio de actuación en el derecho privado, adecuadamente tamizada podría desempeñar un importante papel en el campo del derecho administrativo, terreno fértil para no pocos abusos como los estudiados en esta excelente obra.

**Carla Casanueva Muruáis**  
Secretaria académica del OIRESP

regap



RECENSIONES