



Revista Aragonesa
de
Administración Pública

52
Diciembre 2018

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

52

Diciembre 2018

REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Originalidad. La *Revista Aragonesa de Administración Pública* únicamente acepta para su publicación trabajos originales e inéditos.

2. Objetivo, temática y público. El objetivo de la Revista es publicar estudios jurídicos de alta calidad en la temática de Derecho Administrativo dirigidos a la comunidad académica y profesional relacionada con la Administración Pública.

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

4. Datos identificadores. En el inicio de los artículos publicados se indicarán las fechas de recepción y aceptación de los mismos en la Revista, así como el correspondiente membrete bibliográfico, que se incluirá también en cada una de sus páginas.

5. Derechos de autor. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista conllevará la cesión de los derechos de autor a los efectos de la edición impresa, electrónica, *on line* o por cualquier otro medio, así como de su inclusión en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

6. Reglas formales

Encabezado. El trabajo irá encabezado por un sumario que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un resumen y la identificación de unas palabras clave, ambos en español y en inglés.

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

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

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

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

Citas. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán incluyendo inicial del nombre, apellido y entre paréntesis año, dos puntos y número de página, conforme al modelo: (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...

Envío. Los originales se enviarán exclusivamente en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).

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

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

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón

Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 2341-2135

Depósito Legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Sergio PÉREZ PUEYO
Director General de Administración Local, Gobierno de Aragón

Julio EMBID LÓPEZ
Director General de Relaciones Institucionales y Desarrollo Estatutario

Manuel GALOCHINO MORENO
Director General de Presupuestos, Financiación y Tesorería, Gobierno de Aragón

Agustín GARNICA CRUZ
Director del Instituto Aragonés de Administración Pública

Julio César TEJEDOR BIELSA
Secretario General Técnico de la Presidencia, Gobierno de Aragón

Vitelio TENA PIAZUELO
Director General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón

M^o Arántzazu MILLO IBÁÑEZ
Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, Gobierno de Aragón

José BERMEJO VERA
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón

CONSEJO ASESOR

Manuel CONTRERAS CASADO
Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

Antonio EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

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

Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

José María GIMENO FELIÚ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Jorge LACRUZ MANTECÓN
Asesor del Justicia de Aragón

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid

Luis POMED SÁNCHEZ
Letrado del Tribunal Constitucional

José TUDELA ARANDA
Letrado de las Cortes de Aragón

Director: Fernando LÓPEZ RAMÓN
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Secretaria: Olga HERRÁIZ SERRANO
Letrada de las Cortes de Aragón

SUMARIO

RArAP núm. 52 (diciembre 2018)

	Páginas
<i>Lista de evaluadores de la Revista Aragonesa de Administración Pública.....</i>	6
<i>Lista de colaboradores</i>	10
 ESTUDIOS	
J. M. GIMENO FELLÚ: <i>La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales</i>	12
A. GARCÉS SANAGUSTÍN: <i>Derecho e Historia: del fuero al contrafuero. Análisis de la Ley 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón.....</i>	66
J. GIFREU FONT: <i>Ciudades adaptativas y resilientes ante el cambio climático: estrategias locales para contribuir a la sostenibilidad urbana</i>	102
L. CASADO CASADO: <i>La aplicación del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas locales dos años después de su entrada en vigor</i>	159
 DEBATES	
J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ: <i>La consolidación de la vis expansiva del gasto público en los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2018</i>	212
M. ZAMBONINO PULITO: <i>La articulación de la gobernanza multinivel a través de técnicas orgánicas de colaboración, cooperación y coordinación</i>	230
S. GALERA RODRIGO: <i>La planificación de la UE en materia de clima y energía: la patrimonialización de la competencia como barrera a su adecuada recepción en España</i>	264
C. AGOUÉS MENDIZÁBAL: <i>La competencia sobre la atribución por ley de bienes vacantes: a propósito de las SSTC 40/2018 y 41 /2018</i>	299

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ALENZA GARCÍA, José Francisco:
Profesor Titular de Derecho
Administrativo, Universidad Pública
de Navarra.

ALONSO GARCÍA, Consuelo:
Catedrática de Derecho
Administrativo, Universidad de
Castilla-La Mancha, sede de Toledo.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario: Catedrática
de Derecho Administrativo,
Universidad de Oviedo.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín:
Catedrático de Derecho Financiero
y Tributario, Universidad de
Zaragoza.

ARANA GARCÍA, Estanislao:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Granada.

ARPIO SANTACRUZ, Juan: Profesor
Titular de Derecho Mercantil,
Universidad de Zaragoza.

BARCELONA LLOP, Javier: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Cantabria

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción:
Catedrática de Derecho
Administrativo, Universidad de
Sevilla

BERMEJO LATRE, José Luis: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

BERMEJO VERA, José: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Zaragoza.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: Profesor
Contrato Doctor de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

BOUAZZA ARIÑO, Omar:
Profesor Titular de Derecho de
Administrativo, Universidad
Complutense de Madrid.

CALVO SÁNCHEZ, Luis: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Burgos.

CARO-PATÓN CARMONA, Isabel:
Profesora Titular de Derecho
Administrativo, Abogada,
Barcelona.

CASADO CASADO, LUCÍA: Coordinadora
de Investigación del Centre d'Estudis
de Dret Ambiental, Universidad
Rovira i Virgili de Tarragona.

CHUECA MARTÍNEZ, Ricardo:
Catedrático de Derecho
Constitucional, Universidad de
La Rioja.

CIERCO SEIRA, César: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Lleida.

COMBARROS VILLANUEVA, Victoria:
Catedrática de Derecho Financiero
y Tributario, Universidad de Islas
Baleares.

FANLO PIQUERAS, Francisco:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Castilla-La Mancha, sede de
Albacete.

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor: Profesor
Contratado Doctor, Universidad de
Zaragoza.

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

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad
Complutense de Madrid.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel:
Profesor Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
Murcia.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramón:
Coordinador de Relaciones Externas
del Centre d'Estudis de Dret
Ambiental, Universidad Rovira i
Virgili de Tarragona.

GALÁN VIOQUÉ, Roberto: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Sevilla.

GALERA RODRIGO, Susana: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad Rey Juan Carlos,
Madrid.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, Gerardo:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

GARCÍA URETA, Agustín: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de País Vasco, sede de
Bilbao.

GARRIDO CUENCA, Nuria: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Castilla-La Mancha,
sede de Albacete.

GIMENO FELIÚ, José María:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

GÓMEZ PUENTE, Marcos: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Cantabria.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Málaga.

GUERRERO MANSO, Carmen: Profesora
Contratada Doctora de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás: Profesor
Contratado Doctor de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael:
Catedrático de Derecho Financiero
y Tributario, Universidad de
Zaragoza.

JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Las Palmas de Gran
Canaria.

JORDANO FRAGA, Jesús: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Sevilla.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Valladolid.

LÓPEZ PÉREZ, Fernando: Investigador
del Centro Internacional de Estudios
de Derecho Ambiental, Soria.

LOZANO CUTANDA, Blanca:
Catedrática de Derecho
Administrativo, Colegio Universitario
de Estudios Financieros, Madrid.

MALARET GARCÍA, Elisenda:
Catedrática de Derecho
Administrativo, Universidad de
Barcelona.

MARTÍN REBOLLO, Luis: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Cantabria.

MOREU CARBONELL, Elisa: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

NIETO MORENO, Juan Emilio: Profesor
Asociado Doctor de Derecho
Administrativo, Universidad
Autónoma de Barcelona.

NOGUEIRA LÓPEZ, Alba: Catedrática
de Derecho Administrativo,
Universidad de Santiago de
Compostela.

NOGUERA DE LA MUELA, Belén:
Profesora Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
Barcelona.

OCHOA MONZÓ, Josep: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Alicante.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Castilla-La Mancha, sede de
Toledo (+).

PALÁ LAGUNAS, Reyes: Profesora
Titular de Derecho Mercantil,
Universidad de Zaragoza.

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

PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Barcelona.

PERNAS GARCÍA, Juan José: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de La Coruña.

POMED SÁNCHEZ, Luis: Letrado del
Tribunal Constitucional.

PONT CASTEJÓN, Isabel: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad Autónoma de
Barcelona.

REBOLLO PUIG, Manuel: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Córdoba.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca:
Profesora Contratada Doctora de
Derecho Administrativo, Universidad
Autónoma de Madrid.

ROSA MORENO, Juan: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Alicante.

RUIZ DE APODACA, Ángel: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Navarra.

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier:
Profesor Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
La Rioja.

SANZ LARRUGA, Francisco Javier:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
La Coruña.

SANZ RUBIALES, Íñigo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

SARASÍBAR IRIARTE, Miren: Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

SOCIÁS CAMACHO, Joana: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Islas Baleares.

SORO MATEO, Blanca: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

TEJEDOR BIELSA, Julio: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

TOLIVAR ALAS, Leopoldo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

TORNOS MAS, Joaquín: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

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

TUDELA ARANDA, José: Letrado de las Cortes de Aragón.

VADRÍ FORTUNY, María Teresa: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

VALENCIA MARTÍN, Germán: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

VERA JURADO, Diego: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

VILLAR ROJAS, Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Laguna.

LISTA DE COLABORADORES

AGOÛÉS MENDIZÁBAL, Carmen:
Profesora titular de Derecho
administrativo, Universidad del País
Vasco.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín:
Catedrático de Derecho financiero y
tributario, Universidad de Zaragoza.

CASADO CASADO, Lucía:
Profesora titular de Derecho
administrativo, Universidad Rovira i
Virigili de Tarragona.

GALERA RODRIGO, Susana:
Profesora titular de Derecho
administrativo, Universidad Rey Juan
Carlos de Madrid

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel:
Profesor titular de Derecho
administrativo, Universidad de
Zaragoza.

GIFREU FONT, Judith:
Profesora titular de Derecho
administrativo, Universidad
Autónoma de Barcelona.

GIMENO FELIÚ, José María:
Catedrático de Derecho
administrativo, Universidad de
Zaragoza.

ZAMBONINO PULITO, María:
Catedrática de Derecho
administrativo, Universidad de
Cádiz

ESTUDIOS

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS SOCIALES Y SANITARIOS DIRIGIDOS A LAS PERSONAS. CONDICIONANTES EUROPEOS Y CONSTITUCIONALES (*) (**)

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA IDEOLOGÍA Y SUS LÍMITES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.– II. EL MODELO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL CONTEXTO DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.– III. LOS SERVICIOS DE LA SALUD Y SOCIO-SANITARIOS Y SU NO VINCULACIÓN EN CIERTOS SUPUESTOS A LAS REGLAS DEL MERCADO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.– IV. LAS POSIBILIDADES COMPETENCIALES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN ESTA MATERIA. LA VIABILIDAD DE UNA LEY DE SERVICIOS A LAS PERSONAS EN EL ÁMBITO SANITARIO Y DE SERVICIOS SOCIALES.– V. POSIBILIDADES PRÁCTICAS PARA LA «REACTUALIZACIÓN» DEL MODELO VIGENTE DE SERVICIOS A LAS PERSONAS DESDE LA PERSPECTIVA DE COLABORACIÓN/CONCERTACIÓN: 1 La posibilidad de «acuerdos de cooperación directa». 2 El nuevo modelo de acción concertada y sus posibilidades prácticas. 3 Un «régimen especial» contractual en prestaciones directas a personas en los ámbitos sociales y sanitarios.– VI. LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN DE CÓMO GESTIONAR SERVICIOS SANITARIOS A LAS PERSONAS Y LOS LÍMITES DESDE LA PERSPECTIVA DE LIBRE COMPETENCIA.– VII. CONCLUSIONES.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En este estudio se pretende un análisis jurídico sobre, en que condiciones y límites, puede utilizarse la acción concertada como técnica distinta del contrato público, y sobre la posible quiebra del principio de competencia y de los principios europeos de la contratación pública en su utilización práctica, si se condiciona la posibilidad de utilizar esta técnica a favor de entidades del tercer sector.

Palabras clave: contratación pública; colaboración público-privada, servicios sociales y sanitarios; entidades del tercer sector; adjudicación directa; servicios a las personas.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 11 de junio de 2018 y evaluado favorablemente para su publicación el 26 de julio de 2018.

(**) Este estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad titulado «La nueva regulación de la contratación pública. Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos». Der 2015-67102-C-2-1-P, cuyo IP es el autor.

Abstract: This study intends to develop a legal analysis on the conditions and limits of agreements with the private sector as an alternative technique to public contracts. Moreover, the survey examines the possible breakdown of the principle of competition and the European principles of public procurement if these kind of agreements were only restricted to third sector organisations.

Key words: public procurement; public-private partnerships; social and health services; third sector organisations; direct award; services to the person.

I. INTRODUCCIÓN: LA IDEOLOGÍA Y SUS LÍMITES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Este estudio pretende dar contexto y límites a las reglas de la colaboración público-privada en España en el ámbito de las prestaciones socio-sanitarias, desde la perspectiva de respeto tanto a las competencias públicas, como a los principios de seguridad jurídica y de certeza (que implica la previsibilidad de las decisiones), en un momento donde existen postulados sobre los modos e intensidad de gestión de «servicios públicos» y donde se están adoptando medidas de «preferencia» a favor de ciertas formas de prestación (1).

Desde esta perspectiva, como argumento principal sobre el que pivota la argumentación de este estudio, conviene realizar una serie de reflexiones de alcance general para contextualizar de forma correcta el debate jurídico y las conclusiones que se expondrán.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el interés público se satisface tanto por los poderes públicos como por la iniciativa privada, lo que sugiere nuevos retos para la gestión de la contratación pública, utilizada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas, que aconseja una reflexión sobre las formas de gestión de los servicios públicos y actividades de interés general y su encuadre en la lógica del Estado de Bienestar.

Obviamente, el debate jurídico-técnico exige alejarse de posturas apriorísticas maximalistas: ni la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con gestión directa o mediante su «encargo» a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro (2). Habrá de analizarse supuesto a

(1) Sobre estas ideas generales me remito a las ideas defendidas en el libro colectivo CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, GIMENO FELIÚ, QUINTEROS OLIVARES y SALA SÁNCHEZ (2017). Por otra parte, hay que recordar que la certeza jurídica, como valor a proteger por el ordenamiento jurídico, exige que las decisiones sean predecibles y que no estén al «capricho» ideológico. Sobre esta idea *vid.* GOMETZ (2012).

(2) *Vid.* GIMENO FELIÚ (2017a: pp. 50-71).

supuesto (3). Sin olvidar, como se ha señalado, con acierto, que la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*), pero no lo tiene en la política pública concreta (*policy*) si no supone el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica de gestión (4).

Como ya se ha explicado por la doctrina, las principales características de la reformulación del papel del Estado en la economía (que afecta a los fundamentos y las categorías dogmáticas del derecho administrativo), se caracteriza por la general apertura a los procesos de internacionalización de las relaciones económicas derivada de la globalización, y cuya manifestación en nuestro entorno geográfico supranacional es la creación del mercado interior europeo (5).

Y, desde esa perspectiva, el resultado final de la regulación de la actividad económica es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras —unas de supervisión de la actividad y otras de control o intervención— de carácter vertical y horizontal. A su vez, cualquier decisión política debe coherer con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, con la lógica de la mejor satisfacción del interés público. Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad (6), que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra, y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público) (7).

(3) Como bien explica ESTEVE PARDO (2017: pp. 307-310), las experiencias europeas ofrecen conclusiones distintas en función de si estamos en países del sur o del norte de Europa. En estos últimos, por situación económica y tamaño de los entes locales, la opción de gestión directa ha funcionado correctamente..

(4) Vid. PONCE SOLÉ (2016a: p. 96).

(5) «El mismo enfoque de los juristas está, tímida pero progresivamente cambiando, con el abandono de una visión que tiende a describir derecho y economía como dos mundos incomunicados (...) Se trata de combatir las patologías del comportamiento burocrático para restaurar la necesaria relación entre sistema económico y aparato administrativo. Se han preparado las bases para una cuidadosa reflexión que permita entender, no sólo las antinomias, sino más bien las interacciones entre derecho y economía, con el fin de entender cómo limitar las incertidumbres que la dinámica jurídica y la económica son capaces de causar de forma conjunta». PAJNO (2016: pp. 29-75).

(6) ESTEVE PARDO (2015b: pp. 11-39). *Ibidem*: ESTEVE PARDO (2015a).

(7) Como es sabido, la Escuela de Burdeos, a través de L. DUGUIT y G. JEZE, se encargó de desarrollar el concepto de servicio público aparecido en la jurisprudencia, y cuyo pensamiento, basado en la idea de solidaridad social, señala que el fin de la Administración pública es, en principio, preservar la prestación de servicios públicos con carácter regular y continuo. Un interesante trabajo sobre los orígenes del concepto de servicio público es el realizado por JOURDAN (1987: pp. 89 y ss.). ESTEVE PARDO (2017: p. 336), considera que en los servicios de carácter administrativo parece conveniente una gestión directa, en tanto que en gestión de servicios económicos con complejidad técnica parece más conveniente la gestión indirecta en colaboración con el sector privado.

Asimismo, la regulación europea, como se verá, tiene importantes consecuencias jurídicas, no solo derivadas del proceso de uniformización jurídica (8), sino también del hecho de ser una cuestión que, por su relación con el mercado interior, no es indiferente para las instituciones europeas (9). Aunque es cierto que no se impone un modelo de «privatización» de gestión, el ordenamiento europeo sí que se posiciona por el respeto a las reglas del derecho de la competencia. Es decir, en la prestación de actividades económicas tiene un papel relevante el principio de competencia (practicable) en el mercado con el objetivo de, mediante una adecuada tensión competitiva, conseguir mejor eficiencia y calidad de los resultados de las distintas actividades económicas.

En todo caso, más allá del alcance político y económico del debate instaurado sobre la prestación de actividades de interés público y de servicios esenciales, que enfatiza el valor de la gestión pública —de recuperación de lo público— frente a las tradicionales fórmulas de colaboración público-privada, parece necesario abordar un análisis jurídico de los posibles condicionantes derivados del derecho europeo y sus principios reguladores (10), así como de la sostenibilidad financiera de los servicios y actividades públicas, tal y como ha puesto de relieve un importante sector de la doctrina (11).

La Unión Europea, aunque ha declarado la neutralidad sobre las formas de gestión de las competencias públicas, ha advertido la importancia de que existan equilibrios y fórmulas de colaboración público-privada para preservar el interés público (12). Se constata, de forma evidente, la opción europea por la colaboración público-privada como elemento que permita la vertebración social y el impulso a un mejor crecimiento económico (muy especialmente en sectores sensibles).

Por otra parte, se debe advertir, en todo caso, que el debate sobre la prestación de los servicios públicos, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público (13), es decir, la

(8) Me remito a GIMENO FELIÚ (2016a: pp. 279-299).

(9) Así, en los servicios públicos de transporte existe ya regulación específica [Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo].

(10) Sobre esta nueva visión «remunicipalizadora» puede consultarse el trabajo de WOLLMANN (2013: pp. 70-80).

(11) *Vid.* en este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2016: pp. 439-450).

(12) GIMENO FELIÚ (2018: pp. 4-13).

(13) Concepto de servicio público de difícil delimitación conceptual, como ya ha advertido la STC 127/1994, de 5 de mayo, al afirmar que *«la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina jurídica —con detractores y valedores—, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas»*.

regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad (14). Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión (15). Y debe diferenciarse también entre los servicios económicos de interés general y los Servicios de Interés General, que son actividades esenciales cuya prestación no puede faltar a los ciudadanos en adecuadas condiciones de calidad y precio; se trata de los denominados servicios sociales, entre los que se incluye la sanidad, amén de otros como la educación, el amplio abanico de la Seguridad Social, etc., que, al no organizarse prioritariamente como actividades económicas, no les son de aplicación las libertades de establecimiento y

(14) JEZE (1915: pp. 1 y ss.) consideraba que son servicios públicos aquellas necesidades que únicamente pueden ser imputadas a la colectividad en su conjunto, y que tienen por finalidad la mejora de las condiciones materiales, intelectuales y morales de la población, es decir, la paz social duradera..

(15) Conviene recordar que tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 2013 se introduce en el artículo 85 de la LBRL el principio de sostenibilidad y eficiencia como condicionantes de la decisión administrativa de optar por una u otra forma de gestión, de manera que para elegir entre gestión directa e indirecta la Entidad Local tiene que optar por el modo más sostenible y eficiente, y si opta por la gestión directa, solo puede elegir entre las formas personificadas de Empresa Pública Local o sociedad mercantil de titularidad local si se demuestra que es más sostenible y eficiente que la gestión directa indiferenciada o por medio de organismo autónomo. Este condicionante de la decisión municipal no es contrario ni a las competencias autonómicas ni a la autonomía municipal tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en la sentencia 41/2016 (FD 14): «Bajo la óptica de las Comunidades Autónomas, esta regulación impone limitaciones a la legislación autonómica del régimen local que deben reputarse básicas. El art. 149.1.18 CE da cobertura a una legislación básica sobre la gestión de servicios públicos locales [SSTC 103/2013, FJ 3 d); 143/2013, FJ 7], teniendo cuenta la estrecha conexión que toda regulación de servicios reservados (más o menos sustraídos al régimen de libre mercado) guarda con las opciones de ordenación general de la economía que la Constitución atribuye al Estado (art. 149.1.13 CE). La nueva ordenación básica responde a la finalidad de evitar la proliferación de personificaciones instrumentales o, más precisamente, de asegurar la sostenibilidad financiera y eficiencia de las que se creen; con independencia de la eficacia real del instrumento, expresa una opción, no solo legítima, sino estrechamente vinculada a determinados mandatos constitucionales (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE). Desde la perspectiva de los entes locales, el art. 85.2 LBRL condiciona la autonomía local, pero no la vulnera en absoluto. Los entes locales conservan amplios espacios de opción organizativa. No puede ponerse reparos a la previsión de un informe del interventor local que valore la sostenibilidad financiera. Así resulta de la doctrina constitucional en relación con el control de eficacia que el art. 136 LBRL atribuye al interventor municipal. La STC 143/2013, FJ 10, declaró que ni ese control «ni la circunstancia de que ello implicaría una valoración de la gestión económico-financiera llevada a cabo por los órganos de gobierno del Ayuntamiento suscitan reparos de índole constitucional, sino todo lo contrario, pues todo ello se ajusta plenamente a los principios generales de buena gestión financiera parcialmente constitucionalizados en el art. 31.2 CE». Consecuentemente, procede desestimar la impugnación del art. 85.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.21 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local ».

de prestación de servicios, ni las reglas sobre competencia y ayudas públicas, por no formar parte del mercado interior (16). El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce, al respecto, una amplia competencia de los Estados miembros en relación con los servicios que más frecuentemente se organizan a partir de criterios de solidaridad y de cohesión social (17).

Como bien se ha destacado, el concepto jurídico de servicio público es de difícil precisión, pues existen dos posiciones en torno al mismo: una objetiva, preocupada por determinar qué actividades prestacionales deben ser garantizadas a todos los ciudadanos con el fin de lograr la cohesión social, y otra de carácter subjetivo, basada en la idea de que el servicio público es la actividad excluida del régimen de mercado, incidiendo sobre todo en los problemas de la relación entre sector público y sector privado, más que en los derechos de los ciudadanos a obtener unas determinadas prestaciones (18). Concepto de servicio público que necesariamente debe interpretarse a la luz del derecho europeo (19), donde —sobre el concepto de la universalidad— recobra su razón de ser, al convertirse en un instrumento jurídico eficaz de cara a la consecución de un mercado único en la Unión Europea (20). Y es que la construcción europea nos introduce necesariamente en el mundo de la diversidad y la competencia, en el que los servicios públicos deben ser dinamizados y conocer un nuevo impulso, de tal manera que permitan una mutación del poder público en el sentido de promotor y garante de la corrección del juego social y económico (21).

Es decir, el servicio público deviene como una institución o técnica destinada a preservar, en un marco de competencia económica, la calidad de ciertas actividades donde existe un marcado y evidente interés general, porque lo público y su protección no exigen una prestación directa por la Administración. Por ello, ha sido y es tradicional la prestación de servicios públicos por particulares sin régimen de monopolio y, por tanto, sin exclusión de la

(16) LAGUNA DE PAZ (2009) y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO (2014: p. 184).

(17) No en vano el Protocolo núm. 26 del Tratado de Lisboa declara: «Las disposiciones de los tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico» (art. 2). En este sentido VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: pp. 75-128) afirma que «se aprecia que en España muchos SIG, tanto económicos como no económicos, quedan integrados en la categoría del servicio público y encarnan auténticas competencias cuya atención es responsabilidad de las distintas Administraciones. En cuanto a los modos de gestión de los servicios públicos en España, es ya clásica la distinción de base que se hace entre su gestión directa o indirecta».

(18) TORNOS MAS (2016a: pp. 51-76). *ibidem*, TORNOS MAS (2016b: pp. 32-49).

(19) *Vid.* TORNOS MAS (2016c: pp. 193-211) y FERNÁNDEZ FARRERES (2003: pp. 7-21).

(20) *Vid.* CARLÓN RUIZ (2009).

(21) *Vid.* WOEHRLING (1992: pp. 396-400). También CHINCHILLA MARÍN (1991: p. 964) y GIMENO FELIÚ (1994a).

actividad privada en campos como la educación, la sanidad o los servicios sociales (22).

Un ejemplo claro lo ha sido la sanidad, donde, aun existiendo en España un sistema público de indudable calidad, la necesaria cooperación con empresas privadas ha permitido en muchas ocasiones una mejor prestación del servicio sanitario a todos los ciudadanos. Por ello, debe valorarse positivamente la complementariedad del sector privado, en sus múltiples variantes, fomentando un adecuado equilibrio que favorezca la mejor calidad del modelo institucional sanitario en España.

II. EL MODELO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL CONTEXTO DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.

Parece conveniente, aun de forma sucinta, delimitar o concretar cuál es el modelo económico constitucionalmente consagrado, pues a sus parámetros, inevitablemente, deberá ajustar su actuación la Administración, ya que, como bien se ha indicado, corresponde a ésta hacer efectivos los estándares constitucionales de los derechos sociales (23).

Pues bien, debemos partir, desde un principio, de la premisa de que nuestra Constitución delimita un determinado sistema económico: el de co-iniciativa entre el sector privado y el sector público (24). Tal es la conclusión a la que se llega tras el análisis sistemático de los preceptos económicos contenidos en la Constitución. Tanto los sujetos públicos como los privados pueden iniciar toda clase de empresas o actividades económicas, respetando, eso sí, las reglas de la competencia y la de actuación en plano de igualdad. Por tanto,

(22) TORNOS MAS (2016a: p. 53). Así, este autor considera que el concepto de servicio público debe basarse en su concepción objetiva: «Creemos que la definición de Duguit debe seguir siendo válida. Servicio público es aquella actividad prestacional indispensable para la realización del desenvolvimiento de la interdependencia social que, como tal, debe ser garantizada por las Administraciones Públicas. Esta garantía no supone que en todos los casos el ejercicio de esta actividad deba ser excluido de la libre iniciativa económica. En algunos supuestos, la garantía de esta prestación, de acuerdo con los principios propios del servicio público, requerirá que los poderes públicos asuman el monopolio de la misma, excluyendo su libre prestación de la iniciativa privada, y permitiendo tan solo, de ser el caso, la prestación privada a través de un título habilitante público. Este puede ser el caso del alumbrado público o la recogida de basura. Sin embargo, otras actividades prestacionales pueden ser garantizadas por las Administraciones Públicas sin perjuicio de que exista al mismo tiempo una actividad privada que preste este mismo servicio» (p. 55). Sobre la incidencia de la idea del servicio público en el ámbito sanitario resulta de especial interés el trabajo de Font I Llovet (2016: pp. 253-288).

(23) SALA SÁNCHEZ (2014).

(24) Vid. ALBERTÍ ROVIRA (2012: pp. 77 y ss.).

la Constitución de 1978 viene a sustituir el antiguo principio de subsidiaridad de la iniciativa pública por el principio de la complementariedad (25), lo que significa la implantación de un sistema paritario en la actuación pública y privada, que comporta que ambos están sometidos a los mismos límites, deberes y responsabilidades establecidos por nuestra Constitución (26).

Pero dicha complementariedad de la iniciativa económica se enmarca, como se ha visto, en la estructura de un Estado Social. Por ello, se puede afirmar que el sistema definido por nuestra Constitución no es otro que el de economía social de mercado, a través del cual se integra un sistema de competencias económicas con el objetivo del progreso social (27). Evidentemente, tal sistema no es un sistema rígido sino que, por voluntad del constituyente, es un sistema flexible que permite la actuación de diversas políticas económicas de distinto signo sin quedar desvirtuado.

Con tal configuración del sistema económico, se afirma una situación de confluencia de dos vectores distintos: por un lado, el derecho a la libertad de empresa; por otro lado, la ordenación de la actividad económica por parte de los poderes públicos. Y, como bien afirma el profesor S. MARTÍN RETORTILLO, «lograr que una y otra se mantengan, con toda la variedad de matices que se quiera, pero sin que una elimine o reduzca a la otra es, en última instancia, el difícil equilibrio que requieren los postulados que ofrece nuestra Constitución económica. Una situación que se proyecta cargada de dificultades en el ámbito concreto del enjuiciamiento y valoración de las distintas medidas y situaciones particulares» (28). Flexibilidad, y consiguiente dificultad, que no deben confundirse ni con la imposibilidad absoluta de enjuiciamiento real en la práctica, ni tampoco con total ausencia de restricciones a cualquier política

(25) Para una mayor profundidad sobre el debate doctrinal en torno al concreto significado y contenido de nuestro modelo económico constitucional, en estos momentos, *vid.* GIMENO FELIÚ (1994b: pp. 151-163) y SALA SÁNCHEZ (2014: pp. 46-54).

(26) Sobre este punto, por todos, *vid.* DE GISPERT PASTOR (1989: p. 42). Esto mismo sucede, por ejemplo, en Italia, donde su modelo constitucional tiene una marcada orientación social (reconocida en su artículo 3) que obliga la intervención positiva del Estado para lograr que la libertad y la igualdad tengan una plasmación efectiva. Sobre esta cuestión puede consultarse a CAVALLO y DI PLINIO (1983: pp. 66-67).

(27) Este sistema, criticado por autores que lo conciben como sinónimo de un sistema neoliberal, ha sido el de mayor aceptación, sin duda por los grandes márgenes de flexibilidad, por la doctrina científica. En tal sentido se pueden citar, a título meramente enunciativo, como principales referentes: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2002: pp. 75 y ss.); y BAÑO LEÓN y MUÑOZ MACHADO (1989: p. 217).

(28) Una valoración global y sistemática del conjunto de cláusulas económicas contenidos en la Constitución, permite llegar a la siguiente conclusión: nuestra Carta Magna sanciona un sistema de libertad económica. Tal formulación es correcta ya que todo sistema considerado como democrático debe consagrar un sistema económico cuyo núcleo esencial sea la empresa —tanto privada como pública—. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2002: p. 82).

económica que quiera ser llevada a cabo, sino que, en última instancia y en cada caso, deberá afinarse la interpretación jurídica para confrontar la legalidad de actuaciones concretas, públicas y privadas, respectivamente, con las correspondientes habilitaciones constitucionales y legales de la actuación del poder público administrativo y con el alcance de los derechos individuales constitucionalmente reconocidos.

De la calificación del sistema económico constitucional como economía social de mercado derivan importantes consecuencias para los poderes públicos: supone que, obligatoriamente, deberán no sólo respetar determinadas situaciones jurídico-privadas, sino, además, adoptar las estrategias y decisiones pertinentes para llevar a efecto los objetivos que se desprenden de la Constitución (29). Así, las Administraciones públicas están constitucionalmente legitimadas para intervenir en el mundo económico comportándose como un agente empresarial más, pero debiendo, en todo caso, enmarcar su actuación bajo el principio u objetivo de satisfacción del interés general, límite no franqueable bajo ninguna circunstancia (30). Esta legitimación de participación en la economía ha sido una de las principales causas que han motivado, a fin de obtener flexibilidad y resultar competitivos frente a la empresa privada, el empleo por parte de las Administraciones públicas de técnicas jurídicas propias del Derecho privado. En definitiva, equilibrio entre lo público y lo privado, como elementos complementarios que permiten cumplir las exigencias de mejor cumplimiento de los distintos fines públicos y donde la función de dirección y tutela del poder público es determinante (31).

El sistema económico constitucional es calificado, según se acaba de indicar, como de economía social de mercado. El derecho, en general y el derecho administrativo en particular, han de ser coherentes con esa idea. El artículo 103.1 CE declara que la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. A su vez, en el artículo 9.3, se dice que la Constitución garantiza «*la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*». El significado conjunto de estos preceptos constitucionales se resume en la promesa de una buena Administración pública, sometida a la ley y al servicio del bien general y de los ciudadanos, pero también a una actuación de los Jueces y Tribunales acorde con el principio, cuyo ámbito de incidencia ha de comprender necesariamente los tres Poderes.

(29) Sobre el carácter imperativo respecto a la actuación conformadora del Estado, puede consultarse el libro de PAREJO ALFONSO (1983: pp. 50 y ss.)

(30) Por todos, PIÑAR MAÑAS (1994: pp. 557-559).

(31) MARTÍN MATEO (2003: pp. 98 y ss.).

Por su parte, el Capítulo III del Título II de la Constitución está lleno de promesas de servicios que los poderes públicos «garantizan». Por supuesto, eso se traduce en que la Administración obrará como una «buena Administración», y, no teniendo prohibido, en manera alguna, delegar o ceder sus funciones, si lo hace, seguirá estando acompañada de esos deberes y promesas.

El concepto de «buena Administración», se ha transformado en principio caracterizador del derecho administrativo moderno, hasta el punto de que ha sido expresamente recogido el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000, que dispone, bajo la denominación de derecho a una buena administración, que toda persona tiene derecho a que las instituciones, organismos y agencias de la Unión traten de sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable, incluyendo especialmente el derecho de toda persona a ser escuchada antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente; a tener acceso al expediente que le afecte, dentro del respeto de otros intereses legítimos; y a que la Administración motive sus decisiones (32). A esos derechos se añaden otros (a la reparación de perjuicios causados por instituciones o agentes de la Unión, a usar su propia lengua).

Todas esas ideas se han ido plasmando en los derechos nacionales, dando paso a lo que se reconoce como un nuevo modelo de relaciones entre los ciudadanos y la Administración, alejado del autoritarismo, esperando y recibiendo, unos y otra, ayuda mutuamente y manteniendo un diálogo que facilitan los enormes avances de las técnicas de información. En lo que concierne al Derecho Administrativo, se ha abierto paso la convicción de que se está ante un nuevo Derecho, que tiene como objeto la buena Administración y deja atrás la imagen de una Administración pública limitada al estricto cumplimiento de las normas que regulan sus obligaciones y poderes, y más atenta al control de cumplimiento, por parte de los ciudadanos, de sus respectivos deberes. Y en lo que corresponde al Derecho penal, esta evolución se plasma en una paralela evolución de las tipicidades penales que contempla relaciones de expectativa entre la Administración y el ciudadano y que, a simple título de ejemplo, podemos identificar en los delitos de denegación de auxilio, de abuso de autoridad o de abandono de servicios públicos (33).

(32) Por todos, PONCE SOLÉ (2001: p. 480). Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autorizó la ratificación por España del Tratado de Lisboa, de modificación del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado aquel en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). También TORNOS MAS (2008: pp. 629-641).

(33) Cuestión diferente es que el Derecho Administrativo haya evolucionado al mismo ritmo, y eso es aún más complicado cuando, como sucede en España, hay que referirlo a la

En suma, en la decisión de conceder la gestión de un servicio y la manera de hacerlo, debe estar presente la «buena Administración», la cual no consiste en el puro cumplimiento formal de la legalidad, ya que es una finalidad que ha de guiar al legislador y a los gobernantes y una manera de orientar la actividad de la Administración también cuando cede la gestión de un servicio.

III. LOS SERVICIOS DE LA SALUD Y SOCIO-SANITARIOS Y SU NO VINCULACIÓN EN CIERTOS SUPUESTOS A LAS REGLAS DEL MERCADO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El sistema sanitario y de servicios socio-sanitarios en España se caracteriza por ser un modelo esencialmente público donde, desde la organización pública, se da asistencia universal y de calidad a la ciudadanía. Se trata, pues, de un modelo consolidado, donde, para preservar la calidad asistencial —y su carácter universal— han existido y existen relaciones jurídicas con entidades privadas en aras a complementar (que no sustituir) el modelo. Esta colaboración del sector privado puede dividirse, a meros efectos didácticos, entre entidades privadas con finalidad de lucro, y entidades que actúan sin ánimo de lucro movidas por un objetivo de solidaridad.

Esta «dualidad» se ha articulado en las relaciones con las administraciones públicas sanitarias mediante la técnica del contrato público, lo que no siempre ha permitido cumplir de forma adecuada con la finalidad de la prestación. La experiencia existente en ámbitos como la atención de salud mental, o pacientes de larga estancia con procesos de rehabilitación o tratamiento de paliativos, entre otros, donde la colaboración de entidades del tercer sector ha permitido complementar el sistema y dotar de calidad a prestaciones tan sensibles y con importante índice de variabilidad, aconseja dar una correcta solución jurídica a «esta organización de las prestaciones». Lo que no significa, ni puede significar, en modo alguno, que pueda «expulsarse» al sector empresarial «lucrativo» en la prestación de este tipo de actividades. Como venimos defendiendo en el presente estudio, debe existir un adecuado equilibrio que respete efectivamente los distintos principios e intereses en juego.

Administración estatal y a las de cada Comunidad Autónoma y sus correspondientes municipios. Pero en todo caso, el objetivo de servicio al interés general desde el respeto a los derechos y a la dignidad de las personas, tendrá que ser la regla inviolable. Otra cosa es que el incumplimiento de esos modos de actuar dé siempre paso a una responsabilidad jurídicamente exigible, puesto que no toda desviación que abandone la idea de buena Administración se ha de traducir en infracciones y sanciones, y, menos, de índole penal, ya que el control real es el de naturaleza política.

Desde esta premisa, puede afirmarse que el proceso de transposición de la Directiva europea sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014) a la legislación interna, permite diseñar un nuevo marco regulatorio alejado del tradicional modelo de contratación pública, pues los artículos 76 y 77, de alcance potestativo para los Estados, habilitan tanto la reserva de contratos como un régimen singular en el ámbito de la salud y de los servicios sociales en servicios a personas (y de educación). Incluso debe considerarse, de acuerdo con el artículo 76.2 de la citada Directiva, la conveniencia de adaptar el modelo sanitario y de servicios sociales a las personas, centrado en las características antes relacionadas, poniendo en valor, pero no de manera excluyente, la colaboración de entidades del tercer sector con una importante implantación social, en tanto se ha acreditado que es un modelo de éxito, de contrastados resultados económicos y de muy elevada calidad prestacional y de responsabilidad institucional. Los poderes públicos, como ya se ha advertido en este estudio, siguen *«teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación»* [Considerando 114]. Esta excepción parece lógico entender que se aplica a todo servicio a la persona, social o sanitario, a la vista de la redacción del articulado descrito. Y, en su caso, deberá respetar las mismas reglas y principios.

En todo caso, con carácter previo al análisis de las distintas posibilidades de regulación sobre la colaboración de la Administración Pública con terceros contratistas y, en su caso, con el denominado tercer sector, en la provisión de servicios a personas en el ámbito de la Salud o de los servicios sociales (es el objeto al que se circunscribe este estudio), conviene advertir que estas «relaciones jurídicas» se deben diseñar con una filosofía propia alejada de la óptica del mercado (34).

No puede desconocerse el hecho de que la Comisión Europea ha venido recordando que son valores esenciales de la Comunidad la protección de la

(34) Me remito a lo expuesto en mi trabajo GIMENO FELIÚ (2015a: pp. 65-85). Estos servicios tienen la consideración de servicios de interés general, y deben responder a los principios de universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad de las prestaciones, transparencia y calidad. Por ello, el Protocolo núm. 26 del Tratado de Lisboa que declara *«las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros, para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico»* (artículo 2).

salud humana, la igualdad entre hombres y mujeres, y la cohesión social y territorial (Comunicación de la Comisión *Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea*, de 26 de abril de 2006, COM(2006) 177 final). Esta especificidad procede del carácter vital de las necesidades que han de satisfacer, garantizándose de este modo la aplicación de derechos fundamentales, como la dignidad y la integridad de la persona. Por ello, los servicios sanitarios (o sanitario/sociales, como sucede con los pacientes psiquiátricos) posibilitan una serie de medidas que pueden ser tenidas en cuenta en su licitación:

a) funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad, que requiere, en particular, la no selección de los riesgos o la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones;

b) carácter polivalente y personalizado, que integre las respuestas a las distintas necesidades para garantizar los derechos humanos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables;

c) ausencia de ánimo de lucro, especialmente para abordar las situaciones más difíciles y que se explican, a menudo, por motivos históricos;

e) participación de voluntarios y benévolo, expresión de una capacidad ciudadana;

f) integración marcada en una tradición cultural (local); en particular, esto se advierte en la proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario, lo que permite tener en cuenta las necesidades específicas de este último;

g) relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación «normal» de tipo proveedor-consumidor y que requiere la aplicación de la fórmula del pago por terceros.

Asimismo, parece oportuno delimitar el significado de la gestión sanitaria pública y de los servicios sociales, así como el alcance de la colaboración con el sector privado (mediante técnicas contractuales u otras) y los límites europeos y nacionales al respecto, en tanto se prestan servicios «dirigidos a ciudadanos» y vinculados a prestaciones básicas que forman parte del «núcleo» del Estado social. Y aquí la eficiencia no puede ser interpretada desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio (35).

(35) Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a mi estudio GIMENO FELIÚ (2016b: pp. 137-158). La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisional tiene importancia desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes al ser la calidad una exigencia vinculada al derecho de una buena administración.

Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).

Interesa destacar la previsión que sobre estos servicios realiza la Directiva 2014/24, de contratación pública, en su considerando 114:

«Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios.

Los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos.

Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité de Protección Social. Al determinar los procedimientos que hayan de utilizarse para la adjudicación de contratos de servicios a las personas, los Estados miembros deben tener en cuenta el artículo 14 del TFUE y el Protocolo n° 26. Al hacerlo, los Estados miembros también deben perseguir los objetivos de simplificación y reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos; es preciso aclarar ello también puede suponer basarse en disposiciones aplicables a los contratos de servicios no sometidos al régimen específico.

Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación»

La STJUE 28 de enero de 2016, *CASTA y otros*, Asunto C-50/14, abre nuevas perspectivas a esta colaboración de entidades sin ánimo de lucro en el

ámbito de prestaciones a personas en los sectores sanitarios y sociales. El TJUE advierte que la regla general es que un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro (véase en ese sentido la sentencia *Crosse Rossa y otros*, C-113/13). Pero reconoce que, en casos de servicios sanitarios a personas, es posible que una normativa nacional habilite la adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria (36).

Esta sentencia resuelve la petición de decisión prejudicial —tiene por objeto la interpretación de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE— acerca de la adjudicación, sin licitación, del servicio de transporte de las personas en tratamiento de diálisis a diferentes centros sanitarios, durante el período que va de junio a diciembre de 2013, a la *Associazione Croce Bianca del Canavese* y a otras varias asociaciones de voluntariado (en lo sucesivo, «*Associazione Croce Bianca y otros*»), y de la autorización de los gastos inherentes. El Tribunal italiano recuerda que en aplicación del principio de solidaridad reconocido en el artículo 2 de la Constitución de la República Italiana y del principio de subsidiariedad garantizado por el artículo 118 de ésta, el Derecho italiano, tanto nacional como regional, atribuye a las asociaciones de voluntariado, caracterizadas por la falta de ánimo de lucro, el predominio de las prestaciones realizadas a título gratuito y el carácter marginal de la actividad comercial y productiva, un papel activo en el ámbito de las prestaciones sanitarias. Por ello, los artículos 1 y 45 de la Ley n.º 833 de creación del servicio sanitario nacional (*legge n. 833 – Istituzione del servizio sanitario nazionale*) de 23 de diciembre de 1978 (suplemento ordinario de la GURI n.º 360, de 28 de diciembre de 1978) reconocen el papel en el funcionamiento del servicio sanitario nacional de las asociaciones de voluntariado y de las instituciones de carácter asociativo constituidas con vistas a contribuir a la realización de los objetivos institucionales de ese servicio. Se prevé que esa contribución se regule por concertos concluidos con las unidades sanitarias locales conforme a la planificación y a la legislación establecidas en el ámbito regional.

El tribunal remitente señala que el concierto discutido en el litigio principal tiene por objeto una serie de prestaciones de transporte, como el transporte

(36) Sobre el significado de esta jurisprudencia me remito a mi opinión publicada en www.obcp.es «Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias» (2016). Vid. también BERNAL BLAY (2018, pp. 2864-2865).

de urgencia, del que sólo es una parte menor el transporte de personas en tratamiento de diálisis. Además, la ASL TO4 ha celebrado conciertos con otras asociaciones de voluntariado que también tienen por objeto prestaciones de transporte sanitario, las cuales no son, sin embargo, partes en el litigio principal. Según ese tribunal, esos conciertos estipulan que sólo son reembolsables los costes reales correspondientes a gastos acreditados con documentos justificativos. El tribunal remitente puntualiza que también está prevista la asignación de un local cercano a los centros hospitalarios y de cheques de comida para las personas que realizan las prestaciones previstas por los mismos convenios, pero considera que esas medidas no son contrarias al principio de limitación de las transferencias económicas únicamente al reembolso de los gastos justificados ya que sólo se proponen permitir la prestación de los servicios referidos en su conjunto, teniendo en cuenta el servicio de transporte de urgencia.

El tribunal italiano justifica y argumenta en su petición que el recurso a asociaciones de voluntariado para los servicios referidos ha permitido que la ASL TO4 realice importantes economías en el coste del servicio prestado. Y señala que el Derecho de la Unión parece reservar un trato especial a las prestaciones de naturaleza socio-sanitaria cuando un Estado miembro elige atribuir su realización a organismos sin ánimo de lucro. Se refiere en ese sentido a la sentencia *Sodemare* y otros (C70/95, EU:C:1997:301) y a los trabajos preparatorios de la nueva Directiva en materia de contratos públicos, que estaban entonces en curso y llevaron después a la adopción de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 94, p. 65), especialmente a su considerando 28. Éste manifiesta que esa Directiva no debe aplicarse a determinados servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, ya que sería difícil preservar la especial naturaleza de estas organizaciones en el caso de que los proveedores de servicios tuvieran que designarse con arreglo a los procedimientos establecidos en la misma Directiva.

El tribunal italiano observa también, mediante referencia a la sentencia *Ambulanz Glöckner* (C475/99), que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la falta de ánimo de lucro de un organismo que ejerce una actividad económica, en particular la de transporte sanitario, no lleva a excluir la condición de empresa, en el sentido de las disposiciones del Tratado FUE, de modo que las asociaciones de voluntariado pueden ejercer una actividad económica en competencia con otros operadores económicos, en particular participando en procedimientos de licitación. Añade que esa jurisprudencia ha establecido además que el concepto de «contrato oneroso», al que se refiere el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18, comprende también los contratos para los que la retribución pactada se limita al reembolso de los costes soportados para prestar el servicio objeto del contrato, con referencia

especialmente a la sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* y otros (C159/11, EU:C:2012:817).

Por todas esas consideraciones, el tribunal remitente estima necesario coordinar los principios de protección de la competencia con las exigencias específicas suplementarias relacionadas con la intervención de asociaciones de voluntariado para la ejecución de prestaciones socio-sanitarias en el marco del servicio sanitario público, toda vez que, siendo cierto que se ha admitido en principio que esas asociaciones participen en procedimientos de licitación, en calidad de «operadores económicos», en el sentido de la Directiva 2004/18, ello no implica, sin embargo, que estén obligadas por ello a actuar como tales operadores en cualesquiera circunstancias, y menos aún que la actividad empresarial constituya su razón de ser. Sin embargo, previene que imponer a esos organismos que ejerzan una actividad mercantil, en lugar de permitírsele únicamente, tendría el resultado paradójico de hacer impracticable el recurso al voluntariado para las prestaciones sanitarias en sentido amplio, siendo así que la cohesión social, la subsidiariedad e incluso la viabilidad económica de las prestaciones realizadas por los organismos públicos son especialmente importantes en ese sector.

En ese contexto el tribunal remitente piensa que, dado que los conciertos discutidos en el asunto principal tienen por objeto prestaciones en el ámbito del servicio sanitario público y que la estructura de esos conciertos se ajusta estrictamente al principio de reembolso de los gastos, las asociaciones de voluntariado ejercen las actividades objeto de esos conciertos fuera del ámbito mercantil, lo que justificaría una excepción a la obligación de convocar una licitación. Es así *a fortiori* toda vez que, al adoptar la Directiva 2014/24, el legislador apreció que la preservación de la naturaleza específica de los organismos sin ánimo de lucro es difícilmente compatible con la participación en una selección a través de un procedimiento de licitación y que, por el hecho mismo del recurso a un personal no remunerado, una oferta emanante de un organismo de voluntariado sería difícilmente comparable con la de un operador económico tradicional.

Las cuestiones que se elevan al TJUE son:

1. ¿Se opone el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos —en el presente asunto, dado que se trata de contratos excluidos [del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18], los principios generales de libre competencia, no discriminación, transparencia y proporcionalidad— a una normativa nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario a asociaciones de voluntariado primordialmente organizadas sobre la base de prestaciones de trabajo no retribuido y a cambio de un efectivo reembolso de los gastos?

2. Si esta clase de adjudicación es compatible con el Derecho de la Unión, ¿ha de realizarse una comparación previa de las ofertas de varios operadores homogéneos (en su caso, también comunitarios) que puedan obtener la adjudicación directa, con objeto de limitar el riesgo de realización de gastos ineficientes o inadecuados, y, por tanto, debe interpretarse en tal sentido la normativa nacional que permite la adjudicación directa?
3. Si esta clase de adjudicación es compatible con el Derecho de la Unión, ¿deben estar sujetas las asociaciones de voluntariado beneficiarias de adjudicaciones directas a límites porcentuales concretos de acceso paralelo al mercado y, por tanto, debe interpretarse en tal sentido la disposición nacional que establece el carácter marginal de las actividades comerciales de estas asociaciones?»

El TJUE realiza un exhaustivo repaso de la diferencia entre objetos de las prestaciones de servicios —sanitarios o auxiliares— y los efectos de los principios de la contratación pública. Y declara lo siguiente:

En primer lugar, el TJUE advierte que la regla general es que un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro (véase en ese sentido la sentencia *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»* y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartados 36 y 37 y jurisprudencia citada). Por ello, la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro del poder adjudicador de ese contrato constituye una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar interesadas en ese contrato, establecidas en otro Estado miembro.

Sin embargo, analizando el caso concreto, afirma que hay *«un conjunto de aspectos, como son el marco jurídico nacional, la naturaleza de las prestaciones consideradas, integradas en el contexto de servicio sanitario nacional, las apreciaciones del tribunal remitente sobre el efecto presupuestario positivo de conciertos como el discutido en el litigio principal y, por su esencia, la ausencia de ánimo de lucro de las asociaciones firmantes de esos conciertos, se deduce que el recurso a esas asociaciones para la organización del servicio de transporte sanitario puede estar motivado por los principios de universalidad y de solidaridad, así como por razones de eficiencia económica y de adecuación, toda vez que permite que ese servicio de interés general sea prestado en condiciones de equilibrio económico en el orden presupuestario por organismos constituidos esencialmente para servir al interés general. Y recuerda que el Derecho de la Unión toma en consideración esos objetivos, de tal manera que los principios de contratación pública no afectan a la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de salud pública y de seguridad*

social (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, apartado 55 y jurisprudencia citada)».

Por ello, como se verá, concluye que los artículos 49 TFUE y 56 TFUE no impiden que una normativa nacional habilite a las autoridades locales para atribuir la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria. La argumentación es muy clara:

«60 Ciertamente, en el ejercicio de esa competencia los Estados miembros no pueden introducir o mantener restricciones injustificadas al ejercicio de las libertades fundamentales en el ámbito de la asistencia sanitaria. Sin embargo, en la apreciación del respeto de esa prohibición es necesario tener en cuenta que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que corresponde a los Estados miembros, que disponen de un margen de apreciación, decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartado 56 y jurisprudencia citada).

61 Por otra parte, no sólo un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social puede constituir, en sí mismo, una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios, sino que además el objetivo de mantener por razones de salud pública un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos también puede estar comprendido en una de las excepciones por razones de salud pública, en la medida en que dicho objetivo contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud. Entran en ese ámbito las medidas que, por un lado, respondan al objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones médicas de calidad y, por otro lado, deriven de la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, apartado 57 y jurisprudencia citada).

62. En segundo lugar, un Estado miembro puede considerar, dentro del margen de apreciación del que dispone para decidir el nivel de protección de la salud pública y organizar su sistema de seguridad social, que el recurso a las asociaciones de voluntariado corresponde a la finalidad social del servicio de transporte sanitario y puede contribuir a controlar los costes ligados a ese servicio (véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartado 59).

63. Sin embargo, un sistema de organización del servicio de transporte sanitario como el que es objeto en el litigio principal, que permite a las autoridades competentes recurrir a asociaciones de voluntariado, debe contribuir efectivamente a

la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartado 60)».

El TJUE, admitida esta posibilidad de adjudicación directa, recuerda cuáles deben ser los principios que deben respetarse para validarse esta posibilidad:

a) se requiere que, cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan;

b) que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros;

c) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, apartado 61).

Asimismo establece una importante cautela de ámbito general, y recuerda que el principio general del Derecho de la Unión de prohibición del abuso de Derecho, no habilita una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe procurarse que no se persiga fin lucrativo alguno, ni siquiera indirecto, al amparo de una actividad de voluntariado, y que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, apartado 62).

Admitida así esta posibilidad, el TJUE, en respuesta a la segunda cuestión prejudicial, afirma (de conformidad a la STJUE Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino», así como al apartado 67 de la presente sentencia) que, cuando concurren todas las condiciones que a la luz del Derecho de la Unión permiten a un Estado miembro prever el recurso a asociaciones de voluntariado, se puede atribuir a éstas la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad y sin que resulte necesario realizar una comparación entre los organismos de voluntariado.

En todo caso, y este dato es muy relevante, existen dos límites que deben ser respetados. El primero, que tal opción se justifique en el principio de eficien-

cia, pues como se puso de relieve en el apartado 60 de la sentencia *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»* (así como en el apartado 63 de esta sentencia comentada), la licitud del recurso a asociaciones de voluntariado está sujeta en especial a la condición de que ese medio de actuación contribuya efectivamente al objetivo de eficiencia presupuestaria. Por tanto, las modalidades de puesta en práctica de ese medio de actuación, según las establezcan los conciertos concluidos con esas asociaciones y en su caso un posible acuerdo marco, también deben contribuir al logro de ese objetivo. En segundo lugar, que esas actividades comerciales sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de dichas asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas.

En conclusión, la normativa europea habilita, dentro de los límites expuestos, que los Estados puedan diseñar un régimen legal ad hoc para la provisión de los servicios de salud a las personas mediante sistemas singulares de contratación pública, de reserva de contratos e, incluso, de acuerdos directos (37). Obviamente, el diseño práctico del modelo no puede distorsionar de forma indebida la competencia en el sector de la provisión de servicios sanitarios ni la «preferencia» puede convertirse en un «modelo exclusivo» que solo permita la colaboración privada del denominado tercer sector.

En definitiva, los servicios de salud y los servicios socio-sanitarios son servicios de interés general, con unos perfiles muy singulares que obligan a poner el acento en la calidad de la prestación del servicio, y donde los modelos de organización de cada Estado pueden incluir las singularidades de su propio sistema de relación con la sociedad civil y, en especial, con entidades privadas caracterizadas por su compromiso y vocación con fines de solidaridad. Pero siempre respetando los principios y distintos intereses en juego.

Esto explica que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, como expresamente se contempla en la Disposición Adicional 49 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP/2017) (38). El régimen de acción concertada (que no concierto, que es modalidad contractual), es una opción organizativa (como sucede con el sector educativo), que exige la previsión legal expresa que

(37) La Comisión de la Unión Europea ha intervenido de forma activa en el fenómeno y establecimiento de un marco jurídico de la colaboración público privada para la promoción de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, buscando en esta fórmula el menor impacto en las cuentas públicas, así como la participación del sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras y servicios públicos. En el ámbito sanitario esta colaboración, bien diseñada, y siempre desde la lógica del carácter público del modelo, puede aportar mejoras en la prestación del servicio y mayor eficiencia (al no existir ánimo de lucro). En estos casos nos encontramos ante cierta «publicación» de la actividad privada al servicio del interés general.

(38) Vid. LAZO VITORIA (2016).

determine el alcance y significado de esta acción concertada, que determine las modalidades de servicios y prestaciones, así como el sistema retributivo (opción adoptada en Aragón por la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, en Valencia por la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario) y en Baleares mediante la Ley 12/2108, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (39).

Acción concertada que, como técnica jurídica, es ideológicamente neutra y que permite su utilización tanto con indiferencia de la entidad privada y su finalidad mercantil o la preferencia (que no exclusividad general) con entidades del tercer sector vinculadas directamente a la solidaridad que hayan sido reconocidas como tal y con amparo en una norma legal. Es decir, no basta la simple ausencia de lucro, pues en ese caso no se cumplen las exigencias europeas para una técnica que no es de carácter «ordinario» y que exige una causa muy claramente limitada por la jurisprudencia del TJUE referida .

Por ello, es necesario que se respeten adecuadamente las exigencias fijadas por el TJUE al respecto:

- a) se requiere que, cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos *«a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan»*;

(39) Por supuesto, tal y como se viene realizando, los centros que opten a un modelo de acción concertada deberán disponer de autorización administrativa e inscripción en el registro oficial de centros y establecimientos correspondiente, y superar un proceso de acreditación sustentado en rigurosos estándares de calidad previamente establecidos por la Administración competente; asimismo, implica el cumplimiento de un conjunto de obligaciones de gestión y control fijadas legalmente y desarrolladas reglamentariamente. Corresponderá a la Administración competente, dentro de las directrices de planificación, establecer los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos en esta materia, y su alcance. En concreto, el número máximo de centros concertados, la tramitación de la solicitud para acogerse a tal modalidad, la duración máxima del concierto y las causas de extinción; las obligaciones de la titularidad del centro concertado y de la Administración; el sometimiento del concierto al derecho administrativo, y, en su caso, las singularidades del régimen del personal adscrito al servicio. Existirán unas Bases de Acción Concertada que determinarán los derechos y obligaciones derivados de la citada selección, estableciéndose las condiciones técnicas y económicas para la prestación de la concreta actividad concertada. Los centros que accedan al régimen de concertación deberán formalizar con la Administración el correspondiente acuerdo. La elección de centro sanitario privado concertado no implicará en ningún caso un trato menos favorable, ni una desventaja, para los ciudadanos, y deberá respetarse la equivalencia de prestación de la cartera de servicios. La cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las prestaciones sanitarias objeto de acción concertada, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes. *Vid.* mi trabajo GIMENO FELLIÚ (2017b: pp. 272-284).

- b) que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros;
- c) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional al regular el voluntariado o la economía social y determinar sus específicas condiciones (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, apartado 61) (40).
- d) Asimismo establece una importante cautela de ámbito general, y recuerda que el principio general del Derecho de la Unión de prohibición del abuso de Derecho (es decir, utilización indebida de esta habilitación legal para inaplicar principios como igualdad de trato o de concurrencia o favorecer a determinadas empresas nacionales), no habilita una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros.

Si no se cumplieran estos requisitos la decisión administrativa sería contraria a los principios de la contratación pública y de la gestión de las prestaciones sanitarias. Y, por ello, podría ser objeto de impugnación tanto ante la justicia administrativa como ante las autoridades competentes de defensa de la competencia.

De lo que se deduce, por lo demás, que una regla de «preferencia» no puede extenderse como regla general en la prestación de estos servicios, pues se quebraría la exigencia del debido respeto a los equilibrios como garantía de la adecuada prestación del servicio público sanitario (y así se ha aplicado de forma correcta en la citada Ley 12/2018 de Baleares).

(40) Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe procurarse que no se persiga fin lucrativo alguno, ni siquiera indirecto, al amparo de una actividad de voluntariado, y que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, apartado 62)

IV. LAS POSIBILIDADES COMPETENCIALES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN ESTA MATERIA. LA VIABILIDAD DE UNA LEY DE SERVICIOS A LAS PERSONAS EN EL ÁMBITO SANITARIO Y DE SERVICIOS SOCIALES

El ámbito de competencias asumidas en prestación sanitaria y de servicios sociales en los Estatutos de las Comunidades Autónomas ofrece títulos competenciales suficientes para desplegar una normativa propia que dé respuesta a la prestación de servicios a las personas. Pero en ningún caso se puede excepcionar la legislación básica del Estado en contratación pública, sino desarrollar las opciones de ámbito sectorial que permite la regulación europea, con respeto a las previsiones ya referidas (41).

La doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2015, de 30 de abril, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013, interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Socialista del Senado, en relación con los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, avala esta conclusión. En esta Sentencia el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, que da nueva redacción al artículo 88.2 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, en el sentido de que, cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), podrá ofrecerse la gestión de estos centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que prestan sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, a los efectos de lograr su implicación en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño.

En los fundamentos de derecho que justifican esta declaración de inconstitucionalidad (contenidos en el fundamento 5) se argumenta sobre la vulneración del artículo 1 del TRLCSP (principio de igualdad de trato y no discriminación

(41) Según refiere, la STC 141/1993, en su fundamento jurídico 5º, «la normativa básica en materia de contratación tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas»; por el contrario, excederán lo básico «otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello». Me remito a mi trabajo GIMENO FELLÚ (2015b). Lo explica también, en su obra, SANMARTÍN MORA (2010).

de los licitadores) y del Derecho de la UE, así como la infracción del artículo 149.1.18º de la Constitución en cuanto a la reserva de ley estatal para el establecimiento de las bases de los contratos y concesiones administrativas. El Tribunal Constitucional advierte que los artículos 3 y 8 TRLCSP son formal y materialmente básicos, pero que la previsión de contratación del Servicio Madrileño de Salud (en tanto poder adjudicador Administración Pública), no quiebra estas reglas: *«debemos descartar que el precepto impugnado, al habilitar al Servicio Madrileño de Salud para la adjudicación de la gestión de los servicios de atención especializada de determinados hospitales públicos, vulnere el artículo 8 TRLCSP y, en consecuencia, la competencia estatal para dictar la legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas»*.

Sobre la posibilidad de adjudicar a sociedades profesionales, y la posible vulneración del TRLCSP y de la Directiva 2004/18, de contratos públicos, el Tribunal Constitucional recuerda que *«el Derecho europeo no es canon de constitucionalidad de las leyes estatales o autonómicas. Este Tribunal ya ha afirmado en reiteradas ocasiones que el Derecho europeo no integra, en virtud del art. 96.1 CE, el canon de constitucionalidad bajo el que han de examinarse las leyes, de manera que la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores, no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infra constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5). Ello no es óbice, sin embargo, para que nuestro pronunciamiento sobre la contradicción alegada entre la legislación estatal y la norma autonómica deba partir de una interpretación de las disposiciones legales acorde con las exigencias del Derecho europeo»*.

Interesa mucho la declaración que realiza sobre la sujeción o no a las normas del Derecho europeo por tratarse de un «contrato no cubierto», ya que afirma de forma clara que ello no elimina la sujeción a los principios de la contratación pública: *«aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado (art. 13 TRLCSP), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente. Así lo ha afirmado la Comisión europea [Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (DOUE 12-4-2008) y el Tribunal de Justicia de la Unión europea (por todas, Sentencia 14 de noviembre de 2013, Caso Belgacom NV contra Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen [Integan]*

y otros). *En cualquier caso, el legislador estatal no ha establecido diferencia alguna entre este contrato y los armonizados, sometiéndolo a las mismas reglas de preparación y adjudicación que el resto de contratos armonizados que celebran las Administraciones Públicas».*

Sobre el fondo de la cuestión, el Tribunal Constitucional precisa que *«el precepto impugnado no determina el procedimiento a seguir para hacer efectiva la preferencia que otorga a las sociedades profesionales constituidas total o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, de manera que lo que debe abordarse en esta resolución es si el reconocimiento de esta preferencia, sea cual sea la vía por la que se instrumente —convenio de colaboración con las sociedades profesionales, procedimiento de licitación limitado a este tipo de sociedades, procedimiento de licitación abierto a todo tipo de licitadores estableciendo la preferencia en la adjudicación a estas sociedades etc.—, es contraria a la legislación estatal básica».*

Y, sobre esta cuestión, entiende que la nueva redacción del artículo 88 de la Ley 12/2001, de la Comunidad de Madrid es inconstitucional por los siguientes motivos (fundamento 6):

a) La preferencia que se otorga a las sociedades profesionales compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, no tiene que ver con la solvencia económica y financiera, profesional y técnica de las citadas sociedades, sino con su implicación en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño. Antes al contrario, produce un efecto claro e insalvable de exclusión de los licitadores, nacionales o extranjeros, que, a pesar de contar con la misma solvencia económica y técnica, no pueden reunir unas condiciones sólo asequibles para un tipo de personas jurídicas, las constituidas por profesionales del Servicio Madrileño de Salud. Esta preferencia no tiene, pues, cabida, como regla de capacidad y solvencia, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyas prescripciones a este respecto deben considerarse, por otra parte, formal (disposición final segunda apartado tercero TRLCSP) y materialmente básicas, pues garantizan la igualdad de los licitadores en el acceso a los contratos públicos y aseguran su viabilidad y, por tanto, la eficiencia en el gasto que se persigue con las compras públicas.

b) A la misma conclusión debe llegarse en lo que atañe a los criterios de adjudicación o selección del adjudicatario. Aunque el art. 150 TRLCSP no establece un elenco cerrado de criterios a tener en cuenta para seleccionar la oferta que responda al criterio de la oferta económicamente más ventajosa, y aun cuando se permite tener en cuenta las características de la oferta, las reglas que garantizan la igualdad de los licitadores, forma parte del mínimo común uniforme que garantiza la eficacia del gasto en las compras públicas, tal y como por otra parte contempla el art. 1 TRLCSP, también básico.

Por estos motivos, el Tribunal Constitucional concluye que la preferencia que otorga el precepto autonómico impugnado a las sociedades de profesionales, compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, es contraria a la legislación básica del Estado en materia de contratos y concesiones administrativas.

Por ello, se estima este motivo del recurso y se declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 88.2 de la Ley de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada por el art. 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid.

Interesa destacar también las reflexiones que el alto Tribunal realiza sobre si estas fórmulas de gestión vulneran el artículo 41 de la Constitución. Tras recordar que el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquella, y que la apertura a fórmulas de gestión o responsabilidad privadas queda en todo caso condicionada a la preponderancia de los elementos definitorios del carácter público del sistema de Seguridad Social, concluye que *«La posible apertura a formas de gestión y responsabilidad privada se lleva a cabo preservando en todo caso la titularidad pública del servicio, refiriéndose la norma únicamente a un supuesto de externalización de la gestión del servicio público en determinados hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud. En este precepto, el legislador autonómico no ha optado siquiera por la vinculación de centros privados a la red pública en virtud de los correspondientes convenios o conciertos (arts. 67 y 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad), y se ha limitado a hacer uso de las posibilidades abiertas por la legislación estatal»*. Y ello porque la posible apertura a formas de gestión y responsabilidad privada se lleva a cabo preservando en todo caso la titularidad pública del servicio, refiriéndose la norma únicamente a un supuesto de externalización de la gestión del servicio público en determinados hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud.

El TC recuerda que *«con independencia de la valoración que contemplada desde la perspectiva del juicio de eficacia pueda merecer la fórmula organizativa de prestación de los servicios sanitarios controvertida, no puede decirse que, por sí sola y con el alcance definido por la Ley autonómica recurrida, ponga en riesgo la reconocibilidad de la institución, aquí el régimen público de Seguridad Social. La definición de las prestaciones a las que tienen derecho los ciudadanos queda en manos, en todo caso, de los poderes públicos, no habiéndose producido un traslado de esta potestad a quienes asuman la gestión —y solo la gestión— del servicio público de la sanidad; la financiación se lleva a cabo asimismo mediante fondos públicos, sin que las singularidades*

a las que pueda dar lugar aquí la preservación del equilibrio financiero del adjudicatario alcancen tal grado de intensidad que hagan inconstitucional el modelo de gestión establecido; y, finalmente, el art. 62.1 in fine alude expresamente a la garantía de los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios. No se aprecia, por tanto, que la previsión recurrida ponga en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social ni que se desnaturalice su esencia.» Y no existe de forma acreditada quiebra del principio de igualdad en función de que la prestación se realice mediante gestión directa o mediante gestión indirecta (fundamento 7) (42).

En esta línea se posiciona también la Sentencia 237/2015, de 19 de noviembre de 2015 (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2015) contra diversos preceptos de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de las Cortes de Aragón, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, que parte de la doctrina fijada en la Sentencia 84/2015 de 30 de abril, y que declara inconstitucionales solo algunos aspectos menores de la Ley de Aragón por contradicción con los plazos o modelo de publicidad contenidos en la legislación estatal, pero que da por bueno el resto de sus previsiones.

De lo expuesto se deduce que las Comunidades Autónomas (como se reconoce en la Exposición de Motivos del de Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público de 2017), de conformidad con su norma estatutaria y respetando los principios de la legislación básica, pueden establecer y regular posibilidades organizativas y ciertas especialidades de contratación en el ámbito sanitario y social.

Las posibilidades que habilitan tanto la nueva Directiva de 2014 como la reciente jurisprudencia del TJUE, no quedan en modo alguno condicionadas por la doctrina del Tribunal Constitucional. Pero las opciones deben justificarse y ser razonadas de forma suficiente para superar el «test de constitucionalidad». Así, no resultará viable una extensión o modulación de los procedimientos contenidos en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (como nuevo

(42) Esto significa que la figura de una concesión de obra pública para construir un hospital de la red pública, como fórmula de financiación, no supone una forma de privatización del servicio. Opinión expresada en el voto particular del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 30/2015, de 3 de marzo, al explicar el porque debería haberse entrado en el fondo del recurso: «al margen de anomalías desde la perspectiva de participación en la tramitación del procedimiento, su configuración —en lo que consideran de forma errónea como una «privatización de servicios sanitarios», pues el objeto del contrato no es sino una obra pública (con sistema de financiación por explotación)— tendrá consecuencias presupuestarias que, desde la lógica jurídico-política, de forma razonable, pretenderían evitar. Los motivos, por lo demás, no parecen espurios, ni una estrategia de mera contienda político-ideológica (nada impide, y creo que es lo que aquí sucede, que una pretensión política se defienda desde la perspectiva estrictamente legal, y merezca y requiera la necesaria respuesta jurídica)».

supuesto de un procedimiento negociado, con o sin publicidad), por ser núcleo de lo básico.

En definitiva, la normativa europea habilita que los Estados (en España, a través de las Comunidades Autónomas) puedan diseñar un régimen legal *ad hoc* para la provisión de los servicios de salud y de servicios sociales a las personas mediante sistemas singulares de contratación pública, de reserva de contratos e, incluso, de acuerdos directos con especial atención a las notas de calidad, profesionalización, solidaridad y cohesión social (43). Lo que significa que, máxime en un Estado descentralizado como es España, la opción de las Directivas puede ser objeto de desarrollo normativo bien a nivel estatal bien, dentro de la lógica competencial, por las Comunidades Autónomas.

Y la opción política es clara, en sentido posibilista, al admitirse en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, la opción de esta «singularidad». Así, se pueden reservar contratos (Disposición Adicional 48) e incluso, como admite la Disposición Adicional 47 es posible establecer unas normas «distintas» de contratación pública en el ámbito de los contratos sanitarios o sociales a las personas, que pongan el acento en aspectos técnicos y de calidad (obviamente, la opción que se adopte, en su diseño concreto, no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, donde los propios matices de la prestación en los últimos años aconsejan una especial atención a cómo se viene desempeñando, y se debe desempeñar, esta actividad). Se presta la atención a criterios vinculados a la mejor calidad de la prestación desde la perspectiva del ciudadano, donde el precio, *per se*, debe tener poca incidencia. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

Esto explica que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios (donde no funciona la aplicación de la legislación básica contractual, por no estar en presencia de un contrato público), como expresamente se contempla en la Disposición Adicional 49 (44). En este supuesto la colaboración público-privada con entidades del tercer sector (o de economía social), habilitada legalmente de forma expresa —Ley 43/2015, de 9 de

(43) La Comisión de la Unión Europea ha intervenido de forma activa en el fenómeno y establecimiento de un marco jurídico de la colaboración público-privada para la promoción de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, buscando en esta fórmula el menor impacto en las cuentas públicas, así como la participación del sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras y servicios públicos. En el ámbito sanitario esta colaboración, bien diseñada, y siempre desde la lógica del carácter público del modelo, puede aportar mejoras en la prestación del servicio y mayor eficiencia (al no existir ánimo de lucro). En estos casos nos encontramos ante cierta «publicación» de la actividad privada al servicio del interés general.

(44) Vid. LAZO VITORIA (2016).

octubre, del Tercer Sector de Acción Social— puede ser una estrategia muy adecuada para conseguir una mejor y más eficiente prestación de servicios de salud a las personas (45). Estas fórmulas no contractuales están fuera del ámbito de la LCSP, si bien, en su regulación y aplicación deben respetarse los principios de transparencia y no discriminación (la preferencia es admisible a favor de las entidades que cumplan los requisitos fijados por el TJUE y su dimensión concreta no falsee la competencia).

En todo caso, conviene ya advertir que las fórmulas de colaboración público-privada por las que se opte, y su «intensidad», no pueden amparar situaciones que comporten una «privatización» del modelo, ni, por supuesto, que se pueda «abrir un mercado», en claro fraude a la esencia del modelo (por ello la venta de participaciones a un nuevo socio privado, o la transformación en una sociedad de estructura accionarial distinta, debería implicar la necesaria «salida» del sistema para evitar fraudes a los principios del modelo regulatorio que funcionan como límite inquebrantable). Y tampoco puede «cartelizarse» a favor de entidades del tercer sector, pues se quebraría la justificación de su preferencia como política de «discriminación positiva».

Insistimos que la acción concertada es una técnica jurídica complementaria a la del contrato público, que exige prudencia en la aplicación de decisiones que favorezcan a un determinado sector. Y que la opción de romper el principio de igualdad entre distintos proveedores exige justificar que realmente se dan las circunstancias que permiten ese trato «privilegiado» (no basta con ser una entidad sin ánimo de lucro, pues el derecho europeo exige que se trate de organizaciones vinculadas al principio de solidaridad) y que no se pervierte la regla de la mejor eficiencia y calidad en la prestación de los servicios sanitarios, pues es esta la única justificación admisible (y no las preferencias ideológicas).

V. POSIBILIDADES PRÁCTICAS PARA LA «REACTUALIZACIÓN» DEL MODELO VIGENTE DE SERVICIOS A LAS PERSONAS DESDE LA PERSPECTIVA DE COLABORACIÓN/CONCERTACIÓN

Desarrollando las ideas expuestas en el epígrafe anterior, puede advertirse que la Directiva 2014/24 no interfiere en la organización que de los servicios sociales o sanitarios hagan los distintos Estados. Los poderes públicos, como ya

(45) En España al igual que en otros países europeos, ha existido una fuerte actividad del tercer sector en estos ámbitos, que ha permitido hacer efectiva en muchos casos, la cohesión y eficacia del modelo público sanitario. Su implicación social, su profesionalidad, su vocación solidaria son unas señas de identidad que no pueden ser obviadas, desde una simple visión mercantilista, por las organizaciones públicas. Es más, puede ser una estrategia pública el fomento de este tipo de colaboración en tanto refuerza un modelo más cohesionado y eficiente, y claramente vinculado a la lógica de un desarrollo sostenible.

se ha advertido, siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos y educativos, u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación [*Considerando 114*].

La nueva regulación europea (GIMENO FELIÚ, 2017b, pp. 272-287) ofrece nuevas posibilidad de organización del modelo de colaboración con el sector público sanitario, con especial atención a las notas de calidad, profesionalización, solidaridad y cohesión social. Y esa opción normativa puede ser desarrollada por las Comunidades Autónomas. En todo caso, para esta posibilidad, con los límites descritos, es necesaria una norma legal (dentro del marco competencial español, de las Comunidades Autónomas) que prevea y regule esta posibilidad. Sin ese marco legal expreso se deberán aplicar las reglas ordinarias de la contratación pública, lo que puede conducir a ciertos efectos «perversos». Así, si la opción política es de una sensibilidad social en estos sectores clave, tan vinculados en España al desarrollo de prestación de importantes servicios a las personas, en un entorno de colaboración público-privada guiado por el principio de solidaridad y calidad, deberá regularse esta posibilidad.

Existen, pues, varias posibilidades jurídicas, que cuyo régimen jurídico se expone a continuación.

1. La posibilidad de «acuerdos de cooperación directa»

Sobre esta cuestión interesa recordar la doctrina fijada por el TJUE. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, *CroceRossa Italiana y otros* (asunto C-113/13) —criterio confirmado, como se ha visto, en la STJUE 28 de enero de 2016, *CASTA*— ha declarado que «*los artículos 49 UE y 56 FUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa*».

La Sentencia *CroceRossa Italiana* resuelve la cuestión prejudicial suscitada por el Consejo de Estado de Italia acerca, en primer lugar, de la compatibilidad con los artículos 49, 56, 105 y 106 TFUE de una norma interna que prevé que el transporte sanitario se adjudique de forma prioritaria a las organizaciones de voluntariado, *CroceRossa* italiana y otras instituciones o entes públicos autorizados, reembolsándoles los gastos efectivamente soportados; y, en segundo lugar, de la compatibilidad con la normativa europea de contratos públicos con una norma nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario, debiéndose considerar oneroso un acuerdo marco que prevea el reembolso no sólo de gastos sino incluso de costes fijos y de carácter duradero. El asunto surge cuando, conforme a lo previsto en la normativa italiana y de la región de Liguria reguladora del servicio nacional de salud y del voluntariado, dicha región celebró un acuerdo marco con varias entidades representativas de organizaciones de voluntariado para la regulación de las relaciones entre las empresas sanitarias y hospitalarias, por un lado, y las organizaciones de voluntariado y la *CroceRossa* italiana, por otro. Dicho acuerdo marco regional previó la posterior suscripción de convenios de transporte sanitario de urgencia y extrema urgencia, que tuvo efectivamente lugar, con las organizaciones de voluntariado representadas por las entidades firmantes. Disconformes con tal proceder, varias entidades cooperativas interpusieron recurso que dio lugar a las actuaciones judiciales que, tras la inicial sentencia de instancia, llevaron al Consejo de Estado a suscribir la cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia admite la compatibilidad del acuerdo marco regional y los convenios con las normas europeas antes aludidas. Para ello, parte de la obvia afirmación de que tanto el acuerdo marco como los convenios están incluidos en el ámbito de la Directiva 2004/18/CE, más allá de la circunstancia de que en ellos se prevean como únicas transferencias financieras a favor de las organizaciones de voluntariado, los reembolsos de costes en que hubiesen incurrido. Debiendo considerarse, por tanto, contratos de servicios, el Tribunal aclara, conforme a la Directiva, el régimen jurídico aplicable, que depende en lo esencial de que sea superior el valor del servicio de transporte o el de los servicios médicos. En el primer caso, siempre que se supere el umbral deberán aplicarse todas las normas de procedimiento de la Directiva, mientras que cuando el valor de los servicios médicos sea superior a los del servicio de transporte, o cuando no se supere el umbral, se aplicarán únicamente los artículos 23 y 35.4 de la Directiva siempre que, circunscritas las actividades de que se trate a un solo Estado, pueda acreditarse un interés transfronterizo cierto que en el caso, a juicio del Tribunal de Justicia, concurre.

Pues bien, sobre tales bases afirma el Tribunal de Justicia que *«la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro de la entidad adjudicadora de ese contrato es constitutiva de una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar*

interesadas en ese contrato, que están situadas en otro Estado miembro. Si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otro Estado miembro, opera principalmente en perjuicio de éstas, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE». El factor clave, por tanto, es la existencia de esas «circunstancias objetivas» que justifiquen la diferencia de trato entre empresas.

Considera el Tribunal de Justicia que concurren en el caso tales «*circunstancias objetivas*», están reguladas legalmente en el ordenamiento interno y efectivamente justifican la apuntada diferencia de trato dado que, sólo tras prever que «*la prestación de servicios de transporte sanitario es una actividad de interés general que se rige por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación*», la normativa italiana establece que «*serán prestados por las propias empresas sanitarias y otras entidades suministradoras públicas o asimiladas empleando sus propios medios y personal*» y «*cuando no sea posible, [... por] otras entidades*», en cuyo caso, y aquí surge el régimen jurídico que dio lugar al conflicto, «*los servicios de transporte sanitario que se presten en representación del Servicio Regional de Salud deberán ser encomendados, con carácter prioritario, a organizaciones de voluntariado, la Cruz Roja italiana u otra institución u organismo público autorizado, para garantizar que dicho servicio de interés general se presta en condiciones de equilibrio económico en lo que atañe al presupuesto*» (artículo 75 ter de la Ley Regional de Liguria 41/2006). Tal preferencia y la adjudicación directa, en las circunstancias del caso analizado, son compatibles con el ordenamiento europeo.

Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o socio-sanitario, podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de la correcta prestación, del mismo.

En todo caso, y este dato, insistimos, es muy relevante, existen dos límites que deben ser respetados. El primero, que tal opción se justifique en el principio de eficiencia, pues como se puso de relieve en el apartado 60 de la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» (así como en el apartado 63 de esta sentencia comentada), la licitud del recurso a asociaciones de voluntariado está sujeta en especial a la condición de que ese medio de actuación contribuya efectivamente al objetivo de eficiencia presupuestaria. Por tanto, las modalidades de puesta en práctica de ese medio de actuación, según las establezcan los conciertos concluidos con esas asociaciones y en su caso un posible acuerdo marco, también deben contribuir al logro de ese objetivo. En segundo lugar, que esas actividades comerciales sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de dichas asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas.

En definitiva, es posible, con los límites expuestos, una previsión legal de cooperación directa, que, obviamente, tendrá un marcado carácter excepcional.

2. El nuevo modelo de acción concertada y sus posibilidades prácticas

Frente a las reglas ordinarias de la contratación pública en estas prestaciones al legislación europea y española habilitan la utilización de «nuevas figuras» como la acción concertada, configurada como instrumento de «homologación» de entidades privadas para que puedan prestar ciertas funciones asistenciales del entorno público (46).

El régimen de acción concertada, como complemento al modelo de asistencia pública sanitaria y de prestación de servicios sociales, es una opción organizativa (como sucede con el sector educativo), que exige la previsión legal expresa que determine el alcance y significado de esta acción concertada, que determine las modalidades de servicios y prestaciones, así como el sistema retributivo. En ningún caso podrá ocultar prestaciones que merezcan consideración de contrato de servicios. Esta técnica es, en la práctica, como ya advertía JORDANA DE POZAS, un modelo de fomento administrativo por el que se publica la gestión de actividades de particulares con vocación de coadyuvar en la satisfacción del interés público.

Por supuesto, tal y como se viene realizando, los centros que opten a un modelo de acción concertada deberán disponer de autorización administrativa e inscripción en el registro oficial de centros y establecimientos sanitarios, y superar un proceso de acreditación sustentado en rigurosos estándares de calidad previamente establecidos por la Administración sanitaria o la de servicios sociales; asimismo implica el cumplimiento de un conjunto de obligaciones de gestión y control fijadas legalmente y desarrolladas reglamentariamente (47).

(46) En este supuesto la «colaboración público-privada» con entidades del tercer sector (o de economía social), habilitada legalmente de forma expresa —Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social— puede ser una estrategia muy adecuada para conseguir una mejor y más eficiente prestación de servicios de salud a las personas. En España, al igual que en otros países europeos, ha existido una fuerte actividad del tercer sector en estos ámbitos, que ha permitido hacer efectiva en muchos casos, la cohesión y eficacia del modelo público sanitario. Su implicación social, su profesionalidad, su vocación solidaria son unas señas de identidad que no pueden ser obviadas, desde una simple visión mercantilista, por las organizaciones públicas. Es más, puede ser una estrategia pública el fomento de este tipo de colaboración en tanto refuerza un modelo más cohesionado y eficiente, y claramente vinculado a la lógica de un desarrollo sostenible

(47) No se trata, por tanto, de una «variante» de la contratación pública. La acción concertada no es un contrato público. Sorprende, por ello, a nivel autonómico, la previsión adoptada en Andalucía en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el

Corresponderá a la Administración pública competente, dentro de las directrices de planificación, establecer los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos sanitarios y de servicios sociales y su alcance. En concreto, el número máximo de centros concertados, la tramitación de la solicitud para acogerse a tal modalidad, la duración máxima del concierto y las causas de extinción; a las obligaciones de la titularidad del centro concertado y de la Administración sanitaria; el sometimiento del concierto al derecho administrativo y, en su caso, las singularidades del régimen del personal sanitario.

Existirán una Bases de Acción Concertada que determinarán los derechos y obligaciones derivados de la citada selección, estableciéndose las condiciones técnicas y económicas para la prestación de la concreta actividad concertada. Los centros que accedan al régimen de concertación sanitaria o social deberán formalizar con la Administración el correspondiente acuerdo de acción concertada.

La elección de centro sanitario o de servicios sociales privado «concertado» no implicará en ningún caso un trato menos favorable, ni una desventaja, para los ciudadanos, y deberá respetarse la equivalencia de prestación de la cartera de servicios.

La cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las prestaciones sanitarias o de servicios sociales objeto de concierto, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes.

En todo caso, conviene ya advertir que con esta técnica no se puede amparar situaciones que comporten una «privatización» del modelo, ni, por supuesto, que se pueda «abrir un mercado», en claro fraude a la esencia del modelo (por ello la venta de participaciones a un nuevo socio privado, o la transformación en una sociedad de estructura accionarial distinta, debería implicar la necesaria «salida» del sistema para evitar fraudes a los principios del modelo regulatorio que funcionan como límite inquebrantable)

concierto social para la prestación de los servicios sociales, al afirmar —de forma claramente errónea— que el concierto social se configura como un contrato administrativo especial que garantiza la forma más idónea para satisfacer los intereses generales y los de los colectivos destinatarios de los servicios prestados (art. 1.2). Esta calificación como contrato administrativo especial en modo alguno responde a lo que es la esencia y justificación de la acción concertada, a la vez que implica una clara «desviación» sobre el tipología contractual contenida en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

3. Un «régimen especial» contractual en prestaciones directas a personas en los ámbitos sociales y sanitarios

La justificación de la posibilidad de una regulación simplificada y de reserva de contratos se explica en el considerando 6 de la Directiva 2014/24, que advierte que *«conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva»*. También, el considerando 114 afirma que:

«Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales (...)

Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité de Protección Social. Al determinar los procedimientos que hayan de utilizarse para la adjudicación de contratos de servicios a las personas, los Estados miembros deben tener en cuenta el artículo 14 del TFUE y el Protocolo n.º 26. Al hacerlo, los Estados miembros también deben perseguir los objetivos de simplificación y reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos; es preciso aclarar ello también puede suponer basarse en disposiciones aplicables a los contratos de servicios no sometidos al régimen específico.

Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación».

Esto explica por qué el artículo 77 de la Directiva 24/2014 prevé incluso la posibilidad de reserva de esos contratos.

«1. Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para reservar a determinadas organizaciones el derecho de par-

participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se contemplan en el artículo 74 y que lleven los códigos CPV 751210000, 751220007, 751230004, 796220000, 796240004, 796250001, 801100008, 803000007, 804200004, 804300007, 805110009, 805200005, 805900006, desde 850000009 hasta 853230009, 925000006, 926000007, 981330004 y 981331108

2. Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas las condiciones siguientes:

- a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado 1;
- b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación;
- c) que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas; y
- d) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

3. La duración máxima del contrato no excederá de tres años.

4. En la convocatoria de licitación se hará referencia al presente artículo».

Es decir, que resulta posible en contratos de prestaciones directas a ciudadanos en el ámbito sanitario o social, adoptar medidas de licitación más «específicas», que atiendan a las especialidades expuestas. Y la reserva de contratos es una de ellas.

Junto a esta opción de reserva de contratos, o de «cooperación directa», existe la posibilidad de un procedimiento singular que ponga atención en las propias características del servicio sanitario. Al hilo de lo expuesto anteriormente, el artículo 76 de la Directiva 2014/24/UE, habilita a:

«1. Los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los poderes económicos. Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicable, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión.

2. Los Estados miembros velarán porque los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección

del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales».

Es decir, es posible establecer unas normas «distintas» de contratación pública en el ámbito de los contratos sanitarios a las personas, que ponga en el acento en aspectos técnicos y de calidad.

Resulta posible (y muy conveniente) la articulación de un procedimiento «especial» de contratación, donde podrían tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

a) *La «especial» valoración de la solvencia de las empresas licitadoras.* Parece lógico exigir una solvencia económica y financiera suficiente en una cuantía referida al volumen de negocios en el ámbito de las actividades correspondiente al objeto del contrato en relación como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles, a determinar en cada caso en el pliego de cláusulas administrativas particulares (cuantía que, a nuestro parecer, nunca debería ser inferior al 75% del precio anual del contrato o del lote al que se concurre). Muy especialmente, debe prestarse atención a la solvencia técnica (o profesional) acreditada mediante requisitos técnicos de acreditación o estándares de calidad; experiencia previa en la gestión de los servicios objeto del contrato a determinar en cada caso en el pliego de cláusulas administrativas particulares (experiencia cuyo plazo mínimo, según nuestro parecer, nunca debería ser inferior a tres años y con un importe anual no inferior al 60% del precio anual del contrato o del lote al que se concurre); disposición de equipo humano profesional en materia de gestión de los servicios licitados, y reinversión de un porcentaje mínimo de los beneficios en la mejora de la gestión de los servicios adjudicados o distribución de beneficios en base a criterios de participación. Y, para evitar un indebido juego empresarial, debería preverse la imposibilidad de subcontratación de la prestación principal, a la vez que podría valorarse la exigencia de autorización previa en subcontratación de prestaciones accesorias, con el fin de preservar la calidad del servicio.

b) *La determinación de criterios de adjudicación que pongan en valor la calidad/precio.* Frente a la idea de criterios economicistas, el propio objeto de la prestación aconseja unos criterios de adjudicación que insistan en la mayor calidad de la prestación. Serían varias las posibilidades. En primer lugar, sobre la ponderación de los distintos criterios debería tenerse en cuenta los siguientes principios:

1.- Ponderación superior de los criterios de valoración mediante un juicio de valor (subjetivos) sobre la ponderación de los criterios evaluables de forma automática (objetivos) y exigencia de un comité de expertos no integrados en el órgano proponente del contrato para la evaluación de los criterios subjetivos.

2.- Condicionar la valoración de los criterios objetivos a la obtención de un mínimo (60%) de puntuación de los criterios subjetivos.

Al margen de los criterios admisibles por la legislación general de contratos, debería fomentarse la utilización de criterios específicos directamente vinculados al objeto del contrato y que pueden conseguir una mejor calidad prestación y, por ello, la oferta económicamente más ventajosa. Entre las posibilidades pueden citarse:

— Inclusión, como criterio subjetivo vinculado al objeto del contrato, de un *Plan de Gestión* en el que, más allá de los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas, se valoren elementos como la determinación de objetivos asistenciales; los medios de control y garantía de la calidad; los instrumentos para favorecer la accesibilidad y la resolución de los servicios; los mecanismos para posibilitar la participación de los profesionales en la gestión; las estrategias de mejora de la gestión y prestación de los servicios; las políticas de coordinación y potenciación del trabajo en red con otros dispositivos asistenciales; los planes para mejorar la respuesta a la demanda no urgente de servicios y resolver situaciones de incremento de la demanda y la atención domiciliaria; los programas de atención a colectivos socialmente vulnerables, y los programas de promoción de la salud, los programas docentes y los programas de investigación e innovación, elementos todos ellos en relación con los servicios objeto del contrato.

— Inclusión, como criterio subjetivo, de mecanismos favorecedores, debidamente documentados y justificados, de la autonomía de gestión de los profesionales.

— Inclusión en los criterios subjetivos relativos a calidad de los recursos personales adscritos al contrato, que permitan valorar la mejor idoneidad de los profesionales directivos, la idoneidad del personal en atención a su titulación y especialización, los programas de formación y los sistemas de incentivos a los trabajadores por cumplimiento de objetivos.

— Exigencia de incorporar en los pliegos criterios de valoración relativos a cláusulas sociales, medioambientales, (nunca la proximidad de las empresas candidatas o de sus estructuras de gestión y control al centro de trabajo, pues tal opción ha sido considerada ilegal en la reciente STJUE de 22 de octubre de 2015, de condena al Reino de España, pero si la subrogación del personal existente), económicas (ponderar el compromiso de reinvertir un porcentaje mínimo de beneficios en la mejora de la gestión de los servicios adjudicados o por encima de este porcentaje mínimo fijado como criterio de solvencia técnica, en su caso), y estratégicas (participación en alianzas estratégicas de proveedores públicos y trabajo en red, siempre que se pueda justificar una mayor calidad del servicio).

c) La necesaria regulación de supuestos de anormalidad en estos contratos.

En estos servicios debe regularse, para garantizar su correcta ejecución, el sistema de anormalidad de ofertas (que debe tener carácter obligatorio e indisponible). A tal efecto se deberán prever fórmulas *ad hoc que contemplen*, tanto aspectos de la oferta técnica como de la oferta económica, determinando que es constitutivo de una oferta desproporcionada o anormal el incumplimiento de disposiciones de obligado cumplimiento en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo o costes salariales mínimos por categoría profesional y requiriendo el desglose de los precios para acreditar la viabilidad de las proposiciones económicas, en su caso.

d) Determinación de condiciones especiales de ejecución.

Además de las medidas sobre interlocución contractual (responsable del contrato), ejecución contractual; inspección, control y ejercicio de la potestad sancionadora, y seguimiento y evaluación de los contratos que deben adoptar deseablemente las entidades adjudicadoras en el ámbito de las facultades que les confiere la Directiva de referencia. En concreto, en estos contratos debe incluirse como condición especial de ejecución tanto la prohibición de «deslocalización» de servicios que pretendan una precarización laboral, como de fijación de una retribución mínima (que preserve la calidad del servicio y evite la conflictividad laboral). Posibilidad admitida por la reciente STJUE de 17 de noviembre, *Regio Post* (asunto C-115/14), al considerar legal la obligación, impuesta a los licitadores y a sus subcontratistas en el contexto de la adjudicación de un contrato público, de comprometerse a pagar un salario mínimo al personal que ejecute las prestaciones objeto de ese contrato público (el Acuerdo 80/2016 del TACPA contempla esta posibilidad). El TJUE afirma que una disposición nacional que establece que todos los licitadores y sus subcontratistas deberán comprometerse frente al poder adjudicador a pagar al personal que vaya a ejecutar el contrato público de que se trate un salario mínimo determinado por la Ley, debe calificarse de «condición especial en relación con la ejecución del contrato» referida a «consideraciones de tipo social» en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18. En consecuencia, declara que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, obliga a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa y que no se opone a una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que prevé la exclusión de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a los licitadores y a sus subcontratistas que se nieguen a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá

presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa.

En definitiva, son varias, por tanto, las posibilidades jurídicas (incluso la de no hacer nada y aplicar las técnicas contractuales «ordinarias»). La opción que se adopte, en su diseño concreto, no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, donde los propios matices de cómo se ha venido prestando en los últimos años aconsejan una especial atención a cómo se viene desempeñando, y se debe desempeñar, esta actividad de servicios a las personas en los ámbitos sociales y sanitarios. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

Interesa destacar que el Derecho europeo de la contratación pública habilita que en un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, se pueda excepcionar de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, e incluso relacionarse directamente con entidades del tercer sector sin ánimo de lucro que colaboran, desde una óptica de solidaridad, con los fines públicos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de la correcta prestación, de esa colaboración.

En todo caso, parece lógico un desarrollo legal que incluya las distintas opciones jurídicas descritas, sin decantar o excluir una concreta opción, preservando la posibilidad de una aplicación práctica «complementaria».

VI. LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN DE CÓMO GESTIONAR SERVICIOS SANITARIOS A LAS PERSONAS Y LOS LÍMITES DESDE LA PERSPECTIVA DE LIBRE COMPETENCIA

Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, toda decisión sobre la prestación de servicios sanitarios y la opción de cómo articular la colaboración público privada, cuando esta es necesaria, exige una adecuada motivación y explicación desde el paradigma de la buena administración. Como bien se ha explicado, no es suficiente un motivo político, sino que se exige que la decisión se fundamente desde el derecho a una buena administración (48).

Así lo ha recordado la valiosa sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 2015 (rec. 396/2014) cuando afirma: «*En este sentido, cabe significar que los principios de transparencia y buena administración exigen de las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y que acrediten*

(48) De especial interés son las muy acertadas reflexiones de PONCE SOLÉ (2016b).

que se adoptan con objetividad y de forma congruente con los fines de interés público que justifican la actuación administrativa, tomando en consideración todas aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente».

Tampoco se puede considerar un acto político o de gobierno (ni siquiera cuando es adoptada por un ayuntamiento, por ejemplo), pues se trata del ejercicio de una potestad administrativa discrecional, pero vinculada a la técnica de gestión de los servicios públicos o del demanio público (49).

La decisión de «preferencia» de entidades del tercer sector sin ánimo de lucro, vinculadas a la solidaridad, frente a otras organizaciones privadas sanitarias con interés mercantil deberá justificarse en la mayor calidad y eficiencia de la prestación que se opera por esas entidades «sociales». Esta máxima de eficiencia en la decisión, preservando obviamente la lógica de calidad, regularidad y continuidad del servicio, debe ser un parámetro clave —incluso decisivo— para justificar la decisión que se adopte (50). Decisión que, aun con marcado carácter discrecional, como también se ha señalado, podrá ser objeto de control jurídico, desde la perspectiva de que *«las obligaciones jurídicas de buena administración existentes en nuestro ordenamiento jurídico hacen que el derecho ya no pueda ser indiferente a la discrecionalidad (en este caso en la gestión de los servicios públicos), paradigma clásico de nuestra doctrina y jurisprudencia que debe ser superado, y que esta discrecionalidad no consista en una libertad omnímoda de elección entre alternativas ajenas a lo jurídico»* (51).

Ningún tipo de decisión discrecional, como se ha dicho, debe quedar sustraída al control judicial, por más que éste deba ser menos riguroso (STS de 3 de abril de 1992. Ar. 3332). Así lo opina el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, al afirmar que la obligada flexibilidad del actuar de la «Administración Económica», su antiformalismo, no debe entorpecer su sometimiento al ordenamiento jurídico (52). Máxime si se tiene en cuenta que, como afirma MEGRET, pocos ámbitos hay donde el intervencionismo del Estado introduce un riesgo, una potencialidad de arbitrariedad tan grande como en el sector económico (53). Por tanto, dichas actuaciones de la «Administración Económica» deberán ser

(49) Vid. PONCE SOLÉ (2016a: p. 80). Por ello, no es aceptable, por ejemplo, que un simple cambio de mayorías políticas en un gobierno local conduzca a fundamentar el rescate por razones, digamos, ideológicas.

(50) Sobre este principio, vid. GIMENO FELIÚ (2011: pp. 1255 y ss.) y VAQUER CABALLERÍA (2011: pp. 91 y ss.).

(51) Vid., en este sentido, PONCE SOLÉ (2016a: pp. 74-75).

(52) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2002: p. 61).

(53) La cita puede verse en el libro de FERNÁNDEZ FARRERES (1983: p. 578).

objeto de fiscalización por los Tribunales (54). Y en dicho control jugarán especial importancia, además de los principios generales de Derecho comunes a toda actuación administrativa (igualdad, proporcionalidad, racionalidad, etc.), los más específicos de justicia y eficiencia y economía en el gasto público; y también el principio o la regla de libertad de empresa y libre competencia, sin olvidar que el cumplimiento de los principios del Derecho de la Unión Europea es una forma más de hacer valer el interés público, pues también tienen como objetivo el logro de una contratación más favorable para dicho interés (55).

El juez administrativo, en definitiva, deberá vigilar si la «decisión económica» de la Administración era la mejor de las decisiones posibles y podrá modificar ésta, si su análisis le lleva a la conclusión de que aquélla no era la más correcta. Y para ello atenderá, lógicamente, a la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea, que ha conformado un sólido y coherente «derecho pretoriano», que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea (56).

En relación a este punto, conviene recordar que si la decisión administrativa impugnada «esconde» una actividad contractual pública procederá la utilización del recurso especial regulado en los arts. 44 y ss. de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Debe recordarse el concepto amplio de «decisión» utilizado por el ámbito del recurso especial, declarado de forma expresa, en cuestión prejudicial, por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía, que afirma que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva (criterio utilizado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en sus Acuerdos 75 y 117/2017 al analizar los encargos y los modificados como elemento objetivo del recurso especial).

Asimismo, en la medida en que una aplicación «excesiva» de la preferencia a favor de entidades del tercer sector afecte a las reglas de la competencia, será posible denunciar tal situación ante las autoridades de defensa de la competencia para que valoren y, en su caso, actúen para preservar la reglas de un modelo en competencia (aplicando las previsiones del Procedimiento para la garantía de la unidad de mercado, contenidas en los artículos 127 *bis*, 127 *ter*

(54) Así se expresa claramente FERNÁNDEZ FARRERES (1983: pp. 615 y ss.), quien es autor de una de las principales construcciones doctrinales sobre dicha necesidad, y cuyas ideas son hoy, como se ha visto, de especial interés.

(55) Vid. PARDO GARCÍA-VALDECASAS (2013: p. 154).

(56) Vid. GIMENO FELIÚ (2015c).

y 127 *quater* de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998). En el informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 2008 denominado *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, se establecen las pautas para la elaboración de las memorias de competencia, mediante un análisis en tres pasos en el que se evaluará: (i) si la medida introduce algún tipo de restricción a la competencia; (ii) su necesidad y proporcionalidad, donde se evalúa si la restricción es imprescindible para los objetivos que se pretenden y si los mismos tienen un impacto sobre el bienestar social proporcional a la restricción que se introduce; y, por último, (iii) la mínima restricción, consistente en justificar por qué se considera que no existen otras alternativas menos gravosas para el funcionamiento del mercado (57).

VII. CONCLUSIONES

Tras la argumentación expuesta en este trabajo se pueden llegar a una serie de conclusiones sobre esta cuestión (de indudable interés práctico en la actualidad).

PRIMERA.— El debate jurídico-técnico exige alejarse de posturas apriorísticas maximalistas: ni la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con gestión directa o mediante su «encargo» a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro. Habrá de analizarse supuesto a supuesto con la adecuada perspectiva de respeto del equilibrio entre los distintos principios e intereses en juego. No puede desconocerse que el resultado final de la regulación de la actividad económica es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras —unas de supervisión de

(57) Un ejemplo de tales consideraciones lo encontramos en el informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía n.º I 02/10, *Informe sobre la prestación del servicio de abastecimiento de agua en el municipio de Vejer de la Frontera* (Cádiz), mediante gestión directa y efectiva ejecución en régimen de monopolio. Para la Agencia de Defensa de la Competencia, la falta de argumentos sobre los beneficios de la reserva de actividad mediante monopolio impidió a la Agencia pronunciarse sobre la misma [Dicho informe se encuentra accesible a través del siguiente enlace: http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/Informe_I_02-10_VEJER_2.pdf (último acceso: junio de 2018)]. Decisión y motivación que podrán ser recurridas tanto por el Estado como por la CNMC, a tenor de lo previsto en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a cuyo tenor: «*en cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*».

la actividad y otras de control o intervención—de carácter vertical y horizontal. Y cualquier decisión política debe cohonestar con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, con la lógica de la mejor satisfacción del interés público. Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público).

En todo caso, el debate sobre la prestación de los servicios públicos en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público, es decir, sobre la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos.

SEGUNDA.— El sistema sanitario y de servicios socio-sanitarios en España se caracteriza por ser un modelo esencialmente público, donde, desde la organización pública se da asistencia universal y de calidad a la ciudadanía. Se trata, pues, de un modelo consolidado, donde, para preservar la calidad asistencial —y su carácter universal— han existido y existen relaciones jurídicas con entidades privadas en aras a complementar (que no sustituir) el modelo. Esta colaboración del sector privado puede dividirse, a meros efectos didácticos, entre entidades privadas con finalidad de lucro, y entidades que actúan sin ánimo de lucro movidas por un objetivo de solidaridad.

Esta «dualidad» se ha articulado en las relaciones con las administraciones públicas sanitarias mediante la técnica del contrato público, lo que no siempre ha permitido cumplir de forma adecuada con la finalidad de la prestación. La experiencia existente en ámbitos como la atención de salud mental, o pacientes de larga estancia con procesos de rehabilitación o tratamiento de paliativos, entre otros, donde la colaboración de entidades del tercer sector ha permitido complementar el sistema y dotar de calidad a prestaciones tan sensibles y con importante índice de variabilidad, aconseja dar una correcta solución jurídica a «esta organización de las prestaciones». Lo que no significa, ni puede significar, en modo alguno, que pueda «expulsarse» al sector empresarial «lucrativo» en la prestación de este tipo de actividades. Como venimos defendiendo en este estudio, debe existir un adecuado equilibrio que respete efectivamente los distintos principios e intereses en juego.

TERCERA.— La incorporación de nuestro país a la Unión Europea ha tenido importantes repercusiones en la reconfiguración de los contornos y principios del Derecho Administrativo. Hasta el punto de que implica la «uniformidad» del fondo normativo en el que se contiene el marco jurídico de ordenación de la actividad de los agentes económicos que en él concurren, con el objetivo de preservar el principio básico de «igualdad de mercado» —condición sustantiva para el funcionamiento correcto de un proceso de economía de mercado— que exigirá, cuando éste se proyecte geográficamente sobre un territorio adscrito

a diferentes Estados soberanos, el aseguramiento efectivo al «ciudadano de mercado» europeo de una uniformidad sustancial de su posición jurídica, es decir, de las reglas ordenadoras por las que se rige su actuación en libre mercado, evitando así que las disparidades jurídicas se conviertan en un factor susceptible de distorsionar el buen funcionamiento del mercado interior, de enturbiar los criterios que deben guiar la libre movilidad de los factores y de falsear, en definitiva, las condiciones competitivas en el interior del mismo.

El derecho Europeo, aunque ha declarado la neutralidad sobre las formas de gestión de las competencias públicas, ha advertido la importancia de que existan equilibrios y fórmulas de colaboración público-privada para preservar el interés público. Se constata, de forma evidente, la opción europea por la colaboración público-privada como elemento que permita vertebración social e impulso a un mejor crecimiento económico (muy especialmente en sectores sensibles).

CUARTA.– Nuestra Constitución delimita un determinado sistema económico: el de coiniciativa entre el sector privado y el sector público. Evidentemente, tal sistema no es un sistema rígido sino que, por voluntad del constituyente, es un sistema flexible que permite la actuación de diversas políticas económicas de distinto signo sin que el mismo se desvirtúe. De la calificación del sistema económico constitucional como economía social de mercado derivan importantes consecuencias para los poderes públicos: supone que, obligatoriamente, deberán no sólo respetar determinadas situaciones jurídico-privadas, sino, además, adoptar las estrategias y decisiones pertinentes para llevar a efecto los objetivos que se desprenden de la Constitución. En la decisión de «conceder la gestión» de un servicio sanitario o social y la manera de hacerlo, debe estar presente la «buena Administración», la cual no consiste en el puro cumplimiento formal de la legalidad, ya que es una finalidad que ha de guiar al legislador y a los gobernantes y una manera de orientar la actividad de la Administración también cuando cede la gestión de un servicio.

QUINTA.– El proceso de transposición de la Directiva europea sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014) a la legislación interna, permite diseñar un nuevo marco regulatorio alejado del tradicional modelo de contratación pública, pues los artículos 76 y 77, de alcance potestativo para los Estados, habilitan tanto la reserva de contratos como un régimen singular en el ámbito de la salud y de los servicios sociales prestados a las personas (y de educación). Incluso debe considerarse, de acuerdo con el artículo 76.2 de la citada Directiva, la conveniencia de adaptar el modelo sanitario y de servicios sociales a las personas, centrado en las características antes relacionadas, poniendo en valor, pero no de manera excluyente, la colaboración de entidades del tercer sector con una importante implantación social, en tanto se ha acreditado que es un

modelo de éxito, de contrastados resultados económicos y de muy elevada calidad prestacional y de responsabilidad institucional.

En todo caso, es muy importante que se respete adecuadamente las exigencias fijadas por el TJUE, pues en tanto derecho europeo con eficacia directa, ni las autoridades ni los funcionarios *públicos* pueden desconocer su significado y alcance práctico (STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner GMBH*):

- e) se requiere que, cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos «a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan»;
- f) que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros;
- g) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional al regular el voluntariado o la economía social y determinar sus específicas condiciones (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, apartado 61) (58).
- h) Asimismo establece una importante cautela de ámbito general, y recuerda que el principio general del Derecho de la Unión de prohibición del abuso de Derecho (es decir, utilización indebida de esta habilitación legal para inaplicar principios como igualdad de trato o de concurrencia o favorecer a determinadas empresas nacionales), no habilita una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros.

Si no se cumplieran estos requisitos la decisión administrativa sería contraria a los principios de la contratación pública y de la gestión de las prestaciones sanitarias. Y, por ello, podría ser objeto de impugnación tanto ante la justicia administrativa como ante las autoridades competentes de defensa de la competencia. De lo que se deduce, por lo demás, que una regla de «pre-

(58) Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe procurarse que no se persiga fin lucrativo alguno, ni siquiera indirecto, al amparo de una actividad de voluntariado, y que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, apartado 62)

ferencia» no puede extenderse como regla general en la prestación de estos servicios, pues se quebraría la exigencia del debido respeto a los equilibrios como garantía de la correcta prestación del servicio público sanitario.

SEXTA.— La competencia de desarrollo de las técnicas de acción concertada o de «singularidad» de la contratación pública en los servicios sanitarios a las personas es de las Comunidades Autónomas. Existe una competencia compartida que exige el adecuado «equilibrio» de regulaciones (sirve de referencia la STC de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013). Lo que no debe desincentivar el desarrollo competencial, pues la opción de no regular convierte en exclusiva *de facto* la competencia del Estado, lo que supone negar, en sí mismo, las propias capacidades de la Comunidad Autónoma.

Las Comunidades Autónomas gozan de un amplio margen de maniobra para establecer un marco normativo específico en orden a regular la contratación de los servicios públicos a las personas (sanitarios y sociales), y hacerlo de forma diferenciada de los restantes servicios públicos al objeto de asegurar la consecución de los objetivos de los sistemas sanitario y social de cada uno de los Estados miembros, debiendo preservar exclusivamente la igualdad de trato entre todos los licitadores y la transparencia. La opción que se adopte, en su diseño concreto, no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, donde los propios matices de cómo se ha venido prestando en los últimos años aconsejan una especial atención a cómo se viene desempeñando, y se debe desempeñar, esta actividad de servicios a las personas en los ámbitos sociales y sanitarios. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

Interesa destacar que el Derecho europeo de la contratación pública habilita, siempre de forma «no ordinaria», para que, en un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, se puedan adoptar reglas organizativas distintas, excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos. Y admite, incluso, la validez de relacionarse directamente con entidades del tercer sector sin ánimo de lucro siempre que —requisito imprescindible, que exige interpretación restrictiva— colaboren, desde una óptica de solidaridad, con los fines públicos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de la correcta prestación, de esa colaboración.

En todo caso, parece lógico un desarrollo legal que incluya las distintas opciones jurídicas descritas, sin decantar o excluir una concreta opción, preservando la posibilidad de una aplicación práctica «complementaria». (un buen ejemplo es la Ley Balear 12/2018 de servicios a las personas en el ámbito social).

SÉPTIMA.— Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, toda decisión sobre la prestación de servicios sanitarios y la opción de cómo articular la colaboración público privada cuando está es necesaria, exige una adecuada motivación y explicación desde el paradigma de la buena administración. Como bien se ha explicado, no es suficiente un motivo político, sino que se exige que la decisión se fundamente desde el derecho a una buena administración.

La decisión de «preferencia» de entidades del tercer sector sin ánimo de lucro vinculadas a la solidaridad frente a otras organizaciones privadas sanitarias con interés mercantil deberá justificarse en la mayor calidad y eficiencia de la prestación desarrollada por esas entidades «sociales». Esta máxima de eficiencia en la decisión, preservando obviamente la lógica de calidad, regularidad y continuidad del servicio, debe ser un parámetro clave —incluso decisivo— para justificar la decisión que se adopte. Decisión que, aun con marcado carácter discrecional, como también se ha señalado, podrá ser objeto de control jurídico, desde la perspectiva de que *«las obligaciones jurídicas de buena administración existentes en nuestro ordenamiento jurídico hacen que el derecho ya no pueda ser indiferente a la discrecionalidad (en este caso en la gestión de los servicios públicos), paradigma clásico de nuestra doctrina y jurisprudencia que debe ser superado, y que esta discrecionalidad no consista en una libertad omnímoda de elección entre alternativas ajenas a lo jurídico»*.

En relación a este punto, conviene recordar que, si la decisión administrativa impugnada «esconde» una actividad contractual pública, procederá la utilización del recurso especial regulado en los arts. 44 y ss. de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Debe recordarse el concepto amplio de «decisión» utilizado en el ámbito del recurso especial, declarado de forma expresa, en cuestión prejudicial, por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía, que afirma que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva.

Asimismo, en la medida en que una aplicación «excesiva» de la preferencia a favor de entidades del tercer sector afecte a las reglas de la competencia (o las entidades en cuestión no cumplan los requisitos de la jurisprudencia europea para recibir un trato «preferente», como sucederá cuando solo se exija la ausencia de lucro), será posible denunciar tal situación ante las autoridades de defensa de la competencia para que valoren y, en su caso, actúen para preservar la reglas de un modelo en competencia.

En definitiva, la LCSP 2017 cumple las exigencias europeas en esta materia, al prever la posibilidad de acción concertada en servicios a las personas en el ámbito sociosanitario. En todo caso, una Ley autonómica de acción

concertada que excluya a una parte del sector sanitario o social, sin más justificación que la existencia de lucro en sus actividades, es contraria a los principios del derecho europeo y español de competencia y transparencia. Esa opción, además, no encuentra respaldo en las previsiones de la LCSP sobre acción concertada. Igualmente, una Ley que atienda a la acción concertada sobre el único criterio de ausencia de lucro es contraria al derecho europeo. Y, en consecuencia, los actos derivados de dicha Ley serían, en tanto esconden un contrato público, perfectamente impugnables (y denunciables ante CNMC y las instituciones europeas competentes).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (2012): «Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía», en libro colectivo, *La Constitución económica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 77-105.
- BAÑO LEÓN, José María y MUÑOZ MACHADO, Santiago (1989): «Libertad de empresa y unidad de mercado», en libro colectivo, *La empresa en la Constitución*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 211-232.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2018): «La contratación de los servicios a las personas» » en el *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles.), Tirant lo Blanch, pp. 2841-2874.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco; GIMENO FELIÚ, José María; QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo y SALA SÁNCHEZ, Pascual (2017): *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*. Barcelona, Profit.
- CARLÓN RUIZ, Matilde (2009): «Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal», en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, Tomo I, Madrid, Iustel, pp. 463-535.
- CAVALLO, Bruno y DI PLINIO, Giampiero (1983): *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milán, Editorial Giuffrè Editore.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1991): «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *Estudios sobre la Constitución española : Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, pp. 943-972.
- DE GISPERT PASTOR, María Teresa (1989): «La noción de empresa en la Constitución española», en libro colectivo, *La empresa en la Constitución*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 37-64
- ESTEVE PARDO, José (2015a): *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, INAP Investiga.

- (2015b): «La Administración garante. Una aproximación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 197, pp. 11-39.
- (2017): «Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios», en *Revista de Administración Pública*, núm. 202, pp. 305-336.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.
- (2003): «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía», en *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. 18, pp. 7-21.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2016): «Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pp. 439-450.
- FONT I LLOVET, Tomàs (2016): «Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del derecho europeo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 199, pp. 253-288.
- GIMENO FELLÚ, José María (1994a): «Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea», en esta REVISTA, núm. 5, pp. 127-166.
- (1994b): «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, pp. 149-212.
- (2011): «El principio de eficiencia», en Juan Alfonso Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, Madrid, La Ley, pp. 1255-1274.
- (2015a): «Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)», en *Revista Derecho y Salud*, Vol. 26, núm. 2, pp. 65-85.
- (2015b): «La Ley 3/2011, de medidas de contratos del sector público. Alcance de su contenido y valoración de sus propuestas», en libro colectivo, *eActas XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, Justicia de Aragón, pp. 7-29.
- (2015c): «La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, pp. 81-122.
- (2016a): «Administración Pública y Derecho Administrativo en la Unión Europea: la consolidación de un modelo de uniformización jurídica», en José María BAÑO LEÓN (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. 1, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 279-301.

- (2016b): «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 82, pp. 137-158.
 - (2017a) «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», en *Cuadernos Derecho Local*, núm. 43, pp. 31-78.
 - (2017b): «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites», en *Anuario de Gobierno Local*, núm. 1/2017, pp. 241-287.
 - (2018): «El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, pp. 4-13.
- GOMETZ, Gianmarco (2012): *La certeza jurídica como previsibilidad*, Barcelona, Marcial Pons.
- JEZE, Gaston (1915): «Appréciation per les gouvernements et leur agents de l'opportunité d'agir: réalisation, organisation et fonctionnement des services publics», en *Revue Droit Public*, núm 1/1915.
- JOURDAN, Philippe (1987): «La formation du concept de service public», en *Revue Droit Public*, núm. 1/2017, pp. 89-118.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2009): *Servicios de interés económico general*, Cizur Menor, Civitas.
- LAZO VITORIA, Ximena (2016): «La figura del 'concierto social' tras las directivas europeas de contratación pública», en www.obcp.es (noviembre de 2016).
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía (2014): «La configuración poliédrica del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones ante el mercado interior: mucho más que un servicio de interés económico general», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, pp. 181-215.
- MARTÍN MATEO, Ramón (2003): *El marco público de la economía de mercado*, Cizur Menor, Aranzadi.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (2002): *Derecho Administrativo Económico I*, Madrid, La Ley.
- PAJNO, Alessandro (2016): «La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione», en Graziella DELLA TORRE (coord.), *Atti LXI. Convegno Varenna, La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Editorial Giuffrè Editore, pp. 29-74.
- PARDO GARCÍA-VALDECASAS, Juan José (2013): «El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual», en Elena BILBAO

- ALEXIADES y Tomás CANO CAMPOS (coords.), *La contratación Pública: problemas actuales*, Madrid, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, pp. 147-162.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1983): *Estado social y Administración pública*, Madrid, Civitas.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (1994): «Reflexiones sobre la privatización de empresa pública en España», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 84, pp. 557-559.
- PONCE SOLÉ, Juli (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova.
- (2016a): «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40, pp. 68-108.
 - (2016b): «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, pp. 57-84.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual (2014): «La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica», en *Revista española de control externo*, Vol. 16, núm. 46, pp. 11-122.
- SANMARTÍN MORA, María Asunción (2010): «Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias», en libro colectivo, *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*, Zaragoza, Gobierno de Aragón, pp. 405-428.
- TORNOS MAS, Joaquín (2008): «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública», en Iñaki AGIRREAZKUEENAGA ZIGORRAGA (col.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, pp. 629-641.
- (2016a): «Servicios públicos y remunicipalización», en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 76, pp. 51-76.
 - (2016b): «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, pp. 32-49.
 - (2016c): «El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario», en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pp. 193-211.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2016): «Público y Privado en la gestión de Servicios de Interés General» en Vicenç AGUADO I CUDOLÀ, Belén NOGUERA DE LA

MUELA y Vera PARISIO (coords.), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Valencia-Torino, G. Giappichelli Editore-Tirant lo Blanch, pp. 75-128.

Vaquer Caballería, Marcos (2011): «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 186, pp. 91-135.

WOEHLING, Jean-Marie (1992): «Reflexions sur le renouveau du service public», en *La Revue Administrative*, núm. 269, pp. 396-400.

WOLLMANN, Hellmut (2013): «La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un 'retorno' a las gestiones públicas/municipales?», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 31, pp. 70-80.

DERECHO E HISTORIA: DEL FUERO AL CONTRAFUERO. ANÁLISIS DE LA LEY 8/2018, DE 28 DE JUNIO, DE ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS DE ARAGÓN

ÁNGEL GARCÉS SANAGUSTÍN

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.– II. EL CONTEXTO SOCIOPOLÍTICO DE LA LEY: 1. El recreacionismo histórico. 2. Agravios ancestrales y actuales.– III. UNA LEY REPLETA DE AFIRMACIONES SORPRENDENTES.– IV. SOBRE BANDERAS Y BANDERÍAS.– V. ¿ES ARAGONÉS TODO LO RELACIONADO ALGUNA VEZ CON ARAGÓN?.– VI. SOBRE LA FORALIDAD Y SUS LIBERTADES: LAS UCRONIAS DE LA LEY.– VII. FORALIDAD VERSUS FEDERALISMO.– VIII. ¿PROPICIA LA LEGITIMIDAD HISTÓRICA UN ÁMBITO PROTOCONSTITUCIONAL?.– IX. UNA NUEVA HERMENÉUTICA PARA EL DERECHO ARAGONÉS.– X. EL CARÁCTER SIMBÓLICO Y PROPAGANDÍSTICO DE ALGUNAS DECLARACIONES ESTATUTARIAS.– XI. LA BANALIDAD DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS Y LA ESPAÑA ASIMÉTRICA.– XII. CONCLUSIÓN.– XIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El artículo analiza la aprobación de leyes que introducen acontecimientos históricos en los supuestos de hecho de las normas. Por tanto, determinadas interpretaciones de la historia van a tener consecuencias jurídicas. Es el caso de la actualización de derechos históricos de origen medieval y de la denominada «memoria histórica». Todo ello puede alterar algunos principios básicos del sistema jurídico y afectar a situaciones jurídicas existentes.

Palabras clave: derechos históricos; memoria histórica; Estado de Derecho.

ABSTRACT: The article analyzes the adoption of laws that introduce historical facts in the factual assumptions of the norms. Therefore, certain interpretations of history will have legal consequences. It is the case of the update of historical rights of medieval origin and the so-called «historical memory». All this may alter some basic principles of the legal system and affect existing legal situations.

Key words: historical rights; historical memory; Rule of Law.

I. INTRODUCCIÓN

Durante siglos se ha estudiado en nuestras facultades la asignatura de Historia del Derecho, que permitía, cuando se impartía con la suficiente destreza, conocer la evolución de algunas instituciones jurídicas y los sistemas jurídico-políticos en los que se incardinaban. En los últimos años hemos asistido a la irrupción de lo que podríamos llamar Derecho de la Historia, es decir, a la eclosión impetuosa de un conjunto de normas que se apoyan en los llamados derechos históricos o en una interpretación muy concreta de determinados acontecimientos históricos. Dicho de otro modo, los acontecimientos históricos se convierten en presupuestos fácticos de las normas y en circunstancias modificativas de determinadas situaciones jurídicas. Las Administraciones públicas se sienten, según los casos, habilitadas o compelidas para actuar de un determinado modo.

Por otro lado, y como veremos más adelante, el afán por la recreación histórica está impregnando algunas de nuestras normas más recientes, intentando buscar en algunos casos una legitimidad previa a la Constitución y a la propia modernidad. Cuando esto se produce, a la dificultad propia de la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados habrá que sumar la doble subjetividad inherente a la interpretación de conceptos jurídicos que versan sobre cuestiones históricas discutibles y discutidas. Esta doble exégesis va a incrementar la confusión propia de un sistema jurídico en el que la subjetividad gana terreno día a día. Además, este Derecho de tintes historicistas va a suponer, como analizaremos adelante, la introducción de cambios importantes en los modelos de interpretación y aplicación de las normas.

Al fin y al cabo, el historiador es otro profesional que trabaja con un material muy dúctil, ya que no se limita a sistematizar o enumerar cronológicamente una serie de datos sino también a interpretarlos. Como se ha dicho con gran clarividencia, los escritores de la historia fabrican los recuerdos de sus prójimos. También es cierto que el historiador está dentro de la historia. Pero, como puede comprobarse con demasiada frecuencia en la actualidad, la historia también está dentro del historiador.

A lo largo de las siguientes páginas vamos a centrarnos en la ley promulgada con el objetivo de actualizar los derechos históricos de Aragón. No es objeto del presente el trabajo el análisis pormenorizado de todas las cuestiones jurídicas que plantea esta norma. La finalidad básica del mismo es determinar si esta mezcla de Derecho e Historia produce una relación simbiótica o, por el contrario, estamos ante otro fenómeno que puede terminar distorsionando algunas instituciones jurídicas o incluso la jerarquía normativa propia de un Estado moderno de base constitucional.

Hasta las causas más dignas requieren de pedagogía y no de adoctrinamiento y cuando se incorporan a los textos legales se encuentran con dos

límites que nunca se deben franquear: las reglas básicas que articulan y posibilitan el Estado de Derecho, por un lado, y la neutralidad de quienes aplican el Derecho, por otro. Si sucumben estos principios nucleares que sustentan nuestra convivencia corremos el riesgo de terminar imbuidos de un rancio sentimentalismo y de un beligerante revanchismo.

II. EL CONTEXTO SOCIOPOLÍTICO DE LA LEY

Antes de proceder al análisis estrictamente jurídico de la Ley de actualización de los derechos históricos de Aragón es preciso analizar el marco social y político en el que se tramita y aprueba, pues solo entendiéndolo es posible explicar el carácter hiperbólico y simbólico que la caracteriza (1).

Por un lado, el gusto actual por el recreacionismo histórico explica la sublimación de los llamados derechos históricos. Por otro lado, sin reparar en la política de la queja y agravio permanente que relaciona a las partes con el conjunto del Estado tampoco podría entenderse el significado último de esta norma. Procedamos, por tanto, a analizar ambas cuestiones.

1. El recreacionismo histórico

Con pretensiones turísticas y ánimo festivo hemos asistido en los últimos años en España a un inusitado incremento de las recreaciones históricas, con especial proliferación de las que evocan sucesos medievales reales o ficticios. Pues bien, no hace falta ser un avezado observador para comprobar que a la inmensa mayoría de la gente le gusta disfrazarse con los atuendos propios de los nobles, los obispos o los abades. Salvo en el caso de algunos profesionales, resulta muy difícil encontrar a nadie con los harapos o con los sayos típicos de porqueros o frailes.

Las imágenes que las diferentes cadenas autóctonas emiten de las calles muestran una pirámide social invertida, que nada tiene que ver con esa sociedad estamental, fuertemente jerarquizada y esclerotizada. Quizás el Medioevo no fue esa oscura noche que se retrató por algunos ilustrados, pero tampoco fue el tiempo de la libertad, de la igualdad y de la justicia social, como parece desprenderse de la ley que luego comentaremos.

Todo ello no dejaría de ser una bagatela sino fuera porque en España las modas casi nunca son pasajeras y tienden a convertirse en tradiciones

(1) Con anterioridad existieron intentos doctrinales y esbozos de propuestas normativas mucho más racionales y razonables de desarrollo de la declaración estatutaria relativa a los derechos históricos y de sus consecuencias jurídicas. *Vid., in totum*, J. MORALES ARRIZABALAGA (2009).

respetables. Además no podemos soslayar que todo español lleva un historiador ignoto e ignorante en su alma. Las discusiones políticas, e incluso las deportivas, se trufan de datos históricos que se arrojan contra el adversario. En algunas ocasiones, hasta algunos datos son exactos y no son una recreación más del poder político, pero incluso los datos fidedignos van acompañados de las interpretaciones más peregrinas.

La historia, como el Derecho, son caleidoscopios en manos de intérpretes daltónicos. La historia está repleta de textos contradictorios, porque quienes viven en un determinado momento histórico no posan para el retrato de la época que han de hacer los historiadores del futuro. Y, probablemente, muchos textos ya fueron manipulados por los escribas de la época.

En la actualidad es frecuente la creación de comisiones de historiadores a las que se les encomienda fijar la verdad históricamente objetiva y, aunque lejos de la tradicional censura, expurgar lo que consideren «erróneo» (2). Otros órganos creados al efecto analizan si los beneficiarios de algunas distinciones, antaño otorgadas, reúnen hoy los méritos suficientes para mantenerlas (3). Y, como vamos a ver a continuación, algunas normas pretenden dotar a unos difusos y controvertidos derechos históricos de una calificación jurídica especial y preeminente (4).

2. Agravios ancestrales y actuales

La ley parte de un discurso lineal y, en ocasiones, algo pueril de la historia de Aragón. Según esta visión sin matices, Aragón se constituyó como reino independiente desde el siglo XI y fue ampliando su territorio en los siglos posteriores mediante el derecho de conquista, hasta delimitarlo de manera

(2) Por Decreto 13/2018, de 23 de enero, del Gobierno de Aragón, se crea y se regula la organización y funcionamiento del Consejo Asesor para la Enseñanza de la Historia. Es un órgano de carácter consultivo, constituido por expertos reconocidos en el ámbito académico, que ha de velar por la veracidad de los contenidos relacionados con la historia de Aragón, tanto los que se difundan en el ámbito de la educación no universitaria como en otros foros sociales.

(3) El Ayuntamiento de Madrid constituyó el comisionado de la memoria histórica, órgano colegiado adscrito al pleno municipal, presidido por Francisca Sauquillo y que elaboró las correspondientes propuestas relativas a la retirada de menciones y distinciones de carácter honorífico otorgadas durante los años de la dictadura. Ha sido disuelto dos años después de su creación, en junio de 2018, por las discrepancias existentes entre dicho comisionado y el equipo de gobierno del Ayuntamiento.

(4) La 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón, a través de su disposición adicional primera, encomienda asimismo a la Diputación General de Aragón la promoción de su conocimiento y difusión y del contenido de los derechos históricos entre todos los aragoneses, cualquiera que sea su lugar de residencia, así como su divulgación en el ámbito escolar, mediante la incorporación de contenidos de esta materia en el currículum y la divulgación de materiales didácticos en los centros educativos.

definitiva en la segunda mitad del siglo XIV, con la misma extensión geográfica de la actual Comunidad Autónoma. A comienzos del siglo XVIII, los llamados Decretos de Nueva Planta abolieron, por «derecho de conquista», el Derecho público y las instituciones propias del Reino de Aragón, «que había sido Estado independiente durante setecientos años». Durante los siglos XIX y XX, el pueblo aragonés porfía por recuperar su «autogobierno», llegando a «encabezar el movimiento autonomista».

No voy a entrar en algunas discutibles afirmaciones sobre el sentir mayoritario, o casi unánime, del pueblo aragonés en los dos últimos siglos, aunque también podría articularse el discurso contrario y apoyarlo igualmente en numerosos e irrefutables datos históricos. Mas no podemos caer en discusiones banales ni pasarnos la vida contando manifestantes. Las diversas mayorías parlamentarias de las Cortes de Aragón en las diferentes legislaturas ponen de manifiesto que la sociedad aragonesa es enormemente plural en sus ideas y en sus afectos a enseñas y escudos. Y precisamente esa pluralidad debería impulsar un discurso moderado y ecléctico en el que cupieran todas las sensibilidades.

Es cierto que no se puede negar la mentalidad antiforalista de la monarquía borbónica, que quedó reflejada en el Decreto de 29 de junio de 1707 (5) en el que se decía:

«...y tocándome el dominio absoluto de los referidos reynos de Aragón y de Valencia pues a la circunstancia de ser comprendidos en los demás que tan legítimamente poseo en esta monarquía, se añade ahora la del justo derecho de la conquista que de ellos han hecho últimamente mis armas».

La expresión «derecho de conquista» es preciso entenderla en el correspondiente contexto histórico. La guerra que padece la península, y parte de Europa, a principios del siglo XVIII es propiamente una guerra de «sucesión» y, en ningún caso, de «secesión». En Aragón, aunque pudo haber un apoyo mayoritario al archiduque Carlos de Austria, lo cierto es que ciudades tan importantes como Jaca, Tarazona o Borja mantuvieron su fidelidad borbónica a lo largo de todos los años de la guerra y la propia ciudad de Zaragoza cambió de partido dinástico con relativa facilidad. Socialmente, el apoyo al candidato austriaco se da fundamentalmente entre la baja nobleza y los ciudadanos componentes de las oligarquías urbanas. Tampoco deberíamos olvidar que una gran parte de la población no se decantó y si lo hizo no lo sabemos

(5) Sobre este Decreto y los posteriores y la reacción que hubo en la sociedad aragonesa puede consultarse el interesante trabajo de G. VICENTE Y GUERRERO: (2016: 351-383). En este trabajo se analiza especialmente la respuesta de los juristas aragoneses materializada en la obra *Crisis legal*, redactada en febrero de 1710 por el abogado y futuro oidor de la Real Audiencia de Aragón Diego Franco de Villalba.

porque sus opiniones eran absolutamente irrelevantes, dada su invisibilidad en el conjunto de la estructura estamental y política del Antiguo Régimen, máxime cuando lo que se sustanciaba era una mera pugna entre casas reales europeas.

En puridad no hubo rebelión en Aragón. En todo caso, algunas elites abrazaron la causa del Archiduque Carlos por razones más de oportunidad que de convencimiento (6). De ahí el error de la invocación del «derecho de conquista», consecuencia de las primeras actuaciones de un rey y de un séquito bisoños y desconocedores de la realidad peninsular. Los posteriores «decretos de nueva planta» aminorarán esta severidad inicial, mostrarán una mayor magnanimidad y sobre todo un mayor conocimiento de la realidad política y social del momento.

Por otro lado, el hecho de que Navarra y Vizcaya mantengan sus especialidades jurídicas tras la Guerra de Sucesión pone de manifiesto la inexistencia de un plan unificador y la nula importancia económica y política que tenían esos territorios en aquella época. Por cierto, será Fernando VII quien, en contra de las previsiones unificadoras de la Constitución de 1812, preserve dichos derechos.

Cuando el liberalismo vuelva a plantear una política centralizadora tras la muerte de Fernando VII se volverán a desatar las tensiones y provocarán el inicio de la primera guerra carlista. Es cierto que en el desencadenamiento de esta contienda concurren diferentes causas, pero la defensa de los derechos históricos no es una cuestión menor.

Pues bien, en un alarde de ingenio que debería ser merecedor de mejores causas, las Cortes de Aragón instan al Estado en su Disposición Final Primera a la derogación de los decretos de abolición foral y, en concreto, a la derogación formal del Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707. Tal invocación produce melancolía, pues en el fondo se le solicita al Gobierno español que se considere sucesor directo y legítimo de Felipe V y que reconozca implícitamente la vigencia de unas normas que se desvanecieron en los más lejanos y recónditos pliegues de la historia. Puestos a forzar las cosas y a mantener el prurito histórico, las Cortes de Aragón podían haber encargado dicha encomienda a Felipe VI. Al fin y al cabo, tendría los mismos efectos, aquellos que no pasan de lo simbólico o propagandístico.

Esta pretensión derogatoria no dejaría de ser un mero brindis al sol, fruto del paroxismo que produce en algunas cabezas la búsqueda de una determinada identidad colectiva, si no fuera por el descrédito que acarrea para la rica historia constitucional de España, que fue el segundo país europeo, en 1812, en aprobar una Constitución. Todo ello implica la devaluación implícita

(6) J. MORALES ARRIZABALAGA (2009: 132).

de las conquistas derivadas de un Estado y de un Derecho modernos, que son soslayadas en aras de una supuesta reparación histórica de unos supuestos agravios que se pierden en la noche de los tiempos.

Nada de esto podría entenderse sin asumir que en todos los ámbitos de la sociedad española ha enraizado una «cultura» del agravio, de la queja. La debilidad de nuestra sociedad civil es evidente. Sin embargo, tenemos una inflación de asociaciones de víctimas o perjudicados, con mayor o menor motivo, sin parangón en nuestro entorno. En el ámbito público, las Comunidades Autónomas compiten en las listas de agravios que presentan al Estado, donde se contienen desde el déficit de infraestructuras a determinados problemas de financiación. Las provincias, las comarcas, los municipios presentan ante Estado y Comunidades Autónomas su propia relación de ofensas, afrentas y agravios.

No podría entenderse esta ley de actualización de los derechos históricos sin analizar este magma social y político. La ley alude constantemente a las viejas reivindicaciones de Aragón en los ámbitos de las lenguas minoritarias y, por extensión, de todo el patrimonio cultural, amén de otras cuestiones como la reserva hídrica, sobre la que nos pronunciaremos.

Pues bien, estas permanentes reclamaciones se plasman en un texto normativo en el momento en el que se están logrando algunos éxitos en estos ámbitos presididos tradicionalmente por el derrotismo.

Por un lado, cabe recordar que Aragón cuenta desde hace casi veinte años con la modélica Ley 3/1999, de 10 de marzo, de Patrimonio Cultural Aragonés. Si en estas dos últimas décadas se han producido expolios o agresiones a este patrimonio no ha sido por falta de mecanismos de defensa e instrumentos de actuación. Habrá sido, en todo caso, por la falta de la debida diligencia de las autoridades públicas. Es más, en fechas recientes han sido devueltas al monasterio de Sijena, algunas piezas que se encontraban en el Museo de Lleida.

En cuanto a las lenguas minoritarias, cabe recordar que tras dos textos contradictorios sujetos a un gran debate público —la Ley 13/2013, de 9 de mayo, de uso, protección y promoción de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón, que derogó la Ley 10/2009, de 22 de diciembre, de uso, protección y promoción de las lenguas propias de Aragón— vivimos tiempos de una relativa paz social, que ha sido reforzada por la STC 56/2016, de 17 de marzo. El apoyo a la lengua aragonesa se ha incrementado en los últimos años y ha aumentado el número de estudiantes de esta lengua minoritaria, que ha dejado de estar minorizada.

Asimismo, se ha producido un nada desdeñable incremento de nuestro patrimonio inmaterial, a través de las oportunas declaraciones de Bienes de Interés Cultural. Cualquier expresión cultural aragonesa ha alcanzado el reconocimiento debido.

El respeto y el reconocimiento del Derecho civil aragonés es una constante en las últimas décadas, que ha provocado, entre otros efectos, una excelente producción normativa, su incorporación a los planes de estudio de la Facultad de Derecho de Zaragoza y la publicación de muchas obras financiadas por las diferentes instituciones aragonesas (7).

En resumen, la ley rezuma agravios históricos, pero se tramita, aprueba y publica en uno de los momentos de mayor esplendor en lo que respecta a la defensa del patrimonio lingüístico, jurídico e histórico aragonés. Las previsiones de la ley no van a aportar nada a dicha defensa y protección, porque los instrumentos de actuación ya se encuentran detalladamente recogidos en normas que han entrado en vigor hace lustros y que son equiparables a las de los sistemas jurídicos más avanzados.

En definitiva, la legislatura comenzó, como tantas otras veces, con el agravio de la deuda histórica y está a punto de concluir con el desagravio de los llamados derechos históricos (8).

III. UNA LEY REPLETA DE AFIRMACIONES SORPRENDENTES

En este contexto, no nos debería resultar extraño que la Ley 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón suponga un ejemplo más de recreación histórica y de revisionismo jurídico, que se pone de manifiesto en un texto plagado de afirmaciones sorprendentes (9).

La primera frase del preámbulo es ya lapidaria: «Aragón es una nacionalidad con más de doce siglos de historia». Aragón era ya nacionalidad antes de que se forjara el actual concepto de nación y, por supuesto, mucho antes que el de nacionalidad. Es verdad que estas exageraciones no son exclusivas de lo que podríamos denominar la España centrifuga. Desde posiciones centrípetas, también se afirma que «España es una nación desde hace más de cinco siglos» y algunos se remontan incluso al período visigodo o a la His-

(7) *Vid., in totum*, C. BAYOD LÓPEZ (2018).

(8) El Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 3 y 4 de marzo de 2016, con motivo del debate de la Proposición no de Ley núm. 21/16, sobre la deuda histórica, acordó lo siguiente: «1. El Departamento de Presidencia remitirá a la Comisión Institucional de las Cortes de Aragón en el primer semestre de 2016 el cálculo de la deuda histórica acumulada por parte del Estado con la Comunidad Autónoma...» (Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, núm. 58, 9 de marzo de 2016, p. 4338). En cumplimiento de dicho acuerdo, y ese mismo año, el Consejero de Presidencia cifró la deuda histórica de Aragón en 7.566 millones de euros, el equivalente en aquel momento a un ejercicio presupuestario y medio.

(9) En el *Heraldo de Aragón* del día 15 de julio de 2018, el historiador Guillermo FATÁS ya alerta sobre algunos asertos de la Ley en un muy interesante artículo titulado «Una fea ley de derechos históricos».

pania romana. Una vez más podemos comprobar que el pasado de España es imprevisible. Pero dejemos de abordar estas cuestiones que no sirven más que para alimentar polémicas estériles.

Volvamos, por tanto, a las cuestiones estrictamente jurídicas. En su artículo 4, la Ley va mucho más lejos, si cabe. Bajo la rúbrica de «carácter originario e imprescriptibilidad», se establece lo siguiente:

«1. Los derechos históricos del pueblo aragonés son anteriores a la Constitución española y al Estatuto de Autonomía, que los amparan y respetan, así como a la legislación emanada de la Unión Europea. Al no emanar de ellos, han de ser respetados por las reformas que puedan afectar a esas normas.

2. Los derechos históricos no prescriben por falta de uso, ejercicio o reclamación».

En consecuencia, los derechos históricos de los aragoneses no pueden ser menguados o modificados en modo alguno por ninguna clase de ley, ya sea española o europea. Por ello, poseen una legitimidad previa y predominante, que se impone sobre cualquier otra existente en el ordenamiento jurídico, incluida la soberanía nacional y la supuesta primacía constitucional y, en su caso, del Derecho europeo. Para reforzar semejante postulado se proclama su imprescriptibilidad. No han prescrito, no prescriben ni prescribirán.

Se podrán calificar estas magnas declaraciones de meras fruslerías sin recorrido jurídico, pero detrás de ellas subyace una emotividad que aflora por doquier y que puede generar un sentimiento histórico de superioridad, tal como puede observarse en el preámbulo, en el que se afirma que «Aragón siempre estuvo en el máximo nivel y con el máximo rango protocolario». No se alcanza a entender qué significa tal cosa, aunque sí tiene algunas consecuencias en el texto normativo, como ocurre con la regulación del régimen jurídico aplicable a la bandera de Aragón, que abordaremos más adelante.

Algunos asertos producen la estupefacción propia de quien aspira a encontrar en los textos legales una mínima coherencia intelectual. La frase «el derecho aragonés es tan antiguo como Aragón mismo» puede predicarse de cualquier comunidad política, pues desde que existe la civilización nadie ha podido vivir y convivir sin la existencia de unas normas previas, por muy sencillas que fueren.

Más sorprendente es, si cabe, considerar la «justicia social» y el «respeto a la diversidad», «principios tradicionales» del Derecho aragonés. En el fondo, subyace la idea de un Derecho ancestral que reunía los principios y valores que solo es posible encontrar en algunos sistemas jurídicos de finales del siglo XX.

De todo ello parece desprenderse que lo arcaico prevalece sobre lo reciente y lo antiguo prima sobre lo moderno, en lo que es una vuelta a un Derecho de hechuras medievales. Precisamente, una de las grandes aportacio-

nes del Derecho moderno consiste en la implantación de un principio básico, aquel que dice que la norma posterior deroga a la anterior. Y ello es así porque es consecuencia de una nueva legitimidad, vinculada en los Estados de Derecho al principio democrático.

Asistimos, pues, a un nuevo fenómeno de recreación de la historia y de algunos derechos e instituciones públicas relacionados con la misma. Si esta cuestión se hubiera quedado en el ámbito de los libros de texto nada habría que objetar. El problema es que esta visión sesgada y parcial de la historia se ha plasmado en una ley y, por ello, pretende tener consecuencias jurídicas inmediatas.

IV. SOBRE BANDERAS Y BANDERÍAS

El artículo 10 de la Ley contiene la siguiente redacción:

«Artículo 10. La bandera de Aragón.

1. La bandera de Aragón, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 3 del Estatuto de Autonomía, es la tradicional de las cuatro barras rojas horizontales sobre fondo amarillo, en la que podrá figurar en el centro el escudo de Aragón.

2. La bandera de Aragón deberá ondear en el exterior de todos los edificios públicos civiles situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón y ocupará el lugar preferente.

3. El tamaño de la bandera de Aragón no podrá ser inferior al de otras banderas distintas a la misma cuando se utilicen simultáneamente».

Por tanto, la bandera de Aragón no cede la preferencia a ninguna. Además, su tamaño no podrá ser inferior al de otras banderas que se utilicen simultáneamente. Y no solo eso, en la bandera oficial de Aragón no tiene por qué figurar el escudo, lo que, además de retrotraernos a antiguos momentos históricos de resabios míticos, contradice frontalmente el artículo 3 del Estatuto de Autonomía de Aragón, dedicado a regular los símbolos de la Comunidad Autónoma y a diferenciarlos de los de otras.

Determinadas interpretaciones de este precepto pueden colisionar con lo dispuesto en la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas. Esta norma se dicta en desarrollo del artículo 4 de la Constitución y pertenece al núcleo normativo esencial de configuración del Estado-nación, de esa concepción del Estado que va más allá de lo estrictamente administrativo y enraíza con los aspectos básicos de la soberanía nacional.

En efecto, la Ley 39/1981 determina que la bandera de España simboliza la nación, tal como establece expresamente su artículo primero, que continúa afirmando que *«es signo de la soberanía, independencia, unidad e integridad*

de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución». Asimismo, el apartado primero del artículo tercero de esta Ley dispone que «la bandera de España deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado».

Vaya por delante que nunca he sido partidario de la exhibición privada de banderas ni en las pulseras de los relojes ni en los balcones. Pero lo que aquí se dilucida no es un asunto de patriotismo sino una cuestión estrictamente jurídica, ya que dos normas prevén para un mismo asunto un orden preferencial diferente, lo que supone un choque de legitimidades (10).

La bandera de España no es la bandera de una Administración concreta. La bandera de España no concierne exclusivamente a la Administración General del Estado. La bandera de España es la bandera del conjunto de la nación y por tanto representa al Estado en su concepto más amplio. De ahí que haya que considerarla tan nuestra, tan aragonesa, como la propia bandera de Aragón.

Aragón no es una comunidad política porque el pueblo aragonés lo haya decidido de manera libre y autónoma. Aragón es una Comunidad Autónoma porque los sucesivos Estatutos de Autonomía, leyes orgánicas aprobadas en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución española, así lo han previsto y establecido. Es cierto que el Estatuto de Autonomía no es una ley orgánica más. Su aprobación se sujeta a procedimientos especiales y su modificación y reforma exige la voluntad concurrente de las Comunidades Autónomas. Bien puede afirmarse, por tanto, que subyace una especie de «pacto político», (11) pero ello no implica el reconocimiento de ningún tipo de soberanía a las Comunidades Autónomas ni constriñe el ejercicio pleno de la función de control jurisdiccional que tiene asignada al respecto el Tribunal Constitucional.

Se podrá discutir sobre el anhelo de autogobierno de los aragoneses y se podrán proponer todo tipo de fórmulas destinadas a alcanzar sus máximas cotas. Pero, hoy por hoy, la legalidad aragonesa está legitimada única y exclusivamente por la legalidad constitucional española.

(10) Esta cuestión ya se resolvió a favor del Estado en relación a un tema conexo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1985, de 30 de enero, que resolvió unos conflictos de competencia promovidos por el Gobierno Vasco y por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra varios preceptos del Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Ordenamiento General de Precedencias en el Estado.

(11) Así lo explicita SÁNCHEZ MORÓN (2018: 174) y lo estableció con su claridad expositiva habitual GARCÍA DE ENTERRÍA en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ (2013: 321-322). BERMEJO VERA explica del siguiente modo la denominación de «leyes pactadas» que se ha hecho de los Estatutos de Autonomía: «Pero, desde la perspectiva, del Derecho positivo, son leyes orgánicas, pues éstas les proporcionan su fuerza, como acto formal del legislador, aunque leyes orgánicas especiales, puesto que concurren las voluntades del poder legislativo estatal y de los miembros de las asambleas autonómicas» (2016: 80).

Y el artículo 10 de la Ley de actualización de los derechos históricos de Aragón, aparentemente inocuo, supone un quebranto, no precisamente menor, de la idea de ese Estado que legitima la existencia de las Cortes de Aragón y dota de juridicidad plena a la legislación que en ellas se produce.

Malos tiempos aquellos en los que es necesario recordar lo obvio. Y es preciso recordar en estos momentos que el Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón es el máximo representante del Estado en la Comunidad Autónoma y, por ello, entre otras cuestiones, promulga y ordena publicar las leyes aragonesas en nombre del Rey. Por tanto, el presidente autonómico ostenta, a la par, la suprema representación de Aragón y la máxima representación del Estado español, del Estado como nación, en Aragón.

V. ¿ES ARAGONÉS TODO LO RELACIONADO ALGUNA VEZ CON ARAGÓN?

A lo largo de la Ley existe una idea omnipresente, omnisciente y omnipotente de lo aragonés. Da la impresión de que todo lo que alguna vez pasó por Aragón o se denominó aragonés, se vinculó a alguna institución aragonesa o perteneció a alguna organización pública o privada, sita en Aragón, es aragonés hasta el final de los tiempos. Da igual si Aragón se integró en otras estructuras políticas o administrativas, resulta irrelevante si los titulares de los bienes enajenaron a terceros los mismos, se desdeña que el carácter contingente y nómada de la historia traslade objetos y mude titularidades. Lo que alguna vez estuvo en Aragón o relacionado con su historia y territorio es aragonés.

El artículo 23.1 de la Ley lo deja bastante claro:

«1. El patrimonio político, jurídico e histórico aragonés está integrado por todos los bienes, materiales e inmateriales, relacionados con las instituciones, el Derecho y la historia de Aragón».

Alguien puede afirmar que estamos ante la típica declaración genérica con tintes más propagandísticos que jurídicos y, en consecuencia, no va a tener relevancia jurídica alguna. Sin embargo, dicho artículo se desarrolla posteriormente en otros preceptos que afinan sus perfiles estrictamente jurídicos e inciden sobre otras normas y sobre la distribución de competencias existente en nuestra Constitución.

El artículo 25.1 va más allá y reconoce al sujeto político «el pueblo aragonés» el «derecho histórico» a que regresen a Aragón todos los bienes integrantes de su patrimonio político, jurídico e histórico que se encuentre fuera de su territorio. Es decir, un sujeto cuya naturaleza jurídica es discutible, el pueblo aragonés, goza de un derecho imprescriptible a recuperar lo que se considera patrimonio «expoliado y emigrado», aunque en un caso estemos

ante un concepto de relevancia jurídica, el expolio, y en el otro estemos ante una mera realidad histórica, el traslado de bienes.

Y todo ello cristaliza en un artículo muy significativo y que comporta ya consecuencias jurídicas, el relativo al Archivo de la Corona de Aragón, en el que se establece lo siguiente:

«Artículo 26. Archivo de la Corona de Aragón.

1. Aragón tiene el derecho histórico a participar de forma preeminente en la dirección y gestión del Archivo de la Corona de Aragón, así como en su Patronato.

2. La Diputación General de Aragón informará, con carácter preceptivo y vinculante, sobre cualquier decisión que afecte a la integridad de la unidad histórica del Archivo de la Corona de Aragón o a su gestión unificada.

3. La Comunidad Autónoma de Aragón, a través de las Cortes de Aragón, informará cualquier proyecto legislativo o reglamentario estatal que afecte al Archivo de la Corona de Aragón.

4. El Archivo de la Corona de Aragón se integra en el Sistema de Archivos de Aragón».

Procedamos a plantear unas cuestiones previas que permitan entender el contexto histórico de este artículo. En primer lugar, cabe recordar que el Archivo de la Corona de Aragón ha estado históricamente localizado en la ciudad de Barcelona. Los archivos de los reinos privativos de Valencia o Aragón fueron desapareciendo por diferentes causas, que van desde los incendios a la incuria, y solo el ubicado en Barcelona se ha mantenido. Por el hecho de contener las series completas de la cancillería real tiene muchos documentos relativos al conjunto de la Corona, que con la desaparición de los otros archivos, han quedado como únicos originales. En este caso tampoco se puede hablar en sentido estricto de expolio o emigración porque los documentos siempre se encontraron en el mismo lugar.

Por otro lado, el Archivo de la Corona de Aragón es un Archivo de titularidad estatal y gestión directa del Ministerio de Cultura y Deporte y tiene como finalidad custodiar, conservar, organizar y difundir la documentación que, procedente de diversas instituciones, ha ido acumulando en sus depósitos desde hace siete siglos, perteneciente hoy al Patrimonio Histórico Español. Su patronato es el órgano colegiado rector de este Archivo, creado por Real Decreto 1267/2006, de 8 de noviembre, en el que participan la Administración General del Estado, a través del correspondiente Ministerio, y las Comunidades Autónomas de Aragón, Cataluña, Comunidad Valenciana y de las Illes Balears. Por último, cabe recordar que el Archivo fue reconocido con el Sello de Patrimonio europeo por la Comisión europea por acuerdo de 10 de marzo de 2015 (12).

(12) Diario Oficial de la Unión Europea del 11 de marzo de 2015, 2015/C 83/03.

Pues bien, según el citado precepto Aragón tiene el derecho histórico a participar de forma preeminente en la dirección y gestión del mismo, soslayando los derechos actuales de su titular y los derechos equivalentes de las otras Comunidades Autónomas que forman parte de su patronato. Por tanto, desde una ley autonómica se está incidiendo en el mecanismo de gestión de un órgano de la Administración General del Estado en cuyo patronato participan otras Comunidades Autónomas, portadoras de idénticos derechos históricos. Es más, se procede a su integración en el Sistema de Archivos de Aragón, lo que implica una clamorosa confusión entre los documentos que pudieron partir o aludir directamente al Reino de Aragón y la masa documental relativa al conjunto de los Reinos que integraban la llamada Corona de Aragón.

Pero es más, se prevé la emisión de informes preceptivos y vinculantes de la Diputación General de Aragón sobre cualquier decisión que afecte a la unidad del Archivo o a su gestión unificada. Partamos de que un informe vinculante comporta, en el fondo, una competencia propia y exclusiva. En el caso de competencias concurrentes sobre un mismo espacio físico (carreteras, obras hidráulicas de interés general, urbanismo...) se ha dicho que el Estado no puede «verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma» (STC 56/1986, de 13 de mayo, FJ 3º; STC 204/2002, de 31 de octubre, FJ 7º; STC 18/2011, de 3 de marzo FJ 21º; y STC 32/2016, de 28 de febrero, FJ 8º). En estos casos, el informe vinculante estatal es constitucional siempre que se limite estrictamente a las competencias estatales y no imponga de forma incondicionada el interés general que defina el Estado (STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 48º).

En sentido inverso, esto es, cuando la normativa autonómica prevea un informe vinculante estaríamos ante un supuesto de manifiesta inconstitucionalidad, siempre que incida sobre ámbitos de competencia exclusiva del Estado (13). En este caso incide sobre un archivo de titularidad estatal y gestión compartida, por lo que es inviable desde la perspectiva constitucional (14).

Por tanto, aquí no hay ni cooperación interadministrativa, ni lealtad institucional, ni respeto a competencias estatales y de otras Comunidades autónomas, ni legítima actuación a través de actos de trámite del correspon-

(13) Véase al respecto la STC 46/2007, de 1 de marzo de 2007, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad presentado por Presidente del Gobierno respecto a los artículos 64.1 y 79.2 y la disposición adicional vigésimo segunda de la Ley balear 6/1999, de 3 de abril, de las directrices de ordenación territorial de las Illes Balears y de medidas tributarias. En concreto se declara inconstitucional el artículo 79.2 que establece un informe vinculante de estas características relacionado con las competencias autonómicas de ordenación territorial y que afectaba a infraestructuras del Estado.

(14) Sobre la indefinición inherente al patrimonio cultural autonómico ya se pronunció en su día quien es uno de los mayores especialistas en la materia. Véase F. LÓPEZ RAMÓN (1999: 193-221).

diente procedimiento. Lo que hay es un intento por arrogarse un conjunto de decisiones sobre un Archivo, en cuyo nombre figura el término Aragón, pero que nunca ha estado ubicado en Aragón ni gestionado desde este territorio y cuyos documentos no pueden fragmentarse o desgajarse sin perder parte de su valor para los investigadores de la historia (15).

En el caso del Archivo de la Corona de Aragón ni ha habido expolio histórico ni incautación de documentos. No hay que alarmarse por el hecho de que para conocer mejor nuestra historia tengamos que desplazarnos en ocasiones extramuros de nuestras limitadas fronteras físicas y mentales.

VI. SOBRE LA FORALIDAD Y SUS LIBERTADES: LAS UCROÑAS DE LA LEY

La norma aragonesa dice apoyarse en la Disposición Adicional Primera de la Constitución y ahí radica su primer y precoz error, pues identifica la existencia de un Derecho foral regulador de algunas instituciones propias del Derecho civil con territorio foral (16). Desde la STC 76/1988, de 26 de abril, los territorios forales se circunscriben a las provincias vascas y a Navarra. Dicha Sentencia proclama la categorización de la disposición adicional primera como garantía institucional (17) y la obligación de proceder a la actualización de los derechos históricos en el marco de la Constitución (18).

(15) Por razones obvias, el precedente al que hago referencia es completamente distinto, ya que hubo una incautación de documentos como consecuencia de la Guerra Civil y de las decisiones arbitrarias que se tomaron durante la misma y con posterioridad. En efecto, la STC 20/2013, de 31 de enero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Junta de Castilla y León contra diversos preceptos de la Ley 21/2005, de 17 de noviembre, de restitución a la Generalidad de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la Guerra Civil custodiados en el Archivo General de la Guerra Civil y de Creación del Centro Documental de la Memoria Histórica, desestima el mismo en virtud de unos razonamientos que no son extrapolables al supuesto que estamos analizando.

(16) Incluso M. HERRERO DE MIÑÓN (1998a: 57) cuando resume la situación doctrinal existente reconoce una unidad de criterio al respecto entre quienes parten de posturas distintas. Afirma: «La garantía de la foralidad de los foralistas se hace excusa foral en los autonomistas; pero la nota común a ambos es la consideración del artículo 149.1.8 CE como algo totalmente separado y ajeno a la Adicional primera». Sin embargo, posteriormente hace un planteamiento distinto desde una posición historicista que intenta ser avanzada pero no lo es, porque termina privando a la Constitución de ese valor normativo que permite su aplicación y supremacía. Además, acaba extendiendo las consecuencias de los llamados derechos históricos a Cataluña y Galicia.

(17) Francisco J. LAPORTA (2006: 55-82) hace una interesante enumeración de las teorías acerca de esta disposición: la adicional como principio, la garantía institucional de la foralidad, los derechos históricos y la idea de pacto y, por último, la hipótesis de dichos derechos. Es Tomás Ramón FERNÁNDEZ quien esboza por primera vez que la citada disposición ofrecía una garantía institucional de la foralidad en 1985.

(18) Véase al respecto J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (1991: 263-297).

Por tanto, estamos ante una manifestación de ese ancestral pactismo que afecta a unos territorios muy concretos, las provincias vascas y Navarra, y que debe concretarse en la actualización de los referidos derechos históricos y en ningún caso en la preservación de algunos privilegios previos al Estado liberal y contrarios a la Constitución (19).

Dicho de otro modo, la actualización de la foralidad al texto constitucional debe suponer una evolución de muchas instituciones y nunca la implantación de un régimen jurídico que pudiera contravenir sus principios, valores y preceptos nucleares (20).

Por otro lado, no deberíamos olvidar que la expansión competencial del Estado de las Autonomías ha supuesto de facto un incremento de las competencias de los territorios forales. Por tanto, la actualización ha acarreado una fuerza expansiva de las competencias de estas comunidades y un reforzamiento de los derechos ciudadanos en relación con las mismas.

Y esto nos lleva a plantearnos de qué libertades gozaban aquellos habitantes de los reinos del Antiguo Régimen para que su invocación y actualización sea acometida con semejante empeño. ¿Acaso podían elegir trabajo? ¿Podían formarse como quisieran y en lo que quisieran? ¿Gozaban del derecho a casarse libremente y a disolver el matrimonio? ¿Tenían capacidad plena para fijar su domicilio? ¿Podían expresar libremente sus opiniones, por escrito u oralmente? ¿Qué parte de la población sabía leer y escribir? ¿Y qué porcentaje alcanzaba la alfabetización en las mujeres? ¿Se podía cambiar libremente de creencia religiosa? ¿Podían reunirse para criticar al rey o sus representantes? ¿Qué libertades poseían las mujeres? ¿Qué derechos poseían quienes hoy reclaman determinadas identidades sexuales? ¿Y qué fue de los agotes? (21)

(19) Sobre la foralidad y sus primeras interpretaciones es ineludible traer a colación los trabajos de J. LEGUINA VILLA (1981: 63-92) y R. MARTÍN MATEO (1983: 5-18). En ellos se pone especial énfasis en el carácter compartido de las materias en las que los territorios históricos tienen competencias exclusivas.

(20) Resulta muy clarificante la lectura el siguiente párrafo de J. CORCUERA ATIENZA (2003: 269): *«la constitucionalización de los Derechos Históricos habilitó al legislador estatutario vasco y al navarro para, en nombre de aquéllos, organizarse y asumir competencias que singularizaron a ambas Comunidades frente a las demás. En base a ella, y a impulso de demandas de naturaleza más política que jurídica, el legislador ha ido construyendo la foralidad, atípico edificio jurídico que los tribunales han interpretado en el marco de la Constitución, esto es, en el respeto a su texto y a los principios del ordenamiento constitucional. El proceso ha sido complejo, porque no han cesado los intentos que, desde la política, han pretendido (y han solido conseguir) seguir sacando nuevas cosas de la citada disposición adicional, novedades que han seguido y han de seguir siendo interpretadas conforme a las categorías de nuestro ordenamiento».*

(21) Esa especie de pueblo o clan maldito, que sufrió una brutal marginación social y religiosa en Navarra y en algunas zonas limítrofes de Aragón con la comunidad foral. Quizá parte del odio que despertaron se debía a problemas de índole física, como la soriasis o

Llegados a este punto, no deberíamos obviar que el Derecho no era visto en el Antiguo Régimen como legalidad, sino como un conjunto de «derechos subjetivos» surgidos del otorgamiento de «privilegios» singulares o «adquiridos» por concesión o prescripción (22). El Estado liberal-constitucional los generaliza «soldándolos» o «anclándolos» al reconocimiento legal.

Y qué decir de la vertiente pública de las libertades forales a lo largo de la Edad Media y del Renacimiento (23). ¿Existía realmente un concepto de ciudadanía equiparable al actual? Quizás, la diferencia más sustancial entre Aragón y Castilla era la existencia de unos mecanismos de limitación regia, que también dependen de la época y del reinado.

En todo caso, quienes utilizan ocasionalmente dichos mecanismos son la alta nobleza secular y eclesiástica y algunas oligarquías urbanas. En ningún caso puede hablarse del «pueblo aragonés», de la «nación aragonesa» o de instituciones «representativas». En aquella época no existe un sujeto político que pueda ser titular de un poder efectivo distinto al regio.

Es más, ¿no abrigará nadie la descabellada idea de volver a los cuatro estamentos tradicionales —alta y baja nobleza, jerarquía eclesiástica y universidades— que integraban unas Cortes más simbólicas que efectivas? ¿Dejamos una vez más olvidado en la penumbra de la historia al pueblo llano? ¿O pretendemos la exaltación de unos derechos singulares que históricamente han estado reservados a las clases privilegiadas?

Es más, y llevando todas estas cuestiones al paroxismo, dada la veneración que siente parte de la historiografía aragonesa por los reyes de Aragón, precursores de hábitos democráticos sin parangón en la época, y a mayor gloria de los derechos históricos que ellos generaron y ampararon, ¿renuncian los promotores de la Ley a que Aragón pudiera ser una república en un futuro hipotético, lejano e improbable? Porque si seguimos a rajatabla la fidelidad hasta el final a nuestra historia y su Derecho deberían ir pensando en recrear una dinastía aragonesa.

Y todo ello viene acompañado en la Ley del correspondiente amasijo de términos como país o nacionalidad que, por su polisemia, pueden decir una cosa e, incluso, la contraria. En este caldo de cultivo no nos deberían sor-

la proliferación de eccemas, que les hacían parecer descendientes de leprosos. Sobre estos antiguos parias se han escrito diferentes obras. Una de las más interesantes es la de Florencio IDOATE (1948: 498-513) o la tesis doctoral *Los agotes*, leída en la Universidad Complutense en 1977 por María del Carmen AGUIRRE DELCLAUX y que fue dirigida por Julio CARO BAROJA, posteriormente convertida en el libro del 2006 referido en la bibliografía.

(22) Max WEBER (1944: 172).

(23) Especialmente esclarecedor al respecto es el trabajo de J. LALINDE ABADÍA (1973: 7-36).

prender algunas de las afirmaciones que contiene su Preámbulo. Entre otras, se proclama que Aragón es una secular «nación fundada en la defensa de sus libertades» y «un país que fue germen y cabeza de una confederación peculiar y precursora en Europa: la Corona de Aragón». En fin, por un mero sentido del pudor, no merece la pena proseguir enumerando todo el conjunto de ucronías que se contienen en este texto normativo.

La principal cuestión estriba en la finalidad que persigue la ley, que se muestra sin tapujos en el Preámbulo. En él se dice que «el objetivo de una ley de actualización de los derechos históricos es tratar de afirmar y proteger la identidad aragonesa». Estamos, pues, en presencia de cuestiones de índole identitaria, como tantas otras que han contribuido a enturbiar la convivencia en las últimas décadas. Es cierto que en la sociedad aragonesa no se han producido ni se producirán los desgarros que han alterado gravemente la convivencia en otras partes de España, pero no es oportuno empezar a recorrer unos caminos que pueden tensionar una sociedad plural y armónica.

Por último, cabría recordar que este minifundismo foral ha generado diferentes problemas en los territorios históricos. Concretamente, en el País Vasco ha generado consecuencias muy lejanas a lo pretendido por el constituyente. Por un lado, ha construido una autonomía que margina al Parlamento Vasco y a las instituciones comunes a favor de las diputaciones forales y, por otro lado, no ha dejado de alimentar la idea de que existe un mecanismo constitucional para liberarse de la propia Constitución.

Por ello, siempre hay que recordar que es la Constitución, y sólo ella, quien ha dado legitimidad a los derechos históricos y quien ha definido una foralidad que no puede tener vida al margen de ella (24). El carácter de norma suprema de la Constitución relega a los derechos históricos, y su concreción en el régimen foral, al plano de los principios, cuando no a la dimensión de lo netamente simbólico.

VII. FORALIDAD *VERSUS* FEDERALISMO

En realidad, foralidad y federalismo nunca se han llevado demasiado bien, en la medida en que la realidad foral implica una reserva de derechos o privilegios para unos territorios determinados mientras que un Estado federal se basa en la igualdad de las partes que lo integran en sus relaciones con

(24) Una idea muy sugerente al respecto se encuentra en C. COELLO MARTÍN (1997: 18), que llega a afirmar que «el Saturno foral acaba devorando a sus padres». Un pormenorizado análisis de la jurisprudencia contenciosa en materia de derechos históricos se halla en J. L. IBARRA ROBLES (1997: 507-543).

la federación. De ahí que algunos han llegado a defender el «federalismo asimétrico», lo que no deja de ser una contradicción en sus términos.

El proyecto constitucional de 1873, cuya finalidad era constituir en España una república federal, nunca fue bien visto por los defensores de los fueros (25). Otra cuestión distinta es que la marcada debilidad del Estado en aquella época facilitaba la consecución de algunas reivindicaciones de los territorios forales, que contaban en aquel momento con dos legitimidades con su consiguiente manifestación institucional, la de los liberales y la de los carlistas.

El proyecto constitucional nunca alcanzó su meta y, tras la enésima asonada militar, se produjo el retorno a la más alta magistratura de la nación de la dinastía borbónica en la figura de Alfonso XII. Cuando la Restauración intenta establecer un nuevo paradigma constitucional vuelve a abordar la cuestión foral, aunque con premisas absolutamente distintas a las que surgieron del abrazo de Vergara y que propiciaron la pervivencia limitada de los fueros que se estableció en la Ley de 25 de octubre de 1839 (26). Aunque ya en aquel entonces algunas voces clamaron por la abolición de los fueros y la creación de un Estado uniforme prevaleció la necesidad de contentar a carlistas y liberales fueristas. Y ello se consiguió a través de una norma muy abstracta que admitía variadas interpretaciones y que también fue calificada por algunos de «abolicionista» (27).

Pues bien, volviendo de nuevo al período de la Restauración, resultan de gran interés los debates parlamentarios que se produjeron en la tramitación de la Ley de 21 de julio de 1876 en la que se iba a producir una abolición incompleta de los fueros (28). Frente a los partidarios de una supresión total de los mismos y sus más encendidos defensores, aflora ya una postura intermedia que va a tener gran recorrido histórico. El senador Aguirre Miramón resaltó la eficaz gestión de las instituciones forales y, entre otras cuestiones, ensalzó el excelente estado de la educación general en estos territorios, «las modernas instalaciones en el ámbito de la Justicia y en los espacios carcelarios y el efectivo modelo de beneficencia, y la excelencia de las infraestructuras viarias» (29).

En consecuencia, no había ya una invocación de libertades pretéritas sino una defensa a ultranza de un modelo de gestión administrativa eficaz y transparente, caracterizado por el buen manejo de los fondos públicos. Todo ello terminará cristalizando en una nueva etapa de negociaciones en torno a una nueva figura, el concierto económico, y a un nuevo sistema económi-

(25) A. IRIGORAS ALBERDI (2008: 180 y ss.)

(26) Aitziber IRIGORAS ALBERDI (2008: 191 y ss.)

(27) Tal como explica FRANCISCO J. LAPORTA, (2006: 50).

(28) A. IRIGORAS ALBERDI, (2008: 249 y ss.)

(29) A. IRIGORAS ALBERDI, (2008: 264-265).

co-administrativo. Pero estas, aunque lejanas, son cuestiones que, por haberse mantenido en el tiempo y haber llegado hasta nosotros, ya conocemos.

Sin embargo, lo más interesante de este breve recorrido histórico quizá sea la reticencia con la que los foralistas recibieron la posibilidad de instaurar en España un Estado federal. Y este recelo no solo era fruto de la idea de que la descentralización inherente a un Estado de estas características implica un tratamiento idéntico para todas las unidades federales sino también en que dicha idea se sustentaba en el principio de organización estatal de abajo a arriba, lo que chocaba con la identidad histórica de los territorios forales. La igualdad no admite primacías históricas y supremacías legitimadoras (30).

En resumen, si un Estado es federal difícilmente puede ser plurinacional y si es plurinacional deberá articularse a través de sistemas distintos al federal. Dicho de otro modo, el Estado federal no es la suma, sino la unión, de todas sus partes y, en consecuencia, casa mal con la idea plurinacional y con la propia concepción del régimen foral (31).

De ahí el intento de algunos por buscar una legitimidad originaria previa a la constitucional que dote a sus instituciones de una singularidad peculiar y de unas competencias e instrumentos de actuación propios a la que el resto no puede acceder por carecer de esos galones históricos. Mas, dejémoslo claro, tras esta idea subyace un rechazo implícito a la igualdad tal como ya fue proclamada en los orígenes del Estado constitucional de raíz liberal.

VIII. ¿PROPICIA LA LEGITIMIDAD HISTÓRICA UN ÁMBITO PROTO-CONSTITUCIONAL?

El artículo 2.1 de la Ley es contundente a la hora de determinar qué sujeto da legitimidad a los diferentes poderes autonómicos. En él se establece lo siguiente:

(30) A. IRIGORAS ALBERDI, (2008: 296), recoge algunas intervenciones de los diputados foralistas durante la tramitación del proyecto normativo de 1876 en el que afloran, plagadas de datos historiográficos, algunas afirmaciones de concomitancias supremacistas, tales como la pureza propia de los pueblos que no han sufrido invasión alguna o la pervivencia en esos territorios de rasgos culturales y raciales absolutamente diferentes del resto de culturas y de pueblos colindantes. Por tanto, se destacan aquellos aspectos que conectan con una supuesta pureza étnica y cultural producto de la independencia originaria de estos territorios. Y todo ello se defiende mucho antes de que se publiquen los primeros artículos y ensayos de Sabino Arana.

(31) Sin ánimo de echar leña al fuego, cabe recordar que esta discusión no es nueva. Hace ya más de veinte años se enzarzaron sobre esta cuestión J. R. PARADA VÁZQUEZ (1996: 7-23) y M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN (1997: 103-109)

«Los derechos históricos residen en el pueblo aragonés, del que emanan los poderes de la Comunidad Autónoma de Aragón, y serán amparados y respetados por todos los poderes públicos».

Si a esto le unimos todo lo reseñado previamente parece ser que han de ser la Constitución, los Estatutos de Autonomía y el propio ordenamiento jurídico europeo los que han de interpretarse conforme a esa ensoñación de los llamados derechos históricos y no al revés.

En el fondo, se está consagrando un espacio de primacía preconstitucional y, en consecuencia, protoconstitucional, basado en una peculiar interpretación y actualización de unos llamados derechos históricos que hunden sus raíces en las arenas más movedizas de la historia.

Y ello conecta con algunas de las posiciones más radicales del nacionalismo periférico, que busca toda una suerte de legitimidades distintas a las que son consustanciales a nuestro sistema constitucional y el desarrollo autonómico. En cierto modo, serían aplicables a algunas hipérbolas de la normativa aragonesa muchos de los argumentos esgrimidos en la STC 114/2017, de 17 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación.

En efecto, la referida ley catalana se presentaba como suprema (art. 3.2), situándose así extramuros de la legalidad constitucional. Previamente, había establecido que «el pueblo de Cataluña es un sujeto político soberano y, como tal, ejerce el derecho a decidir libremente y democráticamente su condición política» (art. 2). Asistimos, por tanto, a la proclamación de un nuevo sujeto político cuya existencia hunde sus raíces en fundamentos de carácter histórico. Ante esta situación el Tribunal Constitucional arguye lo siguiente:

«Importa asimismo recordar, frente a lo que se afirma en el preámbulo de la Ley impugnada sobre la “ruptura del pacto constitucional español de 1978”, que “la Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante en su ámbito” (STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 3, y en iguales términos SSTC 42/2014, FJ 3, 259/2015, FJ 4.b), y 90/2017, FJ 6). Si “en tanto que realidad socio-histórica, Cataluña (y España toda) es anterior a la Constitución de 1978”, «desde el punto de vista jurídico-constitucional, el ‘pueblo de Cataluña’ ... integra, sin embargo, un sujeto que se constituye en el mundo jurídico en virtud del reconocimiento constitucional (al igual que sucede con el conjunto del ‘pueblo español’ del que, conforme al artículo 1.2 CE, ‘emanan todos los poderes del Estado’” (STC 42/2014, FJ 3)».

Pues bien, es preciso recordar una vez más lo dicho en esta sentencia y las limitaciones que genera en relación con el llamado «pactismo» y a la

bilateralidad en la que parece concretarse. La cacareada bilateralidad, también proclamada en la ley aragonesa, es en todo caso una manifestación de lo que podríamos denominar bilateralidad imperfecta, dado que ni se da entre iguales ni abarca todos los ámbitos propios de la actividad pública.

Sin embargo, la norma aragonesa parte de una concepción muy similar a la que alumbró la norma catalana, lo que se plasma tanto en la terminología utilizada como en las consecuencias que se desprende de esta nueva nomenclatura. A tal efecto, cabe recordar que el artículo 5 de la Ley lleva por rúbrica *«El pacto como base de la convivencia política»* y en su apartado 2.b) establece lo siguiente:

«Las decisiones relevantes que afecten a Aragón no podrán ser adoptadas unilateralmente por las instituciones del Estado o por entidades supraestatales, sino que deberán ser negociadas con los representantes de la Comunidad Autónoma a través de los órganos e instrumentos de relación bilateral instituidos al efecto...».

Posteriormente, el propio artículo define qué ha de entenderse por «decisiones relevantes» y lo hace del siguiente modo:

«Se consideran decisiones relevantes, entre otras, todas aquellas que afecten a las competencias exclusivas de Aragón o a los derechos y libertades de los aragoneses, así como aquellas a las que puedan otorgar ese carácter las Cortes de Aragón en norma con rango de ley».

Queda claro que, al menos para el legislador aragonés, el modelo autonómico sigue completamente abierto y está sometido a una transitoriedad indefinida y una persistente inestabilidad. Buen ejemplo de ello es la norma que venimos analizando, en la que se invoca la idea de un pacto permanente entre las instituciones de un territorio y el Estado del que forman parte, arrogándose la Comunidad Autónoma la iniciativa de las propuestas.

Se ha observado con acierto que uno de los principales problemas que afecta a nuestra organización territorial radica en que la Constitución de 1978 retomó la cuestión regional donde la dejó la Segunda República. En ese sentido es heredera del período republicano (32). A pesar de ello, cabe recordar que los diferentes gobiernos de la Segunda República defendieron, incluso con el uso de las armas, la legalidad constitucional y, dentro de ella, la soberanía nacional y la integridad territorial (33).

Y tampoco debemos olvidar que incluso en los territorios que emprendieron la andadura estatutaria existían diferentes sensibilidades y diferentes modos de entender cuáles debían ser los tiempos, los contenidos y los efectos

(32) Sobre esta idea profundiza J. MORALES ARRIZABALAGA (2009: 188-190)

(33) *Vid., in totum*, A. NIETO (2014).

de la descentralización. En el caso de Aragón es cierto que algunas fuerzas aragonesistas y determinados partidos republicanos y de izquierdas alentaron un Estatuto marcadamente autonomista, el llamado Estatuto de Caspe (34), pero no es menos cierto que existieron otras sensibilidades que mantuvieron también sus propias propuestas (35).

En suma, el legislador aragonés asume a través de la invocación de los derechos históricos un papel muy similar al del parlamento británico, que actúa como permanente poder constituyente y como poder constituido. En efecto, el Parlamento de Westminster, dada la inexistencia de un texto constitucional escrito y cerrado, interpreta y reinterpreta las viejas fuentes y los ancestrales acontecimientos históricos, lo que explica el acuerdo que permitió convocar un referéndum sobre la independencia de Escocia (36).

Todas las constituciones son históricas, pero solo la británica en Europa es historia. Pensar que las Cortes de Aragón asumen una función en parte similar al del parlamento británico es desconocer el sistema jurídico del Reino Unido, de España y, por supuesto, de Aragón.

IX. UNA NUEVA HERMENÉUTICA PARA EL DERECHO ARAGONÉS

El artículo 32 de la Ley ha establecido lo siguiente:

«Artículo 32. Principios de interpretación del Derecho aragonés.

Con fundamento en los antecedentes históricos de Aragón y en el Estatuto, son principios de interpretación del Derecho aragonés los siguientes:

a) Los títulos competenciales, en cuanto normas amparadas por un pacto, se interpretarán en el sentido más favorable a la autonomía de Aragón.

(34) Una visión muy completa y positiva de los trabajos realizados en el congreso de Caspe y del texto resultante se encuentra en el libro de A. PEIRÓ ARROYO del 2007 referido en la bibliografía.

(35) A pesar del popular proceso del estatuto de Caspe, solo truncado por la guerra civil, un grupo de intelectuales conservadores realizó casi simultáneamente un proyecto alternativo, conocido como el «Estatuto de los Cinco Notables». Aunque técnicamente más depurado, está mucho más arraigado en la tradición medieval, lo que lo desconecta de algunas realidades del momento. Curiosamente, la ley que estamos analizando tiene en ocasiones puntos de conexión con dicho proyecto conservador.

(36) Aunque existen extraordinarios trabajos relacionados con el sistema político británico y esa especie de Constitución inmanente, no escrita, en permanente evolución que lo caracteriza, prefiero citar un trabajo aparentemente menor que, sin embargo, acierta fundamentalmente al definir cómo influyen las cuestiones históricas en este sistema. En efecto, como muy bien explica A. C. PEREIRA MENAUT (1990: 449): *«Uno de los rasgos generales de la Constitución británica es su historicismo: esa Constitución tiene una relación muy especial con la historia: primero, esa Constitución no sólo es histórica, como lo son todas, sino que es historia en el sentido de que está formada en parte por trozos de la historia; segundo, no hubo un autor concreto con un designio claro...».*

b) Las instituciones de Aragón evitarán aplicaciones literales de la norma que supongan fraude de Estatuto.

c) En la interpretación de las normas se tendrá en cuenta el sentido histórico de las palabras».

Pues bien, partamos del hecho de que los principios de interpretación del ordenamiento jurídico español inciden claramente en la competencia estatal recogida en el artículo 149.1.8º de la Constitución, que ha sido desarrollada en este aspecto por el artículo 3.1 del Código Civil. No puede ser que las normas se interpreten de manera diferente según los territorios ni que cada una marque unos criterios hermenéuticos propios.

Admitamos, además, que la separación de poderes implica que los jueces, con respeto obviamente a la jerarquía normativa y al sistema de fuentes, gozan de importantes facultades hermenéuticas en la búsqueda y consecución de la solución justa. Por otro lado, sería sorprendente que tuvieran que servirse de unos principios hermenéuticos distintos cuando aplicaran normas estatales y autonómicas, lo que no es extraño que suceda en el mismo asunto.

Llegados a este punto, analicemos algunos de los principios interpretativos recogidos en este singular precepto. En primer lugar, y como ya hemos indicado, se extreman las consecuencias de la foralidad y se consideran que Aragón no asume propiamente sus competencias como consecuencia de la entrada en vigor de una ley orgánica, respetuosa con el orden constitucional, sino en virtud de un pacto, un pacto que no parece suscribirse entre iguales, ya que, en caso de duda, la interpretación ha de ser siempre más favorable a los intereses aragoneses.

Por otro lado, la aplicación literal de la norma conecta con la más elemental seguridad jurídica. Si la norma es clara se aplica sin recurrir a diversos recovecos interpretativos. Pues bien, todo esto decaerá cuando cualquier autoridad pública aragonesa, en el ejercicio de su más singular y peculiar subjetividad, considere que la literalidad de la norma supone un fraude al Estatuto. En consecuencia, ni principio de legalidad ni seguridad jurídica, todo queda a expensas del criterio que adopte el correspondiente intérprete de la norma.

Por último, y quizá lo más sorprendente dada la orientación política de los grupos que han apoyado este texto normativo, (37) en la labor de interpretación se tendrá en cuenta «el sentido histórico de las palabras». En estos momentos en los que dichos grupos apoyan un lenguaje inclusivo en el texto constitucional, que ya está presente en la ley aragonesa cuando se hace alu-

(37) La Ley fue aprobada gracias al apoyo de toda la izquierda del arco político aragonés y, por tanto, votada favorablemente por los diputados en las Cortes de Aragón del PSOE, Podemos, Chunta Aragonesista e Izquierda Unida. Además sumó los votos de los parlamentarios del Partido Aragonés.

sión a los aragoneses y aragonesas de diferentes siglos, y cuando se pretende someter al lenguaje a los paradigmas más extremos de lo políticamente correcto, se defiende una interpretación conforme al sentido histórico, antiguo, de las palabras, lo que no deja de ser una nueva muestra de un profundo desconocimiento del pasado u otra manifestación de esa sublimación de la historia.

Quizás haya llegado el momento de evocar lo que opinó en su tiempo Karl MARX en relación con los anacrónicos postulados defendidos por la Escuela histórica. El filósofo prusiano concluyó que sus teorías pretendían que el navegante no navegara por el río sino por sus fuentes (38). A mayor abundamiento, tampoco habría que olvidar que el jurista debe seguir la máxima de Heráclito de que nadie se baña dos veces en el mismo río.

En efecto, las palabras mudan de significado y las instituciones jurídicas evolucionan. En esto consiste parte del progreso de la humanidad. Con el debido respeto que merece la labor ejercida por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, integrada por doctos juristas, sí cabe apreciar en ocasiones una fidelidad tal a las antiguas instituciones del Derecho aragonés que casa en ocasiones mal con una sociedad que ha cambiado drásticamente en los últimos cincuenta años. Mantener la pureza sin mácula de instituciones que surgieron hace siglos, dentro de una sociedad rural y con una esperanza de vida que apenas alcanzaba los cuarenta años, y conservarlas intactas en la urbana y envejecida, cuando no senil, sociedad actual puede resultar un ejercicio anacrónico y perturbador para las nuevas relaciones sociales y económicas.

Si esto se quiere trasladar a las instituciones y conceptos jurídico-públicos, la cuestión puede rayar con la excentricidad. Entre una rica historia de dos siglos con nueve constituciones y una moderna legislación administrativa, respetuosa con las exigencias derivadas del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y el sentido histórico de las palabras idolatradas por los recreacionistas no cabe elección alguna.

La regulación de la interpretación de las normas pone de manifiesto una vez más una de las cuestiones claves de la Ley, el intento de crear una organización y un sistema propios, que esté, aunque sea en el imaginario colectivo, a la altura de cualquier país independiente. Como el país independiente más cercano que tenemos es precisamente España no deja de ser curiosa la necesidad que se tiene de regular algunos órganos o instituciones del mismo modo que se hace en la Constitución española para sus sosias.

(38) Karl MARX realiza tal afirmación en «El manifiesto de la Escuela Histórica del Derecho (1842)», artículo contenido en la recopilación hecha en la obra *En defensa de la libertad (los artículos de la gaceta renana, 1842-1843)*, edición a cargo de Juan Luis VERMEL, Fernando Torres ed., Valencia, 1983, p. 195.

Fijémonos en el artículo 18.2 de la Ley y su extraordinaria similitud con el artículo 97 de la Constitución (39) que regula las funciones del Gobierno de la Nación. La Ley aragonesa establece:

«2. La Diputación General de Aragón, bajo la dirección de su Presidente o Presidenta, establece la política general y la acción exterior, dirige la Administración de la Comunidad Autónoma y vela por la defensa de la autonomía aragonesa. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con las leyes».

Como decíamos antes, la similitud con el referido precepto constitucional es evidente, incluida la referencia a la acción exterior del gobierno autonómico. Sin embargo, hay una diferencia sustancial, la supresión de la referencia a la Constitución que se contiene en el citado artículo 97.

X. EL CARÁCTER SIMBÓLICO Y PROPAGANDÍSTICO DE ALGUNAS DECLARACIONES ESTATUTARIAS

Algunas disposiciones adicionales del Estatuto de Autonomía de Aragón del 2007 constituyen fundamentalmente declaraciones propagandísticas destinadas a dar cumplida respuesta a reivindicaciones de carácter político y social existentes en ese momento en Aragón. Así, por ejemplo, la disposición adicional primera alude a cuestiones relacionadas con el Archivo de la Corona de Aragón y el conflicto subyacente con Cataluña, que ya hemos abordado.

Por otro lado, esa década comienza con una movilización masiva en Aragón contra el Plan Hidrológico Nacional y su previsión relativa al llamado trasvase del Ebro. Ello explica la redacción de la disposición adicional quinta que establece una reserva de agua para uso exclusivo de los aragoneses de 6.550 hectómetros cúbicos. Pues bien dicha previsión fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la comunidad autónoma riojana, que se resuelve a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2011, de 22 de junio. En dicha sentencia se declara que no es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de Autonomía de Aragón siempre que se interprete que no establece una reserva sobre el caudal hídrico del Ebro que oblige al Estado.

La pretensión de «territorializar» la gestión del agua, fragmentándola según los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma, había merecido ya un rechazo claro y contundente en las Sentencias del Tribunal Constitucional, 30 y 32/2011, de 16 y 17 de marzo, relativas a la gestión del Guadalquivir

(39) El artículo 97 de la Constitución española establece que *«el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes».*

y Duero, atribuida a Andalucía y Castilla y León, respectivamente. En efecto, el Tribunal declaró inconstitucionales y nulos, por ser contrarios al artículo 149.1.22.º de la Constitución, los artículos 51 y 75.1 de sus respectivos Estatutos de Autonomía, en cuanto establecían un criterio fragmentador de la gestión de las cuencas hidrográficas supracomunitarias del Guadalquivir y del Duero y asumían competencias que correspondían al Estado.

Pero en el caso de Aragón la sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional no fue bien entendida y, con posterioridad, se aprobó la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón en la que se insistía en la referida reserva de agua. Dicha Ley fue recurrida por la presidencia del gobierno, lo que dio lugar a la STC 116/2017, de 19 de octubre, que ya de manera concluyente declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso en el que se preveía «el registro de la concesión de recursos hídricos asignados y reservados por la planificación hidrológica a la Comunidad Autónoma de Aragón, especialmente en relación con la reserva de agua de 6.550 hm³». En consecuencia, lo meramente propagandístico pasa a ser vulnerador de la legalidad constitucional cuando se contiene en una ley con pretensiones de juridicidad.

Pues bien, algo similar ocurre con la disposición adicional tercera del Estatuto aragonés, que no fue recurrida en su momento, y que ya se había incorporado, como disposición adicional quinta, al primigenio Estatuto de 1982 (40). En dicha disposición se dice:

«La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la disposición adicional primera de la Constitución».

En primer lugar, cabe señalar las dificultades interpretativas que plantea la fórmula «derechos que como tal le hubieran podido corresponder». Es decir, un hipotético «pueblo aragonés» es titular de unos derechos también hipotéticos, basados en lo que la historia podía haber sido y no fue. Dicho de otro modo, la nación ya no se conforma únicamente en relación con unos parámetros más o menos objetivos, basados en la cultura, la lengua y la historia, aflora también la «nación subjetiva», el pueblo aragonés, que posee una identidad colectiva e irredenta y una voluntad firme e irrevocable en la consecución de sus máximas cotas de autogobierno (41).

(40) Sobre el nulo sentido práctico de esta disposición ya se pronunció en los primeros comentarios al Estatuto de Autonomía de 1982, G. FATÁS CABEZA (1985: 797).

(41) Resulta muy interesante al respecto Roberto L. BLANCO VALDÉS, (1997: 33-75) y su posterior libro del 2005 referido en la bibliografía cuya lectura completa se recomienda.

En segundo lugar, debemos resaltar que una fecunda historia no convierte al territorio automáticamente en nacionalidad histórica. Todos los territorios que integran España poseen una rica historia repleta de relevantes acontecimientos (42).

En tercer lugar, no podemos desconocer una cierta evolución de los llamados derechos históricos que ya no estarían restringidos a una mera actualización del Derecho foral o Derecho civil propio de ese territorio sino que también servirían como sustento ideológico y simbólico al ejercicio de determinadas competencias en los ámbitos de la cultura, la lengua o la educación.

A tal efecto, es preciso recordar que cuando los derechos históricos se incorporaron al primer estatuto autonómico se consideró que únicamente hacían referencia al régimen jurídico propio y peculiar del Derecho foral, del Derecho civil aragonés, tal como ya señaló el Tribunal Constitucional en su Sentencia 88/1993, de 12 de marzo. En efecto, en dicha sentencia se señala que la Disposición adicional estatutaria y su relación con la constitucional no podían ser tomadas en consideración ya que «los derechos históricos de las Comunidades y Territorios forales no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos» (43). Aunque perseverando en esta última idea, lo cierto es que la STC 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aborda la cuestión de los derechos históricos del siguiente modo:

«En definitiva, el art. 5 EAC no es contrario a la Constitución interpretada en el sentido de que su inciso “en los derechos históricos del pueblo catalán” no remite al contenido de la disposición adicional primera de la Constitución ni es fundamento jurídico propio del autogobierno de Cataluña al margen de la Constitución misma, y así se dispondrá en el fallo» (FJ 10°).

En consecuencia, la alusión a los derechos históricos prevista en el artículo 5° del Estatuto catalán no altera la tradicional interpretación que se ha hecho de la disposición adicional primera de la Constitución, sin perjuicio de la carga meramente simbólica que su incorporación a los Estatutos pueda tener en aras de defender determinadas cuestiones de índole cultural y lingüística (44).

(42) Por ejemplo, en las Cortes del Reino de León de 1188 participa por primera vez el denominado tercer estado.

(43) Sobre esta cuestión hace un acertado análisis A. SAIZ ARNAIZ (2006: 119-120).

(44) El carácter absolutamente acotado de los efectos de la disposición adicional primera de la Constitución ha sido ratificado, e incluso restringido, por la STC 110/2016, de 9 de junio, en cuyo fundamento jurídico cuarto se dice:

«No es está, sin embargo, la interpretación que hemos mantenido de este precepto. Como avanzó la STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 3, “el calificativo ‘foral’ incluido en la reforma

Por último, la ley aragonesa carece del rango suficiente para la actualización de dichos derechos, ya que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, es el Estatuto de Autonomía de un territorio foral, y no una ley ordinaria, la norma llamada a realizar la actualización de los derechos históricos que la Constitución reconoce y ampara (45).

A tal efecto, cabe recordar que la ley no pretende únicamente desarrollar el Estatuto de Autonomía. Va mucho más allá, busca enmendarle la plana, estableciendo una regulación distinta en aspectos tales como la denominación de algunas instituciones básicas autonómicas, la delimitación del alcance de algunas competencias o la propia configuración desde una perspectiva unilateral de la relación bilateral con el Estado (46). Podrá aducirse que, en realidad,

estatutaria referido al derecho civil foral valenciano ... no puede alterar el techo competencial del art. 149.1.8 CE". Tanto es así que el Letrado de la Generalitat —aunque no el de las Cortes Valencianas— sí reconoce abiertamente en sus alegaciones que esta disposición no se refiere al Derecho civil, sino a ciertas especialidades jurídico-públicas de las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra. En concreto, en la STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1 b), y precisamente a propósito de una ley de contenido civil promulgada por la Comunidad Autónoma de Aragón ya descartamos que pudiera invocarse aquella disposición adicional con el fin de asentar o ampliar las competencias autonómicas en esta materia: "[n]i esta previsión, ni la que se contiene en la Disposición adicional quinta del EAAr", decíamos entonces, "han de ser tomadas ahora en consideración, no ya sólo porque los derechos históricos de las Comunidades y Territorios forales no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos (SSTC 123/1984, fundamento jurídico 3; 94/1985, fundamento jurídico 6 y 76/1988, fundamento jurídico 4) sino, sobre todo y en primer lugar, porque el sentido de la Disposición adicional primera CE no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado, exclusivamente, en el art. 149.1.8 y en la Disposición adicional segunda CE), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación". Siendo estas partes, como hemos dicho, el País Vasco y Navarra [SSTC 76/1988, de 26 de abril, FJ 2, y 208/2012, de 14 de noviembre, FJ 4 a)]».

(45) Tal como recuerda el FJ 5º de la referida STC 76/1988, de 26 de abril. Y dicha articulación se realizará a través de dos vías: reconociendo el Estatuto de Autonomía el régimen foral de la respectiva Comunidad Autónoma y concretando y especificando, en el propio Estatuto de Autonomía, el contenido mínimo de tales derechos históricos.

(46) En el informe de 19 páginas de correcciones técnicas que elevó el Letrado de las Cortes de Aragón a la ponencia constituida para el estudio de esta Proposición de Ley, se plantean, entre otras muchas, serias reservas a los artículos 1.1 —que proclama a Aragón nacionalidad histórica—, 2.2.c) —que modifica los principios que deben inspirar las relaciones con el Estado—, 7 —que regula no sólo la condición política de aragonés sino también la condición de natural de Aragón—, 9 —en el que se dice que el territorio de la Comunidad se corresponde con el histórico de Aragón—, 10 y 11 —que hacen referencia a la bandera y al escudo de Aragón, tal como ya hemos analizado— o 14.2 —que encomienda velar por el uso preferente de las denominaciones históricas de las instituciones aragonesas, lo que tiene su correlato en posteriores artículos.

todo esto obedece más a cuestiones de visibilidad política que de dimensión jurídica, pero todo lo incluido en una norma debe respetar la jerarquía normativa y es susceptible, en el caso de las leyes, de enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional (47).

Y, en todo caso, cabe recordar por enésima vez que la disposición adicional primera de la Constitución establece que la actualización de los derechos históricos, circunscrita a los referidos territorios forales, debe acometerse inicialmente en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. Todo ello debe ser contemplado y respetado por los legisladores autonómicos, por muy desarrollado que se tenga el gusto por lo simbólico.

XI. LA BANALIDAD DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS Y LA ESPAÑA ASIMÉTRICA

Desde el inconcluso fin de las inacabables guerras carlistas, toda normalización de la situación política se acomete en España desde la «asimetría». El problema no es el localismo tan acendrado en nuestro país sino las diferentes asimetrías que produce. En Francia terminaron radicalmente con ellas en la guerra de la Vendée, acontecimiento histórico que, como todos, admite muchas interpretaciones, pero cuyo final reforzó las posiciones centralistas e igualitarias de la Convención Nacional (48). Es cierto que no fue el único factor relevante,

(47) En ese sentido, cabe traer a colación la STC 118/2016, de 23 de junio, que vuelve a pronunciarse sobre esta cuestión del siguiente modo:

«De esta manera, una de las peculiaridades que han tenido las provincias vascas a lo largo de la historia (comúnmente conocidas, junto con Navarra, como "territorios históricos" o "territorios forales"), y, por tanto, uno de los "derechos históricos" que la disposición adicional primera de la Constitución "ampara y respeta", aunque, como no podía ser de otra manera, de forma actualizada "en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía", pues el texto constitucional "imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales" (STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 3), es lo que se ha conocido como el "régimen de concierto económico", que se integra en el núcleo del régimen foral y que se caracteriza por la existencia de "un régimen fiscal propio", que no hace sino salvaguardar determinadas peculiaridades de su "autogobierno territorial" o de su "foralidad" (STC 76/1988, de 26 de abril, FFJJ 2 y 4)» (FJ 2.a).

Asimismo, J. CORCUERA ATIENZA (2002: 39) insiste en el elemento simbólico que incorpora la disposición adicional.

(48) El detonante de la revuelta de la Vendée en marzo de 1793 fue una ley que obligaba al reclutamiento forzoso de todos los campesinos, pero dejaba exentos a «todos los trabajadores de la nueva República», que se correspondían con los ciudadanos de la clase burguesa de las ciudades. Esto provocó las iras en distintas comarcas de Francia, pero en la Vendée se produjeron con más intensidad. Poco después se sumaron los nobles y el clero, esperando recuperar algunos de los privilegios perdidos. La guerra tiene varias etapas y su

la creación de una escuela pública defensora de los valores republicanos y la elaboración de una historia nacional contribuyeron decisivamente en el siglo XIX a cimentar la idea de unidad.

Por otro lado, el centralismo ha venido casi siempre de la mano de regímenes autocráticos y ello ha motivado que la centralización, cuyo objetivo último debería haber sido erradicar las desigualdades no justificables, se ha entendido demasiadas veces como uniformidad, lo que contrasta con la realidad histórica, cultural y lingüística de este país.

También debe quedar constancia de que la tendencia por la uniformidad aqueja tanto a los procesos centralizadores como a los descentralizadores, tal como estamos comprobando en el momento actual del Estado de las Autonomías. La tendencia a la emulación y al mimetismo provoca que los Estatutos autonómicos y los listados de agravios se copien con la banalidad propia del fotocopiado. A ello hay que unir la ausencia total de una cultura política y administrativa de la cooperación y la contravención permanente del principio de lealtad institucional. De ahí que frente a los intentos de uniformidad se busque permanentemente en algunas Comunidades la diferenciación, aunque sea únicamente desde la perspectiva simbólica o por la sedimentación de las costumbres.

Por ello, si criticables han sido los procesos centralizadores no menos censurables son los procesos descentralizadores. En ese sentido, puede afirmarse que en nuestro país pugnan históricamente dos legitimidades que solo creen en la unilateralidad, la uniformadora y la del particularismo histórico y territorial. Esta última obvia la existencia de un espacio político común, que es mucho más que la mera suma de territorios configurados en torno a determinados acontecimientos históricos y realidades culturales o lingüísticas.

Lo peor del caso es que la descentralización no ha comportado necesariamente un reparto real del poder, una mayor transparencia o un mejor gobierno. Por desgracia, ha supuesto con demasiada asiduidad la multiplicación por diecisiete de los defectos del Estado centralista y la implantación de un sistema clientelar que ha lastrado cualquier atisbo de regeneración (49).

final evidencia la brutalidad de la Francia de la Convención, pues se procede a la destrucción completa del terreno, la quema de poblaciones y el ajusticiamiento de cualquier prisionero. No obstante, la paz formal, aunque hubo rebrotes, se alcanzó en 1795, promulgándose una generosa amnistía. Véase al respecto, B. CUTILLAS VICTORIA, (2014: 39-58).

(49) Desde una interesante perspectiva sociológica ha abordado esta cuestión J. TAHULL FORT (2017: 98) quien afirma: «el clientelismo político existe en todos los contextos y momentos históricos. Se puede afirmar que es un hecho social universal, presente en todas las culturas; aunque no de la misma forma en todos los lugares y tampoco en la misma intensidad. El clientelismo es un hecho social y cultural. En cada lugar presenta rasgos diferentes. Cambia y se modifica siguiendo las transformaciones sociales. Podríamos decir que se adapta al lugar y tiempo concreto».

En definitiva, el problema no radica estrictamente en la dicotomía centralización/descentralización. El problema estriba en emprender una auténtica democratización del país, en la que se respeten cuestiones tan obvias como la separación de poderes, la igualdad ante la ley o el escrupuloso respeto al principio de legalidad. Tanto la centralización como la descentralización se han acometido desde el prisma de la asimetría, lo que ha fomentado un localismo repleto de afrentas y agravios, más preocupado por la exaltación de unos orígenes históricos que se pierden en textos vagos y poco fiables que en la elaboración de un proyecto común, viable y racional.

XII. CONCLUSIÓN

Son cada vez más frecuentes las normas que pretenden incorporar una determinada interpretación de los hechos históricos como presupuesto habilitante de algunas normas jurídicas. La historia se convierte así en el supuesto de hecho de la norma y provoca el nacimiento o la modificación de determinadas situaciones jurídicas, produciendo efectos favorables o desfavorables. La actualización de los derechos históricos y la recuperación de la llamada memoria histórica obedecen a este planteamiento en el que la historia es fuente de derechos o, en su caso, base legitimadora de su revocación.

Llegados a este punto, cabría plantearse si en la invocación de estos derechos históricos atemporales e intemporales no emerge un espíritu metajurídico, una suerte de moderno *Volksgeist* a la española y, en su caso, a la catalana, a la gallega o a la aragonesa. Si fuere así deberíamos estar prevenidos, porque todos sabemos adónde han conducido los excesos de esta manifestación del nacionalismo romántico, que atribuye a las naciones unos rasgos inmutables que prevalecen sobre cualquier otro planteamiento, por racional y razonable que parezca.

Hemos pretendido analizar los excesos que acarrea la misma concepción absolutista del valor de la normas y de la arbitrariedad en su aplicación que se denunció del franquismo. Nuestro Estado de Derecho el algo más que un mero Estado de leyes, pues ha de respetar valores superiores y derechos fundamentales. No podemos emprender atajos jurídicos en aras de conseguir fines apriorísticamente loables. Debemos actuar con la fortaleza de la medida. No se niega el derecho a acometer la promulgación de una ley de estas características, solo se pretende que se haga con escrupuloso respeto a la Constitución y al Estatuto de Autonomía.

Los derechos históricos han de invocarse y regularse conforme a la Constitución y sin menoscabo del principio de jerarquía normativa. Y al igual que la ley deben administrarse e interpretarse con amplitud de miras y honradez de la voluntad y del entendimiento. No pueden ser considerados una especie

de meteorito que ha caído sobre nuestro ordenamiento jurídico, alterando la composición y las particularidades del mismo. Tampoco pueden ser presentados como una especie de *Deus ex machina*, que resuelve cualquier cuestión al margen de la propia legitimidad constitucional y de la legalidad derivada de ella.

Es posible que la ley aragonesa tenga un escaso recorrido en la práctica, que no tenga apenas efectos jurídicos, que se mantenga recluida en el ámbito de lo simbólico o propagandístico. Si es así también nos tendríamos que plantear cuáles son las consecuencias de este Derecho de perfil ideológico duro pero inane en la práctica. Al fin y al cabo, la futilidad de las leyes innecesarias afecta al descrédito social del conjunto del ordenamiento jurídico y también de las leyes necesarias. Además, estas normas pueden suponer un bajo coste económico y devenir en la más absoluta irrelevancia jurídica, pero pueden acarrear un alto coste emocional en sociedades con problemas de identidad colectiva.

Por otro lado, cabe recordar una vez más que la Constitución de 1978 fue fruto de un pacto social y político. En una posición completamente subsidiaria, la disposición adicional primera contempló un sucedáneo de pacto territorial que afectaba a aquellos territorios que contaban con una secular tradición foral que, aunque muy limitada, se mantuvo incluso en períodos dictatoriales y marcadamente centralizadores. No podríamos entender la redacción de dicha disposición adicional sin explicar que en esos territorios existía una desaforada violencia terrorista de raíz nacionalista. Se creyó, erróneamente, que este reconocimiento a una realidad histórica y jurídica peculiar contribuiría a acallar el estrépito de las pistolas y a allanar el camino de la paz. Nada más lejos de la realidad, las cuestiones de violencia terrorista y desorden callejero solo se arreglan con una correcta y proporcionada actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y de los tribunales encargados de impartir justicia.

Lo que nos ha enseñado nuestra más reciente historia es que la cesión permanente ante quienes invocan la supremacía de sus derechos históricos o territoriales no ha mermado su descontento ni ha resuelto los problemas existentes en esos territorios. Lleguemos, si es preciso, a otro pacto constitucional, pero no coloquemos la cuestión territorial por encima de asuntos que son más básicos y esenciales, como la construcción de un Estado social y democrático de Derecho, la separación de poderes o la igualdad de todos ante la ley.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE DELCLAUX, María del Carmen (2006): *Los agotes. El final de una maldición*, SILEX ediciones, 192 pp.

- BAYOD LÓPEZ, Carmen (2018): *Cincuenta años de doctrina civil aragonesa. Su método e influencia en la civilística española (1967-2017)*, DGA, Zaragoza, 287 pp.
- BERMEJO VERA, José (2016): *Derecho Administrativo básico. Parte general (volumen I)*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 12ª edición, 524 pp.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L. (1997): «Nacionalidades históricas y regiones sin historia», *Parlamento y Constitución*. Anuario nº 1 (1997), pp. 33-75.
- (2005) *Nacionalidades históricas y regiones sin historia (A propósito de la obsesión ruritana)*, Alianza, Madrid, 232 pp.
- COELLO MARTÍN, Carlos (1997): *La disposición adicional primera y la organización autonómica vasca. La quiebra del «modelo vasco»*, Universidad de la Rioja, 256 pp.
- CORCUERA ATIENZA, Javier (2003): «Consecuencias y límites de la constitucionalización de los derechos históricos de los territorios forales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, pp. 237-270.
- CORCUERA ATIENZA, Javier y GARCÍA HERRERA, Miguel (2002): *La constitucionalización de los Derechos Históricos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 127 pp.
- CUTILLAS VICTORIA, Benjamín (2014): «¡Arrasar la Vendée! Guerra Civil y Columnas Infernales en pleno corazón de la Revolución Francesa», *Panta Rei: revista de ciencia y didáctica de la historia*, núm. 4, pp. 39-58.
- FATÁS CABEZA, Guillermo (1985): «Disposición Adicional 5ª», en VV. AA. (José BERMEJO VERA, dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Aragón*, MAP, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1985): *Los derechos históricos de los territorios forales: bases constitucionales y estatutarias de la administración foral vasca*, Civitas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 232 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2013): *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 16ª edición, 872 pp.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel (1997): «Hacia el Estado de la España grande», *Revista de Administración Pública*, núm. 142, pp. 103-109.
- (1998a): «Los derechos forales como derechos históricos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, pp. 53-80.
- (1998b): «Génesis, desarrollo y perspectivas del Estado de las Autonomías», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, pp. 203-220.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel y LLUCH, Ernest (2001): *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, Crítica, Barcelona, 325 pp.

- IBARRA ROBLES, Juan Luis (1997): «Incidencia del Derecho Público Foral en la determinación de la autonomía local en la Comunidad Autónoma del País Vasco», *Anuario del Gobierno Local 1997*. Diputación de Barcelona, Marcial Pons, Madrid, pp. 507-543.
- IDOATE, Florencio (1948): «Agotes en los valles de Roncal y Baztán», *Príncipe de Viana*, núm. 33, pp. 498-513.
- IRIGORAS ALBERDI, Aitziber (2008): *Derechos históricos vascos y constitucionalismo español: foralidad y sistema jurídico liberal en el siglo XIX*, IVAP, Oñate, 353 pp.
- LALINDE ABADÍA, Jesús (1973): «Las libertades aragonesas», *Cuadernos de Historia Jerónimo Zurita*, Diputación Provincial de Zaragoza, Institución Fernando el Católico, núm. 25-26 (1972-1973), pp. 7-36.
- LAPORTA, Francisco J. y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (2006): *Los derechos históricos en la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 135 pp.
- LEGUINA VILLA, Jesús (1981): «Los Territorios Históricos Vascos: poderes normativos y conflictos de competencias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, pp. 63-92.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1999): «Reflexiones sobre la indeterminación y amplitud del Patrimonio Cultural», en esta REVISTA, núm. 15, pp. 193-221.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1983): «La concertación competencial de Comunidades Autónomas y Diputaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 36, pp. 5-18.
- MORALES ARRIZBALAGA, Jesús (2009): *Aragón, nacionalidad histórica. La declaración del Estatuto de 2007, su fundamento y sus efectos constitucionales*, Gobierno de Aragón, 287 pp.
- NIETO, Alejandro (2014): *La rebelión militar de la Generalidad de Cataluña contra la República. El 6 de octubre de 1934 en Barcelona*, Marcial Pons, Madrid, 414 pp.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (1996): «España: ¿una o trina? Hacia el Estado de las Padanias de la mano de Herrero Rodríguez de Miñón», *Revista de Administración Pública*, núm. 141, pp. 7-23.
- PEIRÓ ARROYO, Antonio (2007): *Autonomía y República: el Congreso y el Estatuto de Caspe de 1936*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 311 pp.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (1990): «La Constitución británica, ¿es histórica o es historia?», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 17, pp. 449-466.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (1991): «La doctrina constitucional sobre los derechos históricos de los territorios forales: de la negación al reconocimiento», *Revista de Administración Pública* núm. 124, pp. 263-297.

- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2018): *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 14ª edición, 974 pp.
- TAHULL FORT, Joan (2017): «El fenómeno social del clientelismo en España», *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, Vol. 13, núm. 1, pp. 93-111.
- VICENTE Y GUERRERO, Guillermo (2016): «Fundamentación jurídica de los decretos de conquista de 1707. La reacción de los juristas aragoneses: Diego Franco de Villalba y su *crisis legal*», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXVI, pp. 351-383.
- WEBER, Max (1944): *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1272 pp.

CIUDADES ADAPTATIVAS Y RESILIENTES ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO: ESTRATEGIAS LOCALES PARA CONTRIBUIR A LA SOSTENIBILIDAD URBANA (*) ()**

JUDITH GÍFREU FONT

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO EN ARAS DE LA SOSTENIBILIDAD ECOLÓGICA Y LA MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO.- III. LA SOSTENIBILIDAD URBANA COMO PRIMERA LÍNEA DE TRINCHERAS EN LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO.- IV. EL NUEVO PATRÓN DE GOBERNANZA URBANA ACORDE CON LOS OBJETIVOS DE SOSTENIBILIDAD LOCAL: REHABILITACIÓN EDIFICATORIA Y REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN DEL MEDIO URBANO.- V. ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO Y RESILIENCIA: LA CAPACIDAD DE LAS CIUDADES DE ANTICIPARSE AL RIESGO DE DESASTRES Y MINIMIZAR SU IMPACTO A NIVEL LOCAL: 1. El concepto de resiliencia aplicado a los sistemas urbanos. 2. La evaluación y planificación por los gobiernos locales del riesgo de desastres. 3. Algunas estrategias adaptativas y resilientes de las ciudades frente a los efectos del cambio climático.- VI. CONCLUSIONES.- VII. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: Las ciudades sostenibles se definen por la interacción de tres indicadores: eficiencia económica, bienestar ciudadano y protección ambiental. El desarrollo urbano sostenible es un objetivo en sí mismo y a la vez, especialmente en su vertiente ecológica, un puntal de la estrategia para prevenir y mitigar los efectos del cambio climático. Las instituciones y gobiernos nacionales e internacionales se han volcado en reforzar la contribución de las políticas medioambientales al desarrollo sostenible del planeta. Pero para conseguir beneficios globales es importante actuar localmente. En un contexto de creciente concentración de la población mundial en áreas urbanas, las ciudades desempeñan un papel clave en la lucha contra el cambio climático, y no solo en su vertiente de mitigación o reducción de la severidad de los futuros impactos. El cambio climático ha aumentado la exposición de las ciudades a amenazas derivadas del mismo y, en consecuencia, la gestión del riesgo de desastres y la resiliencia deben

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 5 de agosto de 2018 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de agosto de 2018.

(**) Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad «Constitución climática global: gobernanza y Derecho en un contexto complejo» DER2016-80011-P.

integrarse en el diseño de políticas urbanas como parte de una estrategia global para alcanzar un desarrollo sostenible y garantizar la equidad intergeneracional.

Palabras clave: cambio climático; resiliencia urbana; desarrollo sostenible; innovación urbana.

ABSTRACT: Sustainable cities are defined by the interaction of three indicators: economic efficiency, citizen well-being and environmental protection. Sustainable urban development is both an objective in itself and, especially in its ecological aspect, a cornerstone of the strategy to prevent and mitigate the effects of climate change. National and international institutions and governments have been committed to strengthening the contribution of environmental policies to the sustainable development of the planet. But to achieve global benefits it is important to act locally. In a context of increasing concentration of the world's population in urban areas, cities play a key role in the fight against climate change, and not only in mitigating or reducing the severity of future impacts. Climate change has increased the exposure of cities to hazards from it and, consequently, disaster risk management and resilience must be integrated into urban policy design as part of a comprehensive adaptive strategy to achieve sustainable development and ensure intergenerational equity.

Key words: climate change; urban resilience; sustainable development; urban innovation.

I. INTRODUCCIÓN

La lucha contra el cambio climático constituye un desafío global cuyo funesto desenlace, de no mediar correctivo, va a repercutir a partes iguales en el conjunto del planeta, independientemente del grado de coparticipación y responsabilidad que se haya tenido en la degradación ecológica (1). La salvaguarda del medio ambiente es una tarea que involucra a todos los países, que deben velar por el uso sostenible de los recursos comunes sin priorizar la maximización del propio beneficio, habida cuenta del riesgo de acabar agotándolos —tal y como sostenía Garrett HARDIN en el conocido dilema de la sobreexplotación de los recursos comunes (*La tragedia de los comunes*, 1968), una cuestión asimismo analizada por la Premio Nobel de Economía Elinor OSTROM (*El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, 1990)—. Un amplio conjunto de instrumentos internacionales ha intentado direccionar en la buena senda a las agendas nacionales

(1) El derecho internacional recoge el principio de responsabilidad común pero diferenciada de los estados para referirse al hecho de que si bien todos los países, industrializados y en vías de desarrollo, deben colaborar en la protección ambiental del planeta, las obligaciones en el cumplimiento de este objetivo no tienen por qué ser equitativas pudiendo diferir entre ellos por razón de su mayor desarrollo industrial o de su capacidad.

para propiciar políticas de cuidado y respeto del medio ambiente que adopten estrategias de desarrollo económico y social basadas en la sostenibilidad y en el uso prudente y racional de los recursos, de conformidad con el principio de precaución (2). El cambio de registro en favor de la tutela ambiental y la modificación de pautas insostenibles de producción y consumo es ya palpable. No obstante, las evidencias demuestran que el deterioro del medio ambiente no se ha frenado, la biodiversidad se empobrece, la desertización del planeta avanza a marchas forzadas y los efectos ligados a la alteración climática global, como los desastres naturales, se suceden sin interrupción, cada vez a mayor escala (3). Sin olvidar el problema que se avecina con el progresivo crecimiento de la población mundial, que en 2050 casi alcanzará la cifra de diez mil millones de habitantes, en un planeta que a duras penas mantiene el equilibrio y que muestra signos evidentes de no poder alimentarnos a todos (4).

(2) Artículo 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992 («3. Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas»).

(3) El Tercer Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC) (2001) ya puso de manifiesto la realidad del cambio climático (especialmente, el aumento de las temperaturas) y los impactos derivados del mismo sobre los sistemas económico-sociales.

(4) El Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU hizo público en junio de 2017 el Informe *World Population Prospects: The 2017 Revision*, en el que se indica que, a pesar de la disminución constante de las tasas de natalidad, la población crece a un ritmo imparable, en un porcentaje de aproximadamente 83 millones de personas más cada año: de 7.600 millones de habitantes en 2017, pasaremos a 8.600 millones en 2030, 9.800 millones en 2050 y 11.200 millones en 2100 (<https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/>). Para avanzar a las necesidades que acompañan a esta tendencia demográfica, la Comisión Europea propuso en 2012 la adopción de la estrategia y plan de acción «La innovación al servicio del crecimiento sostenible: una bioeconomía para Europa», dentro de las propuestas operativas de las iniciativas *Unión para la innovación* y *Una Europa que utilice eficazmente los recursos de la estrategia de la UE de cara a 2020*. Con ella se pretende fomentar la bioeconomía sostenible en Europa para que sustituya el uso de recursos naturales finitos, como los combustibles fósiles, por recursos renovables en los sectores alimentario, energético e industrial. Algunos estados miembros (Alemania, Dinamarca, Finlandia, Irlanda y los Países Bajos) ya tienen estrategias en materia de bioeconomía, cuyo volumen de negocio es de aproximadamente 2 billones de euros, con un 9% del empleo total de la UE. La bioeconomía se basa en el uso de los recursos biológicos terrestres y marinos y de los residuos para la producción de alimentos y piensos y la producción de materiales, energía y otros productos,

«No heredamos la tierra de nuestros ancestros, la tomamos prestada de nuestros hijos», así reza un viejo proverbio sioux que revela en toda su simplicidad la trascendencia del desarrollo sostenible para el futuro del planeta. Aún queda camino por recorrer si queremos garantizar el principio de justicia ecológica y la equidad intergeneracional en el disfrute de los recursos naturales. Y para conseguirlo es vital aunar esfuerzos con el fin de alcanzar un acuerdo global sobre el clima y el uso de recursos que sea verdaderamente efectivo y contar con una amplia participación a todos los niveles en la formulación y ejecución de políticas que, por definición, exigen una perspectiva y una estrategia a corto, medio y largo plazo. Las ciudades consumen tres cuartas partes de la energía global que se produce, de tal manera que los objetivos de sostenibilidad y lucha contra el cambio climático requieren asimismo una actuación a escala local, que es donde se harán más evidentes sus consecuencias. Que «la construcción de un mundo sostenible comienza con la transformación a escala urbana» (Ashok Sridharan, alcalde de Bonn y presidente de ICLEI) (5) constituye una aseveración más allá de toda obviedad. Desde luego, la afectación progresiva de las políticas europeas al ámbito local está favoreciendo el incipiente reconocimiento de responsabilidades en la ejecución de dichas políticas a las entidades locales, dándoles mayor visibilidad internacional (GALERA RODRIGO, 2017: p. 77), como se admitió explícitamente en la 13ª Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, celebrada en Bali en diciembre de 2007, en la que se puso de manifiesto el creciente compromiso de los gobiernos locales en la adopción de medidas para hacer frente al cambio climático. Además, los gobiernos locales juegan un rol muy destacado vinculando a las poblaciones locales con los proyectos e iniciativas públicas de lucha contra el cambio climático. Y si bien los hogares y las comunidades se han adaptado

así como en el uso de procesos biológicos en industrias sostenibles. Por ejemplo, los biorresiduos tienen un potencial considerable como alternativa a los abonos químicos o mediante su conversión en bioenergía y pueden cumplir el 2% de los objetivos de energía procedente de fuentes renovables. Esta economía innovadora pretende conciliar las demandas de gestión sostenible de la agricultura y la pesca, la seguridad alimentaria y la utilización sostenible de los recursos biológicos renovables para fines industriales, garantizando al mismo tiempo la biodiversidad y la protección del medio ambiente, y se centra en tres aspectos clave: la creación de nuevas tecnologías y procesos para la bioeconomía, el fomento de los mercados y la competitividad en los sectores de la bioeconomía y el estímulo de una cooperación más estrecha entre los responsables políticos y las partes interesadas. En línea: <http://ec.europa.eu/research/innovation-union/index.cfm> y https://ec.europa.eu/commission/priorities/energy-union-and-climate_es (consulta: 25 de junio de 2018).

(5) International Council for Local Environment Initiatives. ICLEI – Local Governments for Sustainability (Gobiernos Locales por la Sostenibilidad) es una red global formada por 1.500 ciudades, pueblos y regiones comprometidas con la transformación sostenible de los entornos urbanos.

históricamente a la variabilidad climática a través de distintas estrategias, su capacidad de adaptación depende en gran medida de la forma en que las instituciones regulan y estructuran sus interacciones, tanto entre sí como con actores externos, puesto que, «en general, las prácticas de adaptación dependen para su éxito de arreglos institucionales específicos; la adaptación nunca ocurre en un vacío institucional» (AGRAWAL, KONONEN y PERIN, 2008: p. 8). Este protagonismo local en las políticas de sostenibilidad no es incompatible con la idea de las «fronteras planetarias» —y sus nueve procesos básicos, entre los que se encuentra el cambio climático—, acuñada por Johan ROCKSTRÖM (2009) a partir de la observación de que las presiones humanas conducen a impactos ambientales significativos a nivel global y no sólo a nivel local y regional. En opinión de NORMAN, las fronteras planetarias contribuyen a mantener un espacio operacional seguro donde implementar los objetivos de desarrollo sostenible fijados internacionalmente y establecer vías de desarrollo más sostenibles para ciudades y regiones. La toma en consideración de estas fronteras en los procesos de planificación urbana proporciona una valiosa información sobre el estado y fortaleza de los entornos urbanos y el impacto acumulativo de las ciudades que los usan como referencia aporta una base sólida para construir un futuro más sostenible desde el punto de vista medioambiental (2018: p. 29).

Nadie pone en tela de juicio que las ciudades son un motor de desarrollo y prosperidad económica y social, pero a la vez pueden ser percibidas como «puntos calientes» puesto que concentran serios problemas de congestión demográfica, altos índices de contaminación, bolsas de pobreza, exclusión y marginalidad, delincuencia e inseguridad ciudadana, entre otros, sin olvidar que la transformación antrópica del territorio por causa del fenómeno urbanizador tiene efectos irreversibles, habida cuenta de que el suelo virgen es un recurso finito. Según ONU Hábitat, las ciudades son las principales contribuyentes al cambio climático aunque representan menos del 2% de la superficie de la tierra; además, consumen el 78% de la energía mundial, y producen más del 60% del total de dióxido de carbono, así como un monto significativo de las emisiones de los gases del efecto invernadero; principalmente a través de la generación de energía, vehículos, industria y uso de la biomasa. Lógicamente, y aunque las ciudades están unidas en el compromiso común de la sostenibilidad, las prioridades divergen en función de su geolocalización. Es claro el distinguo entre los países industrializados, más focalizados en la protección ambiental —pero no exclusivamente, puesto que este objetivo debe constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no puede abordarse en forma aislada—, y los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, que presentan serios problemas vinculados a procesos de crecimiento urbano acelerado que se agudizarán con el aumento demográfico que están experimentando (África va a asumir en los próximos años la mitad del aumento poblacional global). Las mayores prioridades de estos países son favorecer un entorno adecuado

para el desarrollo económico así como reducir la brecha con los países desarrollados en relación con la calidad de vida de sus ciudadanos, erradicando la pobreza y las desigualdades, sin prestar tanta atención a los problemas de contaminación ambiental, que se convierten en una cuestión secundaria (6).

Si los gobiernos locales abordan enérgicamente el reto del desarrollo sostenible y el cambio climático, las ciudades pueden convertirse en parte de la solución y no en la causa del problema (7). Probablemente, el localismo sea el *modus operandi* necesario para la era pospetróleo, tal como lo fue el globalismo en la era del petróleo a bajo precio (NEWMAN, BEATLEY y BOYER, 2009: p. 136). La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Nueva York, 2015) ha puesto sobre la mesa un ambicioso plan de acción con 17 objetivos de Desarrollo Sostenible que dan continuidad a los notables logros de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000) (8) —a su vez influenciados por las disposiciones de la Agenda Hábitat II (1996)— y a la Agenda de Desarrollo Post2015, si bien se incardinan nuevas prioridades como el cambio climático, la desigualdad económica, la innovación y el consumo sostenible. Estos objetivos, que marcan la agenda de desarrollo mundial para los próximos 15 años, instan a los estados a tomar medidas para promover el desarrollo económico y social como medio para poner fin a la pobreza y satisfacer necesidades tales como la educación, la sanidad y el empleo al tiempo que se promueve la protección ambiental y la lucha contra el cambio climático (9). Entre los propósitos de Desarrollo Sostenible se encuentra el lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles (objetivo 11). A este

(6) Según UN-Hábitat, el 33% de la población urbana de los países en desarrollo vive en barrios pobres en condiciones de desigualdad y peligrosidad. United Nations Human Settlements Programme (UN-Habitat), «State of the World's Cities 2010/2011: Bridging the Urban Divide», 2010. En línea: <https://sustainabledevelopment.un.org/index.php?page=view&type=400&nr=1114&menu=35> (consulta: 2 de julio de 2018).

(7) La referencia a la ciudad se usa en este trabajo en un sentido amplio, englobando no solo la concepción tradicional, sino también las nuevas tendencias de ocupación del territorio (ciudad región, corredores urbanos, áreas metropolitanas, ciudad global, etc.). Vid. SASSEN, Saskia (1991), *The Global City: Nueva York, Londres, Tokio*. New Jersey: Princeton University Press.

(8) Marco de trabajo establecido por la ONU en 2000 con 8 objetivos de desarrollo humano a conseguir en el año 2015 encaminados a erradicar la pobreza en sus múltiples dimensiones (hambre, educación, igualdad de género, salud y mortalidad, sostenibilidad ambiental y alianza para el desarrollo). Los Objetivos de Desarrollo del Milenio, también conocidos como Objetivos del Milenio (ODM), son ocho propósitos de desarrollo humano fijados en el año 2000, que los 189 países miembros de las Naciones Unidas acordaron conseguir para el año 2015.

(9) Estos objetivos constituyen el marco de actuación de los estados en la materia, que pueden adoptarlos como propios, pero no son jurídicamente vinculantes.

fin, y con la vista puesta en el año 2030, se anima a los estados a implementar políticas urbanas interrelacionadas que tiendan a conseguir una serie de hitos de alcance económico, social y ambiental, entre los cuales pueden citarse los siguientes: asegurar el acceso a viviendas y servicios básicos que sean adecuados, seguros y asequibles y mejorar los barrios marginales; proporcionar acceso a sistemas de transporte seguros, asequibles, accesibles y sostenibles para todos y mejorar la seguridad vial, en particular mediante la ampliación del transporte público, prestando especial atención a las necesidades de las personas en situación vulnerable, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad y las personas de edad; aumentar la urbanización inclusiva y sostenible y la planificación y gestión participativas, integradas y sostenibles de los asentamientos humanos; reforzar la protección y salvaguarda del patrimonio cultural y natural del planeta; reducir significativamente el número de muertos y afectados por desastres naturales así como las pérdidas económicas directas provocadas por los mismos, asegurando especialmente la protección de los colectivos en situación de vulnerabilidad; reducir el impacto ambiental negativo *per cápita* de las ciudades, con especial atención a la calidad del aire y la gestión de los desechos municipales y de otro tipo; y proporcionar acceso universal a zonas verdes y espacios públicos seguros, inclusivos y accesibles, en particular a colectivos vulnerables. También se establecen unas metas que no se sujetan al plazo de realización de 2030 como son el apoyo a los vínculos económicos, sociales y ambientales positivos entre las zonas urbanas, periurbanas y rurales mediante el fortalecimiento de la planificación del desarrollo nacional y regional; el aumento sustancial, para 2020, del número de ciudades y asentamientos humanos que adopten e implementen políticas y planes integrados para promover la inclusión, el uso eficiente de los recursos, la mitigación del cambio climático y la adaptación al mismo y la resiliencia ante los desastres, así como el desarrollo y la puesta en práctica de la gestión integral de los riesgos de desastres a todos los niveles, en consonancia con el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030; y proporcionar apoyo a los países menos adelantados, incluso mediante la asistencia financiera y técnica, para que puedan construir edificios sostenibles y resilientes utilizando materiales locales (10).

(10) Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. En línea: <http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html> (consulta: 19 de julio 2018). En julio de 2018, el Foro Político de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, que realiza un papel central en el seguimiento y la revisión de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible a nivel mundial, se ha reunido para revisar algunos de estos objetivos, entre ellos el Objetivo 11 (Hacer que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resistentes y sostenibles).

II. LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO EN ARAS DE LA SOSTENIBILIDAD ECOLÓGICA Y LA MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO

La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972) marca un punto de inflexión en el proceso de concienciación internacional sobre el medio ambiente y el problema del calentamiento global (Declaración sobre el Medio Ambiente Humano, Plan de Acción para el Medio Ambiente Humano) al constituir la primera conferencia internacional que se ocupa de la cuestión. A su sombra, la Unión Europea establece un año después la Dirección General sobre Protección del Medio Ambiente de la Comisión Europea así como el primer Programa de Acción Ambiental (1973-1976) (11) y, ya en la década de los ochenta, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Carta Mundial de la Tierra (1982) y crea la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo (1983), que dedica esfuerzos a tender puentes entre dos aparentes antagonistas, el desarrollo económico y la ecología. Entre los trabajos de la Comisión destaca el relevante Informe «Nuestro Futuro Común» (1987) (12), en el que se pergeña el concepto de *desarrollo sostenible*, definido como el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades. Se pone en evidencia, por tanto, que el potencial del medio ambiente para cubrir las necesidades del presente y del futuro es limitado y que la sostenibilidad debe actuar como eje rector de la estrategia de desarrollo económico y social. Formado por dos vocablos hasta entonces incompatibles entre sí, el desarrollo sostenible pretende hacer frente al patrón de desarrollo mundial, nocivo no solo para el medio ambiente sino también para el mantenimiento de una sociedad inclusiva e igualitaria, y asegurar el bienestar social y ambiental de la humanidad.

(11) La Unión Europea cuenta con unos estándares medioambientales elevados, habiéndose involucrado desde el principio en la creación de una política común sobre protección del medio ambiente, especialmente desde 1991, al establecer el Tratado de Maastricht que todas las políticas y actividades deben integrar la protección del medio ambiente (art. 6) y haberse constituido una Agencia Europea del Medio Ambiente (1994). Por lo que se refiere a las directivas comunitarias en la materia, en 1979 se aprueba la Directiva 79/409 relativa a la protección de las aves y de sus hábitats, a la que siguen, entre otras, la Directiva 80/778 relativa a la calidad de las aguas de consumo humano, la Directiva 85/337 sobre evaluación de impacto medioambiental, la Directiva 92/43 sobre la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres, la Directiva 2000/60 marco sobre política de aguas, etc. *Vid.* art. 3 del Tratado de la Unión Europea (el desarrollo sostenible como objetivo general de la UE) y arts. 11 y 191-193 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (la lucha contra el cambio climático como objetivo explícito de la política medioambiental).

(12) Más conocido como Informe Brundtland (por el nombre de la ex-primer ministro noruega Gro Harlem Brundtland, quien presidió la Comisión).

A raíz del citado Informe, la degradación ambiental se convierte en un problema global y no únicamente en un asunto doméstico circunscrito a las fronteras de cada Estado. Tanto es así que sus inquietudes y propuestas se contagian a los programas de la ONU poniendo las bases para que pocos años después, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Cumbre de la Tierra), celebrada en Río de Janeiro en 1992, (13) se adopte un programa de acción de largo recorrido con recomendaciones para su aplicación. Entre las estrategias adoptadas destaca la Agenda 21, un programa de gran alcance implementado a nivel mundial, nacional y local por administraciones y organismos competentes con el fin de llevar a cabo actuaciones respetuosas con el medio ambiente sobre la base de la innovación tecnológica y la cooperación entre agentes sociales y económicos. De la Cumbre resultan asimismo dos tratados internacionales que van más allá de las buenas intenciones, dado su valor jurídico vinculante: el Convenio Internacional sobre Diversidad Biológica (en vigor desde diciembre de 1993 y firmado por 193 partes) y la Convención Marco sobre el Cambio Climático (CMNUCC) (en vigor desde marzo de 1994, que cuenta con 197 partes).

Celebrada una década después, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002) reitera su compromiso con la sostenibilidad («el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible») y revisa los avances logrados en materia de sostenibilidad en cumplimiento de los objetivos marcados en Río, aprovechando para fijar metas más audaces e identificar prioridades futuras (agua y saneamiento, energía, pobreza, salud, productividad agrícola, biodiversidad y gestión de ecosistemas).

La constatación de los daños producidos en el clima por las emisiones de gases de efecto invernadero (14) habían llevado a un consenso internacional para articular medidas más ambiciosas de minimización de los efectos del calentamiento global que las establecidas en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Este Acuerdo, conocido como Protocolo de Kioto (1997) es la primera adición que se hizo al Tratado de 1992 y establece compromisos jurídicamente vinculantes de reducción o limitación de emisiones netas de gases de efecto invernadero para los países industrializados

(13) En la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo se adoptaron dos declaraciones de principios sin valor jurídico vinculante, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y la Declaración de Principios para la Gestión Sostenible de los Bosques.

(14) *Climate Change 1995: Segundo Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático.*

y en vías de desarrollo (15), fijando un calendario de cumplimiento. La reducción prevista para el período 2008-2012 (primer período de compromiso) es de un mínimo del 5% en relación con los niveles de 1990. Aunque el Protocolo fue ratificado por 141 países, no contó con el beneplácito de Estados Unidos, un país altamente contaminante. El Protocolo de Kioto entró en vigor en febrero de 2005 pero inmediatamente se iniciaron negociaciones para ampliar su eficacia más allá del año 2013, que culminan, tras el fracaso de la Conferencia Internacional sobre Cambio Climático (COP15) (Copenhague, 2009), (16) con el acuerdo adoptado en la Cumbre de Doha de 2012 (COP 18/COP-MOP 8), en el que se establecen nuevos compromisos para los países que ratificaron las enmiendas al Protocolo de Kioto para el período 2013-2020. Ese mismo año, se desarrolla en Río de Janeiro la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Rio+20), en la que se discuten propuestas con vistas a construir una economía ecológica para lograr el desarrollo sostenible, reducir la pobreza, fomentar la equidad social y garantizar la protección del medio ambiente (17).

La Conferencia de París sobre el Clima (COP21) (París, 2015), en la que se firma el primer acuerdo vinculante mundial sobre el clima por parte de 195 países, representa otro logro notable de la agenda internacional en materia de mitigación del cambio climático. Este Acuerdo contempla un plan de acción mundial cuyo objetivo principal a largo plazo es conseguir que el aumento medio de la temperatura del planeta se quede muy por debajo de 2 grados centígrados, redoblando esfuerzos para que no aumente más de 1,5 grados centígrados por encima de los niveles preindustriales. El acuerdo adoptado es legalmente vinculante, pero no así la decisión que lo acompaña

(15) A diferencia de los países industrializados, que se obligan a no rebasar unos límites específicos en los niveles de emisión, las economías en desarrollo se comprometen únicamente a mantener un control sobre dichas emisiones.

(16) Organizada por la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático, la Cumbre de Copenhague tenía por objeto la discusión de nuevas medidas de reducción de gases de efecto invernadero que reemplazaran las adoptadas en Kioto. No obstante, el texto final fue objeto de críticas por tratarse de un acuerdo no vinculante y no contener objetivos cuantitativos de reducción de carbono ni plazos de cumplimiento.

(17) Vid. el Documento final de la Conferencia «El futuro que queremos» en: https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf. En el mismo se establece que: «128. Reconocemos que mejorar la eficiencia energética, aumentar la proporción de energía renovable y usar tecnologías menos contaminantes y de alto rendimiento energético son elementos importantes para el desarrollo sostenible, incluso para hacer frente al cambio climático. Reconocemos también la necesidad de adoptar medidas de eficiencia energética en la planificación urbana, la construcción de edificios y el transporte, en la producción de bienes y servicios y en el diseño de productos.», p. 27.

ni los objetivos nacionales de reducción de emisiones (18). A estos efectos, los estados deben aportar sus respectivos compromisos nacionales de lucha contra el cambio climático que entrarán en vigor en 2020. Para evaluar los avances hacia el objetivo a largo plazo y fijar metas más ambiciosas basándose en criterios científicos, se dispone que los gobiernos nacionales se reúnan cada cinco años (a partir de 2023). Además, el acuerdo señala la importancia de evitar, reducir al mínimo y atender los daños y perjuicios debidos a los efectos adversos del cambio climático y reconoce el papel de las ciudades, las regiones y las administraciones locales (además de otros agentes: sociedad civil, sector privado, etc.) en la lucha contra el cambio climático. Para entrar en vigor, debía ser ratificado por un mínimo de 55 países que representaran al menos el 55% de las emisiones mundiales (19). El Acuerdo entró en vigor el 4 de noviembre de 2016, mucho antes de lo que se pronosticaba (20).

La Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP23) (Bonn, 2017) constituye el último capítulo en el escenario de la negociación internacional sobre cambio climático, a la espera de la Conferencia que deberá celebrarse en Katowice, Polonia, en diciembre de 2018 (COP24). Presidida por vez primera por un pequeño Estado insular en desarrollo, la Cumbre ha revelado el creciente respaldo de los estados a avanzar en las políticas de acción climática con la puesta en marcha de acciones urgentes y dotadas de visibilidad. Así, los estados se han comprometido a entablar durante 2018 un proceso de diálogo facilitativo —un instrumento que fue acordado en París— entre las partes, en relación con el objetivo de mantener el calentamiento global muy por debajo de los 2 grados centígrados. Este diálogo acerca de la situación actual de los países, los objetivos a alcanzar y los medios para conseguirlo (¿dónde estamos?, ¿adónde queremos llegar?, ¿cómo llegamos?) pretende evaluar los esfuerzos colectivos de los países antes del primer balance global en 2023 (21). Las conclusiones

(18) En cambio, el mecanismo de revisión de los compromisos de cada país es jurídicamente vinculante con el fin de garantizar el cumplimiento.

(19) El acuerdo dispone que los países desarrollados deben contribuir a financiar la mitigación y la adaptación al cambio climático de los que están en vías desarrollo. La cantidad que estos países deberán movilizar es de un mínimo anual de 100.000 millones a partir de 2020, revisándola al alza antes de 2025.

(20) El Acuerdo de París entró en vigor en un tiempo récord gracias a la ratificación de la Unión Europea, que posibilitó el cumplimiento de los criterios establecidos en el propio Acuerdo para su entrada en vigor. España finalizó el proceso de ratificación el 2 de febrero de 2017.

(21) Este proceso se denomina, por iniciativa de la Presidencia de Fiyi, Diálogo de Talanoa, una palabra utilizada en las islas para referirse a un proceso de diálogo inclusivo, participativo y transparente. La Conferencia de Bonn ha avanzado el Programa de Trabajo del Acuerdo de París que tiene que estar finalizado en 2018, con la discusión de aspectos eminentemente técnicos (información mínima que deben incluir las contribuciones de los países,

del mismo constituirán el punto de partida de las negociaciones para elevar el grado de exigencia de los planes nacionales de acción climática (conocidos como contribuciones determinadas a nivel nacional), a los efectos del cumplimiento de los objetivos a largo plazo del Acuerdo de París (22). Uno de los temas más debatidos por los países en desarrollo ha sido el relativo al mejoramiento de la predictibilidad en materia de financiación climática, ratificándose en Bonn el acuerdo tomado en la Cumbre de Marrakech de 2016 (COP23) en virtud del cual el Fondo de Adaptación establecido en el marco del Protocolo de Kioto mantiene su operatividad en las acciones implementadas por estos países vinculadas al Acuerdo de París.

III. LA SOSTENIBILIDAD URBANA COMO PRIMERA LÍNEA DE TRINCHERAS EN LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

La lucha contra el cambio climático «se ganará o se perderá en las ciudades» (RUEDA, 2017: p. 13). Los encuentros de autoridades locales en el marco de los programas de ciudades sostenibles han subrayado la idoneidad de las ciudades para diseñar estrategias y aportar soluciones por su cercanía a los ciudadanos. Cabe recordar, además, que las entidades locales ostentan competencias en numerosos ámbitos sensibles al clima y que la mayoría de los habitantes del planeta reside en ciudades (en el caso de España, casi el 80% de la población española vive en el medio urbano). (23) El Documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo sostenible Rio +20 (2012) «El futuro que queremos» reconoce que «a los gobiernos municipales les corresponde desempeñar una importante función al conformar una visión de las ciudades sostenibles, desde el inicio del proceso de planificación de las ciudades hasta la revitalización de ciudades y barrios más antiguos, incluso mediante la adopción de programas de eficiencia energética en la administración de edificios y el desarrollo de sistemas de transporte sostenibles adaptados a las condiciones locales» (p. 29).

Las ciudades son líderes y protagonistas de las estrategias de cambio climático debido a su capacidad para impulsar soluciones integradas tanto a nivel de mitigación como de adaptación a sus efectos. La agenda del cambio

reglas de contabilidad, funcionamiento de los instrumentos de cooperación, desarrollo de un registro en el que recoger los esfuerzos de adaptación de todos los países, etc.).

(22) Está previsto que el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático elaborare para finales de 2018 un Informe Especial sobre escenarios de cambio climático asociados a incrementos de la temperatura media global de 1,5 grados centígrados.

(23) Así, por ejemplo, las Conferencias Europeas sobre Ciudades y Villas Sostenibles (Aalborg, 1994; Lisboa, 1996; Hannover, 2000; Alaborg+10...), Conferencia Euromediterránea de Ciudades Sostenibles (Sevilla, 1999), etc.

climático es una de las más abiertas a las ciudades, tanto por necesidad, ya que sin su concurso la reducción de emisiones resultaría inviable, como por el dinamismo y compromiso de los gobiernos locales «en una materia que, a pesar de responder a lógicas globales, tiene consecuencias y soluciones eminentemente locales» (Proyecto AL-LAS, 2016: p. 79). Así, por ejemplo, en el ámbito de la provisión y distribución de la energía, son dos factores los que favorecen que las ciudades adopten un papel clave en los procesos de cambio de los sistemas energéticos. Por un lado, la tendencia hacia la descentralización del sistema energético europeo, en el sentido de que se abandona el modelo centralizado y estático por otro más dinámico y ecológico que permite la interacción creciente entre servicios. Esta descentralización ha posibilitado, entre otras cosas, flexibilizar el mercado de los paneles solares, las calderas de biomasa y la generación de energía por particulares. Por otro lado, se produce un proceso de digitalización mediante el uso de «smart grids» que permite actuar de forma más eficiente e inteligente y lleva a la progresiva convergencia de la electricidad, el calor y el transporte. Puesto que la mitad de la energía consumida en la Unión Europea se destina a cubrir las necesidades térmicas de los edificios, industrias y negocios y el frío/calor no puede ser transportado eficientemente a largas distancias, debe producirse y consumirse localmente, y por ello resulta apropiado que los gobiernos locales fomenten la creación de mercados de tecnología de bajas emisiones. En este sentido, los *districts heating and cooling* son soluciones locales que pueden contribuir a la descarbonización, lo mismo que la cogeneración (TAGLIAPIETRA y ZACHMANN, 2016: p. 6).

El Pacto de los Alcaldes para la Energía Sostenible Local constituye una iniciativa pionera lanzada por la Comisión Europea tras la adopción del Paquete de medidas de la Unión Europea sobre clima y energía hasta 2020 (2008). Mediante las acciones previstas en dicho Paquete, se otorga visibilidad a la participación del mundo local en los objetivos europeos de lucha contra el cambio climático. El Pacto busca crear una red permanente de intercambio de información para la aplicación de buenas prácticas con el fin de mejorar la eficiencia energética en el entorno urbano. En virtud de este Pacto, los gobiernos locales y regionales se comprometen a desarrollar planes de acción para la energía sostenible (PAES) antes de 2020, fijando unos objetivos de reducción de las emisiones de CO₂ más ambiciosos que los establecidos por la Unión Europea. El éxito de la iniciativa es evidente ya que más de 6.500 municipios europeos se han adherido a la misma.

En 2014, se suma una nueva iniciativa de similares características (*Mayors Adapt*) dirigida a las ciudades interesadas en comprometerse activamente en la adopción de políticas preventivas del cambio climático, en términos no solo de mitigación sino también de adaptación a éste. Estas dos iniciativas se fusionan en 2015 dando lugar al Pacto de los Alcaldes para el Clima y la Energía,

por el cual se revisan al alza los objetivos de reducción de gases de efecto invernadero y se integra el nuevo compromiso de adaptación al cambio climático contemplado en la iniciativa Alcaldes para la Adaptación (24). Así pues, los firmantes del nuevo Pacto asumen los objetivos de la Unión Europea para 2030 (reducción de un 40% como mínimo de las emisiones de gases de efecto invernadero mediante el aumento de la eficiencia energética y de las fuentes de energía renovable) y la adopción de un enfoque integral de atenuación del cambio climático y de adaptación a este dentro de un marco conjunto de actuación, con el compromiso de avanzar hacia la resiliencia de las ciudades mediante la formulación de planes de adaptación al cambio climático. Entre los compromisos de las ciudades firmantes se dispone la preparación de un Inventario de Emisiones de Referencia y de una Evaluación de Riesgos y Vulnerabilidades derivados del Cambio Climático. Los firmantes de este nuevo Pacto se comprometen a preparar y ejecutar un Plan de Acción para el Clima y la Energía Sostenible (PACES) que aborde tanto la mitigación como la adaptación al clima antes de 2030. Se trata de un documento estratégico en materia de planificación energética y climática local que contiene las acciones que van a poner en marcha los entes locales, incluyendo específicamente medidas de adaptación a los impactos del cambio climático (25). Las ciudades deberán informar cada dos años de los avances realizados (26).

Las entidades locales están contribuyendo a la sostenibilidad accediendo a fuentes de financiación a través de múltiples programas y planes de acción ambientales (LIFE+, Horizonte 2020...) entre los que destaca la Agenda 21 Local, mediante la cual las autoridades locales implementan planes de acción para el desarrollo sostenible a escala local en asociación con los distintos sectores de la comunidad (27). Al amparo de estos objetivos, se han constituido en el territorio numerosos organismos y asociaciones *ad hoc* —a las que hay

(24) Como sostiene CADOGAN (2012: p. 192), «En general, las políticas están más orientadas a la mitigación que a la adaptación. Ello refleja el reconocimiento de la necesidad de responder a las causas del cambio climático, así como a la incertidumbre sobre el grado de las medidas de adaptación que podrían ser necesarias».

(25) Los PAES y PACES incluyen una evaluación de la situación actual (inventario de emisiones de referencia para la parte de mitigación del clima) y los PACES, además, una evaluación de riesgos y vulnerabilidades.

(26) Algunas de las iniciativas y políticas que se han implementado en ciudades europeas en el marco del Pacto de Alcaldes puede consultarse en: http://www.covenantofmayors.eu/media/case-studies_en.html (consulta: 12 de julio 2018).

(27) La Carta de Aalborg, adoptada en la Conferencia Europea sobre Ciudades y Villas Sostenibles (Aalborg, 1994) y firmada por más de 2000 entidades locales, recogió el compromiso de las autoridades locales signatarias de desarrollar la Agenda 21 Local, mediante la elaboración de planes de acción local para el desarrollo sostenible. Dos años después, la Segunda Conferencia Europea sobre Ciudades y Villas Sostenibles (Lisboa, 1996) sirvió para realizar una valoración de los avances conseguidos en materia de sostenibilidad en virtud de

que suman las estructuras administrativas con competencias en la materia que no gozan de personalidad jurídica propia—, que aprovechan las sinergias locales para dar apoyo a los proyectos que desarrollan los municipios, tanto a nivel nacional —Red de Redes de Desarrollo Local Sostenible, Coordinamento Agende 21 Locali Italiane, Comitè 21 francés...— como regional o local —Mesa Local de la Estrategia (en el marco de la Estrategia para el desarrollo sostenible de Cataluña) (28), REDNELS (Red Navarra de Entidades Locales hacia la Sostenibilidad), RETE 21 (Red de Entidades Locales del Alto Aragón por la Sostenibilidad), Xarxa de Ciutats i Pobles cap a la Sostenibilitat (Diputación de Barcelona) (29), Red de Ciudades y Pueblos Sostenibles de Castilla-La Mancha, Programa de sostenibilidad ambiental Ciudad 21 (Andalucía), Xarxa de Municipis Valencians cap a la Sostenibilitat (Valencia), CILMA (Consell d’Iniciatives Locals per al Medi Ambient de les comarques de Girona), Red Vasca de Municipios hacia la sostenibilidad – UDALSAREA 21, Red Local de Sostenibilidad de Cantabria, Red de Ciudades y Pueblos para la Sostenibilidad de la Provincia de Zaragoza (ReZ 21), Red Granadina de Municipios hacia la sostenibilidad, Xarxa Balear de Sostenibilitat (Islas Baleares), Red de Agendas 21 Locales Cordobesas, etc.

Cabe señalar que la intervención de los entes locales no se reduce a impulsar y liderar las iniciativas de sostenibilidad y transición energética en

la puesta en marcha de procesos Agenda 21 Local así como para intercambiar experiencias locales derivadas de la implementación de los planes locales de sostenibilidad.

(28) Creada en 2009, la Mesa Local es el órgano de representación y coordinación del Departamento de la Generalitat de Cataluña competente en temas ambientales con el mundo local y vela para que la Estrategia para el desarrollo sostenible de Cataluña y las Agendas 21 implantadas en el territorio tengan el máximo de coherencia entre sí. Son funciones de la Mesa establecer herramientas de intercambio y refuerzo mutuo entre el mundo local y la Generalitat y elaborar propuestas de encaje de la Estrategia con las Agendas 21 Locales y de otros instrumentos locales para garantizar la coherencia de la transición a la sostenibilidad. En cuanto a su composición, la Mesa está formada por las cuatro diputaciones catalanas, las dos asociaciones municipalistas (la Asociación Catalana de Municipios y la Federación de Municipios de Cataluña) y las entidades locales vinculadas a temas de sostenibilidad como la Red de Ciudades y Pueblos para la Sostenibilidad y el Consejo de Iniciativas Locales para el Medio Ambiente (CILMA).

(29) La Red de Ciudades y Pueblos hacia la Sostenibilidad es una asociación de municipios comprometidos con el medio ambiente y la sostenibilidad. Creada en 1997, funciona como un foro de cooperación e intercambio de experiencias y promueve el desarrollo de las Agendas 21 Locales, definiendo metodologías para su implantación, y la realización de acciones conjuntas con otras redes y asociaciones españolas y europeas que trabajen en el campo de la sostenibilidad. Otros cometidos de la Red son el fomento de la participación de todos los sectores económicos y sociales de los municipios en el proceso de desarrollo de las Agendas 21 Locales y en la realización de los proyectos que se deriven de las mismas, así como el incremento del peso específico de las ciudades y los pueblos medianos y pequeños en el ámbito europeo.

solitario o en *partnership* con otras administraciones, también pueden actuar como dinamizadores del sector privado, fomentando la creación de viveros de ideas o subvencionando la ejecución de proyectos, o como comercializadores de energía, por poner algunos ejemplos.

IV. EL NUEVO PATRÓN DE GOBERNANZA URBANA ACORDE CON LOS OBJETIVOS DE SOSTENIBILIDAD LOCAL: REHABILITACIÓN EDIFICATORIA Y REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN DEL MEDIO URBANO

La ciudad debe ser un espacio de crecimiento económico y de generación de oportunidades de empleo que promueva el bienestar de sus habitantes y les permita prosperar y acceder con facilidad y en igualdad de condiciones a los servicios básicos. El desarrollo urbano sostenible precisa una estrategia holística que englobe medidas de amplio alcance como una planificación urbanística que priorice el uso racional del suelo y de los recursos, pasando por la gestión eficiente de servicios públicos, la rehabilitación edificatoria y la regeneración urbana, la reactivación de programas de trabajos verdes, la participación en redes de ciudades sostenibles a nivel internacional que permita el intercambio de experiencias, el fomento de la iniciativa empresarial (30) y la obtención de recursos financieros para encarar nuevas iniciativas locales en pos de una mejora de la calidad ambiental. En este sentido, el crecimiento urbano se muestra como una tendencia imparable que no debiera estar reñida con una gestión eficaz de las perturbaciones nocivas que inevitablemente la acompañan ni con un mejor aprovechamiento de los recursos (31). Ello supone que, en el marco de las estrategias nacionales y regionales de reducción de emisiones de efecto invernadero, las ciudades deben formular sus planes y programas urbanísticos tomando en consideración el cambio en los patrones climáticos

(30) Sobre el perfil emprendedor de la economía urbana como factor de resiliencia y de potenciación del desarrollo urbano, *vid.* PRECEDO LEDO, Andrés y MÍGUEZ IGLESIAS, Alberto (2017), «Los efectos de la crisis en el posicionamiento de las ciudades españolas», en *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, núm. 76, pp. 79-101.

(31) El papel de las ciudades respecto del cambio climático puede verse desde dos perspectivas distintas: o bien como un problema, ya que concentran población, bienes, industrias e infraestructuras, aumentando el riesgo y la vulnerabilidad; o bien, como un provecho ya que las áreas urbanas poseen grandes ventajas potenciales para la creación de resiliencia frente a los impactos del cambio climático, por las economías de escala y su proximidad a la infraestructura y los servicios de protección clave y por las innovaciones en materia de gobernanza que reducen el riesgo. Además, en las zonas urbanas suele ser más fácil que en las rurales organizar una respuesta rápida a los fenómenos meteorológicos extremos que pueden obligar a muchas personas a abandonar temporalmente sus hogares (SATTERHWAIT, 2009: p. 560).

y sus hipotéticos impactos locales e incorporando estrategias de mitigación y adaptación, para crecer en resiliencia.

Tras años de producción ingente de suelo urbanizado y vivienda, el estallido de la burbuja inmobiliaria y la subsiguiente crisis económico-financiera que ha sufrido nuestro país a inicios del actual milenio obligan a los poderes públicos a replantear el modelo urbanístico vigente, dotándolo de un carácter sostenible que, a día de hoy, «es algo palpable y visible» (FERNÁNDEZ VALVERDE, 2018: p. 324). Durante décadas, el urbanismo español había desatendido la ciudad ya consolidada, centrándose en la creación *ex novo* de trama urbana y propiciando un crecimiento sin precedentes de la urbanización. Pero, a partir de 2007, la legislación de suelo estatal abraza el principio de desarrollo sostenible y apuesta decididamente por un modelo urbano que, sin renunciar explícitamente a la expansión, se focaliza en el mantenimiento y conservación del parque inmobiliario residencial ya construido, como mecanismo para garantizar la calidad de vida y el disfrute de un medio urbano adecuado. Las previsiones de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas confirmaron en su día el cambio de orientación producido en la política de suelo y urbanística (32). En particular, la Ley contiene previsiones acerca de las condiciones de conservación, accesibilidad y eficiencia energética de los edificios de uso residencial colectivo (33) y delimita las operaciones de rehabilitación, regeneración y renovación a desarrollar en el medio urbano. La Ley 8/2013 es un ejemplo de la apuesta por estrategias integradoras y sostenibles de intervención urbana al afirmar que la regeneración urbana debe atender a los objetivos de eficiencia energética y de recuperación económica al mismo tiempo que contribuye activamente a la sostenibilidad ambiental, a la cohesión social y a la mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos. A este respecto, en otros trabajos, hemos considerado que: «El planteamiento tradicional de las operaciones de regeneración o renovación urbanas ha consistido en intervenir físicamente para embellecer aquello que es considerado caduco y degradado, mejorando los espacios y equipamientos

(32) Refundida en parte en el 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.

(33) En el marco del cumplimiento de los compromisos de España con Europa en el horizonte 2020, esta Ley introduce el certificado de eficiencia energética en el informe de evaluación de los edificios, en cumplimiento de la Directiva 2002/01/CE, según la cual debe ponerse a disposición de los compradores un certificado que contenga información objetiva sobre las características energéticas de los edificios. Dicha certificación está regulada por el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, dictado para la transposición de la citada Directiva. Vid. GIFREU FONT, Judith (2015), «El deber legal de conservación y rehabilitación de los propietarios de viviendas: la inspección técnica de edificios en Cataluña y la concreción del técnico facultativo competente para calificar el estado general de conservación», en *Práctica urbanística*, núm. 137, pp. 96-116.

públicos y el patrimonio inmobiliario residencial (en lo que comúnmente se conoce como «lavar la cara a la ciudad»). Sin embargo, a esta visión se ha superpuesto otra más global en la que sigue teniendo cabida el factor estético, integrando además otras perspectivas que abarcan aspectos como la protección medioambiental, el desarrollo económico, los avances tecnológicos y la cohesión social, todo ello tamizado en pos de la sostenibilidad urbana. La ciudad consolidada es una realidad viva en constante transformación, producto de las complejas relaciones sociales y económicas que se desarrollan a su amparo. Y las políticas de transformación del tejido urbano deben ser un reflejo de esta realidad. Por ello, pueden ser un mecanismo idóneo para fomentar la cohesión social, especialmente si van acompañadas de medidas que favorezcan la participación ciudadana, así como la sostenibilidad, contribuyendo al ahorro energético y a la lucha contra el cambio climático. Además, no debe perderse de vista que las zonas urbanas renovadas (reurbanización, rehabilitación de inmuebles y construcción de obra nueva, protección del patrimonio histórico y cultural...) constituyen un polo de atracción económica y cultural de primer orden, valorizando la ciudad en su conjunto, que gana en competitividad» (GIFREU FONT, 2013a: p. 54) (34).

Junto a las intervenciones integrales en el medio urbano, las actuales políticas urbanísticas promueven la rehabilitación edificatoria con criterios de eficiencia energética, en virtud de la transposición de la Directiva 2010/31/UE del Parlamento y del Consejo de 19 de mayo de 2010 relativa a la eficiencia energética de edificios (refundición) (35) y de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre de 2012 relativa a la eficiencia energética, modificadas por la Directiva (UE) 2018/844 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018. El parque residencial

(34) Para poder materializar las nuevas disposiciones legales, la Ley 8/2013 modifica las normas sectoriales íntimamente relacionadas con la materia: la Ley de Propiedad Horizontal, la Ley de Ordenación de la Edificación, el Código Técnico de la Edificación y la Ley de Suelo. Para un análisis de la Ley y de las medidas introducidas en la legislación de suelo, *vid.* GIFREU FONT, Judith (2013a), «Un cambio de rumbo en las políticas de suelo y urbanísticas: la mudanza del urbanismo expansivo y el redescubrimiento de la ciudad consolidada», en *Cuadernos de derecho local*, núm. 33, pp. 30-55.

(35) Que fija nuevos requisitos mínimos de eficiencia energética de los edificios o partes de los mismos respecto de la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la eficiencia energética de los edificios. Estos nuevos requisitos se han incorporado en el proyecto de modificación del Real Decreto 314/2006 de 17 de marzo, por el que se aprobó el Código Técnico de la Edificación. *Vid.* el Reglamento Delegado (UE) n° 244/2012 de la Comisión de 16 de enero de 2012, que complementa la Directiva 2010/31/UE del Parlamento y del Consejo de 19 de mayo de 2010 relativa a la eficiencia energética de edificios, estableciendo un marco metodológico comparativo para calcular los niveles óptimos de rentabilidad de los requisitos mínimos de eficiencia energética de los edificios y de sus elementos.

español es un gran nicho de consumo de energía y la tendencia es que vaya en aumento debido al proceso de expansión urbana. Por ello, constituyen un objetivo prioritario la introducción de medidas apropiadas de mitigación y adaptación al cambio climático en el sector urbanístico y de la construcción (obra nueva y rehabilitación de edificios), como la rehabilitación de equipamientos públicos y de edificios antiguos, la integración de masas arbóreas para mejorar la calidad del aire, el refuerzo de estructuras para soportar terremotos, la prohibición de usos e intensidades en áreas inundables, reclassificándolas a suelo no urbanizable, el establecimiento de medidas correctoras en las construcciones existentes próximas a los cauces fluviales y la costa, la identificación de suelos con riesgo de desplazamiento, el diseño de espacios abiertos con elementos que mitiguen las olas de calor, el uso de sistemas de frío/calor más eficientes y la instalación de equipos generadores de energía no conectados a la red eléctrica, entre otros. La Directiva 2010/31/UE fija unos requisitos mínimos de eficiencia energética de los edificios o partes de este, con el fin de lograr niveles óptimos de rentabilidad e insta a utilizar sistemas de alta eficiencia (generación de energía descentralizada a partir de fuentes renovables, redes urbanas de frío y calor, cogeneración, bombas de calor, monitorizado y control, etc.). Como medida de gran impacto, establece que los edificios públicos de nueva planta deben ser «edificios de consumo de energía casi nulo» a partir del 31 de diciembre de 2018 —obligación que se traslada al 31 de diciembre de 2020 para los edificios de titularidad privada—. Por otra parte, la Directiva 2012/27/UE endurece los requisitos para aproximarse a los objetivos establecidos para 2020, potenciando la rehabilitación del parque residencial y comercial, tanto público como privado, mediante la creación de instrumentos financieros e incentivos fiscales. Los requisitos de eficiencia energética en los edificios se regulan en el caso español en el Documento Básico del Código Técnico de la Edificación (DB-HE) relativo al Ahorro Energético (36) (37).

(36) *Vid.* la Orden FOM/1635/2013, de 10 de septiembre, por la que se actualiza el Documento Básico DB-HE «Ahorro de Energía», del Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo y la Orden FOM/588/2017, de 15 de junio, por la que se modifican el Documento Básico DB-HE «Ahorro de energía» y el Documento Básico DB-HS «Salubridad», del Código Técnico de la Edificación. *Vid.* asimismo el Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía.

(37) De conformidad con el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios (que transpone la Directiva 2002/91/CE y parcialmente la Directiva 2010/31/UE), todos los edificios de nueva construcción y los edificios existentes que sean objeto de compraventa o arrendamiento y los edificios ocupados por una autoridad pública con una superficie superior

Las ciudades bien diseñadas son la forma más eficiente y sostenible de vivir en el planeta (HIDALGO GARCÍA; 2017: p. 23) y conseguir un desarrollo sostenible sin cambiar los procesos de urbanización y edificación y la gestión de los espacios urbanos es literalmente imposible. En España, los gobiernos autonómicos y locales han integrado consideraciones ambientales en sus políticas urbanísticas «pero la realidad demuestra que o bien no se ha hecho con el suficiente convencimiento o bien que la sostenibilidad no se consigue únicamente con un «tuneado ecológico» sino que requiere un cambio estructural de los planteamientos urbanísticos actuales y una gestión estratégica del espacio» (GIFREU FONT, 2013b: p. 9) (38). Para que las ciudades sean más inclusivas, resilientes y sostenibles se precisa una planificación y una gestión urbanas mejoradas y basadas en criterios ecológicamente racionales de urbanización. Pero no solamente. La optimización del suelo, con el fomento de la regeneración urbana, debe ser ambiental, económica y socialmente eficiente (VAQUER CABALLERÍA, 2018: p. 84). La planificación urbanística no puede hacerse exclusivamente a golpe de intereses mercantiles y de espaldas a las múltiples cuestiones vinculadas con el desarrollo urbano y las condiciones de vida de sus habitantes, en particular de los grupos más vulnerables (niños, jóvenes, mujeres, ancianos y personas con discapacidad). Las autoridades locales deben aplicar un enfoque integrado e inclusivo para avanzar en la creación de sociedades sostenibles desde las perspectivas económica, social y ambiental. El tratamiento holístico del desarrollo urbano —que, sin duda, se ve beneficiado por la concienciación y participación ciudadana en la toma de decisiones públicas— proporciona una visión panorámica privilegiada para corregir las disfunciones existentes, favoreciendo la resolución de los problemas y elevando la calidad de vida urbana. La adopción de criterios y determinaciones sobre el uso y destino del suelo debe responder a requerimientos ligados a la creación de empleo, la calidad del aire, la erradicación de la pobreza, la regeneración y renovación de las áreas centrales, la mejora de barrios marginales, la construcción de viviendas, servicios e infraestructuras asequibles y la gestión

a 250 m² frecuentados habitualmente por el público, están obligados a disponer de un certificado de eficiencia energética. *Vid.* el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana en relación con el informe de evaluación de edificios, cuya regulación ha quedado afectada por la STC 143/2017, de 14 de diciembre.

(38) Una muestra de cómo las administraciones subvierten el principio de desarrollo urbanístico sostenible es la STS de 5 de julio de 2012. Dicha sentencia anula la declaración de interés supramunicipal de zona de interés regional para el desarrollo de una ecociudad en suelo no urbanizable de especial interés paisajístico. El Tribunal considera que la finalidad de dicha clasificación del suelo es preservar los terrenos de su transformación mediante la urbanización y recuerda que también el suelo no urbanizable común tiene un valor ambiental en sí mismo, de manera que para prescindir del mismo deberá existir una causa que lo motive explícitamente.

armónica de las infraestructuras y los espacios urbanos verdes y de las áreas rurales circundantes (39), entre muchos otros.

Es evidente que el compromiso con la sostenibilidad exige que los gobiernos locales reorienten la manera de planificar, adoptando una visión estratégica y no especulativa. El uso del suelo debe responder a requerimientos de compacidad, mejora de la movilidad e inclusividad que promuevan la creación de un hábitat social de vivienda y de espacios públicos accesibles, verdes y de calidad, así como la mixtura de usos que favorezca la multifuncionalidad y, con ella, la interacción social. Este enfoque de ordenación urbana diametralmente alejado del modelo anglosajón de ciudad difusa ha dado nombre a un movimiento, el «crecimiento inteligente», que aboga por una calificación urbanística del suelo favorecedora de la diversificación de usos, repudia el modelo de «barrios dormitorio» y alienta la movilidad no motorizada y el fomento de infraestructuras para transeúntes y ciclistas (40). En tanto que espacios generadores de oportunidades, las ciudades también deben propiciar el desarrollo de economías dinámicas e inclusivas, aprovechando las ventajas competitivas del territorio (economías de escala, recursos, patrimonio) y fomentar la innovación, las actividades con valor añadido y las modalidades de consumo y producción sostenibles. Y todo ello mediante el uso eficaz y sostenible de los recursos naturales, la protección de los ecosistemas urbanos y de los espacios rurales en continuidad y el fomento de las energías y las tecnologías no contaminantes.

Los planificadores urbanos han examinado los efectos comparativamente atenuantes de los patrones de asentamiento urbano de alta densidad sobre las emisiones de gases de efecto invernadero, llegando a la conclusión de que la vida en la ciudad compacta es más eficiente y genera menos emisiones por hogar que en las áreas de baja densidad (PRASAD *et al.*, 2009: p. 82). Ciudades como Vancouver (con su programa *EcoDensity*) (41) y Sydney han puesto de

(39) Si bien los programas urbanos forestales y las iniciativas de plantación de árboles son aplicados en muchas ciudades para mitigar los efectos del cambio climático, mucho más desconocido es su papel para incrementar la capacidad de adaptación y resiliencia urbana, lo que constituye un nuevo paradigma que requiere un cambio en el modelo de gestión para asegurar su efectividad (NATÁRIO, 2017: p. 859).

(40) El Smart Growth cubre una variedad de estrategias de crecimiento urbano que persiguen la protección del medio ambiente y de la salud de las personas, además de promover comunidades más atractivas, económicamente fuertes y socialmente diversas. Este movimiento, situado en las antípodas del fenómeno de expansión urbana, propone la planificación de espacios urbanos compactos con altas densidades y usos mixtos que garanticen la provisión suficiente de vivienda, a la vez que potencia la movilidad mediante transporte público y vías peatonales y para ciclistas. En línea: <https://www.epa.gov/smartgrowth> (consulta: 21 de julio 2018).

(41) *EcoDensity* es una iniciativa planificadora lanzada en 2007 por el alcalde de Vancouver que defiende un desarrollo urbano más sostenible a través de la densificación de

relieve los beneficios del modelo compacto de ciudad a la hora de adoptar medidas de resiliencia frente al cambio climático. En el caso australiano, «la densidad extremadamente baja y la población en expansión de Sydney —y la gran huella ecológica que ha resultado de ello— son cuestiones clave para la sostenibilidad y resiliencia de la ciudad. El crecimiento de la población es factible e incluso puede ofrecer beneficios de sostenibilidad en general, pero no si se produce a baja densidad con la expansión concomitante. En comparación con el centro y el este de Sydney, la periferia urbana parece estar entre las áreas más vulnerables a los impactos del cambio climático. Las oportunidades sociales y culturales que ofrece una ciudad más compacta también pueden brindar una mayor capacidad de adaptación y resiliencia a los fenómenos extremos» (CADOGAN 2012: p. 201). Una urbanización compacta que evite el consumo excesivo de suelo es asimismo más respetuosa con el denominado «capital natural» que nos abastece de bienes y servicios ecosistémicos indispensables para nuestra supervivencia y bienestar (clima, petróleo, plantas, agua, aire etc.). Estos recursos y ecosistemas se encuentran ya muy mermados debido a la superpoblación y al consumo masivo del que son objeto y el abuso de políticas de ocupación extensiva de suelo en baja densidad (*urban sprawl*) no hace sino acentuar su degradación.

En consonancia con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (uno de cuyos objetivos universales de sostenibilidad versa sobre ciudades y comunidades sostenibles, Objetivo 11), la Nueva Agenda Urbana (42), que va a constituir la hoja de ruta para el desarrollo de las ciudades durante los próximos 20 años, enfatiza la influencia recíproca de la urbanización y el desarrollo («el desarrollo urbano y territorial sostenible es un elemento indispensable para alcanzar el desarrollo sostenible»), poniendo en valor los beneficios de una «buena urbanización» como medio para promover la prosperidad y la calidad de vida de sus residentes. El Documento profundiza en el enfoque adoptado por la Declaración de Estambul sobre Asentamientos Humanos (Conferencia Hábitat II de 1996) —focalizada en la creación de asentamientos humanos sostenibles y, muy especialmente, en la garantía de acceso a una vivienda adecuada— y ofrece directrices para orientar el crecimiento sostenible con la ayuda de instrumentos con los que lograr su aplicación efectiva (creación de estructuras administrativas y de gestión específicas, marcos normativos ade-

los barrios existentes. Según ROSOL (2013: p. 2238), se trata de una estrategia discursiva cuyo objetivo es conseguir la aceptación de la densificación por la comunidad, mediante un crecimiento inteligente que se propone como solución de sostenibilidad urbana. Los opositores a la iniciativa, en cambio, han cuestionado la equivalencia de la densidad con la calidad de vida, la asequibilidad y la sostenibilidad.

(42) Documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III), celebrada en 2016 en Quito (Ecuador).

cuados, políticas y planes de ordenación territorial integrados, mecanismos de cooperación y apoyo recíproco entre ciudades y asentamientos humanos de diferentes escalas, enfoque participativo, etc.). El ideal urbano es definido en virtud de un conjunto de características. Así, las ciudades y los asentamientos humanos deben ser «justos, seguros, sanos, accesibles, asequibles, resilientes y sostenibles». El documento es muy exhaustivo en lo que a medidas programáticas se refiere, ahonda en las prioridades señaladas en otros acuerdos y documentos (provisión de servicios básicos, igualdad de oportunidades, erradicación de la pobreza, respeto de los derechos humanos...) y resalta la importancia de incidir en aspectos como la gobernanza urbana, el cambio climático y la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, el uso de energías renovables, la planificación urbana (43) y la reducción del riesgo y la resiliencia urbana. En España, existen diversas iniciativas comprometidas en la formulación de unos criterios para integrar la adaptación del cambio climático en el planeamiento urbanístico, como el Proyecto EGOKI, impulsado por la Red Navarra de Entidades Locales Hacia la Sostenibilidad (44).

V. ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO Y RESILIENCIA: LA CAPACIDAD DE LAS CIUDADES DE ANTICIPARSE AL RIESGO DE DESASTRES Y MINIMIZAR SU IMPACTO A NIVEL LOCAL

1. El concepto de resiliencia aplicado a los sistemas urbanos

La lucha contra el cambio climático se mueve en dos dimensiones distintas, pero palmariamente complementarias. Las administraciones llevan a cabo *acciones de mitigación* que reducen la emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera; pero a pesar de la implicación de todos, los logros conseguidos son insuficientes y distan mucho de permitir alcanzar los objetivos marcados por los acuerdos adoptados en el contexto internacional y de la Unión Europea. Los futuros escenarios de cambio climático son ya una evidencia y por este motivo las *acciones de adaptación* al mismo, analizando impactos y vulnerabilidades, son del todo imprescindibles, como se puso de manifiesto en el «Programa de trabajo quinquenal sobre los aspectos científicos, técnicos y socioeconómicos de los efectos, la vulnerabilidad y la adaptación al cambio climático» (Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Montreal,

(43) Vid. las Directrices Internacionales sobre Planificación Urbana y Territorial adoptadas por el Consejo de Administración de ONU-Hábitat (Resolución 25/6, de 23 de abril de 2015).

(44) Vid. GÓMEZ GIMÉNEZ, Maribel (2018), *Proyecto EGOKI: adaptar el urbanismo al cambio climático e impulsar el aprendizaje compartido a escala local*, Centro Nacional de Educación Ambiental (CENEAM). Consultable en: https://www.mapama.gob.es/es/ceneam/articulos-de-opinion/2018-05-maribel-gomez-jimenez_tcm30-448173.pdf.

2005). *A posteriori* se han ido desarrollando otras iniciativas que han incidido igualmente en la necesidad de gestionar el riesgo de los impactos climáticos inevitables, como el Marco de Acción de Hyogo 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres (UN, 2005), el Libro Blanco «Adaptación al cambio climático: Hacia un marco europeo de actuación» (2009), la Estrategia Europea de Adaptación al Cambio Climático (2013), el Tercer Programa de Trabajo del Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático 2014-2020 (2014) y el Pacto de los Alcaldes para el Clima y la Energía Sostenible (2015). La adaptación supone un ajuste de los sistemas humanos o naturales a un ambiente nuevo o cambiante (45), incrementando la resistencia de la comunidad a los cambios. Nótese que la capacidad de adaptación de una sociedad está estrechamente conectada con su desarrollo social y económico, así pues, se encuentra desigualmente distribuida entre las sociedades —y también dentro de ellas, de manera que, por ejemplo, la reducción de la pobreza, con la mejora de la vivienda, la infraestructura y los servicios cívicos básicos, es fundamental para la adaptación—. Dicha capacidad es dinámica y está influenciada por la base productiva de la sociedad, incluidos los activos de capital natural y artificial, las redes y prestaciones sociales, el capital humano, las instituciones, la renta nacional, la sanidad y la tecnología. En consecuencia, existen sinergias entre una adaptación exitosa al cambio climático y un desarrollo local igualmente exitoso (PRASAD *et al.*, 2009: pp. 25-26) (46).

Gestado primigeniamente en el ámbito de las ciencias e ingenierías, la resiliencia es un concepto relacionado con situaciones específicas de riesgo cuya aplicación está actualmente en boga al haber demostrado su utilidad en el contexto de las estrategias públicas de ajuste al cambio climático (47). En el campo de la física, la resiliencia define la elasticidad de los materiales, esto es, su capacidad para recuperar su morfología o estado físico original tras

(45) IPCC (2007), *Climate Change 2007: Synthesis Report. Summary for Policymakers. Assessment of Working Groups I, II and III to the Third Assessment Report of the International Panel on Climate Change*, Cambridge University Press.

(46) Según los autores, las medidas adaptativas pueden clasificarse en cinco categorías: a) la movilidad o reubicación de la población vulnerable lejos de las zonas de inundación y de las laderas propensas a los deslizamientos de tierra; b) el almacenamiento de bienes para solucionar la escasez de alimentos y agua inmediatamente después de un desastre; c) la diversificación, referida a la mancomunación de riesgos entre activos y recursos, como la mixtificación de usos del suelo; d) la mancomunación de activos y recursos, como la distribución de los ingresos de determinadas actividades entre los hogares o la movilización en tiempos de escasez del uso de recursos que se gestionan colectivamente; y e) mecanismos de intercambio y de mercado, como el fomento de grupos de apoyo comunitarios o programas de microcrédito.

(47) La palabra resiliencia proviene etimológicamente del latín *resilio*, verbo intransitivo que indica acción de rebotar, saltar hacia atrás, recular.

someterlos a presión. Este enfoque se ha extendido a las ciencias humanas y sociales, particularmente a la psicología, en cuyo dominio se usa para definir la capacidad de superación de los sujetos que se sobreponen a circunstancias difíciles o ambientes insanos, logrando desarrollarse plenamente como individuos (48). Más concretamente, la resiliencia es, desde esta perspectiva, la habilidad para adaptarse a experiencias traumáticas, enfrentándose a ellas y superándolas, aumentando la resistencia a la fragilidad emocional. En el marco de este proceso, el individuo se transforma, haciéndose más fuerte y resistente para sobrevivir a los desafíos y situaciones de estrés prolongado. La resiliencia no es un atributo o aptitud congénita sino el resultado de una suma de factores individuales o personales (autoestima, mayor grado de autonomía y capacidad de relacionarse...) y ambientales (calidad de la relación parental, existencia de redes de apoyo, entorno cultural...) que influye en la actitud que se adopta frente a las adversidades vitales. El sujeto resiliente no se rinde a fatalismos, sino que adopta una actitud positiva frente a los retos y desafíos que se le plantean (teoría del conductismo vital positivo) (49).

CHELLERI alude a la banalización del concepto con motivo de la proliferación de su denominador común o «capacidad de hacer frente a las perturbaciones» en muchas disciplinas diferentes; aunque en los últimos tiempos, el término «ciudades resilientes» se ha convertido en una palabra de moda, principalmente relacionada con la adaptación urbana al cambio climático (2012: p. 289). En el ámbito de la ecología, el concepto fue utilizado en 1973 por HOLLING en su trabajo *Resilience and stability of ecological systems* para referirse a los procesos mediante los cuales los ecosistemas persisten frente a los cambios. Por sus componentes, las ciudades han sido definidas como sistemas socio-ecológicos debido a la interrelación y dependencia existente entre las comunidades locales y los recursos, siendo conceptualizada la resiliencia, desde esta perspectiva, como la capacidad de un sistema para absorber las perturbaciones y reorganizarse mientras se producen cambios, demostrándose capaz de mantener sus mismas funciones esenciales, su identidad y retroalimentación (FOLKE, 2006: p. 259). La resiliencia se relaciona, pues, con la habilidad de soportar los impactos externos (LEICHENKO, 2011: p. 164).

La resiliencia, según se acaba de apuntar, implica un proceso de adaptación positiva en un contexto adverso o de riesgo. El cambio climático representa

(48) No obstante, esta fortaleza no es sinónimo de invulnerabilidad o resistencia absoluta del sujeto, pues no se trata tanto de salir indemne como de tener la capacidad de recuperarse. De manera que, a pesar de superar la situación traumática, ésta puede acarrearle al sujeto daños emocionales o cognitivos.

(49) La mayor parte de los niños que crecen en ambientes insanos, se transforman en adultos normales que no presentan secuelas, lo que demuestra que son capaces de desarrollar resiliencia en contextos hostiles.

una fuente de riesgo frente a la cual cabe adoptar una gestión resiliente que permita minimizar los impactos y explotar las oportunidades. Así entendida, la resiliencia atiende a la capacidad de los ecosistemas antropizados o naturales de enfrentar el cambio y propiciar una adaptación que permita un desarrollo adecuado, armonizando las necesidades de crecimiento con la protección y preservación de los recursos. Los sectores de actividad y los sistemas ecológicos, económicos y sociales que pueden ser vulnerables en mayor o menor grado al cambio climático son diversos. El Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (2006) es el marco general de referencia para la evaluación de los impactos y vulnerabilidades en los distintos sectores, sistemas y regiones en España (50).

Las ciudades son sistemas complejos permeables al cambio, capaces de adaptarse y evolucionar a medida que lo hacen las circunstancias y el contexto económico, social y ambiental (resiliencia evolutiva), explorando ideas innovadoras. La novedad y la invención son necesarias para que los sistemas puedan seguir siendo dinámicos y funcionales y para crear nuevas estructuras y dinámicas después de un fallo del sistema (ALLEN y HOLLING, 2010: p. 6). Y en este contexto, las ciudades se han convertido en una destacada nueva arena para la experimentación en materia de sostenibilidad (SENGERS, BERKHOUT, WIECZOREK y RAVEN, 2018: p. 24). En consecuencia, la resiliencia puede ser vista como un proceso de adaptación dinámico a los cambios que se van produciendo, pero también como un resultado, que implica la búsqueda de una gestión óptima de los recursos existentes, anticipándose a posibles problemas. En todo caso, sea cual sea la perspectiva desde la cual se la observe, la resiliencia simboliza el avance y el progreso frente al inmovilismo o la negación del cambio climático (51).

2. La evaluación y planificación por los gobiernos locales del riesgo de desastres

La resiliencia debe ser una cualidad esencial de los gobiernos locales, que están obligados a garantizar servicios en condiciones a los ciudadanos. Para lograr el mantenimiento de unos niveles aceptables de funcionamiento

(50) Los sectores y sistemas que se integran en el Plan son los siguientes: biodiversidad, recursos hídricos, bosques, sector agrícola, zonas costeras, caza y pesca continental, zonas de montaña, suelo, pesca y ecosistemas marinos, transporte, salud humana, industria y energía, turismo, finanzas y seguros, urbanismo y construcción.

(51) Es el caso, este último, de Estados Unidos. No obstante, en este país también hay ejemplos en sentido contrario, como Burlington (Vermont), una ciudad de poco más de 42.000 habitantes alimentada exclusivamente con energías renovables: biomasa (45%), hidroelectricidad (30%), eólica (24%) y solar (1%). *El País*, 4 de enero de 2018.

en situaciones adversas, deben reformular los procesos y ajustar sus actuaciones para afrontar el cambio, evitando la generación de impactos negativos y ayudando a las ciudades a prepararse para afrontar los riesgos futuros y garantizar los objetivos de desarrollo. Todo ello requiere un sistema jurídico flexible que permita la adaptación permanente y ofrezca respuestas específicas en función de las circunstancias y necesidades de cada organización, tomando la idea de resiliencia como elemento transversal.

El fenómeno de urbanización masiva convierte a las ciudades en espacios altamente vulnerables ante los efectos adversos del cambio climático y otros peligros (inundaciones, terremotos, sequías, contaminación atmosférica, fenómenos meteorológicos extremos, elevación del nivel del mar...). Debe tenerse en cuenta que los ecosistemas antropizados ofrecen menor resistencia a los efectos del cambio climático frente a los ecosistemas naturales, que tienen una mayor capacidad de regeneración y neutralización de los desequilibrios ambientales. Otro factor que influye en la capacidad de resiliencia urbana es disponer de infraestructuras y servicios públicos apropiados y adaptables que puedan satisfacer las necesidades que se presenten. El fortalecimiento de la resiliencia en la ciudad permite que todos (instituciones, ciudadanos, servicios) se preparen para las consecuencias del desastre, se adapten a ellas y se recuperen con rapidez, de manera que los efectos negativos puedan ser absorbidos por el espacio urbano «en un sentido que resulte en inconvenientes temporales en lugar de en daños a largo plazo» (YARO y KOORIS, 2012: p. 22). La adaptación a los cambios puede conseguirse con acciones reactivas o bien proactivas, mediante estrategias a largo plazo. Para desarrollar una gestión resiliente que permita combatir los desafíos del cambio climático, los gobiernos locales deben experimentar con nuevas habilidades y competencias, propiciando respuestas proactivas que permitan superar los retos que plantea este nuevo escenario y aprender de ellos como medio para fortalecer el territorio. En este contexto, la creación de estructuras administrativas *ad hoc*, conformadas por técnicos de las diversas áreas de actuación municipal y otros agentes públicos y privados, que puedan beneficiarse de un enfoque transversal en el análisis de los riesgos es una parte importante de la estrategia para generar resiliencia (52). Una gestión resiliente requiere el desarrollo de nuevas cualidades y actitudes entre las cuales se pueden citar la capacidad de organización, la asertividad, la

(52) Un ejemplo de ello son las Mesas de Resiliencia Urbana de Barcelona. Vid. COMISSIÓ ECOLOGIA, URBANISME I MOBILITAT (2016), *Mesura de Govern: Resiliència Urbana*, Barcelona: Ajuntament de Barcelona (34 pp.), p. 13 y ss. Vid. también MAGRINYÀ, Francesc y DE BALANZÓ, Rafael (2015), « Innovación social, innovación urbana y resiliencia desde una perspectiva crítica: el caso de la autoorganización en el espacio urbano de Barcelona», en Joan SUBIRATS y Ángela GARCÍA BERNARDOS (eds.) *Innovación social y políticas urbanas en España. Experiencias significativas en las grandes ciudades*, Barcelona: Icaria Editorial, pp. 59-93.

iniciativa y grandes dosis de creatividad ante las exigencias de la protección ambiental para transformar la adversidad en oportunidad. Es por ello que la ciudad resiliente está plenamente vinculada al modelo de ciudad inteligente, que explota las oportunidades de la digitalización y las nuevas tecnologías en su provecho. En todo caso, la resiliencia debe plantearse como un proceso interactivo y dinámico a partir de la relación entre el hombre y el medio en el que habita.

Los desafíos existentes deben transformarse en oportunidades de innovación y mejora del funcionamiento de los servicios, en especial del ciclo del agua, la gestión de residuos, la energía y el transporte. La experimentación se convierte en un instrumento valioso que permite, en caso de éxito, que las iniciativas puedan replicarse en otros territorios, mediante la transferencia del conocimiento de buenas prácticas para favorecer una mejora continua (*benchmarking*). En el marco de los acuerdos adoptados por los estados en la arena internacional y europea, los gobiernos locales están más preparados que aquellos para adoptar medidas con un impacto de mayor visibilidad para los ciudadanos y con unos efectos más inmediatos. En este sentido, las administraciones locales constituyen el nivel ideal para ser laboratorios de experimentación sobre la base de un análisis exhaustivo de los indicadores y factores de riesgo existentes en las formas de gestión actual de los recursos y la consecuente propuesta de dinámicas y estrategias que puedan influir positivamente en la minoración de ese riesgo. En un entorno cambiante y cada vez más proclive a los desastres naturales (53), es imperativo promover una cultura resiliente y comprometida con la sostenibilidad, que anticipe iniciativas innovadoras. Estas estrategias suelen tener carácter preventivo, pero también pueden actuar como reactivo con el fin de que los ecosistemas se recuperen y retornen a su estado.

(53) Como apunta Smart Growth America, «Las tormentas, las inundaciones, las sequías, los deslizamientos de tierra y los incendios forestales han afectado a miles de personas, familias, empresas y comunidades en los Estados Unidos en los últimos años. 2012 se destaca como particularmente devastador, con el huracán Sandy matando a 117 personas, desplazando a aproximadamente 776.000 residentes en la región noreste y causando daños estimados en \$50.000 millones. Mientras que Sandy recibió mucha atención, un total de 28 estados tuvieron declaraciones federales de desastres importantes ese año: las inundaciones afectaron a miles de personas en Nuevo México y Vermont; los incendios forestales causaron estragos en las comunidades de Montana, Oklahoma y Colorado; los tornados destruyeron pequeños pueblos en Kansas, Tennessee e Indiana; y el huracán Isaac se estrelló contra las costas de Alabama, Mississippi y Louisiana. Además, hubo muchos otros desastres, declaraciones de emergencia, situaciones de gestión de incendios y otros eventos importantes respecto de los que no procedía una declaración presidencial. Y desafortunadamente, se espera que la frecuencia y la gravedad de los eventos climáticos extremos aumenten en los próximos años». Smart Growth America: *Building Resilient States: A Framework for Agencies*, octubre 2015, p. 4.

Muchas amenazas, aun habiendo sido pronosticadas, no pueden ser evitadas, pero su gravedad puede ser minimizada mediante un sistema de gestión de riesgos. En el pasado, las políticas de adaptación al cambio climático y las relativas a la reducción del riesgo de desastres y protección civil se han desarrollado por separado, cuando en realidad se superponen en gran medida, lo que explica que compartan muchos instrumentos técnicos y métodos de trabajo. En consecuencia, estas políticas han ido considerándose de manera sistemática, coherente e integrada como un elemento de sus instrumentos de ordenación urbanística (UNISDR, 2009: p. 2) (54). Como hemos apuntado, la resiliencia no está ligada exclusivamente a la gestión del desastre (respuesta reactiva), sino que ha adoptado un enfoque proactivo que se extiende a la «gestión del riesgo de desastres» centrado en la reducción de la exposición a las amenazas de origen natural o antrópico y los riesgos ambientales, tecnológicos y biológicos conexos con el fin de disminuir la vulnerabilidad de las personas y los bienes y conseguir una gestión racional de la tierra y el medio ambiente, y la mejora de la preparación y la alerta temprana ante eventos adversos. Esta perspectiva es una de las aportaciones más destacadas del Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, adoptado en la tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas (Sendai, Japón, 2015) (55).

(54) Vid. asimismo BASHER, Reid (2005), *Making Disaster Reduction an Adaptation Policy*, Integrated Development and Climate Policies: How to Realice Policies at National and International Levels Workshop.

(55) Como antecedentes del Marco de Sendai pueden citarse el Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Construyendo la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres, la Estrategia Internacional para la Reducción de los Desastres (1999), la Estrategia de Yokohama para un Mundo Más Seguro: Directrices para la prevención de los desastres naturales, la preparación para casos de desastre y la mitigación de sus efectos (1994) y el Marco Internacional de Acción del Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales (1989). La adaptación y gestión de desastres cuenta también con una estructura institucional entre la que podemos citar el Fondo Mundial para la Reducción de Desastres y la Recuperación (Global Facility for Disaster Reduction and Recovery, GFDRR). Se trata de una agencia internacional que presta asistencia a los países en vías de desarrollo que buscan reducir su vulnerabilidad a las amenazas naturales y al cambio climático. Asimismo, contribuye a la implementación del Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres ayudando a los países a integrar la gestión del riesgo de desastres y la adaptación al cambio climático en las estrategias de desarrollo y los programas de inversión y a recuperarse de los desastres de manera rápida y eficaz (<https://www.gfdr.org/en>). Por su parte, la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR) fue establecida en 1999 para facilitar la aplicación de la Estrategia Internacional para la Reducción de los Desastres (EIRD) y actualmente tiene como objetivo reducir los daños causados por peligros naturales como terremotos, inundaciones, sequías y ciclones, a través de políticas preventivas. Con carácter bianual desde 2007, la UNISDR organiza la Plataforma Mundial para la Reducción de los Desastres, focalizada en la reducción del riesgo de desastres y el fomento de la resiliencia. La próxima edición se celebrará en mayo de 2019 en Ginebra bajo el tema «El dividendo de la Resiliencia: Hacia sociedades sostenibles e inclusivas» (<https://www.unisdr.org>).

Como apunta el Documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Rio+20 (2012) «El futuro que queremos», la planificación urbana debe tener en cuenta «la reducción de los riesgos de desastre, la resiliencia y los riesgos derivados del cambio climático» (p. 29).

Hemos afirmado que buena parte de los riesgos globales del cambio climático los padecerán las ciudades (ecosistemas, activos, economías y residentes). Sus implicaciones también llegan a los ámbitos económico (turismo, agricultura, pesca, transporte) y social (problemas sanitarios, provisión de servicios básicos, desplazamiento de comunidades), aunque los impactos ambientales sean los más evidentes. Los fenómenos meteorológicos y climáticos extremos se han multiplicado en las últimas décadas, por lo que los sistemas urbanos deben prepararse para afrontar los efectos de olas de calor y estrés térmico, terremotos, precipitaciones intensas, inundaciones, sequías, contaminación del aire, escasez de agua potable, etc. y recuperarse de las mismas en un tiempo razonable. Para que las consecuencias de estos fenómenos potenciales no se cronifiquen, es necesario que los entornos urbanos puedan disponer de herramientas que les permitan incrementar su capacidad de afrontar los impactos severos producidos por el cambio climático y de adaptarse a los mismos para garantizar la seguridad de sus residentes, así como para mantener la continuidad de sus activos económicos. Entre estas herramientas, la evaluación preventiva de los diversos escenarios posibles y la consiguiente planificación a largo plazo se convierten en elementos esenciales para transformar ciudades simplemente sostenibles en ciudades asimismo resilientes, ampliando la perspectiva de las políticas de protección ambiental. La incorporación de una dimensión resiliente en las políticas urbanas permite garantizar la inclusión de los grupos más vulnerables, precisamente los que están más expuestos y resultarían más afectados por los impactos y desastres naturales provocados por el hombre, debido a la fragilidad de sus viviendas y a los asentamientos informales donde se instalan, así como a la falta de recursos para recuperarse de desastres y catástrofes. La planificación urbana debe abordar las causas del cambio climático para predecir sus consecuencias y atajarlas de forma proactiva, en la medida de lo posible (mitigación) y para adaptarse a las que resulten inevitables (adaptación), mejorando su capacidad para absorber y recuperarse lo antes posible de cualquier impacto o estrés potencial.

La evaluación de los riesgos es esencial para establecer medidas de adaptación y crear resiliencia. Obviamente, estos riesgos no permanecen estáticos, sino que van mutando e incrementándose exponencialmente conforme aumenta el calentamiento global, de manera que, con la creciente elevación de temperatura, muchos ecosistemas van a entrar en situación de elevado riesgo de cambios abruptos e imparable. Así, los expertos alertan de que tanto los arrecifes de coral de aguas cálidas como los ecosistemas árticos ya están experimentando cambios irreversibles y pronostican que existe un nivel

de confianza alto en cuanto a que el calentamiento sostenido por encima de un cierto umbral —más de 1 °C y menos de 4 °C— propiciaría la pérdida casi completa del manto de hielo de Groenlandia durante al menos un milenio, causando una elevación media mundial del nivel del mar de hasta 7 metros (56). El IPCC ha detectado un conjunto de riesgos de alta probabilidad para los sistemas naturales y humanos asociados al clima —ya se trate de riesgos existentes cuya probabilidad aumenta o de la generación de nuevos riesgos conexos a los cambios climáticos producidos— que deberían ser objeto de políticas de adaptación y resiliencia. La mayoría tienen un alcance territorial o material particular, circunscrito sobre todo a países pobres y subdesarrollados, para los cuales estos riesgos constituyen verdaderos retos, en tanto que otros riesgos pueden producir un efecto en cascada. Sin discriminar por regiones y sectores, dichos riesgos son los siguientes:

1.— Riesgo de muerte, lesión, mala salud o desorganización de los medios de subsistencia en zonas costeras bajas, pequeños estados insulares en desarrollo e islas pequeñas, debido a mareas meteorológicas, inundaciones costeras y elevación del nivel del mar.

2.— Riesgo de mala salud grave y desorganización de los medios de subsistencia para grandes poblaciones urbanas debido a inundaciones continentales en algunas regiones.

3.— Riesgos sistémicos debido a episodios meteorológicos extremos que provocan el colapso de redes de infraestructuras y servicios esenciales como la electricidad, el suministro de agua y servicios de salud y de emergencia.

4.— Riesgo de mayor mortalidad y morbilidad durante períodos de calor extremo, particularmente para poblaciones urbanas vulnerables y personas que trabajan en el exterior en zonas urbanas y rurales.

5.— Riesgo de seguridad alimentaria y fallo de los sistemas alimentarios relacionados con la variabilidad y los extremos del calentamiento, la sequía, la inundación y la precipitación, especialmente para las poblaciones pobres de los entornos urbanos y rurales.

6.— Riesgo de pérdida de medios de subsistencia e ingresos en las zonas rurales debido al insuficiente acceso al agua potable y agua para el riego y

(56) Vid. el Informe *Cambio Climático 2013. Bases Físicas* (2013), del Grupo de Trabajo I del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), un organismo intergubernamental creado en 1988 por la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Según el IPCC, la influencia humana en el calentamiento de la atmósfera y el océano observado desde mediados del siglo XX, en alteraciones en el ciclo global del agua, en reducciones de la cantidad de nieve y hielo, en la elevación media mundial del nivel del mar y en cambios en algunos fenómenos climáticos extremos es evidente, pp. 17 y 29.

a una reducida productividad agrícola, en particular para los agricultores y ganaderos con poco capital en las regiones semiáridas.

7.– Riesgo de pérdida de ecosistemas y biodiversidad marinos y costeros, y de los bienes, funciones y servicios ecosistémicos que proporcionan para obtener medios de subsistencia en la costa, especialmente para las comunidades pesqueras en los trópicos y en el Ártico.

8.– Riesgo de pérdida de ecosistemas y biodiversidad acuáticos terrestres y continentales, y de los bienes, funciones y servicios ecosistémicos que proporcionan para los medios de subsistencia (57).

Las proyecciones sobre los impactos del cambio climático varían asimismo en función de la zona geográfica. Por ejemplo, en Europa, estos impactos se harán notar en diversos ámbitos como los ecosistemas terrestres y marinos, la erosión costera y la producción de alimentos y medios de subsistencia. Así, y sin ánimo de exhaustividad, se producirá un retroceso de los glaciares, el adelanto de la fructificación en los árboles de regiones templadas y boreales, el aumento de la colonización de especies vegetales alóctonas, la anticipación de la llegada de las aves migratorias, el desplazamiento ascendente del límite arbóreo en Europa y el aumento de las zonas forestales quemadas en los últimos decenios en Portugal y Grecia —más allá de los cambios debidos al uso del suelo—, el desplazamiento hacia el norte y a mayor profundidad en la distribución de muchas especies de peces de los mares europeos y la expansión de las especies de agua templada en el Mediterráneo, al margen de los cambios debidos a los impactos de las especies invasoras y el ser humano. También se detecta un cambio en las causas de mortalidad en Inglaterra y Gales (que dejarán de estar relacionadas con el frío y pasarán a estarlo con el calor), impactos en los medios de subsistencia de los sami en el norte de Europa, estancamiento del rendimiento del trigo en algunos países a pesar de la mejora de la tecnología —a la vez que se producirá un impacto positivo en el rendimiento de algunos cultivos, principalmente en el norte de Europa— y la expansión del virus de la fiebre catarral ovina o lengua azul y de las garrapatas en determinadas partes de Europa (58).

(57) Los riesgos de impactos totales a nivel global en la biodiversidad de la Tierra como en la economía general global son moderados para un calentamiento adicional entre 1 y 2 °C, mientras que para un calentamiento de cerca de 3 °C el riesgo de pérdida amplia de biodiversidad con destrucción conexas de bienes y servicios ecosistémicos es alto. IPCC, *Cambio Climático 2014. Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Contribución del Grupo de Trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático* (2014), pp. 12 y 13.

(58) Vid. el cuadro sobre los impactos atribuidos al cambio climático en las ocho principales regiones del mundo, elaborado a partir de los datos que figuran en las publicaciones científicas desde el Cuarto Informe de Evaluación. IPCC, *Cambio Climático 2014. Impactos, adaptación y vulnerabilidad*, op. cit., p. 29 y ss.

Los actuales modelos de desarrollo económico y social incrementan la exposición y la vulnerabilidad, y con ello pueden agravar el riesgo. Los patrones de consumo insostenible de suelo y otros recursos naturales, la urbanización de la costa o de zonas propensas al riesgo, la contaminación, la presión sobre los ecosistemas, la fragmentación del paisaje, el mal estado de muchas infraestructuras... todos ellos son factores que llevan inherentes amenazas naturales o provocadas por el hombre. Habitualmente, el cambio climático genera amenazas de desastres de baja o media intensidad, pero a medida que se recrudecen sus efectos, los desastres son cada vez de mayor calibre. Basta pensar, por ejemplo, en los fenómenos meteorológicos que han afectado recientemente a diversas zonas de los Estados Unidos. Se pone de manifiesto, pues, que el riesgo de tormentas, inundaciones, olas de calor y sequías, por citar algunos fenómenos, es una tendencia al alza. En este contexto, la responsabilidad de los gobiernos locales se centra en anticipar, gestionar y reducir el riesgo de desastres. El Documento «Cómo desarrollar ciudades más resilientes» (2012) identifica diez tareas esenciales que deben implementar los gobiernos locales para lograr ciudades resilientes, estos son (59):

1.- Necesidad de una organización administrativa adecuada y coordinada para hacer frente al riesgo de desastre a nivel local, contando con la participación de los ciudadanos.

2.- Disponer de un presupuesto y ofrecer incentivos a la población, los sectores económicos y el sector público para que inviertan en la reducción de los riesgos que les afectan.

3.- Actualizar permanentemente la información sobre amenazas y vulnerabilidades, tomándola en consideración en la planificación y las decisiones públicas. Toda la documentación relativa a la resiliencia debe estar a disposición de los ciudadanos.

4.- Invertir y mantener una infraestructura que reduzca el riesgo y pueda enfrentar el cambio climático.

5.- Evaluar e incrementar la seguridad de centros docentes y sanitarios.

6.- Fiscalizar el cumplimiento de las normas y planes que contengan determinaciones relativas al riesgo, localizar terrenos seguros para los ciudadanos de bajos ingresos y, cuando sea factible, adecuar los asentamientos informales.

7.- Establecer programas educativos y de capacitación sobre la reducción del riesgo de desastres, tanto en las escuelas como en las comunidades locales.

(59) Naciones Unidas (2012), «Cómo desarrollar ciudades más resilientes. Un Manual para líderes de los gobiernos locales. Una contribución a la Campaña Mundial 2010-2015. Desarrollando ciudades resilientes – ¡Mi ciudad se está preparando!», Ginebra: Naciones Unidas, p. 26 y ss.

8.– Proteger los ecosistemas y las zonas naturales de amortiguamiento para mitigar las amenazas consecuencia del cambio climático (inundaciones...).

9.– Instalar sistemas de alerta temprana y desarrollar las capacidades para la gestión de emergencias en la ciudad, llevando a cabo simulacros en los que participe toda la población.

10.– Después de un desastre, priorizar la satisfacción de las necesidades de los sobrevivientes, la reconstrucción de sus hogares y sus medios de sustento.

«La adaptación al cambio climático se entiende a veces como una estrategia para prevenir todos los efectos adversos del cambio climático actual y futuro. Este objetivo supone implícitamente un mundo perfectamente adaptado a las condiciones climáticas actuales, que conozca perfectamente el cambio climático futuro y que disponga de abundantes recursos para la adaptación. Estas suposiciones son claramente poco realistas» (FÜSSEL, 2007: pp. 268-69) y por ello los procesos de evaluación son determinantes. La adaptación al cambio climático puede desarrollarse de forma autónoma, como plan o estrategia con entidad propia (60) o incorporarse como una nueva perspectiva en las políticas municipales con carácter transversal (61). Los instrumentos específicos de reducción del riesgo de desastres (políticas, planes, programas...) deben establecer procesos de evaluación de la vulnerabilidad de las ciudades frente al clima y sus repercusiones, así como controles periódicos de estos riesgos, teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de ciertas ciudades en función de su localización geográfica (zonas costeras, zonas de riesgo sísmico, zonas proclives a aludes...). En cuanto a las políticas sectoriales más idóneas para minorar la vulnerabilidad urbana, estas son las que afectan directamente al territorio. Una forma de integrar en la planificación de ordenación territorial y urbanística medidas de reducción del riesgo de desastres y adaptación al cambio climático, así como de mitigación de sus efectos, es mediante la propuesta de modelos de ocupación y uso del suelo que atiendan a las circunstancias y datos climáticos para un mejor aprovechamiento de esas medidas y para prevenir la erosión y degradación de los recursos naturales. En este sentido, los municipios deben garantizar la suficiencia de recursos hídricos en la ejecución de proyectos urbanísticos y perseverar en el establecimiento

(60) Se han confeccionado numerosas guías para la formulación de planes de adaptación. En el ámbito europeo puede citarse la guía elaborada por la Comisión Europea: European Commission. SWD (2013) 134 final. *Guidelines on developing adaptation strategies*. En el ámbito local: Estrategia Local de Cambio Climático. *Guía práctica para la aplicación de la estrategia Local de cambio climático. Los municipios frente al cambio climático*. En línea: <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0686379.pdf> (consulta: 20 de julio 2017).

(61) FELIÚ TORRES *et al.* (2015), *Guía para la elaboración de Planes Locales de Adaptación al Cambio Climático*. Madrid: Oficina Española de Cambio Climático. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, p. 10.

de determinaciones más estrictas en el planeamiento, como la imposición de fuertes restricciones a la edificación en zonas potencialmente peligrosas (suelos inundables o con fuertes pendientes) (62). Evitar asentamientos ilegales y acudir a la rehabilitación y renovación de barrios degradados y marginales y de enclaves de infravivienda, promoviendo la construcción de edificios, servicios e infraestructuras más resistentes y de mayor calidad es otra recomendación. En cuanto al nivel organizativo y de toma de decisiones, es conveniente reforzar la gobernanza local y la participación ciudadana en la planificación urbana, puesto que el intercambio de información y conocimiento es esencial para concienciar a la población de las amenazas a las que se enfrenta la ciudad, como primer paso para desarrollar una actitud resiliente. Esa participación ciudadana refuerza la confianza en las instituciones e involucra a todos en la decisión tomada. También es recomendable el establecimiento de estructuras y sistemas de gestión del riesgo y de desastres que permitan una respuesta rápida y eficaz frente adversidades concretas. Dada la situación de vulnerabilidad a la que se expone la población por estas causas, en el posterior proceso de recuperación postdesastre, los servicios básicos deben ser restablecidos a la mayor brevedad, de conformidad con el principio de «reconstruir mejor» (63).

Como decimos, las estrategias de adaptación al cambio climático pueden desplegarse en el marco de distintos programas e iniciativas, como los planes urbanísticos o, particularmente, los planes de gestión del riesgo del desastre, que buscan optimizar los recursos existentes en un contexto adverso. Las autoridades locales deben realizar un diagnóstico introspectivo de vulnerabilidad, identificando y evaluando los riesgos de amenazas y mejorando la alerta temprana, utilizando la innovación para construir una cultura de resiliencia y

(62) La normativa urbanística establece directrices de protección frente a riesgos naturales y tecnológicos, inundaciones y terrenos con pendiente elevada. El planeamiento tiene que preservar de la urbanización y la edificación las zonas de riesgo para la seguridad y el bienestar de las personas, salvo que se prevea la ejecución de obras vinculadas a la protección y la prevención de los riesgos y garantizar que los desarrollos urbanos satisfacen las necesidades básicas de las personas. No obstante, la realidad está plagada de casos en los que no se respetan estas medidas legales, con el consiguiente riesgo para los residentes. Por lo que respecta a la suficiencia hídrica, cabe apuntar que los tribunales han dictado diversas sentencias anulando la aprobación de planes urbanísticos por esta causa. Así, por ejemplo, la STS de 8 de noviembre de 2016 anula el Plan General de Ordenación Urbana de Santander por no quedar garantizada la suficiencia de los recursos hídricos necesarios para abastecer a la población, al haberse anulado el proyecto de Bitrasvase del Ebro.

(63) Para un examen de las distintas estrategias en materia de suelo y construcción que pueden adoptar los gobiernos locales para preparar a sus ciudadanos frente al impacto del cambio climático, *vid.* EPA: *Smart Growth Fixes for Climate Adaptation and Resilience: Changing Land Use and Building Codes and Policies to Prepare for Climate Change*, (2017). En línea: <https://www.epa.gov/smartgrowth/smart-growth-fixes-climate-adaptation-and-resilience> (consulta: 9 julio 2018).

reducir los factores de riesgo subyacentes. Para ello, es importante determinar aspectos como la estructura gubernamental, la localización geográfica, las características de la ciudad (población, densidad, patrones de ocupación de suelo, construcciones ilegales, edificios antiguos y ruinosos, actividades económicas, zonas inundables, medición termográfica de suelos y fachadas...) y los recursos financieros con que se cuenta, entre otros aspectos, que son indicadores de las vulnerabilidades existentes y del tipo e intensidad de los riesgos que deberá enfrentar la ciudad. Identificadas las amenazas, esta evaluación permitirá determinar el nivel de riesgo y el alcance de su impacto y relevancia en el conjunto del sistema urbano y determinar la vulnerabilidad y la capacidad de adaptación de cada uno de sus componentes y, una vez completado este proceso, establecer las medidas de adaptación que deben implementarse a fin de lograr una respuesta eficaz a nivel local (cadenas de impacto ambiental) (64).

Por lo tanto, la resiliencia urbana, lejos de adquirirse repentinamente, constituye un proceso evolutivo de larga distancia que se inicia con la adopción de las estrategias más adecuadas a partir de un diagnóstico del entorno y de las propias vulnerabilidades. Las ciudades construyen su «casa de la resiliencia» (VANISTENDAELE y LECOMTE) condicionadas tanto por sus singularidades y necesidades —que constituyen el revulsivo del cambio— como por su *background* y sus trayectorias de desarrollo urbano. Por ello, ni existe un único modelo de resiliencia ni es fácil que todas las ciudades adopten este tipo de políticas.

(64) A diferencia de lo que ocurre con los estudios sobre impacto y mitigación del cambio climático, la literatura sobre vulnerabilidad y adaptación al mismo es más incipiente y se apoya básicamente en informes de organismos internacionales. Por citar los pioneros y sin ánimo de exhaustividad, *vid.* FEENSTRA, Jan F.; BURTON, Ian; SMITH, Joel B. y TOL, Richard S.J. (eds.) (1998), *Handbook on methods for climate change impact assessment and adaptation strategies*, Nairobi-Amsterdam: United Nations Environment Programme-Institute for Environmental Studies; EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY (2003), *Vulnerability and adaptation to climate change in Europe*, EEA Technical Report núm. 7; WILLOWS, R.I. y CONNELL, R.K. (eds) (2003), *Climate adaptation: Risk, uncertainty and decision-making*, Oxford: UKCIP Technical report; AUSTRALIAN GREENHOUSE OFFICE (2005), *Climate Change. Risk and Vulnerability. Promoting an efficient adaptation response in Australia (Final Report)*, Canberra: Department of Environment and Heritage, 159 pp.; MORITA, Kanako (2006), *Integration of mitigation and adaptation policy frameworks into the UNFCCC process*, Tsukuba (Japan): 11th Asia Pacific Integrated Model Workshop, Tokyo Institute of Technology; SMIT, Barry y WANDEL, Johanna (2006), «Adaptation, Adaptive Capacity and Vulnerability», *Global Environment Change* núm. 126; SHARMA, Anju (2007), *Assessing, predicting and managing current and future variability and extreme events and implications for sustainable development*, El Cairo: UNFCCC Workshop on climate related risks and extreme events under the Nairobi work programme on impacts, vulnerability and adaptation; PERKINS, Bill; OJIMA, Dennis y CORELL, Robert (2007), *A Survey of Climate Change Adaptation Planning*, Washington DC: The H. John Heinz III Center for Science, Economics and the Environment; SHAW, R.; COLLEY, M. y CONNELL, R. (2007), *Climate change adaptation by design. A guide for sustainable communities*, London: TCPA.

El concepto de la trayectoria dependiente o *path dependence* (DAVID, 1985) ilustra muy bien esta idea ya que permite constatar cómo las decisiones que se adoptan por los gobiernos locales en cada ciudad están condicionadas en buena parte por las opciones que se tomaron en el pasado (65). Así visto, la pauta o tendencia que se impone finalmente sobre otras posibles alternativas en las políticas urbanas que guían el proceso de desarrollo de una ciudad (y de su capacidad de resiliencia) se va reforzando y consolidando con el paso del tiempo convirtiéndose en una trayectoria dependiente que marca el futuro de la ciudad y de sus políticas. Esta inercia o resistencia al cambio condiciona la evolución de la ciudad y su capacidad de resiliencia, puesto que «los pasos que se dan en una dirección inducen a nuevos movimientos en la misma dirección» (PIERSON, 2000: p. 252). No obstante, la teoría de *path dependence* es incapaz de explicar por qué son las ciudades y sus áreas circundantes las que presentan una mayor concentración de proyectos y estrategias innovadoras (ATHEY *et al.*, 2008: p. 156). Y es que el desarrollo de las ciudades evoluciona no solo en función de la trayectoria dependiente —que, en consecuencia, condiciona el alcance y las posibilidades de desarrollo futuro—, sino también de los sistemas locales de innovación, que proporcionan la dinámica clave del cambio en las estructuras urbanas (MARTÍN y SIMMIE, 2008: p. 183).

Las autoridades locales están fomentando la adaptación al cambio climático y la mitigación de sus efectos por la vía de fortalecer la resiliencia de las ciudades para que sean capaces de minorar el riesgo y el impacto de los desastres naturales y antropogénicos, reduciendo la exposición a los mismos de la población y de sus bienes. Cabe resaltar que la reducción del riesgo urbano tiene beneficios importantes para las ciudades ya que favorece la generación de oportunidades de negocio y la atracción de inversiones de capital, además de lograr una mayor igualdad social y un modelo urbano ecológicamente más equilibrado. Por ello, es conveniente disponer de un inventario de emisiones de referencia y de una evaluación de riesgos y vulnerabilidades. En el ámbito internacional y europeo han surgido un número considerable de experiencias de planificación proactiva en este sentido: Nueva York (66), San Francisco (67),

(65) El enfoque de la trayectoria dependiente o «*path dependence*» fue teorizado en el marco de la economía evolutiva (proceso de desarrollo tecnológico), pasando luego a aplicarse al ámbito de la ciencia política (institucionalismo histórico), muy especialmente en el análisis comparativo de las políticas sociales del Estado de bienestar. Parte de la idea de que las decisiones y condicionantes del pasado, así como las inercias que estas generan, marcan la pauta del desarrollo y evolución de las políticas públicas futuras.

(66) The City of New York (2013): A Stronger, More Resilient New York. En línea: http://s-media.nyc.gov/agencies/sirr/SIRR_singles_Hi_res.pdf (consulta: 14 diciembre 2017).

(67) City and County of San Francisco (2016): *RESILIENT-San Francisco. Stronger today, stronger tomorrow*. En línea: http://www.ca-ilg.org/sites/main/files/file-attachments/resilient_san_francisco.pdf (consulta: 14 diciembre 2017).

Londres (68), Rotterdam (69), etc. Un ejemplo de esta preocupación por mitigar el cambio climático desde una actitud resiliente es la Red *100 Resilient Cities* (100RC), impulsada por la Fundación Rockefeller, una plataforma de ciudades que trabajan para promover un desarrollo urbano sostenible. Cada una de las ciudades participantes se beneficia de una ayuda de un millón de dólares con el fin de diseñar una estrategia de resiliencia frente a los cambios físicos, sociales y económicos que, entre otros aspectos, se plasme en su organización administrativa. Igualmente, C40 es la red de grandes ciudades de todo el mundo (actualmente cuenta con 86 miembros) establecida en 2005 y entre cuyos objetivos figuran la evaluación del riesgo climático y la construcción de ciudades resistentes. Otro ejemplo es el proyecto europeo RESCCUE (RESilience to cope with Climate Change in Urban arEas), que se desarrolla en las ciudades de Barcelona, Bristol y Lisboa y ofrece un enfoque multisectorial centrado en la gestión del agua (70). El proyecto tiene por objeto la formulación e implementación de un Plan de Acción de Resiliencia que fije estrategias de adaptación en base a la identificación de los escenarios de cambio climático, el análisis de su peligrosidad y del comportamiento de los servicios urbanos ante situaciones críticas —por ejemplo, ante episodios de lluvias torrenciales—, la valoración de los riesgos y la vulnerabilidad y el grado de afectación de los servicios e infraestructuras.

Con la finalidad de aumentar la resiliencia urbana, ONU-Hábitat ha lanzado la iniciativa *City Resilience Profiling Programme* (CRPP), formulada para desarrollar una planificación resiliente e integrada, minimizando el impacto de los desastres naturales en las áreas urbanas y facilitando que las ciudades los asimilen con las menores perturbaciones posibles, además de para dar soporte a los distintos instrumentos que miden la resiliencia a todo tipo de impactos. Los gobiernos locales pueden emplear una herramienta denominada «City Resilience Profiling Tool» con el fin de realizar una autoevaluación de todos los servicios y funciones propios de los asentamientos urbanos, con independencia de su tamaño o ubicación geográfica (infraestructuras, redes de transporte y telecomunicaciones, saneamiento, abastecimiento de agua, etc.). Con ella, se generan valores o perfiles de resiliencia urbana desde un enfoque multidimen-

(68) Mayor of London (2011): *Managing risks and increasing resilience: our adaptation strategy*. En línea: <https://www.london.gov.uk/WHAT-WE-DO/environment/environment-publications/managing-risks-and-increasing-resilience-our> (consulta: 14 diciembre 2017).

(69) Rotterdam Climate Initiative (2013): *Rotterdam Climate Change Adaptation Strategy*. En línea: http://www.rotterdamclimateinitiative.nl/documents/2015-en-ouder/Documenten/20121210_RAS_EN_lr_versie_4.pdf (consulta: 14 diciembre 2017).

(70) Este proyecto dispone de un presupuesto de ocho millones de euros y tiene un plazo de ejecución de 4 años. Forman parte del mismo SUEZ, Naciones Unidas UN-Hábitat, las ciudades de Barcelona, Lisboa y Bristol, así como empresas de servicios (como Endesa), centros de investigación, universidades y pymes.

sional y multipartito, cuyos datos sirven de base para la toma de decisiones en materia de planificación, desarrollo y gestión urbana sostenible mediante el desarrollo del Plan de Acción de Resiliencia que se integrará en el sistema de planificación urbana de la ciudad. Los elementos de los sistemas urbanos que se auditan se estructuran en cinco ejes o atributos clave que son comunes a todo asentamiento urbano: atributos físicos (se refiere a los elementos construidos, que pueden ir desde viviendas y carreteras sin pavimentar hasta el complejo entorno construido de las megalópolis), elementos funcionales (descriptor de procesos y flujos de todo tipo: comerciales, sociales, etc.), estructuras organizativas (cualquier tipo de grupo o asociación humana, ya sea política, corporativa, voluntaria, formal o informal, etc.), atributos espaciales (localización geográfica y distribución morfológica del asentamiento urbano) y eje temporal (que describe la dinámica del sistema urbano). En las mismas coordenadas se mueve la plataforma Urban Resiliencie Hub, un espacio creado en febrero de 2018 para promover el intercambio de conocimientos, buenas prácticas e innovación en el ámbito de la resiliencia, mediante el acceso a experiencias locales y la promoción de campañas, redes y colaboraciones (71).

El mantenimiento de la sostenibilidad ambiental dependerá de la resiliencia del entorno urbano frente al impacto del cambio climático, de su capacidad de regeneración y adaptación. De esta manera, la resiliencia se convierte en una garantía de desarrollo sostenible. No obstante, para garantizar a su vez el diseño e implementación de acciones resilientes es necesario que los estados doten a los gobiernos locales de los recursos financieros necesarios y les otorguen mayor protagonismo en la planificación estratégica nacional.

(71) ONU-Hábitat participa en distintas redes de promoción de la resiliencia urbana, como «Making Cities Resilient Campaign», a través del cual se ha implementado el Marco de Acción de Hyogo, 2005-2015, a nivel local. Se trata de una campaña financiada por la Comisión Europea y lanzada en mayo de 2010 por la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR) de la que forman parte 3.883 ciudades y que, entre otras finalidades, promueve la reducción del riesgo mediante la planificación urbanística. Según esta iniciativa, «Lo que hace a una ciudad resiliente a los desastres puede verse como una combinación de la resiliencia acumulada a través del proceso de urbanización y planificación, por un lado, y el resultado de acciones específicas para reducir el riesgo de desastres por parte de diversos actores, por el otro. Los gobiernos nacionales, las asociaciones de gobiernos locales, las organizaciones internacionales/regionales/no gubernamentales, las asociaciones comunitarias, los donantes, el sector privado, el mundo académico y los ciudadanos pueden participar en el proceso de reducción del riesgo de desastres urbanos, en el que se adoptan medidas específicas para identificar, gestionar y reducir la influencia de las amenazas naturales y de origen humano.» Esta campaña busca sensibilizar a los gobiernos y los ciudadanos sobre los beneficios de la reducción de los riesgos urbanos, identificar las fuentes de financiamiento para invertir en actividades de este tipo e incluirlas en los procesos participativos de planificación del desarrollo urbano y proteger la infraestructura crítica. En línea: <https://www.unisdr.org/campaign/resilientcities/home/index> (consulta: 14 de julio de 2018).

3. Estrategias adaptativas y resilientes de las ciudades frente a los efectos del cambio climático

En un clima más cálido, uno de los riesgos más dañinos que afrontan las áreas urbanas, y el que ha recibido una mayor atención por parte de los expertos en cambio climático, es la subida del nivel global del mar debido al derretimiento de los glaciares terrestres y las capas de hielo y a la expansión térmica de las aguas oceánicas, y sus efectos colaterales (inundación de humedales y zonas bajas, erosión de playas, salinización de ríos, desplazamiento de poblaciones y otras tantas consecuencias económicas). Un reciente estudio del Centro Nacional Oceanográfico de Reino Unido ha alertado sobre los peligros de no cumplir con el objetivo de mantener temperaturas globales por debajo de 2 grados centígrados y ha cifrado en más de 12.000 millones anuales, para 2100, los costes mundiales de reparar los daños provocados por las inundaciones derivadas de la subida del mar. Este estudio también revela que más de 600 millones de personas viven en zonas costeras de baja altitud, a menos de 10 metros sobre el nivel del mar (72). Los costes de este impacto climático serán más elevados para los países que no hayan implantado medidas de adaptación suficiente. Uno de los que soportará mayores costes será China. Diversas ciudades costeras de Estados Unidos y Australia han sido pioneras en la implementación de iniciativas resilientes para adaptarse a los riesgos de los impactos climáticos que inevitablemente van a producirse en un futuro escenario de aumento de las temperaturas, y que incluyen no solo la subida de las aguas, también mareas tormentosas, sequías y escasez de agua, inundaciones, incendios forestales y olas de calor (73). En España, el diagnóstico de la costa española en relación con el cambio climático se contiene en la Estrategia de Adaptación de la Costa a los Efectos del Cambio Climático (2015), que contiene, entre sus objetivos generales, de una parte, incrementar la resiliencia de la costa al cambio climático y a la variabilidad climática y, de otra parte, integrar la adaptación al cambio climático en la planificación y gestión de estas áreas (SANZ LARRUGA, 2016: p. 545) (74).

(72) National Oceanographic Centre (2018), *Flood damage costs under the sea level rise with warming of 1.5 °C and 2 °C*, Environmental Research Letters, DOI: 10.1088/1748-9326/aacc76. Consultable en: <http://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/aacc76>.

(73) Para un análisis de los efectos de la subida de los mares en los países en desarrollo, vid. DASGUPTA, Susmita; LAPLANTE, Benoit; MEISNER Craig; WHEELER, David y JIANPING, Yan (2007), *The Impact of Sea-Rise on Developing Countries: A Comparative Analysis*, Policy Research Working Paper WPS 4136, Washington DC: World Bank, 51 pp.

(74) El incremento de los fenómenos singulares asociados a tormentas y temporales marítimos hace que este sea un tema de especial interés, muy particularmente en España, donde las inundaciones constituyen el mayor riesgo natural. Sobre la incidencia de inundaciones y temporales en el país, así como sobre la formulación de planes de gestión del riesgo de inundación vid., entre otros, PALENCIA, Sergio (2017), «Resiliencia urbana ante inundaciones

Si bien casi todos los gobiernos locales, habitualmente en colaboración o coordinación con los distintos niveles gubernamentales, han elaborado numerosos planes y programas para hacer frente al cambio climático, cabe destacar que muy a menudo estos instrumentos se han focalizado casi exclusivamente en medidas de mitigación a costa de las actuaciones adaptativas. No obstante, las ciudades marítimas o fluviales otorgan una gran importancia a la adaptación climática, en gran medida por las proyecciones existentes en cuanto a la inevitable elevación de los niveles del mar en las próximas décadas, máxime con precedentes como los episodios de inundaciones de la costa este de Inglaterra y del delta holandés en 1953, en las que perecieron cerca de 2.000 personas. Londres es un ejemplo de ciudad adaptativa, que ha tenido en cuenta su vulnerabilidad a las inundaciones y a las fuertes mareas —además de sufrir un leve hundimiento anual— para rediseñar el sistema de diques de contención del río Támesis, cerca del centro financiero de Canary Wharf, que protege a la ciudad de las inundaciones. Esta barrera (Thames Barrier) se compone de diez compuertas móviles huecas situadas a lo ancho del río, que se llenan de agua para reforzar su resistencia cuando están elevadas y se vacían en estado de reposo. Por su parte, Yakarta también presenta problemas de hundimiento (el 40% de la ciudad se encuentra por debajo del nivel del mar) debido a los bajos niveles de las napas subterráneas de los acuíferos agotados, no solo por el elevado consumo de agua —la ciudad cuenta con 30 millones de habitantes—, sino también por el hecho de que una excesiva y mal planificada urbanización impide que el agua pluvial pueda reponer agua subterránea, lo que genera un importante riesgo de que el Mar de Java inunde una gran parte de la ciudad. Además del reforzamiento de los diques marinos existentes a lo largo de la actual línea costera, el National Capital Integrated Coastal Development (conocido como Gran Garuda, el símbolo nacional de Indonesia), elaborado por un consorcio de participación holandesa y aprobado en 2011, prevé la construcción de una fortificación marina externa que protegerá la ciudad ante inundaciones en caso de mareas vivas, así como diversas islas artificiales que sellarán la bahía de Yakarta.

Una estrategia resiliente pasa por diseñar una planificación urbanística a largo plazo que evite perturbar los procesos ecológicos e hidrológicos y facilite la recuperación de espacios y paisajes naturales, además de medidas complementarias como son el refuerzo de dunas y la protección de barreras naturales, como los arrecifes de coral. Con este fin, los elementos constructivos

y temporales marítimos», en *Revista de Obras Públicas*, núm. 3591, pp. 30-39; BERGA, Luis (2017), «Resiliencia territorial frente a las inundaciones», en *Revista de Obras Públicas*, núm. 3587, pp. 74-81; y, en el mismo número, MARQUÍNEZ, Jorge; FERNÁNDEZ IGLESIAS, Elena; COLINA VUELTA, Arturo y GARCÍA DE LA FUENTE, Laura, «Resiliencia territorial ante catástrofes en el cantábrico español», pp. 54-63.

deben estar proyectados espacialmente de forma que permitan adecuadamente el paso del agua, conduciendo la corriente en dirección a los lugares deseados, en lugar de obstaculizarla y crear remolinos y corrientes peligrosas, sin perjuicio de construir barreras de contención permanentes o retráctiles donde convenga. Estas medidas deben incluir el uso de pavimento permeable y el diseño de espacios diáfanos como corredores, cuencas colectoras y canales, así como de espacios verdes que faciliten el drenaje y la recolección de los flujos de agua (75). Las zonas bajas deben quedar al margen de los procesos de transformación urbanística, a la vez que debe fomentarse el traslado voluntario de los residentes a otras zonas más elevadas de la ciudad. Algunas ciudades han propuesto la reubicación forzosa de los residentes de las zonas bajas, pero esta medida no resulta factible si no va acompañada de ayudas y de una mayor participación de la comunidad en la toma de las decisiones que les afectan. Sin olvidar el establecimiento de pautas sobre el desarrollo de la evacuación de residentes en los casos en que esta medida resulte necesaria.

La ciudad de Nueva York es pionera en la adopción de medidas resilientes al aumento del nivel del mar. En 2007, aprobó el PlaNYC 2030, que incorpora medidas de mitigación, como la reducción de la demanda eléctrica mediante el fomento de la eficiencia edificatoria y el suministro ecológico utilizando opciones renovables, así como previsiones urbanísticas en caso de riesgo de inundaciones y lluvias torrenciales, entre las cuales pueden citarse el acomodo de un millón de residentes en lugares de tránsito, la creación de espacios abiertos para facilitar a los residentes el acceso a parques y muelles y la utilización de carreteras y calzadas como reservas temporales del exceso de agua marina o pluvial. El PlaNYC contiene tres recomendaciones explícitas relativas a la adaptación climática: 1) la creación de un equipo intergubernamental para proteger la infraestructura vital; 2) la formulación de planes específicos para vecindarios vulnerables; y 3) la implementación de un proceso estratégico urbanístico para el establecimiento de medidas de adaptación en el conjunto de la ciudad (76).

(75) Un ejemplo de medida preventiva y adaptativa a las inundaciones es el denominado *Ruimte voor de Rivier* (Habitación para el río), un plan implementado durante los años 2005-2016 en las zonas colindantes a los ríos de los Países Bajos. Su finalidad es ampliar el espacio fluvial para poder gestionar adecuadamente los aumentos del nivel del agua. Entre las medidas previstas se incluyen la colocación y reubicación de diques tierra adentro para crear un espacio adicional para la crecida del río, la eliminación de obstáculos, el aumento de la profundidad de los canales de inundación, la reducción de la altura de los canales y la construcción de un «Canal Verde» que permite desviar las inundaciones.

(76) YARO y KOORIS (2012: p. 14). Los autores señalan que, a pesar de los progresos en la implementación de estrategias adaptativas, la región de Nueva York adolece de una estructura de gobierno centralizada y ello repercute negativamente en el desarrollo de una estrategia integral de adaptación para toda el área metropolitana. No obstante, se están haciendo

La costa atlántica del sureste de los Estados Unidos es especialmente vulnerable a la crecida de los mares y en consecuencia también han adoptado pautas resilientes: Florida ha incorporado la adaptación como un criterio de diseño arquitectónico y de ingeniería en las proyecciones urbanas (infraestructuras, edificaciones, construcciones, instalaciones, dotaciones, etc.), mientras que en Carolina del Norte se prohíbe el desarrollo urbanístico de las zonas costeras que en los próximos 30 a 60 años van a quedar erosionadas (Coastal Management Program) (77). En New Orleans, el impacto de los huracanes Katrina y Rita ha creado un gran consenso acerca de la necesidad de prepararse para lo peor. La Bring New Orleans Back Commission propuso la conversión de las áreas situadas por debajo del nivel del mar en áreas verdes y la indemnización de los residentes a precio de mercado para que pudieran reubicarse en terrenos más altos y menos propensos a las inundaciones. No obstante, esta medida no ha podido implementarse por falta de fondos públicos y el New Orleans Master Plan and Comprehensive Zoning Ordinance (2010) apuesta en la actualidad por reducir las inundaciones en los vecindarios mediante la preservación de los humedales dentro y fuera del sistema de sotobosques de la ciudad y, tras la reconstrucción de los diques, propone elevar las casas por encima de los niveles de inundación proyectados para 500 años (por lo general, en una altura de entre 3 y 6 pies) y prohibir el desarrollo urbanístico en áreas de humedales sitiados dentro de los límites de la ciudad. El plan proyecta distintas líneas de defensa ante el avance del mar, como humedales y barreras costeras, diques y bombas, mejoras en el drenaje interno y planificación y regulación del uso del suelo (78).

progresos en la aplicación de tres objetivos estratégicos de adaptación al cambio climático, en particular en la subida del nivel del mar y los fenómenos tormentosos: a) el repliegue de la ocupación humana en determinadas partes vulnerables de la costa y su recolocación en otros lugares, por considerarse que esas áreas (especialmente, zonas de baja densidad y segundas residencias) no justifican la costosa inversión que deberían realizar las autoridades locales para prevenir las pérdidas de valor de los inmuebles debido a los impactos de las tormentas; b) el incremento de la resiliencia en las zonas costeras con alta densidad residencial, ocupadas por infraestructuras esenciales o inamovibles o en las que se desarrollan actividades de alto valor. Estas acciones resilientes pueden tomar muchas formas, involucrando intervenciones de diseño a pequeña escala que suponen la eliminación de piezas críticas de las infraestructuras de la trayectoria del agua o la creación de pequeñas barreras para evitar su paso (como la construcción de escalones elevados en la entrada del metro para evitar la entrada del agua); y c) la protección de edificaciones y construcciones, con la construcción de grandes muros de contención que impidan el paso del agua.

(77) BROWN, QUINN-HURST, EMMI y EWING (2012: pp. 39 y 42). Los estados de Florida, Georgia, Carolina del Norte y Carolina del Sur constituyeron en 2009 la Alianza de los Gobiernos del Atlántico Sur (Governors' South Atlantic Alliance) para coordinar las decisiones en materia de cambio climático a nivel regional.

(78) MEFFERT y LEWIS (2012: pp. 65 y 69). Nueva Orleans también ha impulsado planes de adaptación a los desastres que incluyen la recolocación de los residentes en otras zonas

California también se cuenta entre los estados pioneros en el desarrollo de estrategias adaptativas al cambio climático. La Estrategia de Adaptación Climática (Climate Adaptation Strategy) contiene tres recomendaciones relativas al aumento del nivel del mar: la conveniencia de prohibir nuevos desarrollos en áreas de la costa que no pueden estar correctamente protegidas por el coste que ello representa y en las que existe riesgo de inundación, incendios o erosión, aunque se excepcionan aquellas áreas costeras con un determinado valor económico, cultural o social; la toma en consideración, por parte de todas las agencias estatales, de las consecuencias potenciales de los proyectos que se ejecuten en áreas susceptibles de desastres por efecto del cambio climático, en el marco de la Ley de Calidad Ambiental de California; y, finalmente, la petición a los gobiernos locales para que formulen planes —revisables cada cinco años— que contengan una valoración de los impactos derivados del cambio climático e identifiquen las áreas vulnerables (79).

En Australia, ciudades como Sidney, Melbourne o Perth han implementado medidas adaptativas en la costa focalizadas en la protección, el rediseño y la recolocación de viviendas e industrias fuera de las zonas de riesgo. En concreto, la ciudad de Melbourne pretende introducir en el espacio urbano zonas con vegetación, para ayudar a atenuar los flujos del agua y facilitar su filtración, restringir la construcción de comercios y aparcamientos subterráneos

de la ciudad e incluso en otras ciudades o estados, la construcción de estructuras elevadas y la elevación de las existentes, la impermeabilización de edificios comerciales, etc. *Vid.* el Capítulo 12: «Resilience: Living with water and natural hazards» en GOODY CLANCY (2010), *Plan for the 21th century: New Orleans 2030*, vol. 2, New Orleans: City Planning Commission, que establece las acciones de adaptación recomendadas a corto, medio y largo plazo (2010-14, 2015-19 y 2020-2030). Entre los objetivos del plan se cuentan: crear un proceso comunitario efectivo y la colaboración con el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, las partes interesadas regionales, y el Estado para establecer un diálogo sobre las probabilidades de tormentas, el riesgo, los niveles de protección, y las opciones de mitigación de riesgos con el fin de alcanzar un consenso comunitario sobre los estándares de resiliencia; abogar por un nivel mínimo de protección contra inundaciones de ciclos de 500 años y por la restauración integral de los humedales costeros; ampliar la coordinación y la implementación de los esfuerzos de restauración costera; desarrollar un Plan de Gestión de Aguas Pluviales que proporcione conocimientos técnicos especializados, identifique las mejores prácticas de gestión y establezca requisitos mínimos para controlar los efectos adversos de la escorrentía de aguas pluviales en las nuevas urbanizaciones; crear un Departamento de Asuntos Ambientales mediante la ampliación del organismo actual y el fortalecimiento de la capacidad de mitigación de riesgos y gestión de las llanuras aluviales; adaptar la normativa de edificación para responder a los riesgos de peligro; adoptar normas para que el nuevo desarrollo sea resistente a los peligros; y obtener fondos adicionales para ayudar a los propietarios con los costes de protección contra inundaciones y tormentas. En línea: <https://www.planetizen.com/files/plans/New%20Orleans%20Plan%20Vol%202%20Implementation.pdf> (consulta: 20 de julio 2018).

(79) JOHNSON y TAM (2012: p. 130 y ss.). La San Francisco Bay Conservation and Development Commission (BCDC) se encarga de estudiar y proponer estrategias concretas para reducir la vulnerabilidad de la zona de la bahía de San Francisco.

y trasladar tanto los generadores auxiliares de los sótanos a niveles más altos para reducir los riesgos para las comunidades y las empresas, como la infraestructura básica con el fin de ayudar a la recuperación en caso de inundación (FISHER, 2012: p. 173).

Además de la subida del nivel del mar, existen otros problemas emergentes a causa del aumento térmico que pueden afectar a las áreas urbanas, aunque por razones de espacio no les podemos dedicar la atención que merecen de manera que nos limitaremos a citar unos pocos ejemplos. Las proyecciones sobre el cambio climático indican que las lluvias se incrementarán en altas latitudes y en algunas zonas tropicales, mientras que en las zonas semiáridas del planeta, como el oeste de los Estados Unidos, el norte de China o la cuenca mediterránea, los recursos renovables de aguas superficiales y aguas subterránea se reducirán con carácter global, por lo que a muchas ciudades situadas en regiones costeras se les avecina este problema adicional, y es que su ubicación geográfica las hace especialmente vulnerables al incremento de temperaturas y la escasez de recursos hídricos (80). Por ejemplo, en Australia, la Indian Ocean Climate Initiative (IOCI) ha puesto de manifiesto la necesidad de invertir en medidas para incrementar la disponibilidad de agua potable. El Plan de Acción por la Energía y el Cambio Climático de Florida afirma que con un clima más cálido es probable que la evaporación aumente, disminuyendo el caudal de los ríos y el nivel de los lagos durante los períodos más secos y, con ellos, el agua subterránea. Además, la intrusión de agua salada por el aumento del nivel del mar podría amenazar los acuíferos utilizados para el abastecimiento de agua en las zonas urbanas (p. 35) (81). El Plan estatal por la Sequía (Drought Action Plan), aprobado en 2007, incluye medidas de adaptación en este sentido (reutilización del agua reciclada, captación y reutilización del agua de riego agrícola y desalación del agua marina). En la

(80) Es harto conocida la crisis que en los primeros meses de 2018 sufrió la sudafricana Ciudad del Cabo, con la inminente llegada del «día cero» (el día en que los grifos de la ciudad dejarían de suministrar agua potable).

(81) CENTER FOR CLIMATE STRATEGIES, 2008. En el capítulo dedicado a las estrategias de adaptación, se apunta que: « Para que los ciudadanos de Florida tengan un suministro adecuado de agua disponible para satisfacer sus necesidades básicas, razonables y beneficiosas, al mismo tiempo que satisfacen los requisitos de los sistemas naturales, los gobiernos estatales y locales deben perseguir la conservación intensa de todos los usos del agua y las fuentes alternativas de agua, e incluir la participación de las partes interesadas en los procesos de planificación del suministro de agua a nivel estatal y regional. El cambio climático puede afectar a las fuentes existentes debido a muchos factores, como la alteración de los patrones de precipitación y la intrusión de agua salada en los sistemas acuíferos costeros. Se necesitarán métodos para cuantificar y planificar las incertidumbres y los riesgos relacionados con el crecimiento de la población, el cambio climático y las reglamentaciones ambientales.» (Chapter 8.- *Adaptation Strategies*, pp. 8-9). En línea: http://www.naseo.org/Data/Sites/1/documents/stateenergyplans/FL_2008.pdf (consulta: 20 de julio 2018).

región andina del Perú, se ha aumentado el número y el tamaño de las reservas de almacenamiento de agua, introduciendo variedades de cultivos capaces de soportar condiciones climáticas extremas. En California, las medidas se han centrado en la disminución del suministro y el ahorro de agua —con medidas como la captura sanitaria de las «aguas grises» de las lavadoras y duchas para uso doméstico, la creación de calzadas porosas y revestimientos de carreteras para facilitar la percolación del agua en lugar de la escorrentía y un mayor uso de las cuencas de retención y retención de agua— y el reciclado de agua mediante desalinización o tratamiento de aguas residuales (82). En Singapur, la Four National Taps Strategy prevé diversificar los sistemas de provisión de agua mediante la captación local, la importación de agua y la utilización de agua reciclada de alta calidad y agua desalinizada.

El riesgo de incremento de las temperaturas ha impulsado diversos proyectos en ciudades como Seattle y Tokio para disminuir el efecto de islas de calor urbano, promoviendo dotaciones verdes, como la instalación de jardines en las azoteas, así como la mejora del diseño y aislamiento térmico de los edificios. En cambio, las áreas urbanas susceptibles de sufrir una intensificación de las precipitaciones, como Venecia y Yakarta —y, por ende, un recrudecimiento de las severas inundaciones periódicas que sufren estas ciudades, avivadas por el hundimiento progresivo del terreno—, trabajan en la mejora de sus sistemas de evacuación de aguas pluviales, para aumentar su capacidad de drenaje. En el caso de Venecia, el Sistema MOSE (Modulo Sperimentale Elettromeccanico) es un proyecto iniciado en 2004 y que se prevé finalizar en 2020, que diseña un sistema de 78 esclusas situadas en tres de las bocas de la laguna, en el punto donde se junta con el mar Adriático, para controlar las crecidas de la marea (*acqua alta*). La ciudad de Copenhague, por su parte, ha desarrollado una estrategia integrada para protegerse de las inundaciones basada en la captación y retención de agua a través de un sistema de calles verdes y parques, caminos de aguas pluviales y áreas de detención, además de zonas multifuncionales que pueden inundarse cuando la situación lo requiera pero que de otra manera se destinan a actividades de deporte y recreativas. Esta estrategia, recogida en el Plan de Inversión en Adaptación al Clima (2015) ha sido reconocida con el Premio C 40 a la Adaptación del año 2016.

(82) Vid. CNRA (California Natural Resources Agency) (2009), *California Climate Adaptation Strategy*, en www.climatechange.ca.gov/adaptation/index.html y California Legislative Analyst's Office (2008), *California's water: An LAO primer*, en <https://lao.ca.gov/Publications/Detail/1889>.

VI. CONCLUSIONES

El deterioro ambiental que se registra a nivel global no se ha frenado a pesar del avance en los objetivos del desarrollo sostenible desde que fueron proclamados en la Cumbre de Río de 1992. En el contexto de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, el Acuerdo de París, la Nueva Agenda Urbana y demás acuerdos y marcos mundiales para el desarrollo, la urbanización global debe regirse por criterios de sostenibilidad. Se trata de propuestas para la acción global que deben ser desarrolladas simultáneamente por todos los países para saldarse con resultados tangibles, pero buena parte de esos países continúan dando cobertura legal a actividades insostenibles y a la sobreexplotación de recursos naturales. Bien es cierto que el compromiso de actuar globalmente en pro de una mejora ambiental continua está dando sus frutos, pero hace falta una mayor implicación de todos (entidades públicas y privadas, sociedad civil, redes ambientalistas) para proteger y restablecer la salud e integridad del ecosistema terrestre. Los impactos del cambio climático se harán notar especialmente en las ciudades, donde se concentran recursos, infraestructuras y población; en consecuencia, deberán ponerse en práctica, más pronto que tarde, estrategias de gobernanza urbanas bien diseñadas en materia ambiental, de desarrollo económico y cohesión social para cambiar de signo las tendencias actuales de nuestras ciudades.

Los compromisos nacionales requieren respuestas locales, más inmediatas y efectivas. Una de las claves para el avance social, político y jurídico es la necesidad de innovaciones constantes, para las cuales son necesarias una adaptación y flexibilidad igualmente constantes. Las autoridades locales han formulado agendas y programas de acción para afrontar el cambio climático, promoviendo iniciativas sostenibles a título individual o en el marco de organizaciones como el Pacto de los Alcaldes, mediante el cual los entes locales y regionales se comprometen a la elaboración de planes de acción para la energía sostenible y, con el nuevo Pacto de 2015, de planes de acción para el clima y la energía sostenible. Las herramientas, estrategias y procesos utilizados por las ciudades para lidiar con el cambio climático variarán en función de sus necesidades, no existe un único patrón. Cada estructura urbana se enfrenta a unas amenazas distintas —o aun cuando coincidan, el nivel de riesgo, la vulnerabilidad de los sectores de actividad y su capacidad de adaptación, así como la frecuencia de ocurrencia van a ser diferentes— lo que resultará en un gran vivero de pruebas y experimentación. Por su tamaño y características, las ciudades poseen capacidad y habilidades para intercambiar experiencias y prácticas de éxito. Frente a los estados, en relación a los cuales se detecta una cierta tentación de uniformización y de imposición de soluciones desde arriba como objetivo para alcanzar un orden perfecto, las entidades locales disponen de unas instituciones versátiles y flexibles preparadas para corregir de inmediato todas aquellas medidas que se detecten ineficaces. Asimismo,

les resulta más sencillo que a las estructuras administrativas territorialmente superiores aprovechar las sinergias locales para replicar planes de acción aplicados exitosamente por otras administraciones locales y crear una cultura estratégica común en materia de lucha contra el cambio climático. Nótese también que las asociaciones y plataformas nacionales e internacionales de gobiernos locales son espacios idóneos que permiten aprender unos de otros y transmitir conocimiento especializado, herramientas y buenas prácticas que ya están siendo utilizadas con el mismo objetivo en otros entornos urbanos.

En la era actual, las ciudades han incrementado extraordinariamente su importancia, rebasando los lindes inmediatos de su *hinterland* para extender su área de influencia mucho más allá (*global city*). Las ciudades y áreas metropolitanas son las principales impulsoras de las economías nacionales. Además, si en el pasado las ciudades eran vistas como simples gestoras de servicios y ejecutoras de las decisiones de los niveles territoriales superiores, en la actualidad su capacidad política les permite abordar estrategias y planes de acción con mucha más independencia, involucrando a la comunidad en las decisiones y favoreciendo así una mayor concienciación ciudadana. Pese a este protagonismo de las entidades locales, a nadie se le escapa que la lucha contra el cambio climático requiere políticas concertadas tanto entre las estructuras internas del Estado como a nivel comunitario e internacional.

La directa relación entre desarrollo sostenible, cambio climático e incremento de la frecuencia de episodios de desastres (inundaciones, sequías ...) está sobradamente demostrada. La contribución de las ciudades es especialmente significativa dado que los gobiernos locales son responsables de la planificación y gestión de múltiples sectores necesariamente implicados en la lucha contra el cambio climático y en el logro de unas estructuras urbanas más sostenibles. Uno de los sectores con mayor relevancia es el urbanístico ya que de la estrategia plasmada en el planeamiento municipal va a depender el tipo de ocupación, usos y actividades que se van a desarrollar en el territorio. La manera cómo la ciudad gestione su expansión condicionará su nivel de vulnerabilidad ante los impactos adversos del cambio climático. Unas determinaciones urbanísticas que atiendan al crecimiento sostenible van a arrojar mejores resultados en los patrones de uso del suelo, en la formación de ciudades y en la administración de recursos. Y para ello debe insistirse en el vínculo entre el proceso de desarrollo urbanístico y la preservación ambiental mediante la correspondiente evaluación de los planes territoriales, urbanísticos y sectoriales y de las actuaciones proyectadas (evaluación ambiental estratégica, evaluación de impacto ambiental, evaluación de riesgos). Desplegar una cultura resiliente exige integrar sus objetivos y principios en todos los procesos de transformación y gestión urbana, detectando y evaluando riesgos y reduciendo vulnerabilidades a través de la aplicación de medidas preventivas que limiten su impacto. Con ello, se consigue fortalecer la capacidad de respuesta

de la ciudad ante las crisis, acortando el tiempo que la ciudad necesita para recuperarse y garantizar la funcionalidad de infraestructuras y servicios.

En nuestro país los procesos de expansión urbana se han reducido drásticamente y con ellos algunos problemas letales para el medio ambiente debido a su irreversibilidad, como el sellado de suelo por efecto de las obras de urbanización. Las políticas urbanas actuales dan prioridad a la renovación y la regeneración del tejido urbano, así como a la rehabilitación edificatoria, operaciones en las que juega un papel relevante la eficiencia energética. Si estrategias como estas —amén de otras como la compacidad urbana, el control y reubicación de asentamientos ilegales, una mayor rigurosidad en la aplicación de medidas de protección de la legalidad urbanística, la introducción de criterios verdes en la conformación de los nuevos desarrollos (incremento de parques urbanos y mayor vinculación y interdependencia de las reservas naturales circundantes con la ciudad, en tanto que sistema socio-ecológico que es) y una especial atención a las condiciones específicas de los más vulnerables— son aplicadas localmente por los gobiernos de todas las ciudades del mundo, los efectos se harán notar globalmente en el conjunto del planeta.

La gestión efectiva de riesgos y la resiliencia a los desastres climáticos son una prioridad local y un componente esencial de sus políticas de adaptación al cambio climático. La viabilidad de un desarrollo sustentable depende en gran medida de la prevención puesto que el conocimiento de los efectos del cambio climático permite minimizar los impactos adversos. En consecuencia, además de la mitigación de los efectos del cambio climático, es necesario aprender a afrontarlos y adaptarse a los mismos, ya que algunos de ellos son inevitables. Con este fin, muchas ciudades disponen de oficinas de resiliencia encargadas de lanzar estrategias que involucren al gobierno local y a la población. El cambio climático se está produciendo, si bien a diferencia de lo que sucede con las políticas de mitigación, la adaptación debe enfocarse a un nivel más local, puesto que sus efectos también se harán notar localmente. Así, mientras algunas zonas costeras de nuestro país están en peligro de inundación por la subida del nivel del mar, otras zonas sureñas del interior pueden sufrir problemas de desertización. Y aun compartiendo características morfogeográficas similares, la exposición y la vulnerabilidad pueden variar entre ciudades debido a sus patrones productivos (actividades antropogénicas de alta o baja intensidad, utilización de tecnologías duras o inocuas...) y al grado de resiliencia y capacidad de regeneración de sus ecosistemas. No obstante, es crucial que los esfuerzos por minimizar los efectos del cambio climático permitan desarrollar un modelo de mitigación y adaptación que aporte respuestas desde un enfoque holístico e integrador, lo que requiere, sin lugar a dudas, comunicación y coordinación entre todos los niveles gubernamentales (estatal, regional y local), las organizaciones intergubernamentales, así como sinergias con la sociedad civil, los grupos de interés y los agentes privados.

La resiliencia pone en valor la capacidad de la ciudad de sobreponerse a los desastres y de adaptarse a los cambios inevitables, reconstruyendo sus vínculos internos. En este contexto, contar con la participación de los ciudadanos en la planificación y gestión del riesgo para identificar áreas críticas de debilidad es clave. No solo por el intercambio de información que sirve de base para identificar las acciones idóneas con las que mejorar la capacidad de recuperación de la ciudad, sino porque tomar parte en la responsabilidad colectiva de establecer ciudades resilientes refuerza la confianza del ciudadano en las instituciones y facilita la concienciación pública sobre los riesgos y amenazas a los que se expone la población.

La planificación y una gestión eficaz del riesgo urbano son vitales. Las autoridades locales deben realizar una planificación integrada que se proponga conciliar las necesidades a corto plazo con los resultados deseados a largo plazo de una economía competitiva, una calidad de vida elevada y la sostenibilidad del medio ambiente (que son dimensiones —social económica y ambiental— integradas e indivisibles del desarrollo sostenible). La asunción de una política holística que tome perspectiva de la intensidad y alcance del problema, más que el impulso de iniciativas sectoriales, permitirá un mayor aprovechamiento de los avances tecnológicos y de los nuevos patrones de crecimiento que las propias políticas de mitigación y adaptación al cambio climático están promoviendo. Y aunque a la resiliencia se la relaciona comúnmente con el riesgo ambiental, no debe olvidarse sus derivadas económica y social, igualmente importantes. Los riesgos que pueden concurrir en las áreas urbanas inciden con mayor crudeza en los espacios mal planificados o faltos de cualquier criterio de ordenación urbanística. Para avanzar en la resiliencia es necesario desplegar medidas integradoras que permitan articular comunidades más justas, inclusivas y seguras, solventando los déficits de infraestructuras y servicios básicos y mejorando las condiciones de habitabilidad y la salud humana para reducir las vulnerabilidades. La importancia de la dimensión local también debe tener su protagonismo en la economía urbana, potenciando el desarrollo circular y nuevos modelos de producción y consumo sostenibles, basados en economías ecológicas locales. Con medidas de este calibre, los riesgos e impactos que pueden sufrir las ciudades se reducen, ganando en resiliencia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADGER, Neil W. (2000): «Social and Ecological Resilience: Are They Related?», en *Progress in Human Geography*, núm. 24, pp. 347-364.
- AGRAWAL, Arun; KONONEN, Minna y PERIN, Nicolas (2008): *The role of local institutions in adaptation to climate change*, Social Development Working Papers, num. 18, 22 pp.

- ALBERTI, M., SOLERA, G. y VULA, T. (1995): *La città sostenibile. Analisi, scenari e proposte per un'ecologia urbana in Europa*, Milano: Franco Angeli.
- ALLEN, John; MASSEY, Doreen y PRYKE, Michael (1999): *Unsettling cities. Movement/settlement*, London: Routledge, 375 pp.
- ALLEN, Craig R. y HOLLING, Crawford (2010): «Novelty, adaptive capacity, and resilience», en *Ecology and Society* 15(3): 24, pp. 1-15.
- ATHEY, Glenn; NATHAN, Max, WEBBER, Chris y MAHROUM, Sami (2008): «Innovation and the city», en *Innovation*, 10:2-3, pp. 156-169.
- BASHER, Reid (2005): *Making Disaster Reduction an Adaptation Policy*, Integrated Development and Climate Policies: How to Realice Policies at National and International Levels Workshop.
- BERGA, Luis (2017): «Resiliencia territorial frente a las inundaciones», en *Revista de Obras Públicas*, núm. 3587, pp. 74-81.
- BERKE, P.R. and CAMPANELLA, T.J. (2006): «Planning for postdisaster resiliency», en *Annals of the American Academy of Political and Social Science* núm. 604, pp. 192-207.
- BLAKELY, Edward J. y CARBONELL, Armando (2012): *Resilient Coastal City Regions. Planning for Climate Change in the United States and Australia*, Cambridge, Massachusetts: Lincoln Institute of Land Policy, 274 pp.
- BROWN, Lauren; QUINN-HURST, Colin; EMMI Phil y EWING Reid (2012): «Southeastern Atlantic Coast States» en Edward BLAKELY y Armando CARBONELL (eds.), *Resilient Coastal City Regions. Planning for Climate Change in the United States and Australia*, Cambridge, Massachusetts: Lincoln Institute of Land Policy, pp. 29-54.
- CADOGAN, Alan (2012): «Sidney» en Edward BLAKELY y Armando CARBONELL (eds.), Armando, *Resilient Coastal City Regions. Planning for Climate Change in the United States and Australia*, Cambridge, Massachusetts: Lincoln Institute of Land Policy, pp. 181-203.
- CHELLERI, Lorenzo (2012): «From the «Resilient City» to Urban Resilience: a review essay on understanding and integrating the resilience perspective for urban systems», en *Documents d'anàlisi geogràfica*, vol. 58, núm. 2, pp. 287-306.
- COMISSIÓ ECOLOGIA, URBANISME I MOBILITAT (2016): *Mesura de Govern: Resiliència Urbana*, Barcelona: Ajuntament de Barcelona, 34 pp.
- DASGUPTA, Susmita; LAPLANTE, Benoit; MEISNER Craig; WHEELER, David y JIANPING, Yan (2007): *The Impact of Sea-Rise on Developing Countries: A Comparative Analysis*, Policy Research Working Paper WPS 4136, Washington DC: World Bank, 51 pp.
- DAVID, Paul (1985): «Clio and the Economics of QWERTY» en *American Economic Review*, núm. 75(2), Papers and Proceedings of the Ninety-Seventh Annual Meeting of the American Economic Association, pp. 332-337.

- Federación Española de Municipios y Provincias/Coordinación de Acción Territorial y Desarrollo Sostenible /Red Española de Ciudades por el Clima (2010): *La vulnerabilidad al cambio climático a escala local*, Madrid: FEMP.
- FELIÚ TORRES, Efrén; GARCÍA BLANCO, Gemma; GUTIÉRREZ GARCÍA, Laura; ABAJO ALDA, Beñat; MENDIZÁBAL ZUBELDIA, Maddalen; TAPIA GARCÍA, Carlos y ANDRÉS ALONSO, José (2015): *Guía para la elaboración de Planes Locales de Adaptación al Cambio Climático*. Madrid: Oficina Española de Cambio Climático. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, 90 pp.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael (2018): «Situación actual del urbanismo y el medio ambiente: Especial referencia a la ejecución de sentencias», en José Antonio CERDEIRA PÉREZ y José María DOMÍNGUEZ BLANCO (Dirs.), *Cuestiones Actuales de Derecho Urbanístico*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 315-375.
- FER (2014): *Ciudades con futuro*. Madrid: Fundación de Energías Renovables.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón (2014): «La rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Contexto y desafíos a propósito de la Ley 8/2013, de 26 de junio», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 30, pp. 15-38.
- FISHER, Peter M. (2012): «Melbourne», en Edward BLAKELY y Armando CARBONELL (eds.), *Resilient Coastal City Regions. Planning for Climate Change in the United States and Australia*, Cambridge, Massachusetts: Lincoln Institute of Land Policy, pp. 145-179.
- FOLKE, Carl; CARPENTER, Stephen R; WALKER, Brian; SCHEFFER, MArten; CHAPIN, T. y ROCKSTRÖM, Johan (2010): «Resilience thinking: integrating resilience, adaptability and transformability», en *Ecology and Society* 15(4): 20.
- FOLKE, Carl (2006): «Resilience: the emergence of a perspective for social-ecological systems analyses», en *Global Environmental Change*, vol 16, pp. 253-267.
- FÜSSEL, Hans-Martin (2007): «Adaptation Planning for Climate Change: Concepts, Assessment Approaches and Key Lessons», en *Sustain Sci* núm. 2, pp. 165-175
- GALERA RODRIGO, Susana (2017): «Eficiencia energética de los sistemas urbanos. Artículo 14 de la Directiva 2012/27/UE», en *Ciudad Sostenible*, pp. 73-77.
- GIFREU FONT, Judith (2015): «El deber legal de conservación y rehabilitación de los propietarios de viviendas: la inspección técnica de edificios en Cataluña y la concreción del técnico facultativo competente para calificar el estado general de conservación», en *Práctica urbanística*, núm. 137, pp. 96-116.
- GIFREU FONT, Judith (2013a): «Un cambio de rumbo en las políticas de suelo y urbanísticas: la mudanza del urbanismo expansivo y el redescubrimiento

- de la ciudad consolidada», en *Cuadernos de derecho local*, núm. 33, pp. 30-55.
- GIFREU FONT, Judith (2013b): «Una breve reflexión sobre la planificación urbanística y el medio ambiente», en *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 21, pp. 8-10.
- GÓMEZ GIMÉNEZ, Maribel (2018): *Proyecto EGOKI: adaptar el urbanismo al cambio climático e impulsar el aprendizaje compartido a escala local*, Centro Nacional de Educación Ambiental (CENEAM).
- GÓMEZ JIMÉNEZ, M^o. Luisa (2013): «Informe sobre la regeneración urbana en España: nuevos instrumentos normativos en un escenario de cambios», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 285, pp. 157-188.
- GONZÁLEZ MEDINA, M. y FEDELI, V. (2015): «Exploring European urban policy: Towards an EU-national urban agenda?», en *GAPP*, núm. 14, pp. 1-15.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier (2017): «El medio ambiente y el cambio climático ante el Derecho de la Unión Europea», en Román ESCUDERO GALLEGO y Santiago MARTÍNEZ GARRIDO (dirs.), *Derecho ambiental y cambio climático*, Madrid: Wolters Kluwer, 236 PP.
- HIDALGO GARCÍA, María del Mar (2017): «Las ciudades como objetivo de desarrollo sostenible», en *Boletín IEEE* núm. 5, pp. 22-32.
- HOLLING, Crawford Stanley (1973): «Resilience and stability of ecological systems», en *Annual Review of ecology and systematics*, p. 1-23.
- INDOVINA, Franco (1998): «Algunes consideracions sobre la 'ciutat difusa'», en *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, núm. 33, pp. 21-32.
- JOHNSON, Laurie A. y TAM, Laura (2012): «San Francisco» en Edward BLAKELY y Armando CARBONELL (eds.), *Resilient Coastal City Regions. Planning for Climate Change in the United States and Australia*, Cambridge, Massachusetts: Lincoln Institute of Land Policy, pp. 117-141.
- KAPLAN, H.B. (1999): «Toward an understanding of resilience: a critical review of definition and models», en M.D. GLANTZ y J.L. JOHNSON (eds.), *Resilience and Development: Positive life adaptation*, New York: Kluwer Academic/Plenum, pp. 17-83.
- LEICHENKO, R. (2011): «Climate Change and Urban Resilience», en *Current Opinion in Environmental Sustainability*, vol. 3, pp. 164-168.
- LEBEL, Louis; ANDERIES John M.; CAMBELL Bruce; FOLKE Carl; HATFIELD-DODDS, Steve; HUGHES Terry P. y WILSON James (2006): «Governance and the capacity to manage resilience in regional social-ecological systems», en *Ecology and Society* 11(1): 19, pp. 1-21.
- LOORBACH, Derk (2010): «Transition management for sustainable development: a prescriptive, complexity-based governance framework», en *Governance Journal*, 23 (1), pp. 161-183.

- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2007): «Principios generales y urbanismo sostenible en la Ley de Suelo 8/2007, de 28 de mayo», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 16, pp. 15-22.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta (2006): *Derecho Urbanístico y medio ambiente: hacia el desarrollo urbano sostenible*, Madrid: Dykinson, 132 pp.
- MAGRINYÀ, Francesc y DE BALANZÓ, Rafael (2015): «Innovación social, innovación urbana y resiliencia desde una perspectiva crítica: el caso de la autoorganización en el espacio urbano de Barcelona», en Joan SUBIRATS y Àngela GARCÍA BERNARDOS (eds.) *Innovación social y políticas urbanas en España. Experiencias significativas en las grandes ciudades*, Barcelona: Icaria Editorial, pp. 59-93.
- MARQUÍNEZ, Jorge; FERNÁNDEZ IGLESIAS, Elena; COLINA VUELTA, Arturo y GARCÍA DE LA FUENTE, Laura: «Resiliencia territorial ante catástrofes en el cantábrico español», en *Revista de Obras Públicas*, núm. 3587, pp. 54-63.
- MARTÍN, Ron y SIMMIE, James (2008): «Path dependence and local innovation systems in city-regions», en *Innovation*, 10:2-3, pp. 83-196.
- MEFFERT, Douglas J. y LEWIS Joshua A. (2012): «New Orleans» en Edward BLAKELY y Armando CARBONELL (eds.), *Resilient Coastal City Regions. Planning for Climate Change in the United States and Australia*, Cambridge, Massachusetts: Lincoln Institute of Land Policy, pp. 57-89.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA Y PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE (2016): *Guía metodológica para el análisis y priorización de medidas de adaptación al cambio climático*, Madrid: Gobierno de España.
- NACIONES UNIDAS (2012): «Cómo desarrollar ciudades más resilientes. Un Manual para líderes de los gobiernos locales. Una contribución a la Campaña Mundial 2010-2015. Desarrollando ciudades resilientes – ¡Mi ciudad se está preparando!», Ginebra: Naciones Unidas.
- NATÁRIO, Duarte (2017): «Urban forests to resilient cities», en Luis Alberto ALVES, Francisco GARCÍA GARCÍA y Pedro ALVES (coords.), *V Congresso Internacional Cidades Criativas: Livro de Actas*, vol. 2, pp. 854-861.
- NEWMAN, Peter; BEATLEY, Timothy y BOYER, Heather (2009): *Resilient cities. Responding to Peak Oil and Climate Change*, Washington: Island Press, 166 p.
- NEWMAN, Peter (2006): «The environmental impact of cities», en *Environment and Urbanization*, núm. 18, pp. 275-295.
- NORMAN, Barbara (2018): *Sustainable pathways for our cities and regions. Planning within planetary boundaries*, New York: Routledge, 189 pp.
- OLSSON, P., FOLKE C. y BERKES F. (2004): «Adaptive co-management for building social-ecological resilience», en *Environmental Management* núm. 34, pp. 75-90.

- PALENCIA, Sergio (2017): «Resiliencia urbana ante inundaciones y temporales marítimos», en *Revista de Obras Públicas*, núm. 3591, pp. 30-39.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2014): «Urbanismo y Medio Urbano bajo el signo del desarrollo sostenible», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 99-100, pp. 2313-2331.
- PELLING, Mark (2003): *The Vulnerability of Cities: Natural Disasters and Social Resilience*, London: Earthscan, 212 pp.
- PIERSON, Paul (2000): «Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics», *The American Political Science Review*, Vol. 94, núm. 2, pp. 251-267.
- PRASAD, Neeraj; RANGHIERI Federica; SHAH, Fatima; TROHANIS, Zoe; KESSLER, Earl; y SINHA, Ravi (2009): *Climate Resilient Cities. A Primer on Reducing Vulnerabilities to Disasters*, Washington: The World Bank, 157 pp.
- PRECEDO LEDO, Andrés y MÍGUEZ IGLESIAS, Alberto (2017): «Los efectos de la crisis en el posicionamiento de las ciudades españolas», en *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, núm. 76, pp. 79-101.
- PROYECTO AL-LAS. Ciudades al mundo (2016): *Los gobiernos locales en la agenda internacional: ¿actores o espectadores?*, Cuadernos para la internacionalización de las ciudades, núm. 7, Ciudad de México – Montevideo: Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México, Intendencia de Montevideo, 119 pp.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (2003): «La ciudad sostenible. Conservación y rehabilitación del patrimonio arquitectónico», en esta REVISTA, núm. 22, pp. 433-443.
- ROSOL, Marit (2013): «Vancouver's 'EcoDensity' Planning Initiative: A Struggle over Hegemony?», en *Urban Studies* 50 (11), pp. 2238-2255.
- ROCKSTRÖM, J.; STEFFEN, W.; NOONE, K.; PERSSON, Å.; CHAPIN, F. S.; LAMBIN, E.; LENTON, T. M.; SCHEFFER, M.; FOLKE, C.; SCHELLNHUBER, H.; NYKVIST, B.; DE WIT, C. A.; HUGHES, T.; VAN DER LEEUW, S.; RODHE, H.; SÖRLIN, S.; SNYDER, P. K.; COSTANZA, R.; SVEDIN, U.; FALKENMARK, M.; KARLBERG, L.; CORELL, R. W.; FABRY, V. J.; HANSEN, J.; WALKER, B.; LIVERMAN, D.; RICHARDSON, K.; CRUTZEN, P. y FOLEY, J. (2009): «Planetary boundaries:exploring the safe operating space for humanity», en *Ecology and Society* 14(2): 32, pp. 1-33.
- RUEDA, Salvador (2017): «La lucha por la mitigación del cambio climático se ganará o se perderá en las ciudades», en *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 37, pp. 10-19.
- SANZ LARRUGA, Javier (2016): «Costas y litoral: biodiversidad marina, cambio climático y otras cuestiones», en Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Observatorio de políticas ambientales 2016*, pp. 537-561.

- SASSEN, Saskia (1991): *The Global City: Nueva York, Londres, Tokio*, New Jersey: Princeton University Press, 397 pp.
- SATTERHWAITE, David (2009): «The implications of population growth and urbanization for climate change», en *Environment & Urbanization*, Vol. 21(2), pp. 545-567.
- SENGERS, Frans; BERKHOUT, Frans; WIECZOREK, Anna J. y RAVEN, Rob (2018): «Experimenting in the city. Unpacking notions of experimentation for sustainability», en James EVANS, Andrew KARVONEN y Rob RAVEN (eds.), *The experimental city*, London: Routledge, 260 pp.
- TAGLIAPIETRA, Simone y ZACHMANN, Georg (2016): «Going local: empowering cities to lead EU decarbonisation», en *Policy Contribution*, 22, Breugel Institute, pp. 1-13.
- TEJEDOR BIELSA, Julio (ed.) (2013): *Rehabilitación y regeneración urbana en España. Situación actual y perspectivas*, Zaragoza: Monografías de esta REVISTA, núm. XV.
- TOPPING, Kenneth C. (2012): «Los Angeles-San Diego», en Edward BLAKELY y Armando CARBONELL (eds.), *Resilient Coastal City Regions. Planning for Climate Change in the United States and Australia*, Cambridge, Massachusetts: Lincoln Institute of Land Policy, pp. 91-115.
- TURNER, B.L. (2010): «Vulnerability and resilience: coalescing or paralleling approaches for sustainability science?», en *Global Environmental Change*, núm. 20 (4), pp. 570-576.
- UN INTERNATIONAL STRATEGY FOR DISASTER REDUCTION (UNISDR) (2009): *Adaptation to Climate Change by Reducing Disaster Risks: Country Practices and Lessons*, Briefing Note 02, 12 pp.
- VaquER CABALLERÍA, Marcos (2018): *Derecho del territorio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 161 pp.
- VV.AA. (2012): *Libro Verde de Sostenibilidad Urbana y Local en la Era de la Información*, Madrid: Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.
- VALE, Lawrence J. y CAMPANELLA, Thomas J. (eds.) (2005): *The resilient city. How modern cities recover from disaster*, New York: Oxford University Press, 390 pp.
- VANISTENDAEL, Stefan y LECOMTE, Jacques (2000): *Le bonheur est toujours possible. Construire la résilience*, Paris: Bayard, 223 pp.
- WALKER, B. H., HOLLING C. S., CARPENTER S. R., KINZIG A. (2004): «Resilience, adaptability and transformability in social-ecological systems», en *Ecology and Society* 9 (2):5.

YARO, Robert D. y KOORIS David M. (2012): «New York City», en Edward BLAKELY y Armando CARBONELL (eds.), *Resilient Coastal City Regions. Planning for Climate Change in the United States and Australia*, Cambridge, Massachusetts: Lincoln Institute of Land Policy, pp. 3-27.

LA APLICACIÓN DEL TRÁMITE DE CONSULTA PÚBLICA PREVIA EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE NORMAS LOCALES DOS AÑOS DESPUÉS DE SU ENTRADA EN VIGOR (*)

LUCÍA CASADO CASADO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL NUEVO TRÁMITE DE CONSULTA PÚBLICA PREVIA: LA INTRODUCCIÓN DE UNA PARTICIPACIÓN «TEMPRANA» EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE NORMAS.– III. LA NECESARIA APLICACIÓN DEL TRÁMITE DE CONSULTA PÚBLICA PREVIA EN EL ÁMBITO LOCAL: 1. La consideración de la regulación de la consulta pública previa como «bases del régimen jurídico de las administraciones públicas» y la inaplicación de la mayor parte de su regulación a los reglamentos autonómicos. 2. La necesaria exigencia del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas locales. 3. Las dudas suscitadas en torno a la aplicación de la regulación de la consulta pública previa contenida en el artículo 133 de la Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas en el ámbito local.– IV. ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITA LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PÚBLICA PREVIA EN EL ÁMBITO LOCAL: 1. Alcance y extensión del trámite de consulta pública previa: A) Ámbito de aplicación. B) La interpretación de las posibles excepciones: ¿qué normas locales pueden eludir el trámite de consulta pública previa? a) La exclusión del trámite previo de consulta pública del reglamento orgánico municipal y de los reglamentos organizativos de otras administraciones locales. b) La controversia desatada en torno a la exigibilidad del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales: ¿resulta exigible en su tramitación la consulta pública previa? c) Las dudas suscitadas en torno a la interpretación de determinadas excepciones al trámite previo de consulta pública. 2. La necesidad de realizar algunas concreciones del régimen jurídico de la consulta pública previa para facilitar su aplicación: ¿Quién?, ¿cuándo? y ¿cómo debe realizarse la consulta pública? 3. Las dudas en torno a los efectos jurídicos de la omisión de la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas locales.– V. CONSIDERACIONES FINALES. VI.– BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo tiene como objeto analizar las peculiaridades y la problemática que presenta la aplicación del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas locales. La aplicación de este trámite en el ámbito local ha suscitado, en los dos años de vigencia de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 26 de julio de 2018 y evaluado favorablemente para su publicación el 10 de septiembre de 2018.

administrativo común de las administraciones públicas, que lo introduce, algunos problemas, dudas e incertidumbres a los que debe darse respuesta y sobre los que este artículo pretende aportar luz. Entre ellos, cabe destacar los relativos a la extensión de su ámbito de aplicación en la esfera local; la interpretación que debe darse a las posibles excepciones a la realización de este trámite; la exigibilidad o no de este trámite en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales; algunas cuestiones relacionadas con su régimen jurídico; y las dudas suscitadas en torno a los efectos jurídicos anudados a la omisión de la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas locales. Todo ello sin olvidar otros interrogantes suscitados más recientemente, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo, sobre la Ley 39/2015, que abre una zona de penumbra en torno a la aplicabilidad de la regulación de la consulta pública previa contenida en su artículo 133 a los reglamentos de las administraciones locales.

Palabras clave: potestad reglamentaria; ordenanzas locales; procedimiento administrativo; participación ciudadana; consulta pública.

ABSTRACT: This study analyses the peculiarities and problems presented by the application of prior public consultation during the drafting of local regulations. During the almost two years since the passing of Law 39/2015, of 1 October, the application of this procedure at local level has led to certain problems, doubts and uncertainties in the ambit of common administrative procedure that need to be answered and on which this article aims to shed light. Of particular note among them are those relating to the expansion of its ambit of application to local level, the interpretations that must be given to possible exceptions to this application of the procedure, whether or not this procedure can be insisted upon during the drafting of fiscal ordinances, certain questions relating to the legal system, and the doubts surrounding the legal effects resulting from the omission of prior public consultation during the drafting of local ordinances. The study will also look at other questions recently raised by the Constitutional Court Sentence 55/2018, of 24 May, on Law 39/2015, which calls into question the applicability of the regulation on prior public consultation in its article 133 on the regulations of local administrations.

Key words: regulatory power; local ordinances; administrative procedure; citizen participation; public consultation.

I. INTRODUCCIÓN

La participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general tiene una importancia fundamental, ya que permite a los ciudadanos implicarse en la adopción de decisiones públicas y les confiere la posibilidad de proporcionar a las administraciones públicas elementos de juicio suficientes para garantizar no sólo la legalidad, sino también el acierto y la oportunidad de las decisiones administrativas, al tiempo que las reviste, además, de legitimidad democrática (1). Esta participa-

(1) M^o J. GARCÍA GARCÍA (2008: 420).

ción, que puede canalizarse a través de formas muy variadas (2) —en algunos casos impuestas por la propia Constitución Española (3)—, está bien presente en el procedimiento de elaboración de ordenanzas locales y encuentra reflejo en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LBRL), que prevé la realización de los trámites de información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias (4).

Recientemente, la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de ordenanzas locales se ha visto reforzada, de la mano de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas —en adelante, LPACAP—, que incorpora, dentro de su nuevo Título VI, un nuevo trámite obligatorio de consulta pública previa, que constituye una novedad relevante, por lo que supone de refuerzo de la participación ciudadana (5).

El Título VI de la LPACAP, destinado a regular la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones (6), se inscribe

(2) Por ejemplo, a través de la participación orgánica, de la participación funcional (trámite de audiencia a los ciudadanos y de información pública) o, incluso, del ejercicio de la iniciativa pública en el ámbito local, proponiendo a la administración proyectos normativos.

(3) Es el caso de la audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, prevista en el artículo 105.a) de la CE, con arreglo al cual la ley regulará «La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten».

(4) *Vid.* el artículo 49.b) de la LBRL.

(5) Este refuerzo de la participación ciudadana que trae consigo la LPACAP y, en general, el «reverdimiento del principio participativo» que se está produciendo y al que se refieren C. CIERCO SEIRA y A. ROPERO VILARÓ (2017: 95), se explica tanto por el contexto propicio para la participación ciudadana que aporta la e-administración como por la reivindicación de más participación que ha ido aflorando como consecuencia de la crisis institucional que ha venido produciéndose los últimos años y de sus efectos devastadores y que ha puesto de manifiesto la necesidad de acentuar la participación de la sociedad en la toma de decisiones públicas como vía para compensar el déficit de credibilidad y la falta de confianza en las estructuras tradicionales. *Vid.* C. CIERCO SEIRA y A. ROPERO VILARÓ (2017: 95-96).

(6) Su predecesora, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, no regulaba el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, si bien mantuvo en vigor el Capítulo I del Título VI de la Ley de 17 de julio de 1958, de procedimiento administrativo. Posteriormente, este capítulo fue derogado por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que reguló esta materia, aunque únicamente en relación con las propuestas de disposiciones de carácter general de la Administración del Estado. Las comunidades autónomas también han aprobado normativa específica para regular el ejercicio de la potestad legislativa y de la potestad reglamentaria, así como el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias. *Vid.* una panorámica general de la normativa autonómica en A. PALOMAR OLMEDA (2016: 499-526). En cambio, como señala J. PONCE SOLÉ (2017: 120), «En el ámbito local, la mejora

en la órbita de la mejora de la producción normativa («Better regulation» y «Smart Regulation»), preconizada desde hace varios años en el seno de la Unión Europea y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (7) y materializada progresivamente en el ordenamiento jurídico español (8). Esta política de mejora de la regulación contempla la calidad del marco normativo como un factor estratégico para el desarrollo sostenible, el crecimiento económico y la competitividad (9); está orientada a garantizar la eficacia y la eficiencia del ordenamiento jurídico, con el fin de asegurar sus efectos positivos en la economía, aunque sin perder de vista la consecución de otros beneficios sociales y ambientales; y se inscribe de forma progresiva en la noción de buen gobierno (10).

Siguiendo las recomendaciones formuladas por este último organismo en su informe emitido en 2014, *Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement* (11), en este Título, se recogen algunas previsiones sobre el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad para dictar normas con rango de

de la calidad de las ordenanzas (y el posible papel de los entes locales supramunicipales en su ayuda) no ha sido objeto de consideración ni de desarrollo hasta el momento, pese al indudable impacto que las ordenanzas pueden tener en la vida de los ciudadanos (piénsese en las ordenanzas de civismo) y su baja calidad formal y material en no pocas ocasiones, manteniéndose la regulación del art. 49 LBRL, claramente inadaptado al marco descrito».

(7) Así lo explicita el Preámbulo al señalar el contexto y los objetivos de esta nueva regulación: «Durante los más de veinte años de vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el seno de la Comisión Europea y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos se ha ido avanzando en la mejora de la producción normativa («Better regulation» y «Smart regulation»). Los diversos informes internacionales sobre la materia definen la regulación inteligente como un marco jurídico de calidad, que permite el cumplimiento de un objetivo regulatorio a la vez que ofrece los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica, permite simplificar procesos y reducir cargas administrativas. Para ello, resulta esencial un adecuado análisis de impacto de las normas de forma continua, tanto *ex ante* como *ex post*, así como la participación de los ciudadanos y empresas en los procesos de elaboración normativa». Puede verse una aproximación general a las políticas de mejora de la regulación adoptadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y la Unión Europea en los siguientes trabajos: L. CASADO CASADO (2017a: 43-48); A. I. FORTES GONZÁLEZ (2016: 346-349); y A. SÁNCHEZ GRAELLS (2006: 285-326). En particular, sobre la mejora regulatoria en la Unión Europea, *vid.* A. BETANCOR RODRÍGUEZ (2009: 153-180).

(8) Sobre la evolución de la mejora regulatoria en España, *vid.* L. CASADO CASADO (2017a: 48-61); y A. I. FORTES GONZÁLEZ (2016: 349-351).

(9) A. BETANCOR RODRÍGUEZ (2016: 540-541) pone de relieve que el éxito de la *Better Regulation* está asociado a la competitividad y advierte de la relación incuestionable que existe entre regulación y competencia.

(10) P. ORTÍ FERRER (2016: 65-66).

(11) *Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement*, OCDE, 2014. También puede consultarse, en español, la traducción a cargo de Jorge Tuñón Navarro: *España: de la reforma de la Administración a la mejora continua. Informe de la OCDE sobre gobernanza pública en España* (Instituto Nacional de Administración Pública-OCDE, Madrid, 2014).

ley (art. 127), el ejercicio de la potestad reglamentaria (art. 128), los principios de buena regulación (art. 129), la evaluación normativa y la adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación (art. 130), la publicidad de las normas (art. 131), la planificación normativa (art. 132) y la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos (art. 133).

En este último bloque, relativo a la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración normativa y, concretamente, en una de las medidas participativas, de carácter novedoso, en él previstas —la consulta pública previa—, se centra este trabajo. No se pretende realizar un estudio de carácter general sobre este instrumento participativo (12), sino orientar su análisis desde una perspectiva local, dada la necesaria aplicación de este trámite en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias y, en consecuencia, en el procedimiento de elaboración de reglamentos adoptados por las administraciones locales —como consecuencia del carácter básico del Título VI de la LPACAP y su consiguiente aplicación a las administraciones locales (13), si bien la jurisprudencia constitucional ha introducido algunos matices en relación con el art. 133 de la LPACAP a los que luego nos referiremos (14)—, y la problemática que, tras la entrada en vigor de la LPACAP (15), está planteando su aplicación en el ámbito local. Ésta es la finalidad última que guía este trabajo, con el fin de intentar aportar luz sobre algunas cuestiones, problemas e incertidumbres que su aplicación está suscitando en la esfera local y ofrecer posibles soluciones. Un estudio como el que se pretende cobra especial interés en el momento actual, en que acaba de ver la luz la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LPACAP [la Sentencia 55/2018, de 24 de mayo (16)], que, entre otras cuestiones, aborda algunos aspectos relativos al Título VI de esta Ley y, en particular, por lo que aquí nos interesa, incluye

(12) Nos remitimos para ello a otros trabajos ya publicados. *Vid.*, por todos, C. CIERCO SEIRA y A. ROPERO VILARÓ (2017: 93-129) y O. MIR PUIGPELAT (2017: 209-244, en especial, 222-236).

(13) Sobre el alcance del Título VI de la LPACAP, *vid.* L. CASADO CASADO (2017b: 92-97).

(14) *Vid. infra* el apartado III de este trabajo.

(15) Téngase en cuenta que esta Ley, a pesar de haberse aprobado en 2015, no entró en vigor hasta el 2 de octubre de 2016 y algunas de sus previsiones (las relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico) producirán efectos a partir del día 2 de octubre de 2020. *Vid.* su Disposición final 7ª, modificada por el Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto.

(16) Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo (ponente: Andrés Ollero Tassara), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 3628-2016, interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra los artículos 1.2, 6.4, párrafo segundo, 9.3, 13.a), 44, 53.1.a), párrafo segundo, y 127 a 133, así como las disposiciones adicionales segunda y tercera y la disposición final primera, apartados primero y segundo, de la LPACAP.

algunos pronunciamientos, desde una perspectiva competencial, sobre el trámite de consulta pública previa, que plantean la necesidad de una reflexión sobre su impacto en el ámbito local (17).

La realización de una investigación como la que se pretende, centrada en las peculiaridades que presenta la aplicación de la consulta pública en el procedimiento de elaboración de normas locales, requiere partir de una breve panorámica general sobre la regulación de este trámite en la LPACAP. Este punto de partida es imprescindible para poder valorar posteriormente, en sus justos términos, las especificidades y la problemática que su aplicación presenta en el ámbito local.

II. EL NUEVO TRÁMITE DE CONSULTA PÚBLICA PREVIA: LA INTRODUCCIÓN DE UNA PARTICIPACIÓN «TEMPRANA» EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE NORMAS

El Título VI de la LPACAP se cierra con el artículo 133, relativo a la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos. Se trata del único precepto más propiamente procedimental de los dedicados con carácter básico a la potestad reglamentaria (18). En él se recogen algunas novedades importantes que suponen un refuerzo de la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos (19). Concretamente, el artículo 133 regula la participación ciudadana en dos momentos diferentes: con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, a través del nuevo trámite de consulta pública previa; y, con posterioridad, una vez ya se dispone del texto de la iniciativa y se somete a tramitación, en el marco del correspondiente procedimiento de elaboración de normas (20), a través de los trámites de audiencia e información pública.

(17) A esta cuestión nos referimos en el apartado III de este trabajo.

(18) J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2016: 331).

(19) Esta participación ya está garantizada por la propia CE [vid. el art. 105.a)]. Sobre la participación ciudadana y la negociación normativa en el marco del movimiento internacional de *Better regulation* o *Smart regulation* y su impacto en España, vid. J. PONCE SOLÉ (2015: 69-119).

(20) Sobre la regulación de la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos incluida en el artículo 133 de la LPACAP, vid. I. ARAGUÁS GALCERÀ (2016b: 85-126); I. ARAGUÁS GALCERÀ (2017: 197-217); M^a C. CAMPOS ACUÑA (2016: 595-604); G. M. DÍAZ GONZÁLEZ, (2016: 75-76); A. I. FORTES GONZÁLEZ (2016: 363-367); J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2016: 331-334); J. MESEGUER YEBRA (2016: 132-135); M. MORA RUIZ (2016: 541-545 y 556-561); I. NABASKUES MARTÍNEZ DE EULATE (2017: 406-408); A. PALOMAR OLMEDA (2016: 492-494); C. PRIETO ROMERO (2016: 357-371); J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2015: 39-44); y M. VAQUER CABALLERÍA (2017: 185-190).

Sin duda, la gran novedad de la LPACAP, desde el punto de vista de la participación ciudadana, es la introducción, con carácter obligatorio, de una consulta pública inicial (21). Este trámite, que se incardina en el procedimiento administrativo para la elaboración de normas reglamentarias (22), debe realizarse antes de la redacción del texto de la iniciativa normativa, elemento que debe ser destacado, ya que la participación se dará desde la gestación de la norma, antes de que exista una propuesta normativa redactada (23), a diferencia de lo que venía siendo la *praxis* habitual hasta la entrada en vigor de la LPACAP (24). De acuerdo con el artículo 133.1 de esta Ley, con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, deberá sustanciarse una consulta pública, mediante la cual se recabará la opinión (25) de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma (26) acerca de los problemas que se pretenden

(21) En cuanto a su naturaleza jurídica, C. CIERCO SEIRA y A. ROPERO VILARÓ (2017: 107) consideran que «no deja de ser un derivado de la institución jurídica de la consulta popular no referendaria mediante la cual se recaba la opinión de cualquier sujeto, sea a título individual (*uti singulus*) o como miembro de un colectivo social, económico, cultural o de otra índole (*uti socius*), sobre un asunto de interés público. Se articulan así voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral».

(22) Como señalan C. CIERCO SEIRA y A. ROPERO VILARÓ (2017: 106), este trámite se sitúa en una fase preliminar, «en la entrada misma del procedimiento administrativo, en la fase que hemos calificado de preparativa, doméstica y *ad intra*, en la que el nuevo trámite constituye una innovación destacada».

(23) Como se pone de manifiesto en el Informe (2018a: 2) «la finalidad teleológica del momento temporal donde se inserta la consulta previa denota su clara voluntad de conseguir que los potenciales destinatarios de la norma y de aquellos que deseen formular opinión, puedan manifestarse con carácter previo a que se confeccione el propio borrador o proyecto».

(24) Como advierte I. ARAGUÁS GALCERÀ (2016b: 104), este trámite guarda similitudes con las consultas llevadas a cabo en el momento inicial de algunos procedimientos ambientales; y con el denominado avance de planeamiento que tiene lugar en la fase inicial de formulación de los planes urbanísticos y que constituye un trámite participativo dirigido a garantizar la participación ciudadana en la fase inicial de formulación de estos planes, previsto también en algunos casos para su revisión o modificación.

(25) Nótese, como pone de manifiesto I. ARAGUÁS GALCERÀ (2016b: 102-103), que «el objeto de la consulta previa no es realizar alegaciones respecto a medidas concretas incorporadas a un proyecto de texto articulado; sino «recabar la opinión» sobre la propia conveniencia de que se apruebe la norma o respecto a las diversas opciones regulatorias o no regulatorias, esto es, cuestiones que no tendría sentido plantear en los trámites de audiencia e información pública, que se llevan a cabo cuando la norma ya ha seguido, prácticamente, toda su tramitación». Ahora bien, debe tenerse presente, como indica la propia I. ARAGUÁS GALCERÀ (2016b: 107), que «La consulta previa no es un foro abierto para pronunciarse sobre cualquier cuestión; sino que debe ir enfocada a obtener aportaciones relevantes sobre la futura norma».

(26) En relación con la identificación de los destinatarios de la consulta, la LPACAP se refiere a «los sujetos» y «las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma», sin mayores concreciones, lo que, como señala J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2016: 332), puede plantear muchas dudas, por la indefinición de la norma. M. MORA

solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas (27).

En cuanto al modo en que debe realizarse dicha consulta, la LPACAP determina que se sustanciará a través del portal web (28) de la administración competente (29), que desplaza la publicación en diarios o boletines oficiales —sin perjuicio de que actúen como medios de difusión complementarios de aquel— (30). Por lo demás, el artículo 133.3 de la LPACAP únicamente con-

RUIZ (2016: 538), advierte que «parece difícil articular una consulta abierta a cualquier ciudadano que potencialmente pueda verse afectado por la norma, y sí más plausible que se identifiquen organizaciones representativas, lo cual, dependiendo del grado de apertura que tenga la Administración en cada momento, puede generar un cierto riesgo de captura de los intereses». En opinión de I. ARAGUÁS GALCERÀ (2016b: 102), aunque no se trata de un trámite circunscrito sólo a los interesados, como sucede con el trámite de audiencia, tampoco se abre la participación a todos los ciudadanos, como en el trámite de información pública, «lo que permite llevar a cabo cierta delimitación en los destinatarios de este trámite»; pese a ello, entiende que «los términos en los que se configura la consulta previa, tanto en la LPACAP como en la LG, nos remiten a un trámite participativo con un ámbito subjetivo amplio; por lo que consideramos que las posibilidades de limitar la intervención en el mismo deben interpretarse de manera restrictiva y que, en cualquier caso, deben responder a criterios objetivos que guarden relación, por ejemplo, con la materia sobre la que versa la norma o su ámbito de aplicación territorial». Por su parte, O. MIR PUIGPELAT (2017: 223) considera que no sólo debe recabarse la opinión de los sectores afectados por la futura norma, sino también de «cualquier ciudadano, se entiende, ya que el referido portal web es accesible a todo el mundo y no se establecen medidas restrictivas al respecto, que no tendrían ningún sentido». En el mismo sentido, F. GARCÍA RUBIO (2017: 123), en cuya opinión, pueden emitir su opinión en este trámite cualesquiera otros sujetos que así lo deseen. Por su parte, M. VAQUER CABALLERÍA (2017: 189) pone de manifiesto que «la nueva regulación de la participación ciudadana en los procedimientos normativos deja pasar la ocasión de añadir alguna precisión sobre quiénes son o cómo se determinan las organizaciones o asociaciones representativas legitimadas para participar «directamente» en los procedimientos, si pueden abrirse a ellas trámites o formas adicionales o distintas de participación y bajo qué condiciones mínimas de transparencia. Es el problema de los *lobbies* o grupos de interés, cuya regulación sigue siendo en España reducida y fragmentaria».

(27) *Vid.* el análisis detallado de las características de este trámite que realiza I. ARAGUÁS GALCERÀ (2016b: 101-107).

(28) M^o. C. CAMPOS ACUÑA (2016: 599) critica la remisión legal al portal web como vía a través de la cual ejercer los derechos participativos. En su opinión, sería más ajustada la opción de la sede electrónica de la respectiva entidad, por ser «el cauce natural de comunicación electrónica para el establecimiento de relaciones con la Administración Pública, al asegurarse las condiciones de integridad, veracidad y actualización de la información».

(29) Como señala A. PENSADO SEJAS (2017: 12), «La administración electrónica será fundamental para dar virtualidad al nuevo trámite administrativo instaurado de consulta pública y la forma de implementarlo a través de los Portales Web de las Administraciones. La Administración local será la que mayores dificultades se encuentre, sobre todo en aquellos municipios de escasa población, donde el papel de las Diputaciones provinciales se antoja fundamental ex art. 36.1.g) LBRL».

(30) Así lo destaca C. PRIETO ROMERO (2016: 359).

creta que deberá realizarse «de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia». Se pretende, de este modo, garantizar la materialización efectiva de la consulta pública y garantizar que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre la futura norma tengan la posibilidad real de emitir su opinión.

La introducción de esta consulta pública supone un gran avance y debe valorarse positivamente, porque va a permitir tener en cuenta la opinión de los destinatarios de la futura norma incluso antes de proyectarse, cuando todas las opciones de regulación están abiertas (31), lo que implica reforzar, en buena medida, la participación (32). Además, va a contribuir a reducir la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria (33). Sin

(31) En Cataluña, con anterioridad a la LPACAP, se prevé un trámite similar en el artículo 69.3 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Con arreglo a este precepto, las personas pueden enviar sus propuestas y sugerencias con relación a las iniciativas normativas que corresponda antes del trámite de audiencia e información pública. Y, aunque el solo hecho de participar en una iniciativa normativa no atribuye a los ciudadanos la condición de interesados, la Administración debe hacer una valoración general de las contribuciones, que debe publicarse en el Portal de la Transparencia. En relación con la compatibilidad y/o articulación entre este trámite y el de consulta pública previa recogido en la LPACAP, I. ARAGUÀS GALCERÀ (2016b: 105) entiende que la regulación de ambos trámites no es contradictoria, sino más bien complementaria y señala que «el trámite del art. 69 de la Ley catalana y la consulta previa del art. 133 LPACAP deben subsumirse en un único trámite pues, aunque con distintos redactados, ambos responden a una misma finalidad: instaurar una vía de participación en la génesis del procedimiento que permite a los poderes públicos conocer el parecer de los ciudadanos sin un texto que condicione las aportaciones. Llevar a cabo ambos trámites generaría duplicidades que no quedan justificadas, pues con ello no se aportaría ningún valor añadido al procedimiento de elaboración del texto».

(32) Como advierte O. MIR PUIGPELAT (2017: 222), al celebrarse la consulta cuando todas las opciones están abiertas y la administración todavía no se ha decantado por ninguna de ellas, «se incentiva la participación y se refuerza su eficacia y su carácter constructivo. Cuando la Administración ya ha hecho pública su postura —aunque solo sea en forma de proyecto—, la rectificación es percibida a menudo como un signo de debilidad política y resulta, por ello, infrecuente, dando lugar la participación a la introducción de cambios menores o —cuando el rechazo social sea muy fuerte— a la retirada del proyecto».

(33) C. CIERCO SEIRA y A. ROPERO VILARÓ (2017: 107). Señalan estos autores que «Con el trámite del art. 133 de la LPAC en vigor, a las típicas técnicas de control de la potestad reglamentaria, potestad discrecional por antonomasia —esto es, la jerarquía normativa, la reserva de ley, su procedimiento de elaboración, el respeto a los principios generales del Derecho y en especial la interdicción de la arbitrariedad—, se suma una más: la participación del ciudadano no ya en defensa de sus derechos e intereses, sino en la determinación del interés general que promueve el ejercicio de la potestad, la causa de la futura norma jurídica».

embargo, su alcance debe ser relativizado, ya que, en primer lugar, la propia LPACAP permite prescindir de este trámite «en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen». También podrá prescindirse del mismo «Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia» (34). Además, la citada Ley también prevé que si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una administración prevé la tramitación urgente, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella (35). Indudablemente, las posibilidades de excepción que posibilita la propia LPACAP, a través de formulaciones plagadas de conceptos jurídicos indeterminados («razones graves de interés público», «impacto significativo», «obligaciones relevantes», «aspectos parciales»...), pueden disminuir su efectividad y potencialidad. De ahí la necesidad de que sean interpretadas de forma restrictiva.

En segundo lugar, resulta criticable que la LPACAP no haya incluido previsión alguna sobre los derechos de los participantes ni sobre las obligaciones que nacen para la administración pública en relación con las aportaciones realizadas durante el trámite de consulta pública (36). En nuestra opinión, si bien el solo hecho de participar en este trámite no atribuye a los ciudadanos la condición de interesados, podría haberse exigido una respuesta razonada de la administración para quienes presenten alegaciones u observaciones, o, por lo menos, haberse impuesto a la administración la obligación de recoger los resultados de la consulta y de realizar un resumen y una valoración general de las contribuciones, que deberían hacerse públicos e incorporarse al expediente para que puedan ser tomadas en consideración las aportaciones realizadas (37).

(34) Artículo 139.4 de la LPACAP, párrafo 2°.

(35) La amplitud con que se configuran las excepciones al trámite de consulta previa ha suscitado la crítica de la doctrina. *Vid.*, por ejemplo, I. ARAGUAS GALCERÀ (2016b: 103-104); M^o C. CAMPOS ACUÑA (2016: 602-603); F. GARCÍA RUBIO (2017: 123); y E. ORDUÑA PRADA (2016: 7).

(36) C. PRIETO ROMERO (2016: 368) critica que la LPACAP no haya incluido previsión alguna sobre la obligación de que las observaciones formuladas en estos trámites sean, por lo menos, respondidas o tomadas en consideración en la correspondiente memoria, si bien entiende que esta carencia puede ser suplida por la legislación de desarrollo de las comunidades autónomas y de los entes locales.

(37) El artículo 69.3 de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que prevé un trámite similar a la consulta pública, se sitúa en esta línea. *Vid. supra* la nota al pie 31.

En tercer lugar, como advierte MONTORO CHINER, este trámite puede tener escasa repercusión en el caso de los reglamentos, en especial, cuando se trata de reglamentos que desarrollan leyes, a las que no pueden contrariar, de acuerdo con el principio de legalidad, aunque la repercusión puede ser mayor si se trata de un reglamento que desarrolla Derecho europeo (38).

Por último, debe llamarse la atención sobre el hecho de que la LPACAP no se pronuncie sobre las consecuencias de la omisión del trámite previo de consulta pública, siendo este un aspecto fundamental y del que dependerá, en buena medida, su eficacia. Sobre esta cuestión volveremos más adelante (39).

En cualquier caso, la incorporación de este trámite al procedimiento de elaboración de normas debe valorarse positivamente, por su importancia para garantizar la participación ciudadana en un estadio inicial, antes de que haya una propuesta normativa redactada —tal y como ya viene garantizándose en otros ordenamientos, como, por ejemplo, el estadounidense (40), o el de la propia Unión Europea (41)—, e incrementar la calidad

(38) M^o J. MONTORO CHINER (2017).

(39) *Vid. infra* el apartado IV.3 de este trabajo.

(40) Como señala I. ARAGUÁS GALCERÀ (2016b: 105-106), este trámite participativo es similar a la participación que tiene lugar en el procedimiento informal de *rulemaking* (denominado también de *notice and comment*), que se emplea con carácter general por las agencias de Estados Unidos (el procedimiento formal, al que también pueden acudir las agencias para elaborar una norma y en el que la participación se realiza a través de audiencias *trial-type* —audiencias de tipo probatorio— sólo se utiliza cuando lo exige expresamente una Ley). Como pone de manifiesto esta autora, «Siguiendo los cauces de este procedimiento, cada agencia tiene que hacer público que va a aprobar una norma dirigida a regular una determinada materia (*notice*), dando oportunidad a aquéllos que lo deseen de realizar comentarios (*comment*) desde el inicio de la elaboración de la norma; requisitos procedimentales tales que sólo pueden ser objeto de modulaciones en supuestos excepcionales». Sobre el procedimiento de *rulemaking* empleado por las agencias estadounidenses, *vid.* I. ARAGUÁS GALCERÀ (2016a: 186-193).

(41) En el ámbito de la Unión Europea, se realizan consultas públicas en el proceso de elaboración de normas. Estas consultas se llevan a cabo con el fin de que los ciudadanos opinen sobre el alcance, las prioridades y el valor añadido de la actuación de la Unión Europea en relación con nuevas iniciativas o la evaluación de políticas y normas vigentes; se realizan mediante cuestionarios preparados a tal efecto; y permanecen abiertas durante un periodo de 12 semanas. Asimismo, también pueden realizarse aportaciones y comentarios a las propuestas legislativas elaboradas por la Comisión y presentadas al Parlamento Europeo y al Consejo, antes de que los textos sean definitivos. En definitiva, se otorga un peso importante a la participación pública en el procedimiento de elaboración de normas. Por otra parte, en el ámbito de la Unión Europea, también se prevé la participación en relación con los libros verdes, que son documentos publicados por la Comisión Europea cuyo objetivo es estimular una reflexión y lanzar una consulta a nivel europeo sobre un tema concreto y que invitan a las partes interesadas (organismos y particulares) a participar en un proceso de consulta y debate sobre las propuestas que se presentan. Estos libros verdes pueden dar origen posteriormente

normativa. Además, de esta forma, nuestro ordenamiento se alinea con las recomendaciones internacionales —por ejemplo, de la OCDE y de la Unión Europea—, unánimes en considerar que las consultas en los procedimientos de elaboración de normas deben iniciarse lo antes posible, cuando todas las opciones están abiertas (42). Como destaca ARAGUÀS GALCERÀ, «gracias a la consulta previa se generaliza la realización de un trámite participativo distinto y más flexible que la audiencia y la información pública, importando a todos los procedimientos de elaboración de normas las experiencias positivas que, en materia de participación, tenían lugar sólo en algunos ámbitos de la actividad pública, la cual nos acerca a aquellos ordenamientos jurídicos con una cultura participativa más desarrollada» (43). Además, como ya hemos destacado, va a permitir reducir la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de las administraciones públicas y va a ensanchar el control de esta potestad (44). El éxito de este trámite depende, esencialmente, de una utilización adecuada por parte de las administraciones públicas (45) y de una jurisprudencia exigente y rigurosa a la hora de controlar su aplicación efectiva y el respeto de lo establecido en este punto en la LPACAP.

III. LA NECESARIA APLICACIÓN DEL TRÁMITE DE CONSULTA PÚBLICA PREVIA EN EL ÁMBITO LOCAL

Una vez realizada una aproximación general al nuevo trámite de consulta pública inicial, a continuación, planteamos la necesaria aplicación del mismo en el ámbito local, que deriva de su configuración con carácter básico en la LPACAP y de la consiguiente extensión de su aplicación a todas las administraciones públicas, si bien en este punto debe tenerse en cuenta lo establecido por la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo.

a la publicación de libros blancos, con el fin de traducir los resultados de la reflexión realizada en medidas concretas de acción comunitaria. Estos libros blancos ya contienen, pues, propuestas de acciones de la Unión Europea en un ámbito específico y tienen como propósito iniciar un debate con el público, las partes interesadas, el Parlamento Europeo y el Consejo, con el fin de alcanzar un consenso político.

(42) Vid. O. MIR PUIGPELAT (2017: 222).

(43) I. ARAGUÀS GALCERÀ (2016b: 104).

(44) C. CIERCO SEIRA y A. ROPERO VILARÓ (2017: 107-108).

(45) *Ibidem*, p. 106.

1. La consideración de la regulación de la consulta pública previa como «bases del régimen jurídico de las administraciones públicas» y la inaplicación de la mayor parte de su regulación a los reglamentos autonómicos

La regulación de la consulta pública contenida en el artículo 133 de la LPACAP se incluye, como ya hemos señalado, en su Título VI, que contiene las bases a las que debe ajustarse la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las administraciones públicas, en principio plenamente aplicables a la Administración General del Estado, a las administraciones autonómicas y a las entidades locales. Se incluye, así, una regulación de mínimos en la LPACAP en relación con la producción normativa, que afecta a la iniciativa legislativa y a la potestad reglamentaria, no sólo en el ámbito estatal, sino en los diferentes niveles territoriales. Por lo tanto, las previsiones sobre la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones recogidas en este Título, y por lo que aquí nos interesa, las relativas a la consulta pública previa, tienen, en principio, carácter básico y resultan aplicables a todas las administraciones públicas, incluidas las locales, siendo una regulación de mínimos para todas las administraciones públicas. Éste es, indudablemente, uno de los aspectos más novedosos de la Ley (46).

De este modo, las previsiones incluidas en el artículo 133 en relación con la consulta pública constituyen una regulación aplicable con carácter general a todas las administraciones públicas. Los títulos competenciales utilizados por el Estado para justificar la inclusión del Título VI en la Ley fueron, con arreglo a lo establecido en la disposición final 1ª de la Ley, los recogidos en el artículo 149.1.18 de la CE, que atribuye al Estado la competencia para dictar las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y la competencia en materia de procedimiento administrativo común y sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas (47); y en los artículos 149.1.14 de

(46) Como pone de manifiesto G. M. DÍAZ GONZÁLEZ (2016: 70), es el hecho de que este Título VI «haya sido aprobado con carácter básico lo que convierte a esta revisión racionalizadora de la disciplina de producción normativa en una de las aportaciones más destacadas de la reforma, en cuya aplicabilidad a todos los niveles territoriales, más que en su contenido, radica la verdadera innovación», puesto que muchos de los principios e instrumentos de mejora regulatoria recogidos ahora en la LPACAP se recogían ya en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

(47) La Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, de 9 de enero de 2015, justifica su carácter básico y afirma que «se dicta también al amparo del artículo 149.1.18º de la Constitución al considerar que para el correcto ejercicio de la potestad reglamentaria reconocida al Gobierno, resulta necesario que previamente la Administración tramite el correspondiente procedimiento que asegure la legalidad de la actuación Administrativa así como la garantía de participación de terceros interesados». Además, se añade que «Cabe señalar

la CE, relativo a la Hacienda general, y 149.1.13 de la CE, que atribuye al Estado la competencia en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (48).

El fundamento constitucional de la competencia estatal para incluir el Título VI en la LPACAP ha sido objeto de una importante controversia y ha sido puesto en cuestión por el Consejo de Estado (49) y por la doctrina administrativista (50), que en buena medida pone en entredicho los títulos competenciales utilizados para justificar una regulación estatal básica de las potestades norma-

que el carácter básico de este título se justifica en la necesidad de garantizar a todos los ciudadanos su derecho de audiencia en la elaboración de la norma, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 a) CE, con independencia de la Administración Pública que la impulse. Ello permitirá asegurar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.1.1º CE, garantizar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales, así como la igualdad de derechos y obligaciones que tienen los españoles en cualquier parte del territorio nacional (artículo 139 CE)» (pp. 45-46).

(48) Ello pone de manifiesto el enfoque economicista de la nueva regulación. En este sentido, G. M. DÍAZ GONZÁLEZ (2016: 71) y M. MORA RUIZ (2016: 518).

(49) El Consejo de Estado, en su Dictamen 275/2015, de 29 de abril de 2015, considera que «el artículo 149.1.18 no permite amparar en su conjunto la regulación del procedimiento de normas contenida en el título VI del anteproyecto con el alcance que éste le confiere» [apartado III.4.a)], si bien cabe recordar que el contenido del Título VI en el Anteproyecto de ley era bastante más amplio que el finalmente recogido en la LPACAP definitivamente aprobada. En efecto, inicialmente, el Anteproyecto de Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas elaborado por el Ministerio de la Presidencia —versión de 16 de enero de 2015, correspondiente al texto sometido a información pública— tenía un contenido bastante más amplio que el recogido finalmente en la Ley definitivamente aprobada. El Título VI del Anteproyecto se estructuraba en tres capítulos en los que, respectivamente, se regulaban la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones (arts. 154 a 156); los principios del procedimiento de elaboración de normas (arts. 157 a 160); y el procedimiento de elaboración de normas, reconociéndose también algunas especialidades del procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos en el ámbito de la Administración General del Estado (arts. 161 a 164), trasladándose al Anteproyecto cuestiones relativas a la potestad reglamentaria reguladas, hasta ese momento, en el ámbito de la Administración estatal en la Ley del Gobierno. Esta regulación tenía, además, el carácter de normativa básica, aplicable a todas las administraciones públicas —con la salvedad de los arts. 156, 160.5, 162, 163 y 164.2, cuyo ámbito de aplicación se circunscribía únicamente a la Administración General del Estado—.

Asimismo, el Consejo de Estado cuestiona la invocación del artículo 149.1.13 de la CE como fundamento de los principios de buena regulación. *Vid.* el apartado III.4.c) del Dictamen. En su opinión, el título concreto en que se ampara la regulación de los mencionados principios, al igual que ya lo hiciera el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, es el relativo a las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 de la CE).

(50) La doctrina administrativista ha puesto de manifiesto la incorrección de la utilización del artículo 149.1.13 y del artículo 149.1.14 —especialmente, el primero de ellos— como soporte competencial del Título VI de la LPACAP. *Vid.* J. A. CARRILLO DONAIRE (2016: 40-41), G. M. DÍAZ GONZÁLEZ (2016: 71), A. I. FORTES GONZÁLEZ (2016: 336-338), M. MORA RUIZ (2016: 518-519) y J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2015: 3). En contra, J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ (2015: 3).

tivas (51), así como por las administraciones autonómicas, que reivindican sus competencias para regular el procedimiento de elaboración de disposiciones en el ámbito de sus propias disposiciones y consideran inconstitucional la regulación acometida por el Estado. La controversia desatada ha motivado la interposición de dos recursos de inconstitucionalidad contra la LPACAP por el Gobierno de Cataluña y por el Gobierno de Canarias, que fueron admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional (52).

Recientemente, ha visto la luz la primera Sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre esta cuestión. Nos referimos a la Sentencia 55/2018, de 24 de mayo. En ella, el Tribunal Constitucional, con mención expresa a la Sentencia 91/2017, de 6 de julio (53), que es la primera sentencia que ha enjuiciado la cobertura competencial de previsiones estatales relativas a la participación ciudadana durante la elaboración de cualesquiera disposiciones administrativas, considera que las previsiones relativas a la participación ciudadana deben reputarse bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (54).

Con relación a la regulación de la participación ciudadana contenida en el artículo 133 de la LPACAP considera, en primer lugar, que, en la medida en que este precepto prevé su aplicación —y, por ende, la de la consulta pública previa— a las iniciativas de rango legal de las comunidades autónomas, invade por ello las competencias que estas tienen estatutariamente atribuidas en orden a organizarse y regular la elaboración de sus leyes (55). Para el Tribunal,

«Los Estatutos de Autonomía reconocen la iniciativa legislativa a los gobiernos autonómicos, no a sus administraciones. A diferencia de lo que ocurre con la potestad reglamentaria, que también corresponde al Gobierno, el ejercicio de esta prerrogativa se inserta en el ámbito de las relaciones del Gobierno con las cámaras parlamentarias. El procedimiento de elaboración y aprobación de proyectos de ley es la vía que permite al gobierno autonómico participar en la función legislativa y, por tanto, articular sus políticas públicas a través de normas con rango de ley» (56).

(51) Al respecto, *vid.* el análisis que realiza J. A. CARRILLO DONAIRE (2016: 37-42), sobre el discutible alcance de la competencia estatal para regular el procedimiento de elaboración de normas.

(52) Se trata de los recursos de inconstitucionalidad n.º 3628-2016 y 3865-2016, presentados, respectivamente, por el Gobierno de Cataluña y por el Gobierno de Canarias, admitidos a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional, mediante Providencia de 19 de julio de 2016 (BOE núm. 184, de 1 de agosto de 2016).

(53) Esta Sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 6642-2011, promovido por el Gobierno de Canarias contra los artículos 4 a 7, 41.1, 80, 91 y 110.4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

(54) *Vid.* el FJ 7.c) de la Sentencia 55/2018, de 24 de mayo, que apela a la Sentencia 91/2017 (FJ 6).

(55) *Vid.* el FJ 7.b) de la Sentencia 55/2018, de 24 de mayo.

(56) FJ 7.b) de la Sentencia 55/2018, de 24 de mayo.

Consecuentemente,

«(...) el ejercicio de la iniciativa legislativa por parte de las Comunidades Autónomas, en general, y la elaboración de anteproyectos de ley, en particular, quedan por completo al margen del art. 149.1.18 CE en lo que se refiere tanto a las «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» como al «procedimiento administrativo común»» (57).

En segundo lugar, en cuanto al procedimiento de elaboración de normas de carácter reglamentario, el Tribunal Constitucional, considera que

«El artículo 133, en sus apartados primero, primer inciso («Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública») y cuarto, primer párrafo, contiene normas con parecido tenor que pueden reputarse bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), aplicables en cuanto tales a la elaboración de reglamentos autonómicos. Las demás previsiones del artículo 133 descienden a cuestiones procedimentales de detalle desbordando el ámbito de lo básico; vulneran por ello las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas en relación con la elaboración de sus propias disposiciones administrativas» (58).

En consecuencia, declara que el artículo 133 —salvo el primer inciso de su apartado primero, en el que se prevé que «Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública», y el primer párrafo de su apartado cuarto, en el que se recogen los supuestos en que puede prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas— de la LPACAP es contrario al orden constitucional de competencias y resulta inaplicable a las comunidades autónomas. Sin embargo, la declaración de la invasión competencial no conlleva la nulidad, ya que los preceptos se aplican en el ámbito estatal (59), sin que ello haya sido objeto de controversia.

De lo expuesto, se deriva un criterio diferente en relación con el procedimiento de elaboración de las normas de rango legal y las de rango reglamentario. En tanto que para las primeras no es conforme con el orden constitucional de competencias la regulación acometida por el artículo 133 de la LPACAP, para las segundas sí puede exigirse el trámite de consulta pública, si bien tampoco es conforme con el orden constitucional parte de la regulación de este trámite (concretamente, la contenida en aquellas partes del artículo 133

(57) FJ 7.b) de la Sentencia 55/2018, de 24 de mayo.

(58) Vid. el FJ 7.c) de la Sentencia 55/2018, de 24 de mayo.

(59) En el ámbito de la Administración General del Estado, las disposiciones del art. 133 de la LPACAP se completan con las previsiones de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

que descienden a cuestiones de detalle), al invadir las competencias estatutarias de las comunidades autónomas.

Por lo tanto, resulta que para todos los reglamentos, ya sean estatales, autonómicos o locales, es exigible una consulta pública previa a la redacción del texto de la iniciativa. Además, en todos ellos, puede prescindirse de la misma en las excepciones previstas con carácter general en el párrafo primero del artículo 133.4, que son comunes a los trámites de consulta, audiencia e información pública («normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen»). Sin embargo, el resto de las previsiones recogidas en el artículo 133 sobre la consulta pública (en cuanto a su objeto, los sujetos destinatarios, la forma de realización y las excepciones concretas previstas exclusivamente para este trámite), al vulnerar las competencias estatutarias de las comunidades autónomas, no resultan aplicables a la elaboración de reglamentos autonómicos, si bien dichas previsiones no son anuladas, por resultar aplicables a la Administración General del Estado.

Queda claro, pues, que este trámite es exigible en el procedimiento de elaboración de reglamentos, con independencia de cuál sea la Administración promotora de los mismos —estatal, autonómica o local—. Ahora bien, en tanto que la regulación de la consulta pública que efectúa el artículo 133 es plenamente aplicable a los reglamentos estatales, no lo es para los reglamentos autonómicos —con la salvedad, ya señalada, del primer inciso de su apartado 1 y del párrafo primero de su apartado 4)—. La duda surge sobre su aplicabilidad a los reglamentos locales, cuestión sobre la que el Tribunal Constitucional no se pronuncia.

2. La necesaria exigencia del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas locales

Como hemos señalado, la consulta pública es exigible en el procedimiento de elaboración de reglamentos estatales, autonómicos y locales. La aplicación de este trámite en el ámbito local conlleva un aspecto innovador en el ejercicio de la potestad reglamentaria local, como es la incorporación de un trámite participativo con carácter previo a la redacción del anteproyecto de reglamento —no recogido en el art. 49 de la LBRL— en el procedimiento de elaboración de normas, dado su carácter básico (60).

(60) Sobre el impacto de la LPACAP y el necesario encaje de las nuevas previsiones recogidas en su artículo 133 en el procedimiento de elaboración de normas locales, *vid. L. CASADO CASADO* (2017b: 113-118). En general, sobre la potestad reglamentaria local tras la LPACAP, *vid. F. GARCÍA RUBIO* (2017: 83-131).

En nuestra opinión, la inclusión de este trámite resulta obligada (61), por lo que se añade a los trámites establecidos en el artículo 49 de la LBRL (62), de manera que, en una fase todavía embrionaria, cuando todavía se carece de un proyecto o anteproyecto de ordenanza o reglamento, deberá sustanciarse esta consulta pública (63).

(61) Así lo considera también la Dirección General de Tributos de la Secretaría de Estado de Hacienda, del Ministerio de Hacienda y Función Pública, en un Informe de 10 de enero de 2018, dando respuesta a una cuestión planteada por la Secretaría General de la Federación Española de Municipios y Provincias (*vid.* su apartado 1). En este Informe, se sostiene la aplicación del Título VI de la LPACAP y, por lo tanto, del artículo 133 y, en particular, de la consulta pública previa, a las entidades locales, con base en diferentes argumentos (entre ellos, se apela al carácter básico de dicha Ley y, en particular, de su Título VI; a la aplicación de dicha Ley a las entidades que integran la administración local; y al establecimiento con carácter básico de un procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y de reglamentos —en el que se incluye el nuevo trámite de consulta pública previa— cuya modificación está sujeta a estrictas limitaciones —exigencia de una ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, para establecer trámites adicionales o distintos de los previstos en la LPACAP—). Idéntico criterio se mantiene en algunas instrucciones o circulares adoptadas por entidades locales para facilitar la aplicación en el ámbito local del Título VI de la LPACAP (*vid.*, por ejemplo, la «Cuarta circular informativa relativa a la Ley 39/2015: Título VI. Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria», de 21 de septiembre de 2016, de la Diputación de Huesca, elaborada por el personal del Servicio de Asistencia Jurídica a Municipios —p. 10—). En cambio, algunas voces habían considerado que el trámite de consulta pública previa no era de aplicación a la potestad reglamentaria local, interpretando que a este respecto era de aplicación la Disposición adicional 1ª de la LPACAP, conforme a la cual en los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos, se regirán respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales. De este modo, puesto que tanto el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, en sus artículos 16, 17 y 18, como el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, regulan, respectivamente, los procedimientos de elaboración de las ordenanzas fiscales y no fiscales, y son procedimientos completos, cabría la aplicación de esta Disposición adicional y no sería de aplicación este trámite. Sin embargo, la interpretación mayoritaria aboga por la aplicación de las consultas previas al ámbito local y así lo están interpretando, además de la propia Administración General del Estado, muchas administraciones locales, que, tras la entrada en vigor de la LPACAP, están exigiendo esta consulta previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas. De estos dos posicionamientos se hace eco la Circular informativa sobre la LPACAP de la Diputación de Valladolid, de 5 de octubre de 2016, elaborada por el Servicio de Asesoramiento Local.

(62) En este sentido, V. MERINO ESTRADA (2016: 19), aunque señala que, por ser ley especial, resulta en principio de aplicación la Ley 7/1985 al procedimiento de elaboración de ordenanzas, advierte que la LPACAP es básica y aplicable a las entidades locales, por lo que «En todo lo que se refiera a la consulta pública previa, aplicaremos el art. 133, siempre que no esté en contradicción con el 49 de la LBRL».

(63) El trámite de consulta pública previa está siendo ya aplicado efectivamente por muchos Ayuntamientos en el procedimiento de elaboración de sus ordenanzas municipales. Así, por ejemplo, el Ayuntamiento de Madrid ha sometido a consulta pública previa la con-

Cuestión diferente es si resultan o no aplicables a las administraciones locales las previsiones que sobre la consulta pública recoge el artículo 133 de la LPACAP, cuestión a la que nos referimos a continuación.

3. Las dudas suscitadas en torno a la aplicación de la regulación de la consulta pública previa contenida en el artículo 133 de la Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas en el ámbito local

Con la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo, han emergido serias dudas en torno a si la regulación de la consulta pública previa recogida en la LPACAP es o no aplicable a las administraciones locales. Evidentemente, sí lo es el primer inciso del apartado 1 y el primer párrafo del apartado 4 del artículo 133, que no son contrarios al orden constitucional de competencias y resultan de aplicación a los reglamentos de las comunidades autónomas. Por lo tanto, estos apartados, que determinan la realización de este trámite con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de reglamento y prevén las excepciones generales al mismo, resultan de aplicación, como ya hemos señalado (64), al procedimiento de elaboración de los reglamentos estatales, autonómicos y locales.

La duda surge, en cambio, con las restantes previsiones relativas al objeto de la consulta, los sujetos destinatarios, la forma en que debe sustanciarse y las excepciones concretas a este trámite, que, con arreglo a la jurisprudencia constitucional, no resultan aplicables a las administraciones autonómicas. Se plantea en definitiva, si es íntegramente aplicable a las administraciones locales la regulación de la consulta pública contenida en el artículo 133 de la LPACAP, que no lo es, en cambio, para las administraciones de las comunidades autónomas.

Esta cuestión no tiene una fácil respuesta. Como ha puesto de manifiesto JIMÉNEZ ASENSIO (2018), «lo cierto es que si el TC ha considerado que no forman parte de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas determinadas previsiones del Título VI de la LPAC, parece lógico deducir que tales artículos, apartados o párrafos, serían asimismo inaplicables a las entidades

veniencia de modificar la regulación del procedimiento para la autorización de obras y la apertura de locales comerciales o empresariales, la modificación de la Ordenanza reguladora de la publicidad exterior y la aprobación de la Ordenanza de conservación, rehabilitación y estado ruinoso de las edificaciones; el Ayuntamiento de Barcelona, ha realizado una consulta pública con carácter previo a la elaboración del proyecto de nueva Ordenanza de cementerios; y el Ayuntamiento de Girona ha sometido a consulta pública previa la modificación de la Ordenanza municipal de circulación.

(64) *Vid. supra* el epígrafe 1 de este mismo apartado.

locales, por no tener esa condición. Pero el razonamiento del TC se asienta en que se vulneran o invaden «competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas»; esto es, el pronunciamiento del Tribunal no parece que se pueda hacer extensivo a las manifestaciones normativas de los entes locales, pues el título competencial siendo formalmente el mismo, no lo es materialmente (ya que el régimen local se subsume en tal título general de Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas). Ahora bien, siendo esto así, no puede descartarse otra interpretación conforme a la cual y tomando el principio de autonomía local como fundamento, se excluya la aplicación de las previsiones del artículo 133 —con las salvedades, ya señaladas, de su apartado 1 y del primer párrafo de su apartado 4— en relación con el trámite de consulta pública en el procedimiento de elaboración de ordenanzas locales. Así, podría justificarse que determinadas previsiones recogidas en este precepto en relación con la consulta pública no fueran de aplicación a los entes locales, que también podrían aprobar una regulación específica de este trámite, en ejercicio de su potestad normativa y de autoorganización (65).

En fin, la Sentencia del Tribunal Constitucional resuelve la problemática en relación con el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos, pero abre enormes zonas de penumbra en cuanto al procedimiento de elaboración de reglamentos locales. Desde la perspectiva que aquí nos interesa, no sabemos a ciencia cierta si, a día de hoy, la regulación de la consulta pública previa contenida en el artículo 133 de la LPACAP, más allá de las escuetas previsiones mínimas que se han considerado aplicables a la potestad reglamentaria de las administraciones autonómicas —y que, en consecuencia, también lo serán para las locales— es o no aplicable a los entes locales. La incertidumbre está servida. En estas coordenadas, como señala JIMÉNEZ ASENSIO (2018), «lo más prudente será aplicar esa normativa mientras no existan pronunciamientos jurisdiccionales al respecto», si bien «no parece razonable que la potestad normativa local sea de peor condición que la potestad reglamentaria de un Ejecutivo autonómico en cuanto a exigencias formales por parte de la legislación básica». En definitiva, «por seguridad jurídica lo mejor será, aparte de cumplir obviamente con los presupuestos

(65) En esta línea, R. JIMÉNEZ ASENSIO (2018) advierte que «una interpretación en clave de autonomía local constitucionalmente garantizada podría justificar que determinadas previsiones recogidas en ese título no sean de aplicación a los entes locales (por ejemplo, la planificación normativa, la audiencia a los interesados, etc.). También cabría explorar hasta qué punto mediante el ejercicio de las potestades normativas propias y de la potestad de organización, no podría una entidad local aprobar un Reglamento de elaboración de disposiciones normativas que se apartara en algunos puntos de la regulación de la LPAC. Pues la pregunta es clara: ¿hasta qué punto siguen siendo básicas, en cuanto aplicables a las entidades locales, las normas del Título VI LPAC que el TC ha declarado inaplicables para las CCAA? Y no es una pregunta menor».

básicos mínimos que son exigidos al poder reglamentario autonómico, valorar en cada caso si los impactos del problema (y los riesgos jurídicos que se puedan suscitar) requieren seguir la literalidad de los trámites formales de la LPAC o se puede argumentar la inaplicación por interferir los ámbitos de la potestad de autoorganización propia de la autonomía municipal. Para ello nada mejor que ejercer por los entes locales sus potestades normativas proyectadas sobre este objeto» (66).

IV. ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITA LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PÚBLICA PREVIA EN EL ÁMBITO LOCAL

La incorporación de la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas locales supone un cambio profundo en la manera con que hasta ahora se han venido elaborando las normas locales, ya que el primer paso va a ser este trámite participativo, cuya pretensión es fomentar la participación en una fase temprana, cuando la norma aún no está definida y existe margen para perfilar su contenido por parte de los ciudadanos. Sin embargo, son muchas las cuestiones que su aplicación en el ámbito local suscita y que requieren de una reflexión serena si queremos que este trámite sea realmente efectivo. Entre ellas, vamos a hacer especial referencia a la cuestión del alcance y extensión con que se configura, habida cuenta de que en el tiempo de vigencia que lleva la LPACAP, ya se han planteado algunas dudas sobre a qué normas resulta aplicable este trámite y qué normas pueden excluirlo en su procedimiento de elaboración. Asimismo, señalaremos algunos aspectos de la regulación de la consulta previa que requerirían una mayor concreción en el ámbito local. Por último, también pondremos de manifiesto las dudas que se suscitan en torno a los efectos jurídicos de la omisión de la consulta pública inicial en el procedimiento de elaboración de ordenanzas locales.

1. Alcance y extensión del trámite de consulta pública previa

Durante el tiempo de vigencia que lleva la LPACAP, la aplicación de la consulta pública previa en el ámbito local ya ha planteado algunas dudas sobre el alcance de la exigencia de este trámite y sobre su aplicación a determinadas normas reglamentarias locales, suscitadas a la hora de interpretar el alcance de las excepciones recogidas en la propia Ley —concretamente, en el apartado 4 del artículo 133—.

(66) R. JIMÉNEZ ASENSIO (2018).

A) **Ámbito de aplicación**

Con arreglo a la LPACAP, la consulta pública se exige con carácter previo a la elaboración de cualquier proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento. Ésta es la regla general (67). Por lo tanto, este trámite, en principio, resulta aplicable a cualquier norma reglamentaria local (68), si bien luego realizaremos algunos matices a esta afirmación.

Una cuestión que se ha suscitado respecto al ámbito de aplicación de la consulta pública es si este trámite se aplica únicamente para los supuestos de nueva aprobación de ordenanzas o reglamentos, o también es preceptivo para la modificación de ordenanzas o reglamentos ya existentes. Al respecto, el *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*, en su Dictamen 752/2017, de 21 de noviembre de 2017, ha interpretado que debe aplicarse no sólo a los supuestos de nueva aprobación, sino también de modificación de reglamentos u ordenanzas existentes, dado que su finalidad es recoger las opiniones manifestadas por la ciudadanía y las personas directamente afectadas por la normativa que se propone tramitar y aprobar (69). A la espera de jurisprudencia clarificadora, es ésta una interpretación plausible, especialmente cuando se trate de modificaciones de entidad (70).

A pesar de la amplitud con que se configura la exigencia de la consulta pública previa, lo cierto es que la aplicación de este trámite viene acompañada, en la LPACAP, por un abanico de excepciones posibles, recogidas en el apartado 4 del artículo 133 y que permiten, en determinados casos, eludir su aplicación. Entre estas excepciones, algunas —las recogidas en el párrafo primero del apartado 4 del artículo 133, que afectan a normas presupuestarias u organizativas o a supuestos en que concurren razones graves de interés público que lo justifiquen— tienen carácter general, son comunes a los trá-

(67) Téngase en cuenta, sin embargo, que, como ya hemos señalado (*vid. supra* el apartado III.1 de este trabajo), el Tribunal Constitucional ha considerado inaplicable el artículo 133 a las iniciativas normativas de rango legal de las comunidades autónomas.

(68) E. ORDUÑA PRADA (2016: 1) advierte que el título VI de la LPACAP resulta aplicable a todas las administraciones públicas y se extiende a cualquier tipo de disposición reglamentaria local: reglamentos orgánicos, reglamentos de servicios, de personal, ordenanzas de convivencia ciudadana, ordenanzas fiscales, planes urbanísticos, etc.

(69) *Vid.* la consideración 5ª del Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* 752/2017, de 21 de noviembre de 2017.

(70) Ahora bien, esta interpretación, conforme a la cual deben ser objeto de consulta pública tanto las normas reglamentarias de nueva aprobación como las modificaciones de las ya existentes, debe articularse adecuadamente con la excepción recogida en el artículo 133.4 de la LPACAP, que permite prescindir del trámite de consulta pública previa cuando la propuesta normativa «regule aspectos parciales de una materia». A esta excepción nos referimos más adelante. *Vid. infra*, el epígrafe 1.B).c) de este mismo apartado IV.

mites de consulta, audiencia e información públicas, y resultan aplicables en los procedimientos de elaboración de reglamentos autonómicos —y también estatales y locales—. Otras en cambio —las recogidas en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 133, referidas a propuestas normativas que no tengan un impacto significativo en la actividad económica, no impongan obligaciones relevantes a los destinatarios o regulen aspectos parciales de una materia o relativas a supuestos de tramitación urgente de procedimientos—, son específicas de la consulta pública y no resultan aplicables a los reglamentos autonómicos, aunque sí a los estatales, suscitándose la duda, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo, sobre su aplicabilidad en el ámbito local.

A estas excepciones, cuya aplicación en el ámbito local ha suscitado ya algunas dudas, nos referimos a continuación. En todo caso, debe partirse del carácter preceptivo de este trámite para las administraciones locales, por lo que sólo podrá prescindirse del mismo cuando se justifique de forma motivada la concurrencia de alguna de las excepciones señaladas.

B) La interpretación de las posibles excepciones: ¿qué normas locales pueden eludir el trámite de consulta pública previa?

El preceptivo trámite de consulta pública con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de reglamento ha suscitado algunas cuestiones problemáticas en la práctica, a raíz de la interpretación que debe darse al apartado 4 del artículo 133 de la LPACAP y de la aplicación de las excepciones en él recogidas en el ámbito local.

Sin duda, es ésta una cuestión de enorme relevancia, habida cuenta de que las excepciones a este trámite que prevé la propia Ley podrán condicionar en buena medida la efectividad del mismo. De ahí que sea conveniente fijar los límites a que se sujetan estas excepciones y reflexionar sobre el alcance que va a tener su aplicación en el ámbito local. En particular, vamos a referirnos a cómo se proyectan sobre los reglamentos organizativos y sobre las ordenanzas fiscales.

En todo caso, debe tenerse presente que las administraciones locales, cuando hagan uso de las excepciones que posibilita la LPACAP al trámite de consulta pública, deberían justificar la razón por la cual la norma no ha sido sometida al mismo (71), garantizándose así una aplicación motivada y justificada de las excepciones, que no deben convertirse en la regla gene-

(71) En este sentido, también J. M^o MENÉNDEZ ALONSO (2016: 7), quien señala que tal justificación podría realizarse en la exposición de motivos o en el preámbulo, o bien en el expediente.

ral (72). Además, debe tratarse de una justificación suficiente, sin que quepan simples alegaciones genéricas (73).

a) La exclusión del trámite previo de consulta pública del reglamento orgánico municipal y de los reglamentos organizativos de otras administraciones locales

Una de las cuestiones planteadas en la práctica es si el trámite de consulta pública resulta aplicable al reglamento orgánico municipal o a los reglamentos organizativos de otras administraciones locales.

Para dar respuesta a esta cuestión, debemos partir de que entre las excepciones generales a este trámite, el artículo 133.4 de la LPACAP incluye, en su primer párrafo —aplicable en el procedimiento de elaboración de todo tipo de reglamentos y, por lo tanto, además de en los estatales, también en los autonómicos y locales— las «normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen». Asimismo, en su segundo párrafo —no aplicable a los reglamentos autonómicos—, incluye entre las excepciones específicas aquellos supuestos en que la propuesta normativa «no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia», así como la eventual excepción del trámite en aquellos casos en que se prevea la tramitación urgente del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias.

Entre esas normas organizativas a que se refiere el artículo 133 de la LPACAP, en el caso de las administraciones locales, se incluirían las disposiciones reglamentarias en las que se establece la organización y el funcionamiento de los órganos de gobierno de dicha administración —fundamentalmente, el reglamento orgánico—.

A la luz de estas previsiones, en nuestra opinión, podría excepcionarse este trámite en el procedimiento de elaboración del reglamento orgánico municipal —o de los reglamentos organizativos de otras administraciones locales, como, por ejemplo, las provincias—. Sin duda, estamos ante una norma organizativa, por lo que fácilmente podría justificarse la aplicación

(72) En el ámbito de la Administración General del Estado, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, prevé que la aplicación de alguna de las excepciones previstas al trámite de consulta pública debe estar debidamente motivada y debe justificarse en la memoria del análisis de impacto normativo (art. 26.2).

(73) J. M^o MENÉNDEZ ALONSO (2016: 7).

de esta excepción (74). Así lo han entendido también algunos Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales en las Directrices que han aprobado sobre la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las normas municipales (75).

b) La controversia desatada en torno a la exigibilidad del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales: ¿resulta exigible en su tramitación la consulta pública previa?

Uno de los temas que mayores dudas ha planteado en la práctica en cuanto a la aplicación de la consulta pública previa en el ámbito local es la de si puede o no excepcionarse en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales. Las ordenanzas fiscales son normas reglamentarias que,

(74) Sobre esta cuestión, *vid.*, el Informe (2017) «Trámites a seguir para la aprobación del reglamento orgánico municipal», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 15, en que se da respuesta a la pregunta de si para la aprobación de un nuevo reglamento orgánico se debe realizar la consulta previa a la ciudadanía. En él se apunta que «Conceptualmente se nos hace difícil justificar que puedan concurrir razones graves de interés público que justifiquen la exención de los dos trámites (consulta y audiencia). Pero sí nos parece que el ROM no tiene un impacto significativo en la actividad económica ni puede imponer obligaciones relevantes a otros destinatarios que no sean los concejales, que ya tienen un cauce de participación interno». Por ello, se entiende que para la aprobación del reglamento orgánico municipal «antes de la aprobación inicial, debe someterse el documento a un trámite de audiencia a los interesados, que podrían ser las asociaciones y consejos del municipio; y, tras este, realizar los trámites ordinarios de aprobación de reglamentos y ordenanzas, con el requisito de la mayoría absoluta que establece el art. 47.2.f de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL)» (p. 2).

(75) Es el caso, por ejemplo, del Ayuntamiento de Madrid (*vid.* el apartado 2.2 de sus «Directrices sobre la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas municipales», aprobadas el 20 de octubre de 2016), del Ayuntamiento de Puente Genil (*vid.* el apartado 2.2 de las «Directrices sobre consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas y reglamentos»), del Ayuntamiento de Lezama (*vid.* el apartado 2.2. de las «Directrices sobre la consulta pública previa, audiencia e información pública en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas y reglamentos municipales»); del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera (*vid.* el apartado 2.3 de las «Directrices sobre la consulta, audiencia, e información públicas a la ciudadanía en el procedimiento de elaboración de ordenanzas y reglamentos municipales»), y del Ayuntamiento de Alcudía (*vid.* el apartado sexto de las «Directrices sobre consulta pública previa, y audiencia e información pública, en el procedimiento de elaboración y modificación de las normas y disposiciones reglamentarias municipales»). Asimismo, la Diputación Provincial de Lugo excluye de este trámite las iniciativas para la aprobación de ordenanzas y reglamentos provinciales de carácter presupuestario u organizativo (*vid.* el apartado 2.2 de las «Directrices sobre consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas y reglamentos provinciales de la Diputación de Lugo»).

con carácter anual, son objeto de aprobación o modificación en la práctica totalidad de los municipios. Ciertamente, la introducción en el procedimiento de elaboración de estas ordenanzas del trámite previo de consulta pública conllevaría una extraordinaria complejidad y dilación en el tiempo (76). Sin embargo, su aplicación reforzaría la participación ciudadana, máxime si tenemos en cuenta que la LPACAP, cuando contempla los supuestos en que puede prescindirse de este trámite no incluye ninguna referencia expresa respecto a las normas fiscales. Al no existir un pronunciamiento expreso de la Ley sobre esta cuestión, resulta necesario determinar si la consulta pública previa resulta o no aplicable a las ordenanzas fiscales.

Al respecto, hemos podido constatar que algunos Ayuntamientos están entendiendo en las Directrices que están aprobando sobre la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas que este trámite se excluye para la aprobación de las ordenanzas fiscales (77). En cambio, también hemos comprobado que otros, en la práctica, están exigiendo su realización (78). Igualmente, en la doctrina, algunos autores ha defendido su exigibilidad para las ordenanzas fiscales. En este sentido, se han pronunciado, por ejemplo, DEL AMO GALÁN (79) y MENÉNDEZ ALONSO (80), aunque este último

(76) Vid. M^o C. CAMPOS ACUÑA (2017).

(77) Por ejemplo, excluyen las ordenanzas fiscales del trámite de consulta pública previa las «Directrices sobre la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas municipales» del Ayuntamiento de Madrid, aprobadas el 20 de octubre de 2016 (apartado 2.2, que excluye de este trámite «las iniciativas para la aprobación de normas presupuestarias, organizativas, ordenanzas fiscales e instrumentos de planeamiento urbanístico», si bien permite que, en estos supuestos, «la Junta de Gobierno podrá acordar de forma singular la realización del trámite cuando existan razones que así lo justifiquen»); las «Directrices sobre consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas y reglamentos» del Ayuntamiento de Puente Genil [apartado 2.2.d), que excluye de este trámite los procedimientos de aprobación de ordenanzas fiscales e instrumentos de planeamiento urbanístico]; y las «Directrices sobre consulta pública previa, y audiencia e información pública, en el procedimiento de elaboración y modificación de las normas y disposiciones reglamentarias municipales» del Ayuntamiento de Alcuñia (apartado 6, con arreglo al cual se excluyen de este trámite los procesos de elaboración y modificación de ordenanzas fiscales y de normas urbanísticas).

(78) Sirvan, a título de ejemplo, el Ayuntamiento de Santa Perpètua de Mogoda, que ha realizado el trámite de consulta pública previa para la revisión de las ordenanzas fiscales reguladoras de impuestos y tasas para el ejercicio 2018; y el Ayuntamiento de Larrabetzu, que ha sometido a consulta pública previa la elaboración del proyecto de modificación-actualización de las ordenanzas fiscales y la ordenanza de los precios públicos para el año 2018.

(79) Ó. DEL AMO GALÁN (2018: 4-5).

(80) J. M^o MENÉNDEZ ALONSO (2016: 9). De todas formas, advierte que «Dado que en materia fiscal suelen ser muy habituales las modificaciones de las ordenanzas ya existentes —revisando tipos impositivos o introduciendo exenciones o bonificaciones—, debe tenerse presente que el art. 133.4 *in fine* de la LPACAP establece que podrá prescindirse de la consulta

advierte de algunas de las dificultades que pueden plantearse. En su opinión, «va a darse la paradoja de que, en la tramitación de una ordenanza de carácter fiscal, podrán intervenir en la fase de consulta previa, a través de la página web de la Administración Local, cualesquiera ciudadanos, mientras que en el trámite de información pública subsiguiente a la aprobación provisional, únicamente estarán legitimados quienes tuvieren un interés directo o resultaren afectados por el acuerdo, junto a los colegios y cámaras oficiales, y las asociaciones y demás entidades legalmente constituidas para velar por los intereses profesionales, económicos y vecinales, cuando actúan en defensa de los que les son propios. El desencuentro entre el trámite de opinión y el de audiencia propiamente dicho resulta evidente y en la práctica planteará problemas y contradicciones y, sobre todo, producirá un innecesario alargamiento temporal en la tramitación de las Ordenanzas» (81).

A la vista de esta dualidad de interpretaciones, cabe reflexionar sobre la aplicabilidad de la consulta pública previa a las ordenanzas fiscales, con el fin de ofrecer una respuesta clara a esta controvertida cuestión. Para ello, debemos partir, en primer lugar, del artículo 133.4 de la LPACAP, con el fin de determinar si la excepción de este trámite para las ordenanzas fiscales podría hallar encaje entre las excepciones en él previstas. Aunque este precepto no menciona de forma expresa las ordenanzas fiscales, debe plantearse si podrían hallar cobijo en alguna de las excepciones allí recogidas. Repasando las excepciones incluidas en el párrafo primero de este artículo, fácilmente puede concluirse que las ordenanzas fiscales no constituyen «normas presupuestarias» (82), por cuanto su objeto no es regular el régimen presupuestario y de previsión, control y fiscalización del gasto, sino la determinación de los recursos de las haciendas locales y, en particular, la regulación de los tributos propios locales (83),

previa, es decir la referida en el apartado 1 de ese artículo, cuando la propuesta normativa se limite a regular «aspectos parciales de una materia». No obstante, llama la atención que el legislador haya usado un concepto tan indeterminado como es el de «materia», en vez de referirse claramente a la modificación parcial de una disposición general» (p. 9).

(81) J. M^o MENÉNDEZ ALONSO (2016: 9)).

(82) En opinión de O. MIR PUIGPELAT (2016: 224-225), en cuanto a las normas presupuestarias, esta excepción, por lo que respecta al trámite de información pública, «no puede alcanzar a los Entes Locales, ya que el art. 112.3 LBRL y los arts. 169 y 170 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, contemplan como un rasgo definidor del régimen local la práctica de un trámite de información pública entre la aprobación inicial y definitiva del presupuesto, y en ningún momento parece que el art. 133.4 LPAC pretenda derogarlo; a tenor de la remisión efectuada por el art. 128.1 LPAC, debe prevalecer aquí la información pública preceptiva exigida por la citada legislación de régimen local».

(83) Vid. el artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales. Vid., asimismo, el artículo 16 de esta misma norma, que determina el contenido de las ordenanzas fiscales.

estableciendo los criterios para efectuar las liquidaciones procedentes y otros aspectos de la gestión y recaudación (84). Tampoco son «normas organizativas», en la medida en que tampoco tienen como objeto establecer el régimen de organización y funcionamiento de los diferentes órganos de gobierno locales. De este modo, en nuestra opinión, las ordenanzas fiscales no participan de la naturaleza de normas presupuestarias ni de la de normas organizativas de las administraciones locales. Tampoco se halla, en el caso de las ordenanzas fiscales, la concurrencia de «razones graves de interés público» que justifiquen la excepción del trámite de consulta.

Pasando al análisis de las excepciones específicas recogidas en el párrafo segundo del artículo 133.4, también puede descartarse fácilmente la aplicación a las ordenanzas fiscales de las dos primeras excepciones allí incluidas (que la propuesta normativa «no tenga un impacto significativo en la actividad económica», o que «no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios»), por cuanto es evidente que las ordenanzas fiscales sí tienen un impacto significativo en la actividad económica e imponen obligaciones relevantes a sus destinatarios. En cuanto a la tercera excepción allí prevista (que la propuesta normativa «regule aspectos parciales de una materia»), lo cierto es que, en materia fiscal, resulta habitual la aprobación de ordenanzas que se limitan a introducir algunas modificaciones en las ordenanzas ya existentes, revisando tipos impositivos o eliminando o introduciendo exenciones y/o bonificaciones. En estos casos, sí que podría prescindirse de la consulta pública previa, amparándose en el paraguas cobertor de esta excepción.

En segundo lugar, una vez analizada la aplicabilidad, en el caso de las ordenanzas fiscales, de las diferentes excepciones recogidas en la LPACAP, cabe plantearse el juego, en este ámbito, de la disposición adicional primera de esta Ley. Con arreglo a su apartado primero, «Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales» (85). Teniendo en cuenta esta previsión, debe analizarse la aplicación

(84) Vid. el Informe (2018c) «Consulta pública para las ordenanzas fiscales», incluido en la sección «En la práctica» de la revista *Actualidad Administrativa*, 4, 1-3.

(85) El apartado 2 de esta misma disposición adicional primera de la LPACAP prevé, de forma expresa, que una serie de actuaciones y procedimientos se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley. En particular, menciona los siguientes: las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa; las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y desempleo; las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería; y las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo.

o no de la consulta pública previa a las ordenanzas fiscales, dada la regulación específica sobre las mismas contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales. En efecto, los artículos 15 a 19 de esta norma regulan diferentes aspectos relacionados con las ordenanzas fiscales. De especial interés resultan los artículos 16, que determina el contenido de las ordenanzas fiscales, y 17, que regula el proceso de elaboración y los requisitos de publicación y publicidad de las ordenanzas fiscales (86). Debe remarcar que, aunque este último prevé la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales, ésta se produce a través de la exposición pública del acuerdo de aprobación provisional adoptado por la corporación local durante un plazo mínimo de treinta días, dentro de los cuales los interesados pueden examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas.

En la medida en que existe esta regulación específica del procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales y que la disposición adicional primera de la LPACAP admite especialidades en el procedimiento, cabe preguntarse si dicha regulación especial excluye la exigencia de consulta pública para las ordenanzas fiscales. Para dar respuesta a esta cuestión, hay que tener en cuenta que en el Real Decreto Legislativo 2/2004 no se incluye ningún trámite

(86) De conformidad con el artículo 17 del Real Decreto Legislativo 2/2004, el procedimiento de elaboración de las ordenanzas fiscales se inicia con el acuerdo de aprobación provisional adoptado por la corporación local, que se expondrá en el tablón de anuncios de la entidad y en el boletín oficial de la provincia, o, en su caso, en el de la comunidad autónoma uniprovincial, durante treinta días, como mínimo, dentro de los cuales los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas. Las diputaciones provinciales, los órganos de gobierno de las entidades supramunicipales y los ayuntamientos de población superior a 10.000 habitantes deberán publicarlos, además, en un diario de los de mayor difusión de la provincia, o de la comunidad autónoma uniprovincial. Una vez finalizado el período de exposición pública, las corporaciones locales adoptarán los acuerdos definitivos que procedan, resolviendo las reclamaciones que se hubieran presentado y aprobando la redacción definitiva de la ordenanza, su derogación o las modificaciones a que se refiera el acuerdo provisional. En el caso de que no se hubieran presentado reclamaciones, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo, hasta entonces provisional, sin necesidad de acuerdo plenario. Los acuerdos definitivos, incluyendo los provisionales elevados automáticamente a tal categoría, y el texto íntegro de las ordenanzas o de sus modificaciones, habrán de ser publicados en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, sin que entren en vigor hasta que se haya llevado a cabo dicha publicación. Además, el Real Decreto Legislativo 2/2004 determina que las diputaciones provinciales, consejos, cabildos insulares y, en todo caso, las demás entidades locales cuando su población sea superior a 20.000 habitantes, editarán el texto íntegro de las ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos dentro del primer cuatrimestre del ejercicio económico correspondiente. En todo caso, las entidades locales habrán de expedir copias de las ordenanzas fiscales publicadas a quienes las demanden.

de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales, sino que la participación ciudadana tiene lugar una vez elaborada y aprobada provisionalmente la redacción de la ordenanza fiscal (87). Si nos atenemos a esta circunstancia, resulta que la regulación especial allí prevista entra en juego cuando ya existe un texto de la norma aprobado provisionalmente. En cambio, el trámite de consulta pública es previo a la elaboración de la norma y a la existencia de un texto normativo. Además, en principio resulta aplicable a las ordenanzas fiscales, por no concurrir la aplicabilidad de las excepciones previstas en el artículo 133.4 —con la salvedad ya señalada en relación con la excepción relativa a la regulación de «aspectos parciales de una materia»—. Por ello, podría determinarse su exigencia en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales, ya que la regulación especial contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2004 sólo se da cuando la ordenanza ya está elaborada y desde el acuerdo de aprobación provisional. Este criterio interpretativo es el que ha seguido la Dirección General de Tributos de la Secretaría de Estado de Hacienda, del Ministerio de Hacienda y Función Pública, en un Informe de 10 de enero de 2018, dando respuesta a una cuestión planteada por la Secretaría General de la Federación Española de Municipios y Provincias. En este Informe, se advierte que

«La disposición adicional primera de la Ley 39/2015 admite especialidades en el procedimiento, pero dichas especialidades deben discurrir dentro del marco del procedimiento común y para ello deben establecerse respetando las limitaciones establecidas» (88).

Partiendo de esta premisa, se afirma que

«El trámite de consulta previa establecido en el artículo 133 de la Ley 39/2015 no tiene equivalente en el TRLRHL, dado el carácter *ex novo* del mismo, y no puede considerarse incluido en el trámite de participación ciudadana regulado en el artículo 17 del TRLRHL, ya que son dos trámites distintos y que se realizan

(87) Como advierte O. DEL AMO GALÁN (2018: 4), «el trámite de consulta previa establecido en el artículo 133 de la Ley 39/2015 no tiene equivalente en el TRLRHL, dado el carácter *ex novo* del mismo, y no puede considerarse incluido en el trámite de participación ciudadana regulado en el artículo 17 del TRLRHL, ya que son dos trámites distintos y que, además, se realizan en dos momentos de tiempo diferentes: el trámite de consulta previa tiene lugar con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento y se sustancia a través del portal web de la Administración competente; mientras que el trámite de participación ciudadana del artículo 17 del TRLRHL tiene lugar posteriormente, una vez elaborada y aprobada la redacción provisional de la ordenanza fiscal y no se realiza por medios electrónicos, sino mediante su exposición en el tablón de anuncios de la Entidad local y su publicación en el boletín oficial correspondiente».

(88) *Vid.* el apartado 2 del Informe (2018d) de la Dirección General de Tributos de la Secretaría de Estado de Hacienda, del Ministerio de Hacienda y Función Pública, de 10 de enero.

en dos momentos del tiempo diferentes: el trámite de consulta previa tiene lugar con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento y se sustancia a través del portal web de la Administración competente; mientras que el trámite de participación ciudadana del artículo 17 del TRLRHL tiene lugar posteriormente, una vez elaborada y aprobada la redacción provisional de la ordenanza fiscal y no se realiza por medios electrónicos, sino mediante su exposición en el tablón de anuncios de la Entidad Local y su publicación en el boletín oficial correspondiente» (89).

En consecuencia, con base en estos argumentos, en el procedimiento de aprobación de ordenanzas fiscales debería incluirse el trámite de consulta pública previa regulado en el artículo 133 de la LPACAP (90). Ello contribuiría a reforzar la participación ciudadana en este ámbito. Ahora bien, la exigencia de este trámite únicamente se da en los supuestos de aprobación de nuevas ordenanzas fiscales y no en los casos de modificación de una ordenanza fiscal ya aprobada con anterioridad, en cuyo caso sí podría obviarse, por tratarse de la regulación de aspectos parciales de una materia —excepción recogida, como ya hemos mencionado, el art. 133.4 de la LPACAP— (91). Eso sí, esta excepción debería ser objeto de una interpretación restrictiva, con el fin de fomentar la participación ciudadana y la transparencia en el proceso de redacción de las normas. La LPACAP sólo excepciona la consulta pública para las propuestas normativas que regulen «aspectos parciales de una materia», pero no determina a qué tipo de reformas normativas no se aplicaría dicho trámite. Por ello, es imprescindible ponderar adecuadamente la entidad de la modificación de la ordenanza fiscal de que se trate para determinar si debe aplicarse o no el trámite de consulta pública (92).

(89) *Vid.* el apartado 2 del Informe (2018d).

(90) En este mismo sentido, *vid.* el Informe (2018c: 3). En él se considera que las ordenanzas fiscales también se han de someter al proceso de consulta pública previa al inicio de su tramitación administrativa, en los términos regulados en el artículo 133 de la LPACAP. Esta posición se fundamenta en argumentos similares a los utilizados por la Dirección General de Tributos, al entender que «la regulación especial contenida en el Texto Refundido parte de la ordenanza elaborada y desde el acuerdo de aprobación provisional, mientras que el requisito de la consulta pública es previa a la elaboración de la norma reglamentaria. Por tanto, no es que la ley especial regule trámites adicionales distintos o que no exija un trámite en el proceso de aprobación de las ordenanzas, sino que el trámite de consulta es previo al procedimiento regulado en la norma especial». En la misma línea, *vid.* también el Informe (2018b: 3), en el que se sostiene que «ni la excepción del apartado cuarto del art. 133 ni de la disposición adicional primera son aplicables al proceso de elaboración de las ordenanzas fiscales. Debiéndose someter al trámite de consulta pública del apartado primero del art. 133 sobre los aspectos mencionados en el referido apartado».

(91) En este sentido, también se pronuncia el Informe (2018d). *Vid.* su apartado 3.

(92) Al respecto, en el Informe (2018c) se señala que «No establece el legislador ningún criterio para determinar que solo sea aplicable a las aprobaciones *ex novo* de

Sin embargo, esta posición no es unánime. Una posición contraria ha sido mantenida por el *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* en su Dictamen 752/2017, de 21 de noviembre de 2017, emitido a raíz de la consulta facultativa planteada por el Ayuntamiento de Xirivella, relativa a la aplicación de los artículos 132 y 133 de la LPACAP y de la modificación de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres, en la tramitación de ordenanzas y de reglamentos de ámbito local. En relación con las ordenanzas fiscales, este *Consell* estima que

«[...] cabría la posibilidad de prescindirse del trámite de participación ciudadana, en atención a lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 39/2015, en virtud de la cual “Los procedimientos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes”.

Dado que las ordenanzas fiscales tienen una regulación específica y sectorial en los artículos 16 y siguientes del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, cabría entender aplicable la disposición adicional primera de la Ley 39/2015, pudiendo prescindir en este tipo de ordenanzas del trámite de participación ciudadana» (93).

normas reglamentarias ni tampoco para determinar a qué tipo de reformas no se aplique, por lo que habrá que utilizar un criterio de ponderación razonada en atención al carácter sustancial o no de la reforma propuesta para aplicar o no el procedimiento regulado en el artículo 133».

(93) Vid. la consideración 5ª del Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* 752/2017, de 21 de noviembre de 2017. Igualmente, en este mismo apartado de este Dictamen, afirma que «En esta disposición adicional primera también tendrían cabida los instrumentos de planeamiento urbanístico sujeto a lo que disponga al efecto la legislación sectorial». Sin embargo, en la doctrina administrativista, J. M^o MENÉNDEZ ALONSO (2016: 9), señala que, en la medida en que los instrumentos de planeamiento urbanístico tienen naturaleza normativa, sin perjuicio de las peculiaridades introducidas en la regulación urbanística de cada una de las Comunidades Autónomas, «puede afirmarse que las normas incluidas en los planes generales de ordenación urbana, los planes parciales y en cualesquiera otros instrumentos de ordenación urbanística, son equiparables a una ordenanza y como toda disposición de carácter general, a partir de la entrada en vigor de la LPACAP, sujetas —así parece ser, al no haberse excluido expresamente la materia urbanística—, a los trámites de la consulta previa y asimilados». Ahora bien, a pesar de mantener esta posición señala algunas incógnitas, de difícil respuesta, que, en su opinión, se plantean y que vienen a complicar la singular tramitación de los instrumentos de planeamiento urbanístico: la primera se plantea al hilo de qué sentido tiene la consulta previa en un documento como el Plan General, sujeto a varios trámites de información pública; la segunda se refiere a la difícil convivencia entre la consulta previa y la iniciativa particular en materia urbanística. En general, sobre la incidencia de la LPACAP sobre el procedimiento de elaboración de instrumentos urbanísticos, vid. D. BERBEROFF AYUDA (2017: *in totum*).

A la vista de esta dualidad de interpretaciones posibles, que genera inseguridad jurídica y que puede desembocar en la impugnación de ordenanzas fiscales que no hayan seguido este trámite en su procedimiento de elaboración, habrá que esperar el pronunciamiento de los tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para que determinen qué interpretación siguen y clarifiquen esta cuestión. En cualquier caso, parece que una solución razonable sería entender que la consulta pública previa debe exigirse en el procedimiento de elaboración de ordenanzas fiscales, excepto que se trate de la tramitación de una modificación de una ordenanza fiscal vigente (94), salvo que constituya una modificación de entidad, en cuyo caso sí debiera resultar exigible. Tiempo habrá de ver si es ésta la interpretación que ofrecerán los tribunales.

c) Las dudas suscitadas en torno a la interpretación de determinadas excepciones al trámite previo de consulta pública

La LPACAP permite prescindir de la consulta pública previa —también de la audiencia y la información pública—, además de en los supuestos de normas presupuestarias u organizativas, a los que ya nos hemos referido anteriormente (95), «cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen». Junto a estos supuestos también es posible prescindir del trámite de consulta pública —no así de los de audiencia e información pública— cuando la propuesta normativa «no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia» y cuando las normas reguladoras de la potestad normativa exceptúen este trámite cuando prevean la posibilidad de la tramitación urgente de la iniciativa en cuestión (96). Estas excepciones están plagadas de conceptos jurídicos indeterminados —«razones graves», «interés público», «impacto significativo», «obligaciones relevantes», «aspectos parciales»—, lo que dificulta su aplicación (97), por lo que resulta necesario concretar el alcance y posible aplicación de las mismas en el ámbito local. Sin duda, determinar *a priori* el contenido y alcance de estos conceptos jurídicos indeterminados constituye una

(94) En este sentido, Ó. DEL AMO GALÁN (2018: 4-5).

(95) *Vid.* el epígrafe a) de este mismo apartado.

(96) Cabe advertir el carácter facultativo de las excepciones, esto es, el carácter voluntario de la posibilidad de aplicar las excepciones. Se trata de una mera posibilidad, por lo que nada impide que, aun concurriendo estos supuestos, pueda realizarse el trámite de consulta. Así lo destacan, entre otros, J. M^o MENÉNDEZ ALONSO (2016: 7); O. MIR PUIGPELAT (2017: 224); y E. ORDUÑA PRADA (2016: 7).

(97) En este sentido, M. MORA RUIZ (2016: 544) señala que «Las dificultades mayores de la aplicación de estas previsiones derivan, sin duda, del abuso de conceptos jurídicos indeterminados que conceden un amplio margen de apreciación a la Administración en orden a suprimir estos otros canales alternativos de participación».

cuestión compleja. Así lo advierte el *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* en su Dictamen 752/2017, de 21 de noviembre de 2017, que señala que corresponderá al Área o Departamento, dentro de la correspondiente administración local, a quien competa la elaboración del borrador de la norma, «la valoración, debidamente justificada, de la concurrencia de estas circunstancias, lo que exigirá el examen de la propuesta normativa en cada caso concreto y su justificación en la memoria del análisis de impacto normativo, al ser la regla general la celebración de los procesos participativos» (98).

A pesar de la dificultad de determinar el alcance de estas excepciones en el ámbito local, intentaremos aportar un poco de luz al respecto. En primer lugar, en relación con la concurrencia de «razones graves de interés público que lo justifiquen», la indefinición del concepto jurídico utilizado puede derivar en una aplicación «generosa» de los supuestos en que puede ser utilizada, que pueden ir desde la urgencia en la aprobación de determinadas iniciativas normativas hasta apreciaciones subjetivas que extraigan de la participación normas poco cómodas (99). Se trata de la excepción de mayor alcance y la más problemática a la hora de determinar los supuestos que puede amparar (100). De ahí la necesidad de que se aplique esta excepción de forma restrictiva.

En segundo lugar, por «impacto significativo en la actividad económica», el *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* considera que cabe entender «el conjunto de posibles efectos, de especial importancia, que sobre la actividad económica de los destinatarios pueda derivarse como consecuencia de la aprobación de la norma proyectada o de su modificación (horarios, establecimientos, espectáculos públicos, etc.)» (101).

En tercer lugar, dentro de las «obligaciones relevantes a los destinatarios», el *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* estima que se incluye «la imposición de cargas o de deberes de especial trascendencia, con proyección, en el supuesto de deberes, de carácter especialmente económico» (102).

Por último, en cuanto a cómo debe interpretarse la excepción referida a que la propuesta normativa «regule aspectos parciales de una materia» (103),

(98) Vid. la consideración 6º del Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* 752/2017, de 21 de noviembre de 2017.

(99) Así lo advierte Mº C. CAMPOS ACUÑA (2016b: 603).

(100) M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2017: 2529).

(101) Vid. la consideración 6º del Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* 752/2017, de 21 de noviembre de 2017.

(102) Vid. la consideración 6º del Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* 752/2017, de 21 de noviembre de 2017.

(103) O. MIR PUIGPELAT (2017: 225), advierte de lo discutible de esta excepción «sobre todo cuando la regulación, pese a ser parcial, tenga impactos significativos o imponga obligaciones relevantes a los destinatarios».

este supuesto, siguiendo al *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*, «debería limitarse a regulaciones puntuales o concretas de determinados aspectos de un reglamento o de una ordenanza vigentes, siempre y cuando no tenga, a su vez, un impacto significativo en la actividad económica ni implique obligaciones relevantes para los destinatarios, pues el hecho de que conlleve una regulación puntual de la normativa vigente, no excluirá el trámite de consulta previa si supone, como se ha dicho, un impacto significativo en la actividad económica o conlleva obligaciones relevantes para los destinatarios. A efectos de su justificación, no resultan admisibles las declaraciones genéricas que dispongan que la norma carece de impacto en la actividad económica o que no conlleva obligaciones relevantes» (104). De este modo, no puede servir de justificación para excluir el trámite de consulta pública alegar que se trata simplemente de la modificación de una norma ya existente, sino que debe ponderarse adecuadamente la entidad de la modificación de la ordenanza de que se trate para determinar si debe aplicarse o no.

En cualquier caso, no deberían ser objeto de consulta previa las disposiciones interpretativas y aclaratorias de las ordenanzas o reglamentos locales a que se refiere el artículo 106.2 de la LBRL (105). En los restantes supuestos, deberá analizarse si concurren las circunstancias que permiten prescindir de dicho trámite, lo que deberá quedar debidamente justificado (106).

2. La necesidad de realizar algunas concreciones del régimen jurídico de la consulta pública previa para facilitar su aplicación: ¿Quién?, ¿cuándo? y ¿cómo debe realizarse la consulta pública?

La escasa concreción de la regulación del trámite previo de consulta pública que aporta la LPACAP plantea algunas dudas a la hora de proceder a su aplicación en el ámbito local. Por ejemplo, no se detallan aspectos como el órgano competente para acordar la consulta pública, el plazo de realización, sus efectos o el modo en que debe efectuarse. De ahí que sería conveniente, para facilitar el desarrollo de este trámite, la aprobación, en el ámbito local, de instrucciones para definir su articulación (107), tal y como se ha hecho en

(104) Vid. la consideración 6º del Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* 752/2017, de 21 de noviembre de 2017.

(105) El artículo 106.2 de la LBRL, faculta a las corporaciones locales para emanar disposiciones interpretativas y aclaratorias de las ordenanzas fiscales reguladoras de sus propios tributos y de las ordenanzas generales de gestión, recaudación e inspección.

(106) Vid. la consideración 6º, *in fine*, del Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* 752/2017, de 21 de noviembre de 2017.

(107) En este sentido, Mº C. CAMPOS ACUÑA (2016a: 6).

el ámbito estatal con la aprobación de la Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales (108). También lo han hecho ya algunos Ayuntamientos (109) y algunas Diputaciones Provinciales (110), recogiendo algunas pautas interpretativas sobre su aplicación (111).

En cualquier caso, en la medida en que puede haber muchas administraciones locales que no hayan aprobado estas instrucciones, consideramos de interés realizar algunas consideraciones en torno a quién, cuándo y cómo debe realizarse este trámite, con el fin de facilitar su aplicación en el ámbito local.

En cuanto al órgano competente de la entidad local para acordar la apertura del trámite de consulta pública previa, ante el silencio de la LPACAP, el *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* ha interpretado que, en el ámbito local, el órgano competente es el centro directivo correspondiente, esto es, el Área o Departamento a quien corresponda la elaboración del borrador de la norma: urbanismo, hacienda... De esta forma, puede realizarse mediante Propuesta del Concejal-Delegado del Área que tenga la iniciativa de la disposición de que se trate, o en su defecto, por la Alcaldía (112). El *Consell* no estima exigible que sea el Pleno o la Junta de Gobierno Local —según

(108) También algunas comunidades autónomas han aprobado instrucciones de este tipo. Pueden citarse, a título de ejemplo, el Acuerdo de 25 de enero de 2017, del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, por el que se aprueban las directrices para la ordenación de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración normativa en el ámbito de la Administración del Principado de Asturias; y la Orden de 21 de diciembre de 2016, por la que se dictan instrucciones para coordinar la participación ciudadana en el proceso de elaboración normativa del Gobierno de Canarias.

(109) Por ejemplo, el Ayuntamiento de Madrid ha aprobado, mediante un acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, adoptado en su sesión de 20 de octubre de 2016, una serie de «Directrices sobre la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas municipales», con la finalidad de establecer las especialidades de su aplicación, en relación a cómo se sustanciará esta consulta en el procedimiento general de elaboración de ordenanzas y reglamentos.

(110) *Vid.*, por ejemplo, las «Directrices sobre consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas y reglamentos provinciales de la Diputación de Lugo», aprobadas por Acuerdo Plenario de la Diputación de Lugo de 29 de noviembre de 2016.

(111) Asimismo, la Federación Española de Municipios y Provincias ha elaborado una Ordenanza reguladora del procedimiento administrativo común electrónico en la administración local, aprobada por la Junta de Gobierno de este organismo el 14 de diciembre de 2016, en cuyo artículo 13, bajo el título «De la innovación, apertura y participación en el ámbito reglamentario», se regula el trámite de consulta pública.

(112) *Vid.* la consideración 4ª del Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* 752/2017, de 21 de noviembre de 2017.

se trate de municipios sometidos al régimen común o de municipios de gran población— el que ordene el trámite, si bien nada obsta a que la entidad local quiera reservar dicha competencia al Pleno del Ayuntamiento o la Junta de Gobierno Local (113). Así por ejemplo, algunos ayuntamientos atribuyen esta competencia a la Junta de Gobierno Local (114). Otros, en cambio, la atribuyen a la Alcaldía —sin perjuicio de la posible delegación al concejal competente por razón de la materia que se encuentre en trámite de elaboración o modificación normativa— (115) o a las Delegaciones Municipales competentes por razón de la materia (116). Por su parte, algunas diputaciones provinciales atribuyen esta competencia al Pleno (117).

Respecto a cuándo debe realizarse la consulta pública previa, cabe destacar que debe producirse con carácter previo a la redacción del texto de la iniciativa normativa. Con ello, se pretende que haya una participación real y efectiva sobre el futuro texto, ya que éste todavía no ha sido elaborado. En todo caso, debe sustanciarse con carácter previo a los trámites de audiencia e información públicas previstos en el artículo 133.2 de la LPACAP.

En cuanto al plazo, no estando establecido en la LPACAP, podrá establecerse en cada caso. A estos efectos, puede resultar indicativo el plazo de

(113) *Vid.* la consideración 4^o del Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* 752/2017, de 21 de noviembre de 2017.

(114) Por ejemplo, así lo hace el Ayuntamiento de Madrid. Las «Directrices sobre la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas municipales», aprobadas por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid en su sesión de 20 de octubre de 2016, atribuyen a la Junta de Gobierno, a propuesta de la Coordinación General de la Alcaldía, Gerencia de la Ciudad y titulares de las Áreas de Gobierno competentes por razón de la materia, a acordar el sometimiento a consulta pública de las iniciativas normativas (apartado 3.1). Igualmente, el Ayuntamiento de Puente Genil atribuye a la Junta de Gobierno Local, a propuesta de la Alcaldía o titular del área de gobierno correspondiente por razón de la materia, el acuerdo de sometimiento a consulta previa de las iniciativas de reglamentos u ordenanzas (*vid.* el apartado 3 de las «Directrices sobre consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas y reglamentos» de este Ayuntamiento).

(115) Es el caso, por ejemplo, del Ayuntamiento de Alcudia (*vid.* el apartado tercero de las «Directrices sobre consulta pública previa, y audiencia e información pública, en el procedimiento de elaboración y modificación de las normas y disposiciones reglamentarias municipales»).

(116) Así lo hace, por ejemplo, el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera (apartado 3.1 de las «Directrices sobre la consulta, audiencia, e información públicas a la ciudadanía en el procedimiento de elaboración de ordenanzas y reglamentos municipales»), que, en cambio, atribuye a la persona responsable de la unidad administrativa de la Delegación Municipal competente «la tramitación administrativa y electrónica del procedimiento de consulta, audiencia e información públicas» (apartado 3.2).

(117) Así sucede, por ejemplo, en el caso de la Diputación de Lugo (*vid.* el apartado 3.1 de las «Directrices sobre consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas y reglamentos provinciales de la Diputación de Lugo»).

información pública general previsto en el artículo 83.2 de la LPACAP (118) que, en ningún caso podrá ser inferior a veinte días —debe entenderse que son días hábiles— (119), si bien, en la práctica, algunas administraciones locales están aplicando plazos inferiores (120). Sin duda, sería más garantista aplicar el plazo de veinte días previsto en el artículo 83 de la LPACAP, plazo que efectivamente aplican algunos ayuntamientos (121).

Con relación a cómo debe realizarse el trámite previo de consulta pública, recordemos que la LPACAP prevé su realización a través del portal web de la administración local competente (no la sede electrónica), de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que

(118) O. MIR PUIGPELAT (2016: 226) señala que, en defecto de legislación específica de las comunidades autónomas o de los entes locales que cubra los vacíos de la LPACAP, «parece que puede acudir a la regulación del trámite de información pública contenida en el art. 83 de la propia LPAC para colmar las lagunas que se produzcan».

(119) Así lo estima el *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* (vid. la consideración 4ª de su Dictamen 752/2017, de 21 de noviembre de 2017). Favorable a este criterio también se muestra Mª C. CAMPOS ACUÑA (2017). En el caso de la Administración General del Estado, el artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, prevé que la consulta pública «deberá realizarse de tal forma que todos los potenciales destinatarios de la norma tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberá proporcionarse un tiempo suficiente, que en ningún caso será inferior a quince días naturales».

(120) Por ejemplo, prevé un plazo de 15 días naturales el Ayuntamiento de Lezama (apartado 4.1 de las «Directrices sobre la consulta pública previa, audiencia e información pública en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas y reglamentos municipales»). La Diputación Provincial de Lugo prevé un plazo máximo de 15 días naturales, con la previsión de que pueda ser acordado por el Pleno un plazo superior (apartado 5.1 de las «Directrices sobre consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas y reglamentos provinciales de la Diputación de Lugo»). Por su parte, el Ayuntamiento de Madrid fija un plazo mínimo de 15 días naturales, pudiendo acordarse por la Junta de Gobierno un plazo superior (apartado 5.1 de las «Directrices sobre la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas municipales»); y, de forma similar, el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera prevé un plazo mínimo de 15 días hábiles, pudiendo acordarse por la Delegación Municipal competente un plazo superior (apartado 5.1 de las «Directrices sobre la consulta, audiencia, e información públicas a la ciudadanía en el procedimiento de elaboración de ordenanzas y reglamentos municipales»).

(121) Por ejemplo, el Ayuntamiento de Puente Genil prevé un plazo mínimo de 20 días hábiles y prevé que pueda acordarse por la Junta de Gobierno Local un plazo superior, previa justificación (vid. el apartado 5.1 de las «Directrices sobre consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas y reglamentos» de este Ayuntamiento). También prevé un plazo mínimo de veinte días el Ayuntamiento de Alcuña (vid. el apartado séptimo de las «Directrices sobre consulta pública previa, y audiencia e información pública, en el procedimiento de elaboración y modificación de las normas y disposiciones reglamentarias municipales»).

serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia (122). Sin embargo, no se regula en la LPACAP el régimen de transparencia de las aportaciones (123), ni los derechos de los participantes y tampoco se determina si existe derecho a una respuesta razonada (tal y como se exige por la LPACAP en el trámite de información pública en el procedimiento administrativo común (124)). A juicio del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*, sólo tendrá efectos administrativos internos, preparatorios para la redacción de los proyectos normativos y no generará la obligación de contestar a ninguna de las opiniones que se formulen por los participantes en la consulta. No obstante, este organismo ha interpretado que «deberá incorporarse al expediente el resultado de la consulta, con indicación del número de participantes, número de opiniones emitidas y un resumen de las principales opiniones manifestadas» (125). Según nuestro parecer, sí podría haberse exigido una respuesta razonada de la administración para quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite, o, por lo menos, haberse impuesto a la administración la obligación de recoger los resultados de la consulta y de realizar un resumen y una valoración general de las contribuciones, que deberían hacerse públicos e incorporarse al expediente para que puedan ser tomadas en consideración las aportaciones realizadas (126). En definitiva, sería conveniente exigir, por lo menos, una valoración adecuada de las aportaciones que los ciudadanos

(122) Esta previsión incluida en el artículo 133.3 de la LPACAP entronca directamente, tal y como pone de manifiesto MESEGUER YEBRA (2016: 135), con lo dispuesto en el artículo 129.5 de la LPACAP, con arreglo al cual las administraciones públicas «posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno»; y con la obligación que recoge el propio artículo 7 de la Ley 19/2013, de publicar las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos.

(123) Y ello a pesar de que, como pone de manifiesto O. MIR PUIGPELAT (2016: 226), éste es un aspecto importante «para identificar la procedencia de las distintas soluciones normativas y el papel que hayan podido ejercer los grupos de presión».

(124) *Vid.* el artículo 83.3 de la LPACAP.

(125) *Vid.* la consideración 4º del Dictamen del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* 752/2017, de 21 de noviembre de 2017.

(126) El artículo 69.3 de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que prevé un trámite similar a la consulta pública, se sitúa en esta línea. De conformidad con este precepto, «Las personas pueden remitir sus propuestas y sugerencias con relación a las iniciativas normativas que corresponda antes del trámite de audiencia e información pública. El solo hecho de participar en una iniciativa normativa no atribuye a los ciudadanos la condición de interesados, pero la Administración debe realizar una valoración general de las contribuciones, que debe publicarse en el Portal de la Transparencia».

lleven a cabo sobre la norma que se está elaborando (127), exigiendo a las administraciones públicas que indiquen los motivos que las han llevado a incorporar algunas de ellas y a rechazar otras (128). Así lo entiende también la Federación Española de Municipios y Provincias (129). En nuestra opinión, ello es fundamental para asegurar la toma en consideración de las aportaciones realizadas en la consulta pública y garantizar la rendición de cuentas por parte de la administración pública (130).

3. Las dudas en torno a los efectos jurídicos de la omisión de la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de ordenanzas locales

Con anterioridad, hemos destacado el carácter preceptivo y la amplitud con que se configura la exigencia del trámite previo de consulta pública en el procedimiento de elaboración de ordenanzas y reglamentos locales. Dada su especial relevancia y su importancia para conseguir una participación real y eficaz sobre el futuro texto normativo, cuando todas las opciones están abiertas, cabe preguntarse por las consecuencias que se derivarían de la omisión de este trámite en el procedimiento de elaboración de una norma local (salvo expresa motivación y justificación de las razones que avalan su no realización por concurrir alguna de las excepciones amparadas por la LPACAP). ¿Qué sucedería si se continúa con la tramitación del procedimiento tendente a la aprobación definitiva de la ordenanza o reglamento local sin

(127) En Estados Unidos, como pone de relieve I. ARAGUÀS GALCERÀ (2016b: 117), «esta valoración de las aportaciones recibidas en los procedimientos de *rulemaking*, denominada «*consideration*», es un elemento esencial del mismo, lo que comporta que se declare la nulidad de la norma cuando la agencia no haya considerado suficientemente los comentarios; pues entonces su actuación se considera «arbitraria y caprichosa»».

(128) En este sentido, I. ARAGUÀS GALCERÀ (2016b: 117-118), en cuya opinión «debería consagrarse la publicidad sobre las alegaciones recibidas en relación a cada proyecto normativo y su impacto en el texto finalmente aprobado, debiendo concretarse por parte de los poderes públicos cuáles son los motivos que han llevado a incorporar unas alegaciones y a rechazar otras». Por su parte, O. MIR PUIGPELAT (2016: 226) considera que podrían aplicarse en este punto las previsiones establecidas para el trámite de información pública en el artículo 83 de la LPACAP y obligar a la administración a ofrecer una respuesta razonada a quienes presenten alegaciones u observaciones en la consulta pública previa.

(129) En el artículo 13.3 de la Ordenanza reguladora del procedimiento administrativo común electrónico en la administración local, aprobada por la Junta de Gobierno de la Federación Española de Municipios y Provincias el 14 de diciembre de 2016, se prevé que «El documento que recoja el análisis de dicha consulta pública formará parte del expediente de elaboración del proyecto de reglamento u ordenanza y será publicado durante la tramitación del mismo. En dicho documento se motivará la aceptación o rechazo de las propuestas presentadas y se pronunciará sobre la necesidad o no de continuar con el procedimiento».

(130) Vid. C. CIERCO SEIRA y A. ROPERÓ VILARÓ (2017: 129).

haberse sustanciado la preceptiva consulta pública y llega a aprobarse la norma sin haberse realizado este trámite? ¿Y si se aprueba la norma habiéndose realizado la consulta pública de forma inadecuada? Como advierten CIERCO SEIRA y ROPERO VILARÓ, «El grado de tensión que se aplique al reglamento aprobado sin consulta o con una consulta sustancialmente inadecuada determinará la agudeza del nuevo trámite» (131). De ahí la relevancia de la cuestión que se aborda en este apartado y la necesidad de dar respuesta a los interrogantes planteados.

La LPACAP omite toda referencia a esta cuestión, a pesar de tratarse de un tema fundamental. Sin duda, la omisión de este trámite debe tener consecuencias jurídicas y no debe tratarse de una mera formalidad. De no ser así, se estaría privando de toda eficacia a un trámite que, como hemos podido ver a lo largo de este trabajo, supone un refuerzo importante de la participación ciudadana, al permitirla en una fase temprana, cuando las posiciones todavía no están bien definidas ni las decisiones tomadas y todavía hay margen para incorporar observaciones y sugerencias.

Ante el silencio de la LPACAP, las opiniones doctrinales que han ido forjándose son variadas. Un sector de la doctrina relativiza las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de su no realización. Así, MESEGUER YEBRA señala que aunque el legislador estatal ha obviado pronunciarse sobre el vicio que generaría en la validez de la norma su omisión, «es evidente que el medio a través del que se efectúa la consulta (portal web de la Administración competente —no se menciona «sede electrónica»—), su objetivo (recabar la «opinión» de los sujetos y organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma) y las posibilidades de prescindir de él (mayores que para el trámite de audiencia) pueden ser factores determinantes a la hora de concluir la eventual menor entidad de su ausencia sobre la validez de la norma. Bien es cierto, sin embargo, que la categoría de la anulabilidad es desconocida cuando de disposiciones de carácter general se trata (artículo 48 de la LPAC), aunque la jurisprudencia ha venido analizando cuidadosa y detenidamente, caso por caso, las consecuencias menos graves que pueden tener algunas infracciones procedimentales ocurridas a lo largo del procedimiento de elaboración de las normas» (132). En una línea similar, PRIETO ROMERO, considera razonable «entender conforme al principio de eficacia administrativa y de economía procesal que la omisión de ese trámite no constituirá una «inobservancia trascendente», siempre y cuando quede subsanado mediante la práctica posterior del trámite de audiencia e información públicas» (133).

(131) C. CIERCO SEIRA y A. ROPERO VILARÓ (2017: 125).

(132) MESEGUER YEBRA (2016: 133).

(133) PRIETO ROMERO (2016: 360).

En cambio, otros autores, como MORA RUIZ, advierten de la relevancia de la omisión de los trámites que hacen posible la participación ciudadana, en el sentido de poder sancionarse con la nulidad de pleno derecho de la disposición (134). En esta línea, CIERCO SEIRA y ROPERO VILARÓ, partiendo de que la consulta previa es trámite esencial del *iter* reglamentario, consideran defendible «la extensión de la sanción propia de los trámites participativos clásicos —*id est*, audiencia e información pública—», por lo que sostienen que «La omisión de la consulta pública, o su práctica desviada, constituye un vicio que invalida la disposición reglamentaria y, en consecuencia, se erige en razón para justificar su expulsión del ordenamiento jurídico. El argumento *a simili* parece intachable: si la ley procedimental no distingue en el carácter preceptivo, esencial, de los trámites de consulta, audiencia e información pública del procedimiento de creación de normas reglamentarias, sus vicios deben contar con un mismo tratamiento jurídico. Cobra aquí, pues, mucha importancia no solo la significación del trámite y la cobertura que presta a una vertiente inédita del principio participativo, sino, sobre ello, la fortaleza que la ley le concede al hacer de la consulta un paso preceptivo en el itinerario. Y es que el art. 133 de la LPAC no incorpora un mandato programático que interpele sobre una anticipación temporal de la participación activa de la sociedad; lo que introduce es, sin ambages, un trámite imperativo» (135).

Por su parte, ARAGUÀS GALCERÀ considera que la omisión de la consulta pública previa cuando es preceptiva «es un defecto procedimental difícilmente subsanable *a posteriori*, a través de los trámites de audiencia o información pública; pues la nota fundamental de la consulta previa (y lo que da sentido a este cauce participativo) es, precisamente, el momento en que el mismo tiene lugar, por lo que su no realización obligaría a iniciar nuevamente el procedimiento de elaboración de la disposición general. En caso contrario, la consecuencia lógica sería la nulidad de la norma; excepto en aquellos supuestos (excepcionales) en que la Administración justifique que los objetivos

(134) En este sentido, MORA RUIZ (2016: 560-561), si bien advierte que «la jurisprudencia es oscilante, aunque puede reconocerse la consolidación de una línea en cuya virtud el trámite de audiencia o el de información pública es fundamental en la elaboración del reglamento, acarreado la mayoría de las veces la nulidad de pleno derecho. Así, los criterios pueden variar atendiendo al ámbito interno o externo de aplicación del reglamento, la Administración de que se trate o la representatividad de asociaciones y organizaciones». También ANTELO MARTÍNEZ (2016: 117-118) advierte que la inobservancia de este trámite puede invalidar la norma reglamentaria aprobada, advirtiendo que sería posible la impugnación, a través de un recurso contencioso-administrativo directo contra una ordenanza o reglamento local por omisión del procedimiento de elaboración normativa o de alguno de sus trámites esenciales, pero señalando las dificultades de plantear un recurso indirecto utilizando como fundamento las infracciones procedimentales en que se hubiera podido incurrir.

(135) C. CIERCO SEIRA y A. ROPERO VILARÓ (2017: 126-127).

de la consulta se han logrado a través de otro trámite participativo» (136). Y CAMPOS ACUÑA, en relación con el enjuiciamiento de los efectos y consecuencias que la omisión de este trámite puede tener en relación con la norma afectada, cuando fuera preceptivo, recuerda «su vinculación con un derecho reconocido constitucionalmente, y la creciente relevancia que la participación ciudadana ha adquirido en nuestro ordenamiento jurídico tras la aprobación de la normativa en materia de transparencia, tanto la ley estatal básica como las distintas regulaciones autonómicas, desarrollando ampliamente la dimensión activa de la participación ciudadana» (137).

En cuanto a la jurisprudencia, dado el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la LPACAP, todavía no existen pronunciamientos del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas sobre esta cuestión, por lo que habrá que esperar a que se produzcan para conocer su posicionamiento.

En nuestra opinión, sería deseable que la jurisprudencia considerase la ausencia del trámite de consulta pública previa como causa de nulidad de pleno derecho de las normas locales (138) —recordemos que, para las disposiciones de carácter general, nuestro ordenamiento sólo admite el grado máximo de invalidez, la nulidad de pleno derecho, no siendo aplicable en este ámbito la anulabilidad (139)—, salvo que dicha omisión esté amparada en una de las causas de excepción previstas en la normativa y esté debidamente justificada

(136) I. ARAGUÀS GALCERÀ (2017: 206).

(137) CAMPOS ACUÑA (2016b: 603-604).

(138) En idéntico sentido, *vid.* el Informe (2018a: 3-5). En él se afirma que «estando en presencia de un requisito esencial y obligatorio (salvo justificación adecuada y motivada de su no aplicación al supuesto), consideramos procedente la estimación del recurso interpuesto fruto del vicio procedimental en el que *a priori* (siempre según los datos generales obtenidos), se ha podido incurrir por la Corporación»; y que «habiéndose omitido la meritada transparencia y participación ciudadana que se lograría a través del trámite general y preceptivo de consulta previa a la aprobación de una ordenanza municipal, y a tenor de los datos e información de que se dispone, se aconseja, desde nuestro punto de vista fruto del riesgo de concurrencia de una causa de invalidez en el procedimiento administrativo, que sea estimado el recurso interpuesto y, en consecuencia, se acuerde retrotraer las actuaciones administrativas a la fase del procedimiento previa a la formulación de la consulta pública, permitiendo con ello servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al derecho».

(139) *Vid.* los artículos 47.2 y 48 de la LPACAP. Con relación a esta cuestión, es interesante el trabajo de F. LÓPEZ RAMÓN (2018: *in totum*), en el que se efectúan algunas reflexiones sobre el hecho de que el grado de invalidez de las disposiciones generales sea único y que todo vicio de un reglamento determine su nulidad de pleno derecho; se hace un repaso de las opiniones doctrinales que muestran su disconformidad o al menos su insatisfacción con esta rígida solución apuntada en relación con el alcance de la invalidez de los reglamentos; y se plantean los fundamentos (argumentos contextuales, históricos y finalistas) para defender la vuelta a la tesis gradual de los vicios de los reglamentos.

y motivada en el expediente. De no hacerlo así, este trámite, que es esencial y tiene carácter preceptivo, perdería todo su sentido y utilidad. Ciertamente, la declaración de nulidad de la norma, cuando la sentencia sea firme, producirá efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y los preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada (140), e implicará su desaparición del ordenamiento jurídico y la necesidad de iniciar nuevamente el procedimiento de elaboración de la norma, si quiere aprobarse válidamente. Sin embargo, ésta es la solución más coherente, si realmente quiere dotarse de efectividad al trámite de consulta pública previa y potenciar la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas en una fase temprana. Además, no puede, en nuestra opinión, argüirse, como hacen algunos de los autores que hemos mencionado anteriormente, que la omisión de este trámite puede quedar subsanada con la práctica posterior de la audiencia y la información pública, ya que, precisamente la peculiaridad más destacable de este trámite participativo y que le da sentido frente a los otros dos mencionados es el momento temporal en que se produce, ya que tiene lugar con carácter previo a la elaboración del proyecto normativo, cuando todas las opciones están abiertas, y no inmediatamente antes de la aprobación de la norma, cuando ya se ha completado prácticamente su tramitación, como sucede con la audiencia y la información pública (141). Además, las cuestiones sobre las que versa la consulta pública previa y que constituyen su objeto (recabar la opinión de los ciudadanos, cuando todas las opciones están aún abiertas, sobre los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa,

(140) *Vid.* el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Téngase en cuenta también lo dispuesto en el artículo 73 de esta misma Ley, con arreglo al cual «Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente».

(141) Como ponen de manifiesto C. CIERCO SEIRA y A. ROPERO VILARÓ (2017: 128), si se preconizara que la eventual ausencia de la consulta previa puede remediarse con los trámites de información pública y audiencia a los interesados, se produciría una devaluación de este trámite que pondría en jaque su virtualidad porque «en la esencia de la consulta pública no solo está la bondad de que la ciudadanía pueda opinar sobre la conveniencia de la normas y sus ejes centrales en el tratamiento de una cuestión, sino de hacerlo en un momento procedimental muy preciso: cuando todavía están abiertas las distintas opciones. La posibilidad de que el ciudadano vierta su opinión, en términos realmente eficaces, sobre la oportunidad de la futura norma solo tiene sentido antes de la elaboración escrita del articulado de la disposición reglamentaria, como hemos dicho con ocasión de la trascendencia de la ubicación liminar de la consulta pública. O la consulta pública —como mecanismo participativo de colaboración— tiene lugar en la fase preparativa de la futura norma, o pierde sensiblemente su virtualidad. Por tanto, la idea de un recambio a través de los posteriores trámites de información y audiencia no ofrece, en nuestra opinión, una solución atendible».

la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias), ya no tendría sentido plantearlas en los trámites de audiencia e información pública.

Según nuestro parecer, sólo un control riguroso por parte de los tribunales del cumplimiento de las prescripciones establecidas por la LPACAP en relación con la consulta pública garantizará un cambio efectivo hacia una nueva cultura de la calidad normativa. En caso contrario y de no anudarse consecuencias invalidantes a la omisión de la práctica de este trámite o a su realización de forma sustancialmente inadecuada, su novedosa introducción habrá quedado en simple apariencia o en una mera operación de *marketing* (142) y la participación temprana que se persigue con su incorporación en el procedimiento de elaboración de normas habrá quedado en papel mojado.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La incorporación del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias locales debe valorarse de forma muy positiva, como ya hemos señalado, ya que refuerza la participación ciudadana y lo hace, además, garantizando la participación en una fase muy temprana, desde el inicio de la elaboración de la norma, cuando todavía no existe una propuesta normativa redactada y todas las opciones están aún abiertas. De esta forma, se refuerza la legitimidad democrática de la norma y se mejora la calidad de las normas. Además, se reduce la discrecionalidad de la administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria y se amplían las posibilidades de control sobre la misma.

Sin embargo, a pesar de lo loable la introducción de este trámite, no pueden obviarse algunos problemas e incertidumbres a los que deben enfrentarse las administraciones públicas en su aplicación. En primer lugar, la propia inseguridad jurídica existente en la actualidad, tras la Sentencia 55/2018, de 24 de mayo, que, como hemos advertido, deja abierto el interrogante de si la regulación de la consulta pública previa contenida en el artículo 133 de la LPACAP, que no resulta aplicable a los reglamentos de las comunidades autónomas —con la salvedad ya señalada del inciso primero de su apartado 1 y del párrafo primero de su apartado 4—, lo es o no en el procedimiento de elaboración de normas locales. De este modo, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional ha venido a incrementar, en buena medida, las dudas que ya suscitaba la redacción de la LPACAP en cuanto a la aplicación del trámite de

(142) *Vid.* O. MIR PUIGPELAT (2016: 243-244). Sobre el riesgo de relativización de la eficacia invalidante de la omisión o práctica sustancialmente inadecuada de la consulta pública advierten C. CIERCO SEIRA y A. ROPERO VILARÓ (2017: 125-128).

consulta pública previa en el ámbito local. Pero es que, aunque se entienda —lo que suscita dudas importantes— que esta regulación, tras la citada sentencia, es aplicable en el ámbito local, no puede ocultarse la escasa concreción de la regulación de este trámite que realiza la LPACAP (por ejemplo, no se detallan aspectos importantes como el plazo de la consulta pública, el régimen de transparencia de las aportaciones o los derechos de los comparecientes, por citar sólo algunos de ellos). Ello hace del todo necesaria su concreción en el ámbito local, si quiere garantizarse una aplicación correcta y garantista de este trámite. Desde esta perspectiva, son importantes y resultan de gran utilidad las circulares o directrices sobre la consulta pública a la ciudadanía en el procedimiento de elaboración de ordenanzas y reglamentos locales que han ido elaborando las propias administraciones locales con el fin de dotar de mayor seguridad jurídica y garantías a este trámite. Asimismo, existe la posibilidad de completar a través de ordenanzas locales las lagunas y vacíos existentes en la LPACAP. Sin embargo, la inexistencia de una regulación general más detallada de la consulta pública previa puede llevar a que las entidades locales adopten criterios diferentes en relación con determinados aspectos, suscitándose diferencias significativas en la aplicación de este trámite en las diferentes administraciones locales.

En segundo lugar, existen algunos riesgos importantes que pueden reducir la eficacia de este trámite participativo y su afianzamiento en el procedimiento de elaboración de normas (143). Entre ellos, pueden citarse la propia actitud de las administraciones públicas. Muchas de ellas permanecen ancladas todavía en modos de funcionamiento poco proclives a la transparencia y al fomento de la participación y poco acostumbradas a abrir la participación cuando todavía no existe un borrador de texto articulado de la futura norma, lo que hace necesario un profundo cambio de mentalidad y una actitud más abierta, flexible y transparente que le permita apreciar la utilidad de este trámite, o, en otros términos, un cambio de cultura política y administrativa; la realización de la consulta pública a través de cauces electrónicos, con los consiguientes problemas operativos que pueden suscitarse; las propias excepciones recogidas en la normativa que, por su amplitud e indeterminación pueden convertir en papel mojado las bondades de este trámite, a través de su elusión; y la ausencia de toda referencia a los efectos de la omisión de su realización, por

(143) A los principales riesgos a que se enfrenta la consulta pública previa se refieren C. CIERCO SEIRA y A. ROPERO VILARÓ (2017: 116-129). Concretamente, mencionan cinco riesgos: la sustanciación electrónica de la consulta pública; el desajuste en la coordinación de las distintas aperturas participativas del procedimiento de elaboración de reglamentos; el apartamiento de la consulta pública a través de las excepciones; la relativización de la eficacia invalidante de la omisión o práctica sustancialmente inadecuada de la consulta pública; y la toma en consideración real del resultado obtenido.

lo que no se sabe a ciencia cierta qué consecuencias pueden derivarse de la aprobación de una ordenanza local omitiendo este trámite. Sin duda, el éxito de este nuevo trámite participativo depende, esencialmente, de una utilización adecuada por parte de las administraciones públicas y de una jurisprudencia exigente y rigurosa a la hora de controlar su aplicación efectiva y el respeto de lo establecido en este punto en la LPACAP. De no producir consecuencias jurídicas su omisión, se vería privado de toda eficacia.

En tercer lugar, más allá de las dificultades tecnológicas que puede plantear a la propia sociedad —por la profunda brecha digital todavía existente—, la aplicación de este trámite puede suscitar muchas dificultades para los propios municipios, que, en muchos casos, disponen de un escaso dimensionamiento en cuanto a recursos personales y materiales y ello puede ocasionar dificultades en la tramitación electrónica de estos procesos participativos previos. Ello va a hacer necesario, en muchos casos, el apoyo de otras administraciones supramunicipales.

De este modo, a pesar del refuerzo de los mecanismos de participación ciudadana que suponen las previsiones incorporadas en el artículo 133 de la LPACAP, y, en particular, de la introducción del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas locales, no pueden ocultarse los obstáculos que puede encontrar la aplicación efectiva de estos trámites participativos, especialmente la consulta previa.

Son muchos, pues, los retos y desafíos que plantea la aplicación de este trámite en el ámbito local para lograr una mayor efectividad del mismo y conseguir una participación real y efectiva en una fase previa (144), antes de que se haya elaborado ninguna propuesta normativa y cuando todas las opciones están abiertas. Las administraciones locales deben esforzarse por afrontarlos con el fin de aplicarlo de forma efectiva —sólo una utilización adecuada de este trámite puede garantizar su éxito— y los tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deben garantizar una aplicación adecuada y rigurosa de la normativa vigente, anulando aquellas normas

(144) I. ARAGUÀS GALCERÀ (2016b: 110-122) se refiere a los principales retos y desafíos que plantea la participación ciudadana, tras la nueva regulación introducida por la LPACAP. En particular, menciona los siguientes: la plena incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC); el establecimiento de plazos adecuados para participar en la elaboración de una norma; la incorporación de medidas que contribuyan a estimular la participación y a lograr que los comentarios realizados por los ciudadanos sean de mejor calidad y de mayor utilidad para la Administración; la valoración de manera adecuada por parte de los poderes públicos de las aportaciones que los ciudadanos lleven a cabo sobre la norma en proceso de elaboración; y la regulación de la intervención de los grupos de interés en la elaboración de disposiciones generales, garantizando el conocimiento y el control de la actividad desarrollada por estos sujetos. Al respecto, también puede verse I. ARAGUÀS GALCERÀ (2017: 209-217).

que se aprueben con la omisión de este trámite, aun siendo exigible. En caso contrario, la novedosa introducción de la consulta pública previa habrá quedado en mera apariencia, pero no se habrá traducido en una oportunidad real para la participación y la involucración de los ciudadanos en la formación de las normas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANTELO MARTÍNEZ, Alejandro Ramón (2016): «Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, 6, pp. 105-121.
- ARAGUÀS GALCERÀ, Irene (2016a): *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona.
- (2016b): «La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: estado de la cuestión y perspectivas de futuro tras la aprobación de la ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 96, pp. 85-126.
- (2017): Capítulo IX «Nuevas tendencias de futuro en la calidad regulatoria. La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales», en Juli PONCE SOLÉ, Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, Madrid, pp. 197-217.
- BERBEROFF AYUDA, Dimitry (coord.) (2017): «Procedimiento de elaboración de instrumentos urbanísticos: la incidencia de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas» (www.elderecho.com —última consulta, 29 de agosto de 2018—).
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (2016): «Calidad de la ley: razonabilidad, arbitrariedad y control», en José M^o BAÑO LEÓN (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en Homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 535-569.
- (2009): *Mejorar la regulación: una guía de razones y de medios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.
- CAMPOS ACUÑA, M^o Concepción (2016a): «Sinergias administrativas al servicio de la transparencia: el procedimiento de elaboración de ordenanzas y reglamentos tras la Ley 39/2015», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 20.

- (2016b): Capítulo VIII «La iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria», en M^o Jesús GALLARDO CASTILLO (dir.), *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, CEMCI, Granada, pp. 565-606.
 - (2017): «Peculiaridades del PAN y de la Consulta Pública normativa en el ámbito local. (A propósito del Dictamen 752/2017 del Consell Jurídic Consultiu GVA)», entrada realizada el 4 de diciembre en su Blog «masqle-yes: hablando de leyes que no hacen milagros» (www.concepcioncampos.org —última consulta, 23 de abril de 2018—).
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2016): Capítulo I, «Marco competencial. Ámbito de aplicación. Capacidad e identificación de los interesados (Título Preliminar, Título I y Disposiciones finales y adicionales)», en Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO (dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*. El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer. Las Rozas (Madrid), pp. 19-77.
- CASADO CASADO, Lucía (2017a): «La mejora regulatoria en España: los nuevos principios que informan el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las administraciones públicas», *A&C Revista de Derecho Administrativo e Constitucional*, 67, pp. 41-76.
- (2017b): «La incidencia de la Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas sobre la potestad normativa local», *Revista Vasca de Administración Pública*, 107-I, pp. 87-141.
- CIERCO SEIRA, César, ROPERO VILARÓ, Antonio (2017): «La consulta pública previa en la elaboración de normas reglamentarias», *Anuario del Gobierno Local*, 1, pp. 93-129.
- DEL AMO GALÁN, Óscar (2018): «Ordenanzas fiscales y consulta pública previa», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, 38, pp. 1-5.
- DÍAZ GONZÁLEZ, Gustavo Manuel (2016): «La reforma de las potestades normativas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, pp. 70-78.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (2017): Capítulo XLIII «La potestad reglamentaria. El procedimiento de elaboración de los reglamentos», en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, Julián VALERO TORRIJOS (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2483-2549.
- FORTES GONZÁLEZ, Ana Isabel (2016): Capítulo XII «De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial la mejora regulatoria», en Ricardo RIVERO ORTEGA, M^o Dolores CALVO SÁNCHEZ, Marcos FERNANDO PABLO (dirs.), *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la Ley 39/2015*, Juruá, Lisboa, pp. 333-367.

- GARCÍA GARCÍA, M^ª Jesús (2008): «La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria», *Revista Catalana de Dret Públic*, 37, pp. 416-460.
- GARCÍA RUBIO, Fernando (2017): «La potestad reglamentaria local tras la nueva Ley de Procedimiento Común», *QDL. Cuadernos de Derecho Local*, 44, pp. 83-131.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «El procedimiento de elaboración de disposiciones normativas en la Ley 39/2015 tras la Sentencia del Tribunal Constitucional», en su Blog «La mirada institucional» (www.rafaeljimenezasensio.com —última consulta, 20 de julio de 2018—).
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2018): «La calificación de los vicios de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 205, pp. 13-48.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2016): «X. La elaboración de los reglamentos», en Francisco LÓPEZ MENUDO (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 307-344.
- MENÉNDEZ ALONSO, José María (2016): «La elaboración de ordenanzas y reglamentos con la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común: problemática local», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 22.
- MERINO ESTRADA, Valentín (2016): «Calidad en la regulación y participación ciudadana en las ordenanzas y reglamentos locales», *Revista de Estudios Locales*, 191, pp. 10-21.
- MESEGUER YEBRA, Joaquín (2016): Capítulo 4 «Procedimiento de elaboración de normas y *better regulation* en el ejercicio de la potestad reglamentaria local», en M^ª Concepción CAMPOS ACUÑA (dir.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), pp. 125-150.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2017): «¿*Better regulation* o *marketing*? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley», en Clara Isabel VELASCO RICO (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, pp. 209-244.
- MONTORO CHINER, M^ª Jesús (2017): «La sociedad requiere normas útiles. El esfuerzo por mejorar la legislación tras la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. ¿Principios, reglas y directrices de técnica legislativa o núcleo esencial del procedimiento de elaboración de normas?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182, pp. 27-57.

- MORA RUIZ, Manuela (2016): Capítulo IX «Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria», en Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO (dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), pp. 513-565.
- NABASKUES MARTÍNEZ DE EULATE, Iker (2017): «Panorama actual de la calidad normativa en el ordenamiento tras la aprobación de la Ley 39/2015», *Revista Vasca de Administración Pública*, 109-I, pp. 389-419.
- OCDE (2014): *Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement*. Puede consultarse su contenido en: www.oecd.org/spain/ (último acceso, 2 de mayo de 2018). También puede consultarse, en español, la traducción a cargo de Jorge Tuñón Navarro: *España: de la reforma de la Administración a la mejora continua. Informe de la OCDE sobre gobernanza pública en España*, Instituto Nacional de Administración Pública-OCDE, Madrid.
- ORDUÑA PRADA, Enrique (2016): «Sobre la potestad normativa local y la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», *Actualidad Administrativa*, 2.
- ORTÍ FERRER, Paula (2016): «L'avaluació d'impacte normatiu a l'Administració de la Generalitat i la política de millora de la regulació: balanç i reptes en el context de la Llei de transparència», *Activitat Parlamentària*, 29, pp. 64-88.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (2016): «De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones», en Alberto PALOMAR OLMEDA (dir.), *Practicum. Procedimiento administrativo común*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 475-531.
- PENSADO SEIJAS, Alberto (2017): «La democratización de la iniciativa legislativa en las Entidades Locales», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 12.
- PONCE SOLÉ, Juli (2015): *Negociación de Normas y Lobbies. Por una mejor regulación que favorezca la transparencia, evite la corrupción y reduzca la litigiosidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- (2017): «La mejora regulatoria en el ámbito local y el control judicial de ordenanzas y planes de urbanismo: análisis de los antecedentes y de los retos en el caso español», *QDL. Cuadernos de Derecho Local*, 45, pp. 157-195.
- PRIETO ROMERO, Cayetano (2016): «El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, 201, pp. 335-372.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge (2015): «La iniciativa legislativa y la potestad para dictar Reglamentos», *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, 154.

- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert (2006): «Movimiento por la calidad de la regulación: iniciativas en el contexto internacional y principios rectores», en *Marco regulatorio y unidad de mercado. Libro marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, pp. 285-326.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2015): «Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación», *Documentación Administrativa. Nueva Época*, 2, pp. 1-15.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2017): Capítulo VIII «Auge y problemas de la meta-regulación: la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria en la Ley de procedimiento administrativo común», en Juli PONCE SOLÉ, Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ (coords.): *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, Madrid, pp. 165-196.

Informes

- Informe (2017): «Trámites a seguir para la aprobación del reglamento orgánico municipal», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 15.
- (2018a): «Efectos jurídicos de la omisión de la consulta pública previa a la aprobación de ordenanza Municipal», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 1.
 - (2018b): «Régimen de participación de los ciudadanos en el proceso de elaboración de las ordenanzas fiscales», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 3.
 - (2018c): «Consulta pública para las ordenanzas fiscales», incluido en la sección «En la práctica» de la revista *Actualidad Administrativa*, 4.
 - (2018d): de la Dirección General de Tributos de la Secretaría de Estado de Hacienda, del Ministerio de Hacienda y Función Pública, de 10 de enero.

DEBATES

LA CONSOLIDACIÓN DE LA VIS EXPANSIVA DEL GASTO PÚBLICO EN LOS PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2018 (*)

JOAQUÍN ÁLVAREZ MARTÍNEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2018: 1. Los estados financieros: A) El estado de gastos. B) El estado de ingresos. 2. La parte dispositiva o articulado.

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar el contenido de la ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2018. Con este fin se examina, en primer lugar, la parte correspondiente a los estados financieros de dicha norma legal (relativos a los gastos y a los ingresos) y, en segundo término, su articulado o parte dispositiva. Asimismo, se efectúa una mención a las principales novedades que presenta la referida ley respecto de los presupuestos aprobados en el ejercicio 2017.

Palabras clave: Ley de presupuestos 2018; Comunidad Autónoma de Aragón.

ABSTRACT: This paper deals with the contents of the Community of Aragón Budget Act for the year 2018. Moreover, it is made a distinction between the financial statements part of this Act and the statutory part, underlining the main novelties in relation to the 2017 Budget.

Key words: 2018 Budget Act; Community of Aragón.

I. INTRODUCCIÓN

Como ha sido puesto de relieve de forma reiterada en comentarios precedentes de la ley de presupuestos, la aprobación anual de la misma por parte de las diversas comunidades autónomas constituye una manifestación legislativa

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 2 de mayo de 2018 y evaluado favorablemente para su publicación el 19 de julio de 2018.

de incuestionable importancia (2), dado que, como bien ha venido a resaltar nuestro Tribunal Constitucional, el presupuesto constituye un elemento esencial de cualquier organización política y una institución característica del sistema democrático (3).

Es más, como ha advertido el referido tribunal (4), la ley de presupuestos se erige en uno de los aspectos fundamentales en que se proyecta, de modo directo, el contenido básico de la *autonomía financiera* de las comunidades autónomas que aparece constitucionalmente reconocida, y, junto a lo anterior, la misma supone el instrumento esencial para la ordenación económica y la dirección de la actividad financiera autonómica durante el respectivo periodo anual.

Siendo esto así, el presente trabajo tiene por objeto examinar el contenido de los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2018, realizando, al hilo de lo anterior, el correspondiente estudio comparativo respecto de los presupuestos del ejercicio precedente (2017).

Empero, y antes de proceder en el sentido arriba indicado, debemos poner de manifiesto, una vez más, la conveniencia de que la aprobación de la referida ley se produzca con anterioridad al día 31 de diciembre de cada año, respetando, de este modo, el mandato contenido en el artículo 36 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (5). Ello se debe a que en el presente ejercicio ha resultado necesario hacer uso, de nuevo, del mecanismo de prórroga del presupuesto del año 2017 hasta la aprobación de la ley de presupuestos para 2018, según se contempla en distintas disposiciones normativas (6). Más en concreto, las específicas condiciones de la citada prórroga —que tiene un carácter automático— fueron determinadas por la Orden de 21 de diciembre de 2017, del Departamento de hacienda y administración pública (7).

(2) A este respecto, pueden consultarse los comentarios a los presupuestos para los ejercicios 2017 y 2018, realizados, respectivamente, por CARRERAS MANERO, O. y DE MIGUEL ARIAS, S., en los números 47-48 y 49-50 de la presente REVISTA.

(3) Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1994, entre muchas otras.

(4) Sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de enero y 21 de mayo de 1986 y de 20 de diciembre de 1988.

(5) Decreto legislativo 1/2000, de 29 de junio.

(6) Como el artículo 111.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón o el artículo 38 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón.

(7) B.O.A. núm. 248, de 29 de diciembre de 2017.

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2018

Los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2018 han sido aprobados por la Ley 2/2018, de 28 de febrero (8), manteniendo la estructura que viene siendo clásica desde el año 1983, la cual es, por otra parte, idéntica a los de otras entidades territoriales —como el estado o las entidades locales—. En esta línea, cabe distinguir, en su seno, el siguiente contenido: de una parte, el referente a los *estados financieros* —entre los que se incluyen las partidas relativas a los gastos (obligaciones a reconocer) y a los ingresos (derechos a liquidar y operaciones de endeudamiento)— y, de otra, el concerniente a la *parte dispositiva o articulado* (9).

Siendo esto así, a lo largo de los siguientes epígrafes se procederá al análisis de la ley de presupuestos para el año 2018, analizando tanto los estados financieros de gastos e ingresos como, ya con posterioridad, las previsiones contenidas en el articulado o parte dispositiva del citado texto legal. A este respecto, es importante señalar que la elaboración y aprobación de aquéllos ha tenido lugar en un momento en el cual aún no se había producido la aprobación de los presupuestos generales del estado para dicho ejercicio, circunstancia esta que puede llegar a generar cierta incertidumbre en relación con algunos aspectos —como las previsiones de ingresos—, las cuales han sido estimadas dentro del marco competencial que corresponde a nuestra Comunidad Autónoma.

1. Los estados financieros

A) El estado de gastos

Los créditos iniciales de los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón del ejercicio 2018 ascienden a un importe de 6.162.313 miles de euros, cifra esta que, en comparación con los presupuestos del año anterior (5.577.1647 miles), determina un incremento absoluto de 585.149 miles y porcentual del 10,5%. De este modo, y a diferencia de los ejercicios 2015 y 2016, se continúa con la tendencia creciente ya experimentada en el ejercicio 2017, produciéndose un claro aumento global en la cantidad presupuestada.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, los créditos incluidos

(8) Publicada en el B.O.A. núm. 48, de 8 de marzo de 2018.

(9) Las instrucciones relativas a la elaboración de los presupuestos para el ejercicio 2018 aparecen recogidas en la Orden de 3 de julio de 2017, del Departamento de hacienda y administración pública (B.O.A. núm. 129, de 7 de julio).

en el estado de gastos se agrupan atendiendo a las clasificaciones orgánica, económica y funcional. De este modo, se pone de relieve, desde una perspectiva presupuestaria, qué órgano realiza un gasto específico (clasificación orgánica), la naturaleza de cada gasto —en qué se gasta— (clasificación económica) y la específica actividad a la que se destina el gasto —para qué se gasta— (clasificación funcional y por programas).

Atendiendo a lo anterior, y al igual que se ha venido haciendo en ejercicios precedentes, el examen del estado de gastos del presupuesto para el año 2018 se desarrollará atendiendo a las clasificaciones orgánica y económica (10), y ello con el fin de concretar los diversos entes que han de realizar el correspondiente gasto y la específica naturaleza de este último.

De conformidad con dicha premisa, y comenzando el análisis en cuestión con la *clasificación orgánica*, puede afirmarse que en el ejercicio 2018 tiene lugar un incremento de los créditos para gasto en la práctica totalidad de los Departamentos o Secciones que vienen a integrar el presupuesto.

En esta línea, sólo ve reducidas sus dotaciones el Departamento de hacienda y administración pública, el cual experimenta una minoración de 1.523 miles de euros respecto del ejercicio precedente, lo que representa, a su vez, un descenso relativo del 3,4%.

En cuanto a los créditos para gasto que han visto incrementados sus importes en términos cuantitativos, deben destacarse los concernientes a diversos departamentos (288.668 miles de euros más, que comportan un aumento sustancial del 39% en relación con el Presupuesto del año 2017), así como los correspondientes al Departamento de sanidad (102.138 miles más —5,4%—) y al Departamento de educación, cultura y deporte (64.262 miles más —3,7%—). A su vez, se observa igualmente un aumento en los créditos relativos al Departamento de ciudadanía y derechos sociales de 26.631 miles de euros (6,9%) y en los que conciernen al Departamento de desarrollo rural y sostenibilidad (21.935 miles —2,9%—).°

Por su parte, resulta asimismo destacable el incremento de los gastos destinados a los Departamentos de economía, industria y empleo (17.121 miles —8%—), vertebración del territorio, movilidad y vivienda (12.763 miles —9,8%—), innovación, investigación y universidad (10.498 miles de euros —4,4%—) y presidencia (9.244 miles —5,4%—).

Por lo demás, el incremento generalizado al que hemos aludido con anterioridad se aprecia también en los capítulos dedicados a las administraciones comarcales (2.468 miles de euros, lo cual supone, en términos relativos, un

(10) Estas clasificaciones aparecen recogidas en el correspondiente Anexo de la ley de presupuestos objeto del presente comentario.

montante un 4,1% superior al del ejercicio anterior), las Cortes de Aragón (725 miles —3,1%—), el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (169 miles —367%—), el Departamento de presidencia del Gobierno de Aragón (97 miles —4,5%—), el Consejo Económico y Social (8 miles —1,7%—) y, por último, el relativo al Consejo Consultivo de Aragón (4 miles —1,2%—).

Procediendo ya al análisis de la clasificación orgánica en lo que atañe al volumen de crédito de las diversas Secciones y Departamentos que conforman la misma, es el de sanidad, como viene siendo habitual, el que presenta una mayor importancia cuantitativa, pues el montante global del mismo asciende a 2.000.502 miles de euros, lo que supone un 32,5% del gasto presupuestado.

A dicho Departamento le siguen, aunque ya con una cantidad aproximada a la mitad del crédito previsto en el ámbito de la sanidad, el destinado a la Sección referida a diversos departamentos (1.052.163 miles), así como a los Departamentos de educación, cultura y deporte (965.268 miles) y de desarrollo rural y sostenibilidad (787.970 miles), cifras que, en su conjunto, suponen, de manera aproximada, el 45,5% de la cuantía total del presupuesto.

A continuación, y con una importancia media desde la estricta perspectiva cuantitativa, se ubican los Departamentos de ciudadanía y derechos sociales (415.163 miles), innovación, investigación y universidad (250.933 miles), economía, industria y empleo (231.687 miles), presidencia (182.079 miles), vertebración del territorio, movilidad y vivienda (142.802 miles), administraciones comarcales (62.312 miles) y hacienda y administración pública (44.049 miles), cantidades todas ellas que vienen a representar, en global, el 22% del monto total del presupuesto.

Por último, las Secciones que presentan una dotación menor en el conjunto del presupuesto del año en curso son, al igual que en años precedentes, las relativas a las Cortes de Aragón (24.150 miles), presidencia del Gobierno de Aragón (2.204 miles), Consejo Económico y Social de Aragón (482 miles), Consejo Consultivo de Aragón (327 miles), así como al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (215 miles).

De la manera que ha quedado expuesta se desglosan, desde la perspectiva de la clasificación orgánica, los 6.147.923 miles de euros previstos en el estado de gastos de la ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2018, destinándose dicha cantidad al cumplimiento de las distintas obligaciones económicas de los Departamentos y órganos de nuestra Comunidad.

Siguiendo con la exposición del estado de gastos de los presupuestos objeto de examen, pero ya en lo que concierne a la *clasificación económica*, los créditos para gastos vienen agrupándose, de conformidad con su clasificación tradicional, en los dos apartados siguientes: operaciones corrientes (capítulos I a IV) y operaciones de capital y financieras (capítulos V a IX). A

estos efectos, cabe destacar que en el ejercicio 2018 los créditos atribuidos para las primeras operaciones citadas (4.823.994 miles) superan ampliamente el importe total de los destinados a las segundas (1.324.623 miles), hasta casi cuadruplicarlo (11).

En concreto, y en lo concerniente a los diferentes capítulos que integran esta clasificación, resulta destacable la circunstancia de que casi la totalidad de los mismos aumentan su importe en relación con lo previsto en el presupuesto del ejercicio 2017. De hecho, únicamente se produce la disminución de los gastos financieros en 3.832 miles de euros, cifra que conlleva un descenso relativo del 2% con respecto a la cifra del año precedente.

En este sentido, el capítulo que de forma más importante ve aumentado sus créditos, desde un punto de vista cuantitativo, es el relativo a pasivos financieros (334.248 miles), comportando dicha cantidad un elevado incremento porcentual (64%). Por su parte, también experimentan un ascenso notable los capítulos referentes a bienes corrientes y servicios (92.281 miles), gastos de personal (63.613 miles) y el relativo a transferencias corrientes (42.245 miles), cifras que, comparadas con las recogidas en los presupuestos del año 2017, determinan incrementos relativos del 11,2%, 3,1% y 2,7%, respectivamente.

Asimismo, pero de un modo más moderado, también experimentan un aumento en el monto de sus partidas los capítulos referentes a transferencias de capital (38.967 miles), inversiones reales (17.573 miles) y activos financieros (50 miles), cuantías éstas que comportan, respectivamente, unos incrementos del 16,3%, 10,4% y 1,6%.

Por último, debe señalarse que el —así denominado— Fondo de contingencia de ejecución presupuestaria viene a mantener una dotación idéntica a la ya prevista en el presupuesto del ejercicio 2017 (14.384 miles) (12).

Por su parte, y ya desde otra perspectiva, cabe indicar que los capítulos que ostentan un mayor importe en sus dotaciones desde el punto de vista de

(11) En esta línea, cabe advertir que los presupuestos para el ejercicio 2017 destinaban a las operaciones corrientes unos créditos totales de 4.628.994 miles, elevándose los créditos relativos a las operaciones de capital y financieras a 948.170 miles.

(12) El deber de consignar la dotación denominada Fondo de contingencia en los presupuestos de las comunidades autónomas aparece recogido en el artículo 31 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto éste a cuyo tenor «La cuantía y las condiciones de aplicación de dicha dotación será determinada por cada Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias». Por su parte, y en cuanto a la normativa aragonesa, el artículo 15 de la Ley 5/2012, de 7 de junio, de Estabilidad Presupuestaria de Aragón dispone, a estos efectos, que «Dentro del límite del gasto no financiero fijado anualmente para la Comunidad Autónoma, se incluirá un concepto presupuestario bajo la rúbrica Fondo de Contingencia por importe mínimo del 0,5% del citado límite».

la clasificación económica de gastos —representando, en conjunto, el 89% de estos últimos— son los referidos a gastos de personal (2.112.698 miles de euros), transferencias corrientes (1.621.410 miles), gastos en bienes corrientes y servicios (910.130 miles) y pasivos financieros (855.464 miles).

Frente a ello, y con una importancia cuantitativa inferior a los recogidos en el párrafo precedente, se encuentran los capítulos relativos a transferencias de capital (278.676 miles), gastos financieros (179.062 miles), inversiones reales (187.246 miles), Fondo de contingencia de ejecución presupuestaria (14.384 miles) y activos financieros (3.237 miles).

B) El estado de ingresos

Una vez efectuado el examen de los créditos recogidos en el estado de gastos del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2018, debemos proceder a especificar, a continuación, las diversas fuentes de financiación de aquellos, lo cual exige analizar, de modo detallado, el estado de ingresos.

En este sentido, el estado de ingresos para el citado ejercicio asciende a la cantidad de 6.162.313 miles de euros, cifra que coincide con la incluida en el estado de gastos, cumpliéndose así la exigencia de presentar unos presupuestos formalmente equilibrados (13). Más en concreto, de la suma total prevista, 4.915.273 miles de euros corresponden a derechos económicos a liquidar durante el citado ejercicio, mientras que los restantes 1.247.040 miles vienen a representar el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que pueda llegar a contraer la Comunidad Autónoma de Aragón.

A estos efectos, el estado de ingresos aparece estructurado atendiendo a una *clasificación económica*, pudiendo distinguirse entre los ingresos corrientes (capítulos I a V) y los ingresos de capital y financieros (capítulos VI a IX). A estos efectos, en los presupuestos para 2018 los ingresos indicados en primer lugar se elevan a 4.754.803 miles de euros, cantidad que casi viene a cuadruplicar el importe de los segundos, los cuales ascienden a 1.407.510 miles.

Iniciando nuestro análisis por los *ingresos corrientes*, cabe señalar que los mismos han experimentado un aumento global en todos sus capítulos en relación con los presupuestos de 2017. Así sucede en los supuestos de las transferencias corrientes (47.271 miles de euros más) y los ingresos patrimoniales (1.774 miles menos), cifras que determinan sendos incrementos relativos del 4,5% y del 20%, respectivamente.

(13) A este respecto, la exigencia de que el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón aparezca equilibrado se encuentra recogida de forma expresa en el artículo 34 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Aragón.

Junto a los anteriores, también en los restantes capítulos que integran esta categorización de ingresos cabe apreciar un ascenso en su cuantía, incrementándose, en esta línea, los relativos a los impuestos directos (88.297 miles de euros más —6%, en términos porcentuales—), los impuestos indirectos (124.059 miles —6,4%—) y las tasas y otros ingresos (6.923 miles —11,3%—).

Por otro lado, y en lo relativo a los *ingresos de capital y financieros*, se aprecia asimismo el incremento generalizado de los capítulos respectivos, destacando, en particular, el referente a los pasivos financieros, el cual experimenta un ascenso de 274.047 miles de euros, lo que representa un 28,7% más respecto de lo previsto en el presupuesto del ejercicio 2017. Asimismo, también asciende el importe de los capítulos correspondientes a transferencias de capital (9.507 miles de euros) y activos financieros (12.154 miles de euros), cifras que comportan, respectivamente, sendos incrementos porcentuales del 6,3% y del 400%.

Por el contrario, el único capítulo que no experimenta ascenso alguno en lo que concierne a la cuantía de sus créditos es el relativo la enajenación de inversiones reales, respecto del cual, y al igual que sucedía en el ejercicio 2017, la ley de presupuestos objeto de comentario no contiene previsión alguna.

Con independencia de lo anterior, cabe destacar que, al igual que en años precedentes, los gastos a que ha de hacer frente la Comunidad Autónoma de Aragón son financiados, de modo esencial, a través de las siguientes *fuentes*: impuestos indirectos (2.047.633 miles de euros), impuestos directos (1.549.209 miles), transferencias corrientes (1.079.303 miles) y, por fin, pasivos financieros (1.231.854 miles).

A su vez, y ya con una importancia media desde la perspectiva de su cuantía, se encuentran los capítulos relativos a las transferencias de capital (con un importe de 160.469 miles de euros) y a las tasas y otros ingresos (68.045 miles).

Por último, los capítulos que presentan un menor importe, desde la perspectiva cuantitativa, son los referentes a activos financieros (15.186 miles), ingresos patrimoniales (10.610 miles de euros) y enajenación de inversiones reales (0), los cuales apenas representan el 0,4% de los ingresos previstos en el presente ejercicio.

Una vez concluido el estudio de los diversos estados financieros recogidos en la ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2018, resulta preciso abordar el análisis de las previsiones recogidas en su articulado, y ello al objeto de comprender el contenido, significado y efectos de los referidos presupuestos. A este respecto, debe volver a recordarse que, siempre que hablamos de la susodicha ley, nos encontramos ante una verdadera norma jurídica, cuyos preceptos determinan el destino y límites de los créditos incluidos en el estado de gastos, legitiman la obtención de determinados ingre-

sos (operaciones de crédito y endeudamiento) y regulan, asimismo, diversos aspectos de los mismos.

2. La parte dispositiva o articulado

La parte dispositiva de la ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2018 se encuentra integrada por 56 artículos —distribuidos en 7 títulos—, 27 disposiciones adicionales, 4 disposiciones transitorias y 1 disposición final, siendo el contenido de dichas disposiciones muy semejante al de ejercicios precedentes.

A este respecto, el título *primero* de la ley de presupuestos —que lleva por rúbrica «DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 a 3)— recoge el contenido esencial de dicha norma, pues viene a contemplar la totalidad de los ingresos y gastos del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2018, así como otros aspectos relativos a su cuantificación.

Así, el artículo 2 de dicha ley recoge, con carácter meramente informativo, el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos cedidos —que se eleva a 61.150 miles de euros—, dando cumplimiento, de este modo, a lo previsto en los artículos 21.1 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, L.O.F.C.A.) (14) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (15). Por su parte, el artículo 3 de dicho texto legal se ocupa de la actualización del importe de las tasas exigidas en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma (16), las cuales experimentan un incremento generalizado del 1,4% para el ejercicio 2018, sin perjuicio de las posibles excepciones que, durante el ejercicio, puedan establecerse en otras normas con rango de ley.

(14) De conformidad con el precepto citado en el texto: «Los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual (...) y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a las referidas Comunidades».

(15) A tenor del cual: «El presupuesto de la Comunidad Autónoma será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del sector público autonómico, así como el importe de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos que generen rendimientos a la Hacienda aragonesa», inciso este último que constituye una novedad respecto del Estatuto originario, el cual no contemplaba, en su artículo 55, previsión alguna en este sentido.

(16) A estos efectos, cabe recordar que el artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, dispone que «Para adecuar las tarifas de las tasas al valor del uso de los bienes de dominio público o al coste variable de la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público que las motivan, las leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma podrán modificar los elementos cuantificadores de las mismas, aun cuando ello no esté previsto en la ley específica de creación del tributo».

En lo concerniente al título *segundo* de la ley objeto de análisis —«DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 4 a 12)—, el mismo procede a regular tanto el régimen aplicable a los créditos contenidos en los estados financieros de gastos como las alteraciones que pueden llegar a producirse en su seno durante el ejercicio.

En concreto, el artículo 6 del citado texto legal viene a establecer el carácter *limitativo* y *vinculante* de los créditos autorizados en las clasificaciones orgánica y funcional por programas. Por su parte, el apartado segundo del mencionado precepto complementa dicha previsión en lo referente a la clasificación económica, haciendo alusión a la vinculación que, a nivel de artículo, capítulo o concepto, resulta aplicable a cada uno de los capítulos integrantes de la susodicha clasificación.

Junto a lo anterior, el artículo 5 de la ley de presupuestos para 2018 se ocupa de concretar los criterios de imputación temporal de los gastos, indicando, en un primer instante, que con cargo a los respectivos créditos solo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos en general que se realicen en el año natural correspondiente al ejercicio presupuestario.

No obstante lo anterior, se admite, en determinadas circunstancias, imputar los créditos del presupuesto vigente a las órdenes de pago derivadas de compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios precedentes. Así, en la línea de anteriores leyes de presupuestos, el apartado segundo del referido artículo 5 permite la imputación, a los créditos del presupuesto en vigor, del pago de las obligaciones derivadas de alguna de las siguientes causas: atrasos por retribuciones o indemnizaciones a favor del personal al servicio de la Comunidad Autónoma, amortización anticipada de las operaciones de endeudamiento, pago anticipado de las subvenciones otorgadas para subsidiar puntos de interés, así como las becas y ayudas otorgadas a desempleados en el marco del programa de formación.

Por su parte, y junto a la previsión precedente, el artículo 6 de la ley de presupuestos, de conformidad con la autorización recogida en el artículo 40 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, hace mención a los denominados créditos ampliables (17). A este objeto, y ante la posibilidad de que dicha ampliación pueda llegar a producirse, se prevé que la financiación de los citados créditos deberá realizarse mediante la baja

(17) Así ocurre, a título ejemplificativo, con aquellos créditos derivados de transferencias de competencias de la Administración General del Estado o de otras Administraciones Públicas que se efectúen este ejercicio, los dirigidos al pago de intereses y demás gastos derivados de operaciones de endeudamiento o los destinados al pago de las obligaciones derivadas de insolvencias por operaciones avaladas por el Gobierno de Aragón.

en otros créditos para gastos y, de forma excepcional, a través de mayores ingresos o con remanentes de tesorería (artículo 8.2 ley de presupuestos).

Por otro lado, es el artículo 7 de la ley de presupuestos el que se ocupa de las denominadas transferencias de crédito, cuya autorización queda supeditada a la evolución de los recursos y al adecuado cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (18). A este respecto, se otorga al Consejero de hacienda y administración pública la facultad de acordar la realización de las retenciones y transferencias de crédito recogidas en dicho precepto.

Asimismo, y junto a las anteriores disposiciones, el artículo 8 del texto legal analizado viene a dar carta de naturaleza a la autorización contenida en el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, contemplando el mismo la posibilidad de que se incorporen a los presupuestos del año 2018 los remanentes de créditos procedentes del ejercicio 2017, incorporación que debe ser efectuada de forma excepcional y de manera condicionada a la existencia de cobertura financiera acreditada a través de remanentes de tesorería o baja en otros créditos.

Sea como fuere, las previsiones precedentes se completan con lo dispuesto en el artículo 9 de la ley objeto del presente comentario, en cuya virtud las transferencias, generaciones, ampliaciones de crédito e incorporaciones de remanentes, realizadas de acuerdo con la normativa vigente, habilitarán la apertura de las aplicaciones precisas en la estructura presupuestaria, atendiendo, a tal fin, a la naturaleza del concreto gasto que haya de realizarse.

Por su parte, el artículo 11 de la ley de presupuestos contempla la posibilidad de que, a través de un acuerdo del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de hacienda y administración pública y siempre que ello proceda legalmente, pueda procederse a llevar a cabo retenciones de crédito y ajustes en los estados de gastos e ingresos. A ello se une también la posibilidad de que el referido Consejero realice los ajustes necesarios en el presupuesto de ingresos con el fin de mantener el equilibrio presupuestario de las fuentes de

(18) Como es bien sabido, el principio de estabilidad presupuestaria constituye uno de los principios presupuestarios básicos, apareciendo recogido, en la actualidad, en sede del artículo 135.1 de nuestra Constitución. Junto a ello, el referido principio se contempla en el artículo 21.1 de la L.O.F.C.A. y en el artículo 3 de la ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto este de acuerdo con el cual: «Se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural». Por otro lado, también el artículo 3 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria de Aragón viene a hacer alusión a la estabilidad presupuestaria, disponiendo su apartado primero que «Se entenderá por estabilidad presupuestaria, en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 2.2.a) de esta ley, la situación de equilibrio o de superávit, en términos de capacidad de financiación, de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales».

financiación (19), así como para disponer la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que se fije como insuficiente para la cobertura del coste correspondiente a su exacción y recaudación.

Atendiendo a las previsiones examinadas en el título segundo de la ley de presupuestos del ejercicio 2018, y dadas las posibles modificaciones que, a tenor de las mismas, pueden llevarse a cabo en el ámbito de los créditos presupuestarios, resulta obvio que las mismas confieren tanto al Gobierno autonómico, como al Consejero competente en materia de hacienda, importantes facultades en lo que atañe a la gestión de aquellos, y ello hasta el punto de que son dichos órganos quienes determinarán, en numerosas situaciones, la cuantía y el destino definitivos de los gastos públicos.

Precisamente por tal razón, el título arriba mencionado se cierra estableciendo una importante cautela en lo referente a la modificación de créditos, al exigir que esta deberá recogerse en un expediente que exprese las razones que la justifiquen, el precepto legal que la autorice, la sección, servicio, programa, concepto o subconcepto afectados por la misma, el fondo financiador, el proyecto de gasto, así como las posibles desviaciones que, como consecuencia de aquella, puedan llegar a producirse en la ejecución de los programas de gasto y en la consecución de los correspondientes objetivos (art. 12 ley de presupuestos).

Continuando con el análisis de la ley objeto de examen, el título *tercero* de la misma, bajo la rúbrica «DE LA GESTIÓN DEL PRESUPUESTO» (artículos 13 a 16), da cabida a un conjunto de previsiones cuyo objetivo esencial no es otro que el de evitar la aparición de desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas decisiones, incluidas las que conllevan repercusiones en el gasto de ejercicios futuros.

A este respecto, el artículo 13 de la referida ley exige, como ya es tradicional, que cualquier proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento del gasto en el ejercicio 2018, o en cualquier otro posterior, habrá de incluir una memoria económica que ponga de relieve las eventuales repercusiones presupuestarias de su ejecución, la forma en que serán financiados los gastos ocasionados por la nueva normativa y el informe preceptivo del Departamento de hacienda y administración pública (20). Es más, la citada

(19) Véase la nota precedente.

(20) A estos efectos, el artículo 7.3 de la ya citada Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera precisa que «Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

obligación afecta a toda propuesta de acuerdo, resolución o pacto, resultando condicionada la efectividad de los mismos a que el órgano proponente de aquellos disponga de financiación adecuada en los programas de gasto cuya gestión tenga atribuida.

Junto a lo anterior, el artículo 14 de la ley de presupuestos para el presente ejercicio otorga al Consejero de hacienda y administración pública la posibilidad de acordar las oportunas retenciones en los créditos para gastos que estén total o parcialmente financiados con recursos afectados, y ello hasta que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a la Comunidad Autónoma de Aragón, si bien siempre que dichas retenciones no afecten a intereses sociales de carácter básico. Asimismo, dicho Consejero podrá autorizar las modificaciones presupuestarias que sean precisas para permitir la adecuada justificación y gestión de los fondos estructurales y de los de carácter finalista.

Por su parte, el artículo 15 de la mencionada ley se encarga de regular los compromisos de gasto de ejercicios futuros. A estos efectos, se otorga al Consejero de hacienda y administración pública la competencia para acordar la autorización de gastos plurianuales en los supuestos a los que se refiere el artículo 41.2, letras b) y e), del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (21), cualquiera que sea el número y porcentaje de gasto de las anualidades, si bien corresponde al Gobierno de Aragón dicha competencia en el resto de las hipótesis contempladas en el último precepto citado. A su vez, también incumbe al referido Consejero la autorización de los gastos plurianuales o de ejercicios futuros en los casos no contemplados de modo expreso.

Por último, el artículo 16 de la ley de presupuestos para el ejercicio 2018 prevé que las transferencias a organismos públicos o a la Universidad de Zaragoza se llevarán a cabo, con carácter general, con periodicidad mensual y por doceavas partes.

Por lo que concierne al título *cuarto* de la ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón —intitulado «DE LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 17 a 34)—, el mismo procede a establecer el régimen retributivo aplicable, por una parte, a los miembros del Gobierno regional, así como a otros cargos públicos de similar naturaleza y, por otra, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra Comunidad.

(21) Tales hipótesis son aquellas en que los citados gastos plurianuales tienen por objeto contratos de suministros, de asistencia técnica y científica, de arrendamiento de bienes que no pueden ser estipulados por el plazo de un año —o ello resulte más gravoso— o bien operaciones de endeudamiento.

A este respecto, y dado que el adecuado estudio de dichas previsiones excede de los límites del presente trabajo, baste destacar que, en este ejercicio, las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón no experimentarán, con carácter general, incremento alguno respecto a las vigentes el 31 de diciembre de 2017, si bien las mismas se adaptarán a lo que, en su momento, establezca, acerca de esta cuestión, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018. Asimismo, se prevé la obligatoriedad de que cualquier acuerdo o convenio se adecue a esta disposición, resultando inaplicables, en caso contrario, las cláusulas sobre crecimiento retributivo que se opongan a la misma.

Pasando ya al análisis del título *quinto* de la ley de presupuestos para el presente ejercicio, el mismo aborda el régimen «DE LAS TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES Y DE LAS ACTUACIONES DE POLÍTICA TERRITORIAL» (artículos 35 a 41), siendo este el mejor ejemplo de la coordinación financiera existente entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones de otras entidades territoriales de Aragón.

En esta línea, el artículo 35 de la mencionada ley se ocupa de las normas de gestión del Fondo local de Aragón, el cual aparece integrado por el conjunto de transferencias destinadas a las entidades locales incluidas en los presupuestos de esta Comunidad como apoyo al desarrollo y gestión de las diversas actividades competencia de aquellas. Más en concreto, este fondo —cuyo adecuado desglose aparece recogido en el Anexo I del referido texto legal— aparece compuesto por diferentes programas específicos relativos a tales entidades y por determinados programas sectoriales (en la parte a ellas referida), incorporándose todas aquellas partidas presupuestarias que se habiliten durante el ejercicio para realizar transferencias a entes con idéntica finalidad.

A mayor abundamiento, el precepto arriba citado prevé la posibilidad de que el Gobierno de Aragón establezca líneas de subvención del citado fondo local dirigidas a financiar la colaboración en el mantenimiento de actuaciones o servicios que sean de competencia compartida entre la Comunidad Autónoma de Aragón y sus entidades locales, pudiendo ordenarse anticipos de pago del 90% del importe concedido.

Junto a ello, y en el marco de la política demográfica y contra la despoblación, los artículos 36 y 37 hacen referencia a diversos programas de financiación (en especial, el Fondo de cohesión territorial) destinados a los diversos agentes sociales y territoriales y orientados, en lo fundamental, al fomento de la realización de actuaciones encaminadas a combatir el fenómeno de la despoblación.

Por su parte, el artículo 38 de la ley de presupuestos hace referencia al Fondo de garantía de los servicios públicos básicos, de nueva creación y destinado a garantizar la suficiencia de las haciendas municipales en lo

concerniente al mantenimiento de tales servicios públicos y su prestación en todos los municipios de Aragón.

Junto a las anteriores previsiones, los artículos 39 y 40 de la susodicha ley regulan diferentes disposiciones concernientes a las administraciones comarcales, tanto en lo relativo a la gestión de los créditos destinados a las mismas, como en lo referente a determinados programas finalistas de los que aquellas son destinatarias.

Por último, el artículo 41 de la ley de presupuestos procede a regular el Fondo de compensación a ayuntamientos incluidos en áreas calificadas como espacios naturales protegidos de Aragón. A este respecto, y además de establecer los módulos de reparto del mismo, se prevé que el importe máximo a percibir por este concepto sea de 150.000 euros y el mínimo de 5.000 euros.

Prosiguiendo con nuestro análisis del articulado de la ley de presupuestos para el presente ejercicio, el título sexto de la misma procede a regular el régimen «DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 42 a 46), estableciendo diversas previsiones acerca de las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga la Comunidad Autónoma de Aragón (incluidas las de sus organismos autónomos y empresas), así como a los avales que aquella conceda a lo largo del año 2018.

A este respecto, durante el presente ejercicio presupuestario el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias que efectúe el Gobierno de Aragón es de 1.231.854 miles de euros (art. 42.1 ley de presupuestos), cuantía que supera, con amplitud, la prevista para el año 2017.

Siendo esto así, la contracción de tal endeudamiento podrá ser formalizada en una o en varias operaciones, tanto en el interior como en el exterior, en moneda nacional o en divisas, en atención a lo que resulte más conveniente para los intereses de nuestra Comunidad (artículo 37.2 ley de presupuestos), pero siempre en el marco de los límites generales establecidos en la normativa vigente en la materia (22).

Por su parte, el Consejero de hacienda y administración pública se encuentra facultado para acordar la refinanciación o sustitución del endeudamiento

(22) A estos efectos, las operaciones de endeudamiento llevadas a cabo por las comunidades autónomas se encuentran sometidas a las limitaciones y requisitos recogidos en el artículo 14 de la L.O.F.C.A. Así, una de dichas limitaciones —prevista en el apartado tercero de este precepto— se refiere a la necesidad, por parte de las referidas comunidades, de obtener autorización del estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, autorización que, según dispone el citado precepto, deberá tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. La susodicha autorización es necesaria, a su vez, en cualquier otra operación de crédito concertada por una comunidad autónoma cuando se constate que esta última ha incumplido el mencionado principio de estabilidad presupuestaria.

vivo con el fin de conseguir una disminución en el importe de los costes financieros actuales o futuros, junto a lo cual se permite la concertación de operaciones de derivados financieros —opciones, permutas, etc.— que contribuyan a mejorar la gestión o la carga financiera de la Comunidad, cuando ello no comporte un incremento de la deuda viva autorizada.

Junto a ello, el artículo 38 de la ley de presupuestos para 2018 contempla la posibilidad de que los organismos públicos, empresas y demás entes del sector público de la Comunidad Autónoma puedan concertar, en determinadas condiciones, operaciones de endeudamiento. Así, y para los supuestos en que estas últimas sean a largo plazo (más de un año), dichos organismos deberán contar con la autorización previa del Departamento de hacienda y administración pública, requisito este que también se exige respecto de aquellas operaciones crediticias por plazo inferior a un año que se contraigan con el fin de cubrir necesidades transitorias de tesorería.

Asimismo, y en lo concerniente al otorgamiento de avales y garantías —art. 45 de la ley de presupuestos—, es el Gobierno de Aragón quien, a propuesta conjunta de los Consejeros de hacienda y administración pública y de economía, industria y empleo, ostenta la competencia para su concesión, pudiendo otorgarse aquellos a empresas radicadas en Aragón en relación con las operaciones que tengan por finalidad garantizar la creación o permanencia de puestos de trabajo. No obstante, el importe total de los citados avales no podrá rebasar, en principio, la cantidad de 100 millones de euros —cuantía esta idéntica a la prevista en el ejercicio precedente— y su otorgamiento exigirá la previa autorización de la Comisión de economía y presupuestos de las Cortes de Aragón en los casos en que los avales propuestos superen la cantidad de un millón de euros —de modo individual o acumulando todos los recibidos—.

A este respecto, debe recordarse que la concesión del aval exige, como viene siendo habitual, el cumplimiento de diferentes requisitos de diversa índole. En concreto, debe acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma o con la Seguridad Social, junto a lo cual los sujetos beneficiarios han de demostrar el cumplimiento de la normativa vigente en materia de residuos, no pudiendo ser beneficiarias las empresas que hubieran sido sancionadas por la autoridad laboral durante el tiempo que determine la sanción. Asimismo, se establece la obligación de presentar los estados económico-financieros de las entidades solicitantes con el fin de estimar su viabilidad con carácter previo.

El análisis del articulado relativo a la ley de presupuestos de nuestra Comunidad Autónoma para el presente ejercicio concluye con el examen del título séptimo de la misma, el cual se ocupa de establecer las normas relativas a «LA INFORMACIÓN Y CONTROL PRESUPUESTARIO DE LAS CORTES DE ARAGÓN».

En este sentido, el artículo 47 de la referida ley se ocupa del último control citado, exigiendo que los expedientes de modificación presupuestaria que tengan por finalidad la aprobación de transferencias, generaciones, ampliaciones de crédito, así como de bajas por anulación, deberán contar con la aprobación de la Comisión de hacienda, presupuestos y administración pública de las Cortes de Aragón, quedando suspendida la tramitación del expediente hasta entonces. A tal fin, se prevé que el Departamento de hacienda y administración pública remita a la citada Comisión los diferentes datos a los que alude el apartado segundo del mencionado precepto (23).

Por su parte, el artículo 48 de la ley de presupuestos hace alusión control de riesgos financieros por las Cortes de Aragón, exigiendo asimismo autorización previa de la Comisión de hacienda y administración pública aludida en el párrafo precedente cuando, por necesidades financieras, el Gobierno de Aragón deba acordar, durante el período de aplicación del referido presupuesto, operaciones de endeudamiento para la administración general de la Comunidad Autónoma o cualquier entidad perteneciente al sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón por un importe superior a 50 millones de euros en el caso de operaciones de la administración general y por un importe superior a 500.000 euros para las operaciones de las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma.

Por último, y en lo que respecta a las obligaciones de información, las mismas presentan diferente contenido en atención a su naturaleza, afectando aquellas a los siguientes aspectos: presupuestarios (art. 49), financiación y operaciones de crédito (art. 50), subvenciones y ayudas (art. 51), fondos y planes especializados (art. 52), personal al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma (art. 53), contratación pública (art. 54), gasto en difusión y medios de comunicación (art. 55) y transparencia (art. 56).

Una vez finalizado el análisis de los diferentes títulos integrantes de la ley de presupuestos de Aragón para el ejercicio 2018, y ya para concluir el presente comentario, es preciso efectuar una sucinta alusión a distintas cuestiones relevantes que aparecen reflejadas en diferentes *disposiciones adicionales y transitorias* de la referida ley: 1) la tarifa del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas; 2) la determinación del régimen al que se encuentra sujeta la concesión de subvenciones y ayudas con cargo al presupuesto de la Comunidad; 3) el establecimiento de diversos criterios de gestión de algunos créditos

(23) En concreto, la cuantía de la modificación, la fecha de su proposición, el órgano que promueve —y autoriza— el expediente, la normativa en la que se apoya aquélla, los programas, servicios, conceptos y subconceptos presupuestarios afectados y la memoria sobre las razones que justifican la modificación y las desviaciones que puedan producirse en la ejecución de los programas, así como en el grado de consecución de los objetivos correspondientes que se vean afectados.

presupuestarios y, por último, 4) la dotación del Fondo de contingencia de ejecución presupuestaria.

Comenzando por la primera de las cuestiones ahora mencionadas, la tarifa general del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas para el año 2018 aparece recogida en la disposición adicional 15ª de la susodicha ley, distinguiendo aquella entre los denominados usos domésticos y los industriales, determinando, asimismo, el componente fijo y el variable de dicho tributo de acuerdo con lo previsto en la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón (24).

En segundo lugar, y en lo concerniente al régimen de las subvenciones (disp. adicionales 2ª a 3ª), la ley de presupuestos recoge la exigencia de que el solicitante de aquellas acredite la circunstancia de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la seguridad social, así como no tener deudas pendientes de pago con la Comunidad Autónoma. Empero, dichas exigencias se ven excepcionadas cuando el importe de la subvención no exceda de 1.000 euros por beneficiario y año o se destine a finalidades específicas (25).

Por lo que respecta a la concesión de una subvención a un beneficiario de un aval (aunque sea para una operación distinta), se establece la exigencia de autorización previa del Gobierno de Aragón, régimen que resulta de aplicación también en aquellas hipótesis en que, tras haber obtenido una subvención, se solicite un aval con posterioridad. Sea como fuere, y salvo en los casos excepcionales autorizados por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia de aval y subvención respecto de un mismo proyecto.

Por su parte, las especialidades en la gestión de ciertos créditos presupuestarios aparecen recogidas, en lo que atañe al presupuesto de las Cortes de Aragón y como viene siendo habitual, en la disposición adicional 1ª de la ley objeto del presente comentario, ocupándose la disposición adicional 9ª del establecimiento de previsiones específicas en torno a la gestión de los créditos concernientes al capítulo relativo a diversos departamentos.

Por lo demás, y en relación con el último de los aspectos señalados, el Fondo de contingencia de ejecución presupuestaria aparece dotado, para el ejercicio 2018, con un importe de 14.384 miles de euros, los cuales tienen como finalidad la de cubrir ciertas contingencias de diversa naturaleza, en especial las relativas a las materias de incendios, social, sanitaria, educativa, empleo, universitaria y de investigación (disp. adicional 9ª). No obstante, se prevé, asimismo, que dicha cuantía puede verse incrementada a lo largo del ejercicio mediante las modificaciones presupuestarias pertinentes.

(24) Artículo 88.1.

(25) Como, por ejemplo, las destinadas a la contratación de seguros agrarios o la formación universitaria, la realización de proyectos y actividades de investigación o las establecidas para la formación del personal investigador.

LA ARTICULACIÓN DE LA GOBERNANZA MULTINIVEL A TRAVÉS DE TÉCNICAS ORGÁNICAS DE COLABORACIÓN, COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN (*) ()**

MARÍA ZAMBONINO PULITO

SUMARIO: I. LA APELACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A LA IMPLANTACIÓN DE LA GOBERNANZA COMPARTIDA O «MULTINIVEL».- II. LOS PRINCIPIOS DE COLABORACIÓN, COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN COMO BASES PARA LA GOBERNANZA COMPARTIDA.- III. ANÁLISIS DE ALGUNOS MODELOS DE PARTICIPACIÓN ORGÁNICA PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL CON INCIDENCIA EN EL TERRITORIO: 1. Aeropuertos de interés general. 2. Obras hidráulicas. 3. Puertos de interés general.- IV. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES PARA LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN DE POLÍTICAS SECTORIALES ESTATALES.- V. CONCLUSIONES: LA PARTICIPACIÓN ORGÁNICA MULTINIVEL PARA LA COHESIÓN TERRITORIAL.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Las recomendaciones de la Unión Europea en relación a la implantación de la gobernanza multinivel implican la efectiva puesta en marcha de técnicas en desarrollo de los principios de colaboración, cooperación y coordinación, no sólo entre las Administraciones Públicas, sino entre estas y la sociedad. Nuestro ordenamiento jurídico prevé instrumentos en este sentido. Sin embargo, en el ámbito concreto de la ejecución de las políticas sectoriales de competencia estatal con especial incidencia en el territorio, las fórmulas orgánicas diseñadas por la legislación especial no son demasiadas, siendo las existentes de muy diversa configuración y alcance, analizándose en el trabajo tres modelos diseñados en la legislación sectorial (puertos, aeropuertos y obras hidráulicas). Tampoco son nítidas las exigencias que deben observarse en su formulación desde la perspectiva de la salvaguarda de las competencias de las entidades territoriales implicadas (grado de participación, carácter decisorio o consultivo de los órganos de participación). Sin embargo, parece preciso, desde la perspectiva de la debida cohesión

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 22 de mayo de 2018 y evaluado favorablemente para su publicación el 27 de julio de 2018.

(**) Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de I+D+I «Los retos de la Gobernanza para el Derecho Administrativo: Buen Gobierno y Buena Administración. Su proyección en las políticas públicas» (DER2016-77513-R), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

territorial —y social—, la implementación de este tipo de órganos, y en distintos niveles territoriales, que aseguren la participación tanto vertical como horizontal, y con ello, la coherencia, la eficacia y la corresponsabilidad.

Palabras clave: gobernanza y Derecho administrativo; gobernanza multinivel; políticas sectoriales.

ABSTRACT: The recommendations of the European Union in relation to the implementation of multilevel governance imply the effective implementation of techniques in development of the principles of collaboration, cooperation and coordination, not only between Public Administrations, but between them and society. Our legal system provides instruments in this sense. However, in the specific field of the implementation of state sectorial policies with special incidence in the territory, the organic tools designed are not enough, being the existing ones very diverse configuration and scope. The paper analyzes three models designed in sectoral legislation (ports, airports and hydraulic works). The requirements that must be observed to safeguard the competences of the territorial entities involved are not clear either. However, it seems necessary, from the perspective of the due territorial —and social— cohesion, the implementation of this type of organic tools, and at different territorial levels. It would ensure both vertical and horizontal participation, coherence, effectiveness and co-responsibility.

Key words: governance and Administrative Law; multilevel governance; sectorial policies.

I. LA APELACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A LA IMPLANTACIÓN DE LA GOBERNANZA COMPARTIDA O «MULTINIVEL»

Uno de los cauces para hacer efectiva la Gobernanza y aplicar sus principios es la denominada *Gobernanza multinivel*, que en el seno de la Unión Europea se concibe como la garantía para la aplicación de los principios básicos de una buena gobernanza enumerados en el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea (1), a saber: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. Además de garantizarlos, se entiende que la Gobernanza multinivel les da continuidad y los completa. En el sentido indicado se pronuncia el Libro Blanco del Comité de las Regiones sobre la Gobernanza multinivel (CDR 89/2009 fin), en el que puede también encontrarse la propia definición de la misma, que se conceptúa como «la acción coordinada de la Unión, los Estados miembros y los entes regionales y locales, basada en la asociación y destinada a elaborar y aplicar las políticas de la Unión Europea»

(1) Comunicación de la Comisión de 25 de julio de 2001 «La gobernanza europea. Un Libro Blanco» (DOCE C 287). En relación a la Gobernanza europea y sus principios articuladores, *vid.*, por todos, BAR CENDÓN (2011); CALONGE VELÁZQUEZ (2004); CLOSA MONTERO (2003); Rivero Ysern(2005); SÁNCHEZ BLANCO (2003).

que «induce la responsabilidad compartida de los diversos niveles de poder en cuestión y se basa en todas las fuentes de legitimidad democrática y en la representatividad de los diversos agentes implicados» y «suscita, mediante un enfoque integrado, la coparticipación de los distintos niveles de gobernanza en la elaboración de las políticas y de la legislación comunitarias, a través de mecanismos diversos (consultas, análisis de impacto territorial, etc.)» (2).

Se trata pues de aplicar las políticas, en el caso de la Unión Europea, de forma asociada entre la propia Unión, los Estados miembros y los entes regionales y locales. Ahora bien, como también el Libro Blanco sobre la Gobernanza multinivel recomienda, la *asociación* debe consolidarse en un doble sentido: vertical —entre entidades territoriales—, pero también horizontal —entre estas y la sociedad civil (3)—. Se considera que únicamente de este modo puede ser posible compartir una auténtica responsabilización sobre la toma de decisiones (4).

En este contexto, el papel de los Estados miembros resulta esencial, pues, como se apunta en el propio Libro Blanco sobre la Gobernanza multinivel, las «condiciones de una buena gobernanza multinivel residen, en efecto, en los propios Estados miembros». Por ello, entre las numerosas recomendaciones que a aquellos se realiza, se sugiere la implantación de mecanismos de consulta, coordinación, concertación, cooperación y evaluación. Entre las medidas concretas, se hace referencia, en particular, a la garantía de la participación ciudadana a través de órganos creados al efecto por las distintas Administraciones Públicas implicadas, en especial por aquellas que resultan más cercanas al ciudadano, mediante los que los distintos colectivos sociales puedan presentar sus valoraciones, opiniones y sugerencias sobre las iniciativas públicas; a la simplificación y racionalización de los procedimientos administrativos a fin

(2) A pesar de la imprecisión del concepto de gobernanza multinivel, transmite la idea clara de que obliga, como pone de manifiesto VARA ARRIBAS (2006: 4 y 5), a superar la «jerarquía arcaica de reparto de poder» y a un nuevo modelo de reparto de información y competencias.

(3) Este dato es esencial en el concepto de la Gobernanza multinivel y, en general, de la Gobernanza. Como puso de manifiesto ALI ARANGUREN (2013: 24), «La gobernanza alude a un nuevo modo de gobierno alternativo al jerárquico, de gestión pública y de acción administrativa en un orden neoliberal, en el que se reduce el protagonismo de los poderes públicos, se desdibujan los perfiles que diferencian lo público de lo privado, se reducen las relaciones de jerarquía en beneficio de las de cooperación, se promueven los procedimientos informales y se trata de integrar y comprometer a la sociedad en redes para la toma de decisiones y seguimiento y control de las acciones políticas».

(4) El elemento de la corresponsabilidad es también clave entre los que conforman los objetivos de la Gobernanza multinivel. Sobre ello, MORATA (2002: 11), para quien «el proceso de integración solo es concebible sobre la base de responsabilidades compartidas entre los distintos niveles de gobierno y entre estos y la sociedad».

de instaurar un marco jurídico propicio para la actividad innovadora; o al reforzamiento de las capacidades administrativas de las entidades territoriales.

Posteriormente, el Dictamen del Comité de las Regiones «Desarrollar una cultura europea de la gobernanza multinivel: El seguimiento del Libro Blanco del Comité de las Regiones» (2012/C 113/12) haría hincapié en la necesidad de reforzar la gobernanza multinivel en la Unión Europea, recordando que «el Tratado de Lisboa ha anclado de forma indudable la gobernanza multinivel en el funcionamiento de la Unión Europea, especialmente al reforzar su régimen jurídico en la arquitectura institucional y al consagrar el objetivo de la cohesión territorial y la dimensión subnacional del principio de subsidiariedad». Especial atención merece, por lo que al objeto de este trabajo importa, la consideración del *principio de la gobernanza multinivel como principio vertebrador de todas las políticas y estrategias europeas de impacto territorial fuerte*, de ahí que, entre las recomendaciones políticas que se realizan en el Dictamen, se incluyan las dos siguientes que nos parecen de especial interés (5): a) la gobernanza multinivel debe integrarse por completo en las disposiciones legislativas y reglamentarias de las políticas que tengan un fuerte impacto territorial, y prioritariamente en la futura política de cohesión; b) que el principio de la colaboración multinivel, con múltiples agentes, deba ser reforzado en su puesta en práctica.

Más recientemente, la Resolución del Comité de las Regiones sobre la Carta de la Gobernanza Multinivel en Europa (2014/C 174/01) (6), reitera la necesidad de que «todos los niveles de gobernanza se movilicen para reforzar la responsabilidad democrática en Europa y garantizar la eficacia, coherencia y complementariedad de sus actuaciones». En todo caso, la Resolución incluye un llamamiento importante, desde la perspectiva de la simplificación y la sostenibilidad financiera, al solicitar que «la aplicación de los principios y mecanismos propuestos no sobrecargue los procesos decisorios ni aumente las cargas administrativas y financieras que pesan sobre los entes locales y regionales interesados». En el Anexo de la Resolución se incluye la Carta de la Gobernanza Multinivel en Europa, que consta de dos Títulos muy breves, dirigidos, respectivamente a establecer los principios fundamentales y las pautas para su aplicación y cumplimiento, y que me permito, por su interés y concisión, reproducir:

TÍTULO I: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Nos comprometemos a respetar los mecanismos fundamentales que conforman las prácticas de gobernanza multinivel en Europa mediante:

(5) Núm. 33.

(6) Un análisis sobre la Carta de la Gobernanza multinivel puede verse en GONZÁLEZ ALONSO (2014: 6-23).

1.1. el desarrollo de un proceso de elaboración de políticas TRANSPARENTE, ABIERTO e INTEGRADOR;

1.2. el fomento de la PARTICIPACIÓN y la ASOCIACIÓN entre las partes interesadas públicas y privadas relevantes a lo largo de todo el proceso de elaboración de políticas, incluido el uso de las herramientas digitales apropiadas, respetando los derechos de todos los socios institucionales;

1.3. el fomento de la EFICIENCIA POLÍTICA, de la COHERENCIA DE LAS POLÍTICAS y de las SINERGIAS PRESUPUESTARIAS entre todos los niveles de gobernanza;

1.4. el respeto de los principios de SUBSIDIARIEDAD y PROPORCIONALIDAD en la elaboración de las políticas;

1.5. la garantía del máximo nivel de PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES en todos los niveles de gobernanza;

TÍTULO II: APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO

Nos comprometemos a hacer de la gobernanza multinivel una realidad cotidiana en el diseño y la aplicación de las políticas, aprovechando, entre otras, las soluciones innovadoras y digitales. Para ello, deberemos:

2.1. FOMENTAR LA PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS en el ciclo político;

2.2. COOPERAR estrechamente con otras autoridades públicas pensando más allá de las fronteras, procedimientos y obstáculos administrativos convencionales;

2.3. IMPULSAR LA PERSPECTIVA EUROPEA en nuestros organismos y administraciones públicos;

2.4. REFORZAR EL DESARROLLO DE LA CAPACIDAD INSTITUCIONAL e invertir en el aprendizaje político en todos los niveles de gobernanza;

2.5. ESTABLECER REDES entre nuestros órganos políticos y administraciones públicas, desde el nivel local hasta el europeo y viceversa, fortaleciendo, al mismo tiempo, la cooperación transnacional.

Los instrumentos concretos que en cada caso se adopten para la ejecución de las políticas públicas habrán de determinarse por los distintos Estados miembros. Ciertamente es que el grado de descentralización en Europa es generalizado pero también muy desigual, siendo que en algunos de ellos aún no se reúnen plenamente las condiciones para la también llamada *Gobernanza compartida*. No es el caso de España, como bien es sabido. Antes al contrario, el sistema del Estado autonómico propicia la implantación de mecanismos que garanticen esa Gobernanza multinivel, a través de la cual las Administraciones Públicas implicadas y los agentes sociales y económicos afectados se corresponsabilicen en la toma de decisiones, en aras de una mayor eficacia. Ciertamente en nuestro ordenamiento jurídico pueden encontrarse numerosos ejemplos que, en aplicación de los principios de coordinación, cooperación y participación, tienden al objetivo mencionado.

Tomando como referencia, por su relevancia para la consecución de la cohesión territorial y social por tener una indiscutible incidencia en el territorio,

las políticas sectoriales en el ámbito de las infraestructuras estatales, se observan en nuestro ordenamiento jurídico como algunas técnicas funcionales ciertamente ensayadas ofrecen la posibilidad de la participación vertical, pero también horizontal —planificación, *v.gr.*—. Desde la perspectiva de las técnicas orgánicas, sin embargo, son menos los supuestos en los que la participación de los tres niveles de entidades territoriales y de los agentes sociales y económicos está garantizada en la toma real de decisiones para la ejecución de las políticas públicas. Parecen, no obstante, un mecanismo idóneo para la implementación de la Gobernanza multinivel. De ahí que parezca conveniente, en el marco de los principios y técnicas que se diseñan por el Derecho Administrativo, analizar los modelos existentes en la legislación sectorial; valorar, desde el punto de vista del reparto constitucional y estatutario de competencias, las posibilidades y exigencias para la participación de entidades territoriales en la ejecución de competencias cuya titularidad la ostenta una entidad distinta; y, considerar, en fin, las posibilidades en el empleo de las técnicas orgánicas configuradas por nuestro ordenamiento jurídico, desde la perspectiva de la deseable cohesión territorial.

II. LOS PRINCIPIOS DE COLABORACIÓN, COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN COMO BASES PARA LA GOBERNANZA COMPARTIDA

La efectiva aplicación del principio de la Gobernanza multinivel a través de técnicas orgánicas puede tener diversos grados de intensidad, dependiendo de lo que hasta ahora llevamos visto, de distintos factores que al tiempo supondrán la incorporación de los propios principios de la gobernanza. Así, la participación puede ser no sólo vertical, y en este caso con presencia de los tres niveles de gobernanza —estatal, autonómico y local—, sino también horizontal, garantizándose la presencia pues del sector privado afectado por la política sectorial de que se trate.

Por otra parte, y a la vista de los pronunciamientos del Comité de las Regiones de la Unión Europea mencionados más atrás, hay dos ideas que laten en el propio concepto de gobernanza multinivel: la coordinación y la asociación para la consecución de las políticas públicas. Son referencias, en suma, a los principios de colaboración, cooperación y coordinación que informan en nuestro sistema las relaciones entre las Administraciones Públicas, si bien en los documentos europeos examinados, no se emplean teniendo en cuenta el significado que en nuestro Derecho han adquirido, y que por eso, para su debido entendimiento y adaptación a posibles fórmulas orgánicas implantadas o a implantar, deben ser interpretados desde las propias definiciones que tanto el ordenamiento jurídico como la doctrina y la jurisprudencia se han afanado en proporcionar. Ahora me detendré en ello. Baste adelantar que, a mi juicio,

se pone el acento en la idea de *asociación*, lo cual, implica que las técnicas de cooperación suponen una mayor intensidad en la aplicación de la Gobernanza multinivel, pues suponen un mayor equilibrio entre las partes implicadas y, en consecuencia, una mayor corresponsabilidad.

Ello porque, aunque en los pronunciamientos del Comité de la Regiones se manejan constantemente y de manera equivalente los términos coordinación, colaboración y cooperación, son principios que es conveniente diferenciar, en la medida de lo posible. Todos ellos, no obstante, van dirigidos a la consecución de la coherencia y la eficacia de la acción conjunta de las Administraciones Públicas. Los matices son, sin embargo, de relevancia por lo que a este trabajo importa.

La línea divisoria y la conceptualización de los tres principios referidos, sin embargo, no son pacíficas en la doctrina administrativista, existiendo posiciones que los diferencian netamente, si bien la doctrina mayoritaria suele asimilar los conceptos de colaboración y cooperación (7). Sin pretender entrar en esta interesante y ya clásica discusión que ocupó a la mejor doctrina en los años ochenta y noventa, partimos en el presente trabajo de estas últimas posiciones, aunque somos conscientes que son susceptibles de múltiples concreciones y matices. En todo caso, utilizaremos preferentemente el término cooperación, para evitar confusiones y que se entienda que nos referimos, en este supuesto, a las relaciones interadministrativas a las que se refiere el Capítulo II del Título III LRJSP, esto es, a las relaciones de cooperación. Sobre la regulación de la LRJSP volveremos con posterioridad, pues, aunque partimos de la distinción entre el deber de colaboración (regulado, por su parte, en el Capítulo II del mismo Título III) y las relaciones derivadas del principio de cooperación, también tendremos que realizar algunas consideraciones en relación, no sólo a la regulación introducida en la LRJSP, sino también respecto de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, pues el propio concepto de cooperación es susceptible de diversas acepciones. Baste adelantar en estos momentos que, desde la perspectiva de las técnicas orgánicas idóneas para la implantación de la gobernanza *multinivel*,

(7) Por todos, PAREJO ALFONSO (1993) y SÁNCHEZ MORÓN (1992: 24). Este último autor, más recientemente (2016: 270), distingue entre la cooperación en sentido estricto y el deber de colaboración —arts. 140 y 141 LRJSP y al que en la LRJPAC se denominaba deber de lealtad institucional—. De manera similar, SANTAMARÍA PASTOR (2016), incluye el deber de colaboración entre las técnicas funcionales de cooperación. Existen, sin embargo, posiciones que diferencian la colaboración y la cooperación, distinguiendo que la actuación conjunta, en el primer caso, o el auxilio o la asistencia, en el segundo, vayan dirigidos al ejercicio de competencias de cada uno de los entes que colaboran o al de competencias propias de otra entidad con la que cooperan (en tal sentido, por todos, COSCULLUELA MONTANER (2017: 187 y 188) y FERNÁNDEZ FARRERES (2014: 222). Pero existen posiciones que, si bien mantienen también la existencia de diferencias conceptuales entre la cooperación y la colaboración, las definen justamente en sentido opuesto. Así, Entrena Cuesta (1994: 41).

lo que importa, en esencia, es la participación de las entidades territoriales en órganos o entidades vinculadas a otra Administración pública, ya sea en posición de igualdad, ya conservando alguna de ellas la posición de dirección y, en el primer caso, la participación vaya dirigida a ejercitar competencias propias o ajenas, o lo que es lo mismo, lo que importa es la participación utilizando técnicas orgánicas de coordinación o de colaboración o cooperación. Será el principio de competencia, como veremos, el que, en fin, determine la fórmula orgánica más adecuada para la participación y para cumplir, en cada caso concreto, con los postulados de la gobernanza compartida.

A través del principio de coordinación, al que hace alusión expresa el art. 103 CE en cuanto informador de la acción de las Administraciones Públicas, es posible integrar *la diversidad de las partes o subsistemas en el o sistema, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema* (en los términos empleados por la conocida STC 32/1983 para expresar el objeto de la coordinación), para lo cual se hace necesario, dada la intensidad de la acción administrativa proveniente de distintas entidades territoriales disponer de *medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades... estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema* (STC 32/1983). Es comúnmente aceptada la posición de superioridad, en las relaciones administrativas que se rigen por el principio de coordinación, de la entidad que coordina (por todas la temprana STC 214/1989, de 21 de diciembre), debiendo la entidad coordinada someterse al criterio de la primera. El principio de coordinación implica pues una posición de supremacía de una de las entidades que se relacionan, y puede conllevar que la coordinación se ejerza, por parte de la entidad superior, de forma unilateral, obligando así a la entidad inferior, dada la capacidad de dirección de quien goza el titular de la potestad coordinadora (STC 204/1994). Y como exponente de ello, es doctrina asentada del Tribunal Constitucional que, en caso de conflicto, la decisión final corresponde al titular de la competencia prevalente (STC 77/1984, de 3 de julio), que identifica con el interés general (SSTC 40/1998, de 19 de febrero y 204/2002, de 31 de octubre, por todas).

El art. 103 CE, sin embargo, omite toda referencia al principio de cooperación, que la jurisprudencia constitucional no obstante ha considerado implícito en el sistema autonómico y al que otorga un papel de idéntica importancia que al de coordinación (8). La cooperación, por lo demás, supone una posición de

(8) Son abundantes las Sentencias del Tribunal Constitucional que cabe citar en relación al principio de cooperación. Por todas, *vid.*, SSTC 76/1983, 214/1989, 45/1991, así como aquellas otras a las que me referiré a lo largo del trabajo.

igualdad jurídica entre las entidades afectadas, y esta es la diferencia sustantiva entre un principio y otro, más que la nota de la voluntariedad de las relaciones de cooperación pues si bien hay algunas que, en efecto se pueden emprender por la libre iniciativa de las entidades cooperantes, otras veces es el legislador el que impone la cooperación e incluso el concreto modo en que se vaya a llevar a cabo. En las fórmulas orgánicas de cooperación, como tendremos ocasión de comprobar, puede establecerse por el legislador la posibilidad de que una entidad participe en un órgano de otra Administración, o puede establecerse que esa participación no sea potestativa, sino preceptiva, imponiéndola (9). En la STC 204/1994, sin embargo, se mantiene la inconstitucionalidad de la imposición de la gestión conjunta —en este caso por el legislador estatal (10)—. Ahora bien, el supuesto varía al que aquí nos planteamos, pues en el mismo se trataba de imponer esa cooperación desde el Estado para la gestión de una competencia cuya ejecución corresponde a las Comunidades Autónomas. En todo caso, admitiéndose la cooperación preceptiva, siempre tendrá como límite la salvaguarda del sistema competencial, sin que pueda condicionarlo o alterarlo.

La diferencia básica pues entre coordinación y cooperación, estriba en que en el primer caso, la entidad superior es la que puede tomar la decisión última, de modo que la entidad inferior puede ver limitada su competencia. En la cooperación, sin embargo, las entidades cooperantes tienen la misma capacidad decisoria, sin que la entidad superior pueda alterar la competencia de la entidad inferior (11). Pero tampoco debe suceder lo contrario, puesto que la cooperación no puede justificar la limitación de las competencias de la entidad superior por la entidad inferior. En este punto, además, cabría plantearse si la cooperación participativa puede darse en órganos de carácter decisorio o se limitaría a los de

(9) En este sentido MENÉNDEZ REXACH (1994: 43) y (2017: 208) y MORELL OCAÑA (1994: 53). Matizan también la nota de la voluntariedad de las relaciones de cooperación PAREJO ALFONSO (2007: 161-191) y SÁNCHEZ MORÓN (1992: 24). Por la necesidad de que desde el ordenamiento jurídico se impongan fórmulas que garanticen la gobernanza multinivel se pronuncia PEMÁN, Ignacio y JIMÉNEZ, Germán (2013).

(10) La STC 204/1994, razonaba en su FJ 13 lo siguiente:

«Ya hemos señalado que dicho principio de cooperación puede materializarse a través de técnicas muy diferentes, una de las cuales puede ser la del establecimiento de órganos que incluyan en su seno a representantes de las Administraciones llamadas a cooperar, siendo consustancial a este principio la voluntariedad en la participación en el instrumento de que se trate y la salvaguardia de las competencias de las Administraciones afectadas.

De acuerdo con estos criterios, es obvio que la gestión conjunta que nos ocupa no responde en términos constitucionales a las exigencias del principio de cooperación, toda vez que el requisito de la voluntariedad no se satisface, puesto que la gestión conjunta la impone el precepto, y tampoco se salvaguardan las competencias de gestión de las Comunidades Autónomas recurrentes, que se ven obligadas a ejercitarlas conjuntamente con el Estado que, así, interviene en un ámbito en el que no ostenta competencias».

(11) SSTC 195/2012, de 31 de octubre y 53/2017 de 11 mayo.

naturaleza consultiva, deliberante o de propuesta. Sobre esta cuestión volveremos, aunque cabe adelantar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en favor de la segunda opción, si bien me parece que hay razones para mantener la primera, con las debidas matizaciones, como posteriormente expondré.

Es la nota de la voluntariedad la que, sin embargo, toma como referencia distintiva la LRJSP, como en el Preámbulo puede verse: «Siguiendo la jurisprudencia constitucional, se definen y diferencian dos principios clave de las relaciones entre Administraciones: la cooperación, que es voluntaria y la coordinación, que es obligatoria. Sobre esta base se regulan los diferentes órganos y formas de cooperar y coordinar». En el art. 140.1 LRJSP, por su parte, se introduce una definición del principio de coordinación acorde con la noción que del mismo mantiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conceptuándose como aquel «en virtud del cual una Administración Pública y, singularmente, la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común, cuando así lo prevé la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico». En cuanto al principio de cooperación, se dice en el art. 140.1 LRJSP que se da «cuando dos o más Administraciones Públicas, de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común». Posteriormente, el art. 143 LRJSP reitera esta idea, estableciendo la posibilidad de que las Administraciones Públicas cooperen al servicio del interés general y acuerden de manera voluntaria la forma de ejercer sus respectivas competencias que mejor sirva a este principio, requiriendo la formalización de las relaciones de cooperación la aceptación expresa de las partes, formulada en acuerdos de órganos de cooperación o en convenios. Sin embargo, a la hora de enumerar las técnicas de cooperación, la LRJSP incluye las de participación en órganos de cooperación, en órganos consultivos de otras Administraciones Públicas y en organismos públicos o entidades dependientes o vinculados a otra Administración diferente. Estas fórmulas pueden, en efecto, decidirse libremente, pero también la legislación sectorial las prevé con carácter preceptivo, sin dejar de ser por ello técnicas orgánicas de cooperación. Incluso podrían tildarse como técnicas de coordinación, cuando la presencia sea mayoritaria de la entidad titular de la competencia material, pues sería esta la que tendría la capacidad, dada esa mayoría, para decidir (12).

(12) El Tribunal Constitucional, sin embargo, no parece haber tenido en cuenta estas técnicas en las que la nota de la voluntariedad desaparece. Así deben señalarse algunos pronunciamientos en los que, en relación al principio de cooperación, además de su carácter necesario en el Estado descentralizado, se destaca la idea de la voluntariedad, frente a la vinculación de la coordinación con la de la imposición u obligatoriedad (SSTC 86/2014, de 29 de mayo, 217/2016, de 15 de diciembre, 53/2017 de 11 mayo).

Siendo pues la nota de la posición de igualdad jurídica de las entidades cooperantes la que a nuestro juicio caracteriza a la cooperación, y desde la perspectiva de la introducción de las técnicas más flexibles y en asociación que se propugnan desde los postulados de la Gobernanza, parecen indudables las ventajas de la aplicación de los instrumentos de cooperación (13). No en vano, el propio Tribunal Constitucional da carácter preferente a las técnicas de cooperación y sólo si estas no prosperan, justifica la entrada del principio de coordinación para imponer el criterio de la entidad superior. En este sentido, entre otras, las SSTC 40/1998, de 19 de febrero y 204/2002, de 31 de octubre. A continuación reproduzco un extracto, por su interés en relación a este asunto, de la primera Sentencia citada:

Al objeto de integrar ambas competencias, se debe acudir, en primer lugar, a fórmulas de cooperación. Si, como este Tribunal viene reiterando, el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas está implícito en el sistema de autonomías (SSTC 18/1982, entre otras) y si «la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía» (STC 181/1988, fundamento jurídico 7.º), este tipo de fórmulas son especialmente necesarias en estos supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias (SSTC 32/1983, 77/1984, 227/1987 y 36/1994), pudiendo elegirse, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas: el mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, etcétera.

Es posible, sin embargo, que estos cauces resulten en algún caso concreto insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir. Para tales supuestos, este Tribunal ha señalado que «la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente» (STC 77/1984, fundamento jurídico 3.º) y que «el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma» (STC 56/1986, fundamento jurídico 3.º). Asimismo, en la STC 149/1991, antes citada, se señala que la atribución a las Comunidades Autónomas de la función ordenadora del territorio «no puede entenderse en términos tan absolutos que

(13) Como se expresa en el Libro Blanco del Comité de las Regiones sobre la gobernanza multinivel (CDR 89/2009 fin), «La capacidad de la Unión para cumplir sus misiones y lograr los objetivos comunitarios depende de su organización institucional, pero sobre todo de su método de gobernanza. La legitimidad, la eficacia y la visibilidad del funcionamiento comunitario quedan garantizadas con la contribución de todos los agentes. Están aseguradas si los entes regionales y locales actúan como verdaderos «socios», y dejan de hacerlo como simples «intermediarios». En efecto, la colaboración supera los límites de la participación y la consulta. Favorece un planteamiento más dinámico y una mayor responsabilización de los distintos agentes».

elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio», siendo legítimo tal condicionamiento cuando «el ejercicio de esas otras competencias se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarlas para proceder, bajo su cobertura, a la ordenación del territorio en el que han de ejercerse. Habrá de atenderse, por tanto, en cada caso a cuál sea la competencia ejercida por el Estado, y sobre qué parte del territorio de la Comunidad Autónoma opera, para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de los preceptos impugnados» [fundamento jurídico 1.º, B]; en el mismo sentido, STC 36/1994, fundamento jurídico 3.º]. Debe tenerse en cuenta, en última instancia, que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace —o, al menos, así lo entiende el constituyente— un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas, aunque, evidentemente, esto sólo será así cuando la competencia se ejerza de manera legítima: es decir, cuando la concreta medida que se adopte encaje, efectivamente, en el correspondiente título competencial, cuando se haya acudido previamente a cauces cooperativos para escuchar a las entidades afectadas, cuando la competencia autonómica no se limite más de lo necesario, etcétera.

La efectiva puesta en marcha de la gobernanza multinivel requiere, empero, la necesidad de implantar mecanismos adecuados para la coordinación, la colaboración y la cooperación entre Administraciones Públicas así como de instrumentos que garanticen la participación del sector privado. Suelen reconducirse a una doble tipología: orgánicas y funcionales. Entre las últimas pueden citarse la planificación; la asistencia recíproca; el intercambio de información; la emisión de informes, la celebración de consultas en la tramitación de los procedimientos administrativos —cuando provengan de otras Administraciones públicas su carácter vinculante o no determinará si estamos en presencia de técnicas de coordinación o cooperación respectivamente—; la autorización posterior de la iniciativa de un órgano u Administración por otra —en cuyo caso estaríamos en presencia de un técnica de coordinación—. Son técnicas funcionales propias de la cooperación, en particular, la celebración de convenios ya sea entre Administraciones Públicas, ya entre Administraciones Públicas y entidades privadas. Por lo que hace a las técnicas orgánicas, los principios que nos ocupan pueden hacerse efectivos mediante la creación de órganos colegiados a tal fin (14), en los que se prevea la participación de las entidades implicadas, públicas y, en su caso, privadas.

La LRJSP no ha prestado atención a las técnicas de coordinación. Sin embargo ha desarrollado las de cooperación con gran detalle —y también relativo acierto—. Así, en el art. 144.1 LRJSP se mezclan auténticas técnicas

(14) Los unipersonales se darán más comúnmente en el ámbito de la coordinación, v.gr., Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas.

de cooperación (participación en órganos, organismos públicos o entidades instrumentales, emisión de informes no preceptivos), con lo que propiamente serían, más que técnicas, actividades objeto de la cooperación (prestación de medios materiales, económicos o personales, aplicación coordinada de la normativa reguladora de una determinada materia, o actuaciones de cooperación en materia patrimonial) que se pueden articular, a su vez, a través de distintas técnicas (convenios, *v.gr.*, a los que no se hace referencia en la enumeración contenida en el art. 144.1 pero se alude en el art. 144.2 en cuanto instrumento para formalizar la cooperación, y cuya regulación en detalle se ubica en los arts. 47 ss. LRJSP).

En relación a las técnicas orgánicas de cooperación, el art. 144.1 LRJSP con carácter genérico hace alusión a tres modalidades de participación orgánica diferenciadas:

- a) En primer lugar, incluye la participación en órganos de cooperación *ad hoc*, que pueden tener dos tipos de funciones: de deliberación o decisorias —«acordar medidas en materias sobre las que tengan competencias diferentes Administraciones Públicas», se dice—. A estos efectos, el art. 145 LRJSP define los órganos de cooperación como «órganos de composición multilateral o bilateral, de ámbito general o especial, constituidos por representantes de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades o Ciudades de Ceuta y Melilla o, en su caso, de las Entidades Locales, para acordar voluntariamente actuaciones que mejoren el ejercicio de las competencias que cada Administración Pública tiene». Nada se dice, como puede verse, sobre la eventual participación de entidades privadas afectadas. De otro lado, se insiste en el carácter *voluntario* del acuerdo que se adopte, sin tomar en consideración, sin embargo, la posible proporción de la participación de cada una de las Administraciones implicadas como criterio determinante de la existencia de una auténtica cooperación —ya nos consta que si la decisión puede ser impuesta, en esta caso por la mayoría de representantes de una Administración concreta, estaríamos en puridad ante una técnica de coordinación—.
- b) El precepto citado incluye también la participación en órganos consultivos de otras Administraciones Públicas, técnica típica de cooperación que desde la perspectiva de la gobernanza multinivel no garantiza la participación en la toma de decisiones, sin embargo.
- c) Finalmente, el art. 144.1 LRJSP añade como técnica orgánica de cooperación la participación de una Administración Pública en organismos públicos o entidades dependientes o vinculados a otra Administración diferente. Nuevamente debe reproducirse la matización relativa a la

intensidad de aquella participación de las Administraciones distintas a la Administración matriz a la que se vincula el organismo público o entidad instrumental, ya que si la composición del órgano es tal que esta última cuenta con una mayoría suficiente para adoptar las decisiones por sí sola, no estaríamos hablando de una técnica de cooperación, sino de coordinación.

A continuación, la LRJSP regula una serie de órganos de cooperación en los arts. 147 ss., a saber, las Conferencias de Presidentes, las Conferencias Sectoriales, ambas de composición multilateral y ámbito territorial supraautonómico; las Comisiones Bilaterales de Cooperación, de ámbito territorial autonómico; y las Comisiones Territoriales de *Coordinación*, de composición multilateral entre Administraciones cuyos territorios sean coincidentes o limítrofes (15). Debe señalarse que las Conferencias Sectoriales, a pesar de su calificación expresa como órgano de cooperación, no son concebidas por la LRJSP exclusivamente como tales, como puede concluirse de la lectura del art. 151.2 LRJSP que, entre los tipos de decisiones que puede adoptar la Conferencia Sectorial, incluye el «acuerdo», decisión de obligado cumplimiento para quienes hubieran votado a favor, salvo que «la Administración General del Estado ejerza funciones de coordinación, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias del ámbito material respectivo», en cuyo caso, es de «obligado cumplimiento para todas las Administraciones Públicas integrantes de la Conferencia Sectorial, con independencia del sentido de su voto». Como puede apreciarse, y al margen de los problemas que esta determinación pueda conllevar desde el punto de vista de la legitimidad del acuerdo en función del juego de las mayorías o incluso de su impugnabilidad, la LRJSP concibe a las Conferencias Sectoriales como órgano para hacer también efectivo el principio de coordinación.

En todo caso, la LRJSP no agota las técnicas de cooperación posibles, aunque para su efectivo empleo cualquier otra estar prevista en la Ley. En este marco, si bien parece que el principio de cooperación exige que las Administraciones Públicas utilicen instrumentos para su consecución, el concreto mecanismo que en cada caso se elija para ello depende de su idoneidad en el ámbito concreto de que se trate. En este sentido, la STC 53/2017,

(15) La cursiva la uso para recalcar la falta de coherencia entre la denominación de este órgano y su ubicación sistemática (relaciones de cooperación). De la lectura de la finalidad que la LRJSP atribuye a estos órganos («mejorar la coordinación de la prestación de servicios, prevenir duplicidades y mejorar la eficiencia y calidad de los servicios») parece más bien que la denominación incluida en la LRJSP sea un error, siendo auténticos órganos de cooperación. Este argumento, por lo demás, podría venir avalado por la denominación que al órgano se le da en el apartado segundo del artículo que lo regula (art. 154 LRJSP), llamándoles «Comisiones Territoriales de Cooperación».

de 1 de mayo, resume la doctrina del Tribunal Constitucional en este punto como sigue: «También ha reiterado este Tribunal que el citado principio de cooperación «impone que se arbitren mecanismos o cauces de colaboración mutua a fin de evitar interferencias y, en su caso, dispersión de esfuerzos e iniciativas perjudiciales para la finalidad prioritaria (SSTC 13/1988 [RTC 1988, 13], fundamento jurídico 2; 102/1995 [RTC 1995, 102], fundamento jurídico 31), aunque, por lo general, «no prejuzga cuál debe ser la correcta técnica a través de cuya mediación dicha coparticipación se articule» (STC 68/1996 [RTC 1996, 68], fundamento jurídico 10)... Así pues, este Tribunal ha venido reconociendo un margen de discrecionalidad en la determinación de los específicos mecanismos cooperativos, lo que no implica que dicho margen se conciba como un espacio totalmente inmune al control jurisdiccional» (SSTC 118/1998, de 4 de junio, FJ 12, y 195/2012, de 31 de octubre [RTC 2012, 195], FJ 5, por todas)» (16).

III. ANÁLISIS DE ALGUNOS MODELOS DE PARTICIPACIÓN ORGÁNICA PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL CON INCIDENCIA EN EL TERRITORIO

Sin perjuicio de la idoneidad de la participación de las entidades territoriales y del sector privado en la planificación de las infraestructuras estatales para el logro de la cohesión territorial, hay otras técnicas de carácter orgánico que se han previsto en la legislación sectorial y que, a mi juicio, garantizan la cooperación, tanto vertical como horizontal, si bien en distinta medida.

Son tres los modelos que pueden analizarse, previstos, respectivamente, en la legislación estatal de aguas, aeropuertos y puertos de interés general. Sus notas, sin embargo, difieren, y su análisis nos llevará a concluir si las relaciones que se producen en aplicación de las mismas son de coordinación o cooperación. En todos los casos se hace partícipes en los órganos respectivos a las entidades territoriales de los tres niveles y al sector privado afectado. Ahora bien, las variaciones se presentan en relación a cuatro factores adicionales: carácter, preceptivo o potestativo de la participación; grado de participación de cada uno de los niveles territoriales; ámbito territorial de las funciones del órgano de cooperación —la cohesión puede lograrse desde ámbitos más amplios que el local, pero la participación en la gestión ha de hacerse, justamente en este ámbito, pues ello supondría, al tiempo, la efectiva participación en la gestión de la infraestructura concreta—, y naturaleza, decisoria o no, del órgano de cooperación. A continuación analizamos los tres modelos señalados.

(16) En idéntico sentido, STC 204/1994.

1. Aeropuertos de interés general

En el ámbito aeroportuario, el art. 13 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, dispuso la creación de los «Comités de Coordinación Aeroportuaria» en el ámbito de cada Comunidad Autónoma. Su regulación era muy parca, reduciéndose al establecimiento de funciones de informe y asesoramiento para asegurar la coordinación en el ámbito autonómico. El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, modificó el precepto, dotando a estos órganos de su naturaleza real, a pesar de su denominación, de órganos de cooperación, ya que les asignaba con finalidad principal la de garantizar la participación equilibrada tanto de las Administraciones públicas territoriales, como de las organizaciones empresariales y sociales representativas. Se determinaba también que se constituirían en cada Comunidad y Ciudad con estatuto de Autonomía por Aena SME, S.A. Y se establecieron las pautas de su composición, que sería posteriormente modificada por el art. 54.2 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio.

Es un órgano, pues, de ámbito autonómico, si bien el propio art. 13 del Real Decreto 13/2010 prevé la posibilidad, hasta ahora que sepamos inexplorada, de que reglamentariamente se constituya una Comisión de coordinación por cada aeropuerto en función del tráfico de pasajeros anuales (17), lo cual sería interesante desde el punto de vista de la efectiva cooperación a nivel territorial. En todo caso, la constitución de los Comités de ámbito autonómico se prevé con carácter preceptivo, si bien su efectiva implantación tuvo lugar a partir de finales del año 2013 (18). No tiene funciones de naturaleza decisoria, aunque de la lectura de la relación contenida en el art. 13.4 del Real Decreto-ley 13/2010, puede verse como se le asignan en esencia funciones de propuesta y consulta de gran interés para la gestión aeroportuaria que recae en Aena SME, S.A.

Su composición actual es la siguiente:

- a) Dos representantes del Ministerio de Fomento, uno de los cuales ejercerá la Presidencia.
- b) Dos representantes de la respectiva Comunidad o Ciudad con estatuto de Autonomía.
- c) Dos representantes de Aena, S.A., designados por su Consejo de Administración.

(17) La única previsión al respecto que contempla el art. 13 es que el director del aeropuerto será miembro de pleno derecho de dicha Comisión de coordinación.

(18) El primer Comité que se constituyó fue el de la Comunidad Autónoma de Madrid, en diciembre de 2013 y a lo largo de 2014 se constituyeron los restantes.

- d) Tres representantes de las corporaciones locales, designadas a propuesta de la asociación de municipios y provincias de ámbito autonómico.
- e) Un representante del Consejo de Cámaras de la Comunidad o Ciudad con estatuto de Autonomía.
- f) Dos representantes de las organizaciones económicas y sociales representativas en la respectiva Comunidad o Ciudad con estatuto de Autonomía, designados por ésta.
- g) Un representante de la Delegación del Gobierno de la respectiva Comunidad o Ciudad Autónoma, designado por el Delegado del Gobierno.

Puede observarse como la composición descrita asume la participación tanto a nivel vertical como horizontal. Desde el primer punto de vista, la representación del sector público es bastante equilibrada, si bien la Administración del Estado es la que cuenta con algo más de representación (19).

2. Obras hidráulicas

A nivel nacional, el Consejo Nacional del Agua, con funciones consultivas, es un órgano típico de cooperación y participación, en el que están representados la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas, los entes locales a través de la asociación de ámbito estatal con mayor implantación, los Organismos de cuenca, las organizaciones profesionales y económicas más representativas de ámbito estatal relacionadas con los distintos usos del agua, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito estatal y las entidades sin fines lucrativos de ámbito estatal cuyo objeto esté constituido por la defensa de intereses ambientales.

Su composición se regula en el Real Decreto 1383/2009, de 28 de agosto, por el que se determina la composición, estructura orgánica y funcionamiento del Consejo Nacional del Agua, en el que se diseña una participación muy desigual. Se trata de un órgano con numerosos representantes, participando las Comunidades Autónomas, los usuarios, las organizaciones empresariales, las organizaciones sindicales. Hay un representante de cada Comunidad Autónoma, y de la Federación Española de Municipios y Provincias con un representante cada uno. Los usuarios también cuentan con una mínima

(19) Esta mayor participación de la Administración del Estado es fruto del Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, que aumento la misma de un representante del Ministerio de Fomento que a su vez sería Presidente, a dos, añadiendo, además, la presencia de un representante de la Delegación del Gobierno de la respectiva Comunidad Autónoma.

representación. Se da pues la participación vertical y horizontal, pero con una amplísima mayoría de la Administración del Estado.

La gestión y administración de la cuenca se encomienda a los Organismos de cuenca, las denominadas Confederaciones Hidrográficas, cuyos órganos de gobierno son el Presidente y la Junta de Gobierno, cuya composición también se diseña de acuerdo con el principio de participación (art. 27 TRLA), previéndose la presencia en su seno tanto de las Comunidades Autónomas como de los usuarios, si bien las primeras con carácter potestativo, por lo que podrán incorporarse, o no, a dicho órgano decisorio de la gestión de la cuenca. En todo caso, la representación del Estado queda garantizada por la presencia del Presidente y de cinco vocales como mínimo; la de las Comunidades Autónomas que decidan incorporarse están representadas, al menos, por un vocal; los usuarios, por su parte, cuentan con una representación de al menos un tercio del total de Vocales y, en todo caso, un mínimo de tres. Así pues, se cuenta con una participación de cada uno de los sectores público y privado implicados, si bien la de las Comunidades Autónomas no es preceptiva y el número de representantes de la Administración del Estado que se establece garantiza la capacidad de decisión de esta.

La Confederación Hidrográfica cuenta también con otros «órganos de gestión en régimen de participación» que se enumeran en el art. 26 TRLA y se regulan en los arts. 31 ss. TRLA y en el RAPAPH. Se trata de órganos cuyas funciones son más de asesoramiento, propuesta o gestión propiamente dicha que puramente decisorias. No obstante, el esfuerzo que en el ámbito de las confederaciones hidrográficas se ha hecho por garantizar la cooperación desde esta perspectiva es evidente. Son los siguientes:

- La Asamblea de Usuarios, integrada por todos aquellos usuarios que forman parte de las Juntas de Explotación, tiene por finalidad coordinar la explotación de las obras hidráulicas y de los recursos de agua en toda la cuenca, sin menoscabo del régimen y derechos de los usuarios, siendo sus funciones de propuesta e informe. La participación de representantes de la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma es posible, ahora bien, con voz pero sin voto.
- La Comisión de Desembalse, por su parte, con funciones de deliberación y formulación de propuestas, cuenta con representación tanto de la Administración del Estado como de los usuarios.
- Las Juntas de Explotación, cuya finalidad es coordinar la explotación de las obras hidráulicas y de los recursos de agua de aquel conjunto de ríos, río, tramo de río o unidad hidrogeológica cuyos aprovechamientos estén especialmente interrelacionados y cuyas funciones son de propuesta, cuentan con una participación mayoritaria de los usuarios, en ella también está representado el organismo de cuenca, pudiendo

además asistir a sus sesiones, con voz pero sin voto, representantes de la Administración del Estado.

- Las Juntas de Obras, por otra parte, son órganos que puede constituir la Junta de Gobierno a petición de los futuros usuarios de una obra aprobada, y en la que, además de representantes del organismo de cuenca (Director técnico, Jefe de área y personal de dirección de las obras), participan tales usuarios (arts. 34 TRLA y 51 RAPAPH).
- El Consejo del Agua de la cuenca es un órgano de participación y consulta en el proceso planificador de las demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias, regulado en los arts. 35 y 36 TRLA. Puede también informar las cuestiones de interés general para la demarcación y las relativas a la protección de las aguas y a la mejor ordenación, explotación y tutela del dominio público hidráulico. En él tienen representación equilibrada la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas cuyo territorio forme parte total o parcialmente de una demarcación hidrográfica. Participan también, aunque en proporción inferior y un número de vocales no superior a tres, las entidades locales cuyo territorio coincida total o parcialmente con el de la cuenca, estando representadas en función de la extensión o porcentaje de dicho territorio afectado por la demarcación hidrográfica. Los usuarios tienen una representación que debe ser, como mínimo, del tercio del total de vocales. Por su parte, las asociaciones y organizaciones de defensa de intereses ambientales, económicos y sociales relacionados con el agua están representadas con un número de vocales que no puede ser superior a seis.
- Finalmente, el Comité de Autoridades Competentes, definido en el art. 26 TRLA como un órgano «para la cooperación» que, de acuerdo con el art. 36 bis TRLA tiene como finalidad garantizar la adecuada cooperación en la aplicación de las normas de protección de las aguas, existirá en el caso de demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias. En el Comité se integran, con una representación equilibrada, representantes de los órganos de la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma. Los entes locales, cuyo territorio coincida total o parcialmente con el de la demarcación hidrográfica, están representados en función de su población dentro de la demarcación, a través de las correspondientes federaciones territoriales de municipios.

3. PUERTOS DE INTERÉS GENERAL

La legislación estatal de puertos ha previsto la participación de las Comunidades Autónomas en órganos supraautonómicos. Ahora bien, se trata de un

órgano de asesoramiento, no decisorio, por tanto. Se trata del Consejo Consultivo de Puertos del Estado, en el que, de acuerdo con el art. 23 TRLPEDM, además de integrarse el Presidente de Puertos del Estado, se integra el Presidente de cada Autoridad Portuaria o persona que designe el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, a propuesta del Presidente, para sustituirlo.

La organización diseñada para la gestión de los puertos de interés general de competencia exclusiva del Estado es un modelo llamativo por cuanto la presencia del Estado está equilibrada actualmente con la de la Comunidad Autónoma. Al margen de ello, están también presentes las entidades locales y los agentes económicos y sociales, que cuentan con una participación proporcional a los intereses que representan.

El titular de la competencia exclusiva no tiene pues, capacidad para decidir por sí mismo la gestión del puerto, ni por tanto, la ejecución de la política sectorial. El equilibrio de fuerzas en el seno del órgano de gobierno tampoco garantiza que sea la Comunidad Autónoma la que adopte las decisiones. De ahí que, sin perjuicio del análisis de su ajuste a la Constitución que posteriormente realizaremos, podamos afirmar que la organización actual de los órganos de gobierno y administración de cada puerto de interés general sea una técnica de cooperación.

No es sin embargo resultado de la aplicación de los principios de la Gobernanza multinivel lo que ha llevado a esta situación. La organización actual es consecuencia de unas reformas cuyo origen se encuentra en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante LPEMM), que reestructuró la Administración portuaria estatal, suprimiendo los órganos administrativos periféricos que, salvo en contados casos en los que existía una entidad instrumental, gestionaban los puertos de interés general. Las Juntas de Puerto fueron sustituidas, en todos los casos, por entidades instrumentales con forma jurídico pública que, salvo en lo que hace al ejercicio de funciones públicas, sujetan su actividad al Derecho administrativo, las Autoridades portuarias, cuyo gobierno y administración se encomiendan a un Consejo de Administración y a un Presidente. En este formato inicial, al Presidente y a los vocales del Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias los designaba Puertos del Estado, otra entidad instrumental de idéntica naturaleza, pero de ámbito estatal que, adscrita al Ministerio competente por razón de la materia, tenía como objetivo básico garantizar la coherencia del sistema portuario español. Ciertamente es que en esta primera formulación, la propia LPEMM preveía la incorporación al seno del Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias, de representantes autonómicos, locales y de los sectores privados implicados, pero lo hacía en una mínima proporción, obligando a garantizar al menos la presencia de un representante de la Comunidad Autónoma y otro del conjunto de los Ayuntamientos en los

que se situara la zona de servicio del puerto, de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, de las organizaciones empresariales y de las centrales sindicales más representativas, a propuesta de las respectivas instituciones y organismos. En todo caso, se añadía, debía quedar asegurada la mayoría absoluta de los representantes elegidos libremente por el Consejo Rector de Puertos del Estado. El Estado se reservaba, así, la competencia de ejecución de la política portuaria estatal. Puede convenirse pues, que este modelo de organización instaurado en 1992 respondía al principio de coordinación.

Un giro tuvo lugar a raíz del Acuerdo de Investidura y Gobernabilidad entre el Partido Popular y Convergència i Unió suscrito en 1996, en el que, entre otras cuestiones, desde CiU se hicieron valer las históricas pretensiones de gestionar los puertos de interés general (20). En dicho Acuerdo el PP se comprometió, entre otras cuestiones, a transferir la gestión de los puertos de interés general a la correspondiente Comunidad Autónoma. Siendo la competencia exclusiva estatal, la vía adecuada para realizar tal transferencia era la del art. 150.2 CE que, sin embargo, no se utilizó. En cambio se optó, en la reforma de la LPEMM que tuvo lugar en 1997, por un modelo basado en los contenidos del Acuerdo de Investidura, según el cual las Comunidades Autónomas designarían al Presidente de las Autoridades Portuarias y regularían la composición de los Consejos de Administración, garantizando la presencia en los mismos de las Administraciones local, autonómica y central, de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, de las organizaciones empresariales y sindicales y de los sectores económicos fundamentales relacionados con el tráfico portuario.

Así las cosas, la modificación de la LPEMM por la Ley 62/1997, de 30 de diciembre, dispuso que, en efecto, el nombramiento del Presidente de la Autoridad Portuaria correspondería a las Comunidades Autónomas y determinó la siguiente composición del Consejo de Administración (art. 40):

- a) El Presidente de la entidad, que lo será del Consejo.
- b) Dos miembros natos, que serán el Capitán marítimo y el Director (21).
- c) Un número de Vocales comprendido entre 15 y 22.

El número de vocales se establecería por las Comunidades Autónomas y serían designados por las mismas.

(20) El antecedente inmediato lo encontramos los arts. 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1932 y 2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1936, en los que se asumía, en el marco del art. 15 de la Constitución de 1931, la competencia de ejecución de la legislación estatal en materia de puertos de interés general.

(21) De acuerdo con el art. 43, el Director era nombrado por el Consejo de Administración a propuesta del Presidente. Por su parte, el Capitán Marítimo es el titular de la Capitanía Marítima, órgano periférico del Ministerio competente en materia de marina mercante, y por tanto, representante del Estado.

Se incluían en el art. 40 LPEMM 1997, además, una serie de criterios para la designación de vocales por las Comunidades Autónomas, para garantizar la presencia de la Administración del Estado (cuatro vocales), de los municipios (14% del total de los miembros del Consejo) y de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, organizaciones empresariales y sindicales y sectores económicos relevantes en el ámbito portuario (24% del total de los miembros del Consejo). El resto de vocales se designaban en representación de la Comunidad Autónoma, a la que también correspondía corregir los ajustes porcentuales. En todo caso, la designación de los Vocales debía hacerse a propuesta de las Administraciones públicas y entidades y organismos representados en el Consejo de Administración.

De este modo, si bien no quedaba garantizada la mayoría absoluta de la Comunidad Autónoma en el seno del Consejo de Administración, el peso de su participación era incuestionable, pudiéndose alcanzar la mayoría absoluta en el caso de que hubiera representantes de entidades locales que compartieran las mismas siglas políticas que los de las Comunidades Autónomas.

Ese modelo rebasó pues los límites, no ya de la coordinación, sino de la cooperación, poniendo los puertos de interés general, en manos de las Comunidades Autónomas —una operación que se acompañó de una relajación de las funciones de control que la reforma asignaba a Puertos del Estado—, resultando así una auténtica descentralización territorial, sin cobertura en el bloque de la constitucionalidad (22).

El ensayo duró unos años, pues en la reforma que tuvo lugar a través de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LPEMM y de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General, se introduce la composición actual de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias que se reproduce en el art. 30 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. En dicha reestructuración, en la que se mantiene la designación del Presidente de las Autoridades Portuarias por las Comunidades Autónomas, se observa, sin embargo, una presencia en el Consejo de Administración de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas que está muy equilibrada, y sigue quedando garantizada la presencia de los municipios y del sector privado, que continúa siendo menor que la de las Administraciones estatal y autonómica.

Se articula como sigue:

El Consejo de Administración lo integran el Presidente de la entidad, que lo será del Consejo; un miembro nato, que será el Capitán Marítimo; un

(22) Mantuvimos esta posición en ZAMBONINO (2000: 489 a 525).

número de vocales comprendido entre 10 y 13, excepto para las Islas Canarias y las Baleares, en cuyo caso podrá llegar a 16 vocales, a establecer por las Comunidades Autónomas o por las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, y designados por las mismas.

El número concreto de vocales se sigue estableciendo por las Comunidades Autónomas y son designados por las mismas.

Los criterios de distribución de la representación son los siguientes:

- La Administración del Estado está representada, además de por el Capitán Marítimo, por tres vocales (cuatro miembros).
- La Comunidad Autónoma está representada, además de por el Presidente, por cuatro vocales (cinco miembros).
- En el caso de las Islas Canarias cada Cabildo tendrá un representante y en el de las Islas Baleares cada Consell tendrá un representante.
- Los municipios en cuyo término está localizada la zona de servicio del puerto cuentan con una representación del 33% del resto de los miembros del Consejo.
- Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, organizaciones empresariales y sindicales y sectores económicos relevantes en el ámbito portuario están representados por el 66% del resto de los miembros del Consejo.

En suma, si bien se ha recuperado cierto equilibrio en la presencia de la Administración con competencia exclusiva, sigue siendo mayor —aunque puede reforzarse o disminuirse en función de las alianzas que pudieran existir con los representantes municipales— la participación de la Administración autonómica. La Comunidad Autónoma, sin embargo, tampoco cuenta con mayoría de representantes de entrada. Por tanto, ninguna de las dos entidades tiene capacidad para decidir en principio y por sí sola sobre la administración y gestión del puerto de interés general. Se sitúan pues en posición de igualdad. De ahí que podamos mantener que, en cuanto a estas dos entidades la fórmula es de cooperación, aunque no se refleje en el número de representantes el reparto constitucional de competencias, lo que, como veremos cuestiona ciertamente su constitucionalidad. De otro lado, puede comprobarse, desde la perspectiva de la Gobernanza multinivel, como la participación vertical incluye también a los municipios —aunque no a las provincias—. Finalmente, la participación es también horizontal, si bien representativa, por cuanto se incluyen representantes del sector privado afectado.

Junto a ello, el principio de participación está también presente en un órgano de asistencia existente en cada puerto, el Consejo de Navegación y Puerto, en el que podrán estar representadas aquellas personas físicas o jurídicas que lo soliciten en las que, además, se aprecie un interés directo y

relevante en el buen funcionamiento del puerto, del comercio marítimo o que puedan contribuir al mismo de forma eficaz (23). 2. La forma de designación y cese de sus miembros y el régimen de sus sesiones se determina por el Consejo de Administración.

IV. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES PARA LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN DE POLÍTICAS SECTORIALES ESTATALES

La participación de las Comunidades Autónomas en la gestión de las infraestructuras de interés general que se ubiquen en sus respectivos territorios, en sí misma considerada, nos resulta un mecanismo idóneo para el cumplimiento de los postulados de la Gobernanza multinivel. Fue esta, por lo demás una aspiración latente en las últimas reformas de algunos Estatutos de Autonomía, en concreto en los de Cataluña, Andalucía y Aragón (24), en los que se han asumido competencias de gestión en relación infraestructuras de competencia exclusiva del Estado. Su efectiva materialización requiere, no obstante, que lo prevea el legislador estatal, determinando la fórmula concreta, que hasta el momento se ha realizado a través de las modalidades examinadas.

Cuestión distinta es la opinión que nos pueda merecer, desde la perspectiva de su constitucionalidad, la concreta asunción de competencias en los Estatutos de Autonomía citados, al tratarse de competencias exclusivas que corresponden al Estado y los Estatutos pudieran condicionar. Al respecto tuvo ocasión de pronunciarse la STC 31/2010, de 28 de junio (RTC 2010\31), que resolvió el recurso interpuesto contra el Estatuto de Autonomía para Cataluña. Entre otros preceptos que asumían competencias de gestión en relación a infraestructuras estatales, y para no reiterar argumentos, nos centraremos en la valoración que se hizo de los apartados 2 y 3 del art. 117 del Estatuto, en los que se determinan que a la Generalitat corresponde: a) en los términos establecidos en la legislación estatal, competencias ejecutivas sobre el dominio público hidráulico y las obras de interés general, la participación en la plani-

(23) Entre otras, el art. 34 determina que pueden estar representadas las siguientes: a) Las entidades públicas que ejerzan competencias y realicen actividades relacionadas con el puerto. b) Las Corporaciones de Derecho Público y entidades u organizaciones privadas cuya actividad esté relacionada con las actividades portuarias o marítimas. c) Los Sindicatos más representativos en los sectores marítimo y portuario en el ámbito territorial de la Autoridad Portuaria.

(24) Para más detalle y una completa sistematización de las concretas funciones que se asumen en estos Estatutos en relación a cada una de las infraestructuras estatales de transporte, me remito, para evitar reiteraciones innecesarias y por motivos de extensión, a mi trabajo ZAMBONINO PUJITO (2010: 225-264).

ficación y la programación de las obras de interés general (art. 117.2); y b) la participación en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenezcan a cuencas hidrográficas intercomunitarias (art. 117.3). La STC 31/2010 avala la constitucionalidad de los preceptos citados, y de otros equivalentes que el Estatuto incluye en relación a otras infraestructuras de competencia estatal, y lo hace distinguiendo los supuestos contemplados en los apartados 2 y 3 del art. 117 EA Cataluña (FJ 65). En el primer caso, porque la asunción se hace «en los términos establecidos en la legislación estatal». En el segundo, por tratarse de una previsión muy general y el Estatuto no es sede inadecuada para contemplar fórmulas cooperativas. La STC 31/2010 diferencia, a su vez, los instrumentos y el alcance mediante los que el Estado puede hacer uso de estas facultades.

En primer lugar, y en relación al art. 117.2, se señala que el procedimiento mediante el que el Estado puede atribuir esta competencia a las Comunidades Autónomas es el previsto para la transferencia o delegación de competencias estatales en la Constitución: «Ciertamente el art. 149.1.24 CE reserva al Estado como competencia exclusiva las obras públicas de interés general. Ello no es óbice, sin embargo, para un adecuado entendimiento constitucional del apartado impugnado en la medida en que tanto la asunción de competencias ejecutivas por parte de la Comunidad Autónoma sobre dichas obras, así como su participación en su planificación y programación, tienen lugar, según dispone expresamente el precepto impugnado, en los «términos establecidos en la legislación estatal». De modo que es al Estado, titular exclusivo de la competencia, al que, con plena libertad de configuración, le corresponde determinar, en su caso, a través del procedimiento constitucionalmente previsto para la transferencia o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas, y en la medida en que los límites constitucionales allí establecidos lo permitan, la atribución de la competencia autonómica, así como también los concretos términos, formas y condiciones de la participación de la Comunidad Autónoma contemplada en el precepto, con el alcance, en cuanto a la participación se refiere, que con carácter general puede tener esta concreta modalidad de cooperación, conforme se declara en los fundamentos jurídicos 111 y 115».

En segundo término, y por lo que hace al art. 117.3 EA Cataluña, la STC 31/2010 entiende que es el legislador estatal el que, en su caso, tendrá que concretar las fórmulas cooperativas que en el Estatuto se enuncian, limitándolas, no obstante, pues se señala que no podrá tener lugar en órganos de carácter decisorio: «En principio, el Estatuto de Autonomía, en tanto que norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, no es sede normativa inadecuada, con una perspectiva constitucional, para contemplar, con la generalidad que se hace en el precepto recurrido, mecanismos o fórmulas cooperativas como

las que en él se enuncian en asuntos en los que claramente resultan implicadas las competencias e intereses de la Comunidad Autónoma. Por lo demás, como tendremos ocasión de poner de manifiesto de una manera más detenida al enjuiciar los arts. 174.3 y 183 EAC (fundamentos jurídicos 111 y 115), es al legislador estatal, pues estatales son los órganos y funciones en los que se prevé aquí la participación autonómica, al que corresponde determinar con entera libertad la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de articulación, que no podrá tener lugar en órganos de carácter decisorio, debiendo en todo caso dejar a salvo las referidas participaciones orgánica y funcional la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado».

Respecto a la participación en órganos de cooperación, que con carácter general el Estatuto contempla en el art. 174.3, al determinar que la Generalitat «participa en las instituciones, los organismos y los procedimientos de toma de decisiones del Estado que afecten a sus competencias de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto y las leyes», la STC 31/2010 insiste en la necesidad de que las técnicas de cooperación en relación a competencias estatales las prevea el legislador estatal y en la exclusión, en relación a las técnicas orgánicas, de los órganos de carácter decisorio (FJ 111):

«El precepto en cuestión es lo suficientemente genérico e impreciso como para que no sea posible determinar su sentido si no es por relación con las normas («el presente Estatuto y las leyes») a las que se remite la precisa definición de cada uno de sus términos. Cuáles hayan de ser «las instituciones» y «los organismos» estatales en los que pueda verificarse la participación orgánica referida en el precepto y cuáles «los procedimientos de toma de decisiones del Estado» en cuyo decurso sea factible la participación funcional en él mencionada, son extremos que, junto con el de la definición misma de la participación de la Generalitat, sus presupuestos y su alcance, sólo pueden precisarse a la luz de otros preceptos estatutarios también recurridos, por un lado, y de las propias leyes mencionadas por el precepto, por otro. Respecto de estas últimas sólo habremos de decir que, como ha sostenido el Abogado del Estado, es evidente que únicamente podrán ser leyes estatales, pues precisamente a la participación orgánica y funcional respecto del Estado se refiere el precepto recurrido. En ambos casos debemos ya adelantar que las referidas participaciones orgánica y funcional necesariamente han de dejar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado, lo que excluye que la participación se sustancie en la integración de órganos decisorios por cuanto tiene de perturbador para la recta y cabal delimitación de los ámbitos competenciales propios y, en último término, para la efectiva distribución territorial del poder entre sujetos democráticamente responsables, pudiendo manifestarse, en cambio, en órganos de consulta y asesoramiento y a través de los procedimientos correspondientes (STC 194/2004, de 4 de noviembre [RTC 2004, 194], FF. 11 a 13).

En definitiva, el art. 174.3 EAC ha de interpretarse en el sentido de que prevé una participación orgánica y procedimental de la Generalitat que habrá de ser regulada por la legislación estatal y que no puede sustanciarse respecto de los órganos decisorios del Estado ni impedir o menoscabar el libre y pleno ejercicio de las competencias estatales» (25).

Así, si está claro que el principio de cooperación permite la implementación de técnicas que hagan posible la participación de las Comunidades Autónomas en órganos de la Administración del Estado de carácter consultivo, de asesoramiento o deliberantes, la participación en órganos decisorios puede ofrecer más dudas. El Tribunal Constitucional, como se ha visto, lo descarta. Y recordemos que también lo hizo, aunque partiendo de un supuesto bien distinto, en la STC 204/1994.

Sin embargo, si la participación respeta el reparto constitucional de competencias, no veo mayor problema, desde la perspectiva de la constitucionalidad, en la previsión de que dicha participación lo sea en órganos decisorios (26). Ello habría de tener lugar garantizando, en todo caso, la posición de dirección de la entidad con la competencia prevalente, lo que directamente nos llevaría a calificar al órgano en cuestión como instrumento de coordinación, y no de cooperación. Cuestión distinta es que se quisiera que la gestión fuera participada (cogestión), en cuyo caso no cabría sino acudir a la técnica de la transferencia de competencias prevista en el art. 150.2 CE, puesto que de otro

(25) En contra los votos particulares de los Magistrados don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio y don Ramón Rodríguez Arribas, por considerar que la asunción en un Estatuto de Autonomía de competencias que corresponden en exclusiva al Estado resulta inconstitucional. Así, no resulta suficiente para salvar la constitucionalidad del precepto, de acuerdo con el primero de los votos particulares enumerados, el llamamiento que se hace a la cooperación en la Sentencia para justificar la inclusión en el Estatuto, pues «debe tener su base en la previa titularidad de las competencias de los entes públicos llamados a cooperar, sin que pueda operar como título válido de atribución de competencias a quien constitucionalmente no pueden corresponder, por haberle sido reservada en exclusiva al Estado la competencia de que se trate», y aunque no se refiera a órganos decisorios. En todo caso, y según el mismo voto particular, sería diferente que el Estado, con plena disponibilidad de su competencia, pueda, «si así lo considera conveniente, abrir vías de colaboración y de participación de quienes, en su caso, pudieran resultar afectados por su ejercicio; pero eso es distinto de que un Estatuto de Autonomía, con la rigidez que es propia a tal tipo de fuente de Derecho, respecto de la que no cabe la disponibilidad unilateral del Estado para su posible modificación, invada el ámbito de la competencia exclusiva del Estado, atribuyendo en él ningún tipo de competencia a una Comunidad Autónoma, por muy liviana que pueda ser esa competencia, que en cualquier caso supondría para el Estado, titular de la competencia exclusiva, una limitación que en adelante deberá respetar».

(26) En tal sentido puede ser tomado el tenor del art. 144.1 LRJSP, al disponer, como ya se dijo, que los órganos de cooperación pueden acordar medidas en materias sobre las que tengan competencias diferentes Administraciones Públicas.

modo, el Estado estaría renunciando a su competencia exclusiva, o a alguna de las funciones inherentes a la misma, la ejecutiva.

En el caso de los puertos de interés general, pues, se produce una disfuncionalidad. En los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias hay una representación equilibrada entre el Estado, que tiene la competencia exclusiva —que comprende las funciones legislativas y ejecutivas—, y la Comunidad Autónoma, de modo que aquella no tiene mayoría en el seno del órgano decisorio. Ambas Administraciones se encuentran en pie de igualdad jurídica para adoptar decisiones. Este estado de cosas, por todo lo dicho, no resulta respetuoso con el reparto constitucional de competencias. Y si bien no dudamos que en la práctica pueda ser una fórmula idónea para hacer converger intereses concurrentes de las Administraciones implicadas, y de que podría tildarse, desde la perspectiva de la gobernanza multinivel, del máximo grado al que podría llegarse, debe hacerse con absoluto respeto a la Constitución y a los instrumentos previstos para este tipo de compartición de competencias, pues el Estado, a través de una mera ley ordinaria ha compartido la ejecución de la legislación de los puertos de interés general con las Comunidades Autónomas.

V. CONCLUSIONES: LA PARTICIPACIÓN ORGÁNICA MULTINIVEL PARA LA COHESIÓN TERRITORIAL

Si, como se apuntó, el principio de gobernanza multinivel es un principio vertebrador de las políticas de fuerte impacto territorial, parece claro, tras todo lo dicho, que la implementación de técnicas de coordinación y cooperación es clave para el logro de la cohesión territorial que «debe estar presente en la totalidad de las políticas sectoriales y pasar a encarnar la gobernanza multinivel», según el ya citado Libro Blanco sobre la Gobernanza Multinivel. De acuerdo con el mismo, además, la cohesión territorial tiene una triple dimensión: «una dimensión correctora, a través de la «reducción de las disparidades existentes» y asegurando la igualdad en el acceso a los servicios públicos esenciales a todos los ciudadanos con independencia del lugar donde residan; una segunda dimensión preventiva, con el fin de «hacer más coherentes las políticas sectoriales que tengan un impacto territorial y buscar en todo caso la potenciación de los recursos endógenos de las zonas menos favorecidas al objeto de garantizar la fijación de la población en estos territorios», y una tercera dimensión incitativa, por medio de la mejora de «la integración territorial» que fomente la cooperación».

Desde esta última perspectiva, la gestión integrada del territorio parece que pueda abordarse con garantías desde los postulados de la Gobernanza, más en concreto desde la Gobernanza multinivel, desarrollando la coordinación y cooperación territorial. Es así como en el Libro Blanco sobre la Gober-

nanza Multinivel se considera que «En los próximos años deberán impulsarse de manera resuelta las oportunidades de colaboración vertical y horizontal garantizadas por un marco político, jurídico y financiero de cooperación transnacional que permita la colaboración entre varios territorios de distintos Estados europeos... En efecto, en un marco geográfico, la cooperación permite a las autoridades políticas y a las administraciones de distintos niveles colaborar y fomentar intereses comunes, al tiempo que mejoran las condiciones de vida de las poblaciones interesadas y se ponen en común recursos y competencias.»

En nuestro sistema interno, la gestión integrada del territorio se ha pretendido abordar desde la ordenación del territorio. Este marco, sin embargo, se ha demostrado con importantes límites, al menos en lo que a las políticas estatales con una intensa incidencia territorial respecta (27). En el ámbito de las grandes infraestructuras estatales (carreteras, puertos, aeropuertos, red ferroviaria, aguas, infraestructuras eléctricas y de hidrocarburos), porque se ha impuesto la prevalencia estatal de la competencia sectorial sobre la competencia exclusiva autonómica en relación a la ordenación del territorio. Y se ha hecho desde una doble perspectiva: de un lado la planificación sectorial, si bien como instrumento de cooperación puede resultar eficaz, no siempre se erige en una técnica de tal naturaleza, pues como ya nos es conocido, agotados los períodos de consulta e informe sin que se alcancen acuerdos, se impone la voluntad del titular de la competencia prevalente, el Estado; de otro, han resultado inútiles los esfuerzos del legislador autonómico por imponer informes de la Administración de la Comunidad Autónoma vinculantes por razón de la competencia en materia de ordenación del territorio en el procedimiento de tramitación de los planes de infraestructuras estatales (28).

Y si bien la planificación es una fórmula extendida en la legislación sectorial, la efectiva implantación de fórmulas orgánicas de coordinación y/o cooperación dista mucho de ser la deseable para permitir la participación y

(27) Sobre la problemática que, desde la perspectiva de la cohesión territorial plantea el reparto competencial en materia de ordenación del territorio e infraestructuras del transporte de interés general, *vid.* APARICIO MOURELO (2012: 12).

(28) En este sentido la STC 46/2007, de 1 de marzo, declaró contraria a la Constitución la exigencia, por la legislación autonómica, de un informe vinculante autonómico en el procedimiento de tramitación de planes estatales sectoriales de infraestructuras de competencia estatal: *La utilización de la técnica del informe vinculante ... supone, en la práctica, que los planes estatales con incidencia territorial quedan condicionados y sometidos al informe que emita la Comunidad Autónoma, de forma que la aprobación de un plan de la Administración General del Estado o de sus entidades autónomas, aun cuando se realice en el ejercicio de competencias estatales exclusivas, se convierte, de hecho y por aplicación de la mencionada técnica, en un acto compuesto en el que han de concurrir dos voluntades distintas, puesto que no sería posible llevar a la práctica las concretas determinaciones del plan estatal sin atenerse al contenido del informe emitido por la Comunidad Autónoma.*

la corresponsabilidad en la toma de decisiones en distintos niveles territoriales. Así, si se considera conveniente la previsión de la participación a nivel local en la gestión de las infraestructuras concretas, la cohesión de las políticas públicas no quedaría garantizada sin directrices y pautas que vinieran dadas desde perspectivas territoriales más amplias, tanto de ámbito autonómico como supraautonómico, pautas y directrices que también tendrían que ser adoptadas desde los postulados de la Gobernanza multinivel. Podría hablarse así, y desde una perspectiva territorial, de tres niveles de Gobernanza compartida para la ejecución de las políticas sectoriales estatales.

En el primer nivel, se ha analizado ya como en la legislación estatal de cada puerto de interés general se ha previsto la participación de la Comunidad Autónoma, de los entes locales y de entidades privadas en los órganos de gobierno y administración. Con una participación de las Comunidades Autónomas que puede ser incluso mayor que la del Estado siendo este el que ostenta la competencia exclusiva, los órganos que en este caso analizamos son los que gestionan los puertos de interés general, y adoptan las decisiones relativas a la gestión de los puertos. Y como nos consta, sólo en el caso de los puertos se determina la participación preceptiva en los órganos decisorios y a nivel de cada puerto de interés general. El grado de participación —o, mejor, la fórmula elegida para hacerlo posible—, podría cuestionarse, dada la naturaleza de la competencia estatal y la posibilidad de que no sea el Estado quien en última instancia adopte la decisión. En el caso de las Confederaciones Hidrográficas, si bien la participación también está prevista en el órgano con funciones decisorias en la gestión de la cuenca, y es de ámbito territorial local, tal participación no es preceptiva, y dependerá de que la Comunidad Autónoma decida incorporarse o no. En todo caso, la entidad con mayor representación en el organismo de la cuenca es el Estado. En el ámbito de los aeropuertos, aunque prevista, la participación, que sería en órganos con funciones de deliberación y propuesta, no se ha hecho efectiva aún. De lo que llevamos visto, podría mantenerse que, en el nivel territorial más cercano al ciudadano, al margen de fórmulas que garanticen la participación en órganos consultivos, la implementación de órganos decisorios en los que participen los tres niveles de entes territoriales y el sector privado es posible, siempre que, sea el legislador del ente titular de la competencia de ejecución quien establezca la posibilidad de tal participación, garantizándose la presencia suficiente para que la dirección corresponda a dicho ente, pudiéndose no obstante y en relación a la participación autonómica, pensar en fórmulas de cogestión, lo que pasaría por la transferencia o delegación de competencias ejecutivas.

En un segundo nivel territorial, el autonómico, la gobernanza multinivel haría conveniente la creación de órganos de carácter sectorial en el que participaran tanto las Administraciones públicas como el sector privado afectado. Ejemplo de este tipo de órgano son los Comités de Coordinación Aeroportuaria,

cuyas funciones, como ya se analizó, no son de naturaleza decisoria, si bien las que se les atribuye, de propuesta y consulta, lo son en relación a cuestiones de relieve para la gestión aeroportuaria. La garantía de la participación de todos los sectores implicados es lo que realza la adecuación de este tipo de órganos a nivel autonómico, de ahí que consideremos que los retos de la Gobernanza multinivel en el ámbito que nos ocupa se pueden cumplir mejor en este tipo de órganos sectoriales que en las Comisiones Bilaterales de Cooperación previstas en el art. 153 LRJSP, sin perjuicio de que puedan contribuir a la integración de las políticas sectoriales estatales en el territorio autonómico. Idéntico comentario merecen las denominadas «Comisiones Territoriales de Coordinación» reguladas en el art. 154 LRJSP.

Finalmente, la participación en órganos sectoriales de ámbito supraautonómico parece también ventajosa desde la perspectiva de la cohesión territorial y de la coherencia de las políticas sectoriales estatales. En tal sentido, la legislación sectorial de aguas ha previsto el Consejo Nacional del Agua, un órgano de naturaleza consultiva que da participación a todos los sectores implicados. La legislación de puertos, por su parte, con prever también un órgano consultivo supraautonómico, limita la participación en el mismo al Estado y a las Comunidades Autónomas. Tal limitación también la presentan las Conferencias Sectoriales, órganos de cooperación —y como ya se señaló también de coordinación— regulados en los arts. 147 ss. LRJSP, en los que se encuentran representados el Gobierno y los consejos de Gobierno autonómicos y de las Ciudades de Ceuta y Melilla. Precisamente, en el ámbito que nos ocupa, se constituyó en 1993 la Conferencia Sectorial de Infraestructuras y Ordenación del Territorio. Su actividad, al contrario de lo que sería deseable, es inexistente en los últimos años (29).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. (1993): *Las relaciones interadministrativas de cooperación y colaboración: Seminario celebrado en Barcelona el 7 de mayo de 1993*, Col.leció Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya.
- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz (2013): «Gobernanza europea», en esta REVISTA, núm. Extra 14 (ejemplar dedicado a: Transparencia, participación ciudadana y Administración pública en el siglo XXI), pp. 19-49.

(29) Según consta en el *Informe sobre la actividad de las Conferencias Sectoriales durante el año 2016*. Las Comisiones Sectoriales existentes pueden verse en http://www.seat.mpr.gob.es/portal/areas/politica_autonomica/coop_autonomica/Conf_Sectoriales/Documentacion/Conf_Sect_exist.html y los Informes anuales de actividad en http://www.seat.mpr.gob.es/portal/areas/politica_autonomica/coop_autonomica/Conf_Sectoriales/Documentacion/Conf_Sect_anuales.html.

- APARICIO MOURELO, Ángel (2012): «Identificar las prioridades: el reto de la gobernanza en las infraestructuras de transporte», en *Revista del Ministerio de Medio Ambiente*, núm. 100, 2012, pp. 4 a 15.
- BAR CENDÓN, Antonio (2002): *La gobernanza europea. Un libro blanco*, Madrid, INAP.
- (2011): «El Libro Blanco “La Gobernanza Europea y la reforma de la Unión”», en *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas* núm. 22, (INAP), pp. 3-18
- BELTRÁN AGUIRRE, José Luis (2005): «Los principios organizativos de la Administración social: descentralización, participación, coordinación y cooperación», *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, pp. 207-236.
- CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, «Gobernanza Europea: el papel de las instituciones y la centralidad de la Comisión», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 6, 2004, pp. 57-74.
- CARBALLEIRA RIVERA, M. Teresa (1993): «La cooperación interadministrativa en la Ley de Bases de Régimen Local», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 257, pp. 45-76.
- CARMONA PÉREZ, Carlos (2017): «La seguridad y protección portuaria. Un subespacio de políticas públicas de seguridad y gobernanza convergente», *Gestión y análisis de políticas públicas* núm. 18, pp. 81-93.
- CLOSA MONTERO, Carlos J. (2003): «El libro Blanco sobre la Gobernanza», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 119, pp. 485-503.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2017): *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas.
- (2017): *Manual de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, Madrid.
- ENTRENA CUESTA, Rafael (1994): *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen 1, Madrid.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2014): *Sistema de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid. (2016): *Sistema de Derecho Administrativo I*, Aranzadi, Pamplona.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael (2000): *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, Madrid, Marcial Pons.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1989): *La distribución de competencias entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución española*, Madrid.
- GONZÁLEZ ALONSO, Augusto (2014): «La gobernanza multinivel en Europa: reflexiones sobre la carta aprobada por el Comité de la Regiones el 3 de abril de 2014», *Revista valenciana d'estudis autonòmics* núm. 59,2, pp. 6-23.

- JIMÉNEZ Blanco, A. (1993): «De las Administraciones Públicas y sus relaciones», en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid.
- (1985): *Las relaciones de funcionamiento entre el poder central y los entes territoriales: supervisión, solidaridad, coordinación*, Madrid.
- LINDE PANIAGUA, Enrique (1981): *La coordinación de las administraciones públicas en la Constitución de 1978*, Madrid.
- MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo (1993): *Las potestades administrativas de dirección y de coordinación territorial*, Universidad Complutense.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (1994): «La cooperación, ¿un concepto jurídico?», en *Documentación Administrativa* núm. 240 (Ejemplar dedicado a: Administración y Constitución: El principio de cooperación), pp. 11-50.
- (2017): «La regulación de los convenios en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público», en J.C. LAGUNA DE PAZ, I. SANZ RUBIALES, I. DE LOS MOZOS TOUYA (Coords.) *Derecho Administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, Vol. 1, Tomo 1 (*El ser de la Administración Pública*), pp. 807-822.
- MORATA, Francesc (2002): «Gobernanza multinivel en la Unión Europea», en *VII Congreso Internacional CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, 8-11 de octubre.
- (2004): *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 429 pp.
- MORELL OCAÑA, Luis (1994): «Una teoría de la cooperación», *Documentación Administrativa* núm. 240, pp. 51-70.
- ORTIZ DÍAZ, José (2015): *El principio de coordinación en la organización administrativa*, Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla.
- PALLARÉS SERRANO, Anna (2006): «El concepto de coordinación en nuestro ordenamiento jurídico: diferenciación con el concepto de cooperación y coordinación y relación con el concepto de integración» *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 131, pp. 485-515.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1993): «Las relaciones entre las Administraciones Públicas en el Título I de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *Las relaciones interadministrativas de cooperación y colaboración*, Barcelona, 1993.
- (2004): «Los principios de la Gobernanza Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 6, pp. 27-56.
- (2007): «Notas para una reconstrucción dogmática de las relaciones interadministrativas», *Revista de Administración pública* núm. 174, pp. 161-191.

- PEMÁN, Ignacio y JIMÉNEZ, Germán (2013): *La Gobernanza multinivel como alternativa a la gestión del desarrollo del medio rural* (<http://www.consultores-urbanismo.com/archivos/documentos/577ef1154f3240ad5b9b413aa7346a1e.pdf>).
- PÉREZ CALVO, Alberto (1987): «Actuaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas» *Revista Española de Administración Local*, núm. 235-236, pp. 467-488.
- RIVERO YSERN, José Luis, (2005): «Reflexiones sobre la Gobernanza Europea», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 59, pp. 11-23
- SÁINZ MORENO, Fernando (Dir) (2004): *Estudios para la reforma de la Administración pública*, Madrid.
- SÁNCHEZ BLANCO, Ángel (2003): «Modernización del Gobierno Local y Gobernanza Europea», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 1
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1992): «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Documentación Administrativa* núm. 230-231, pp. 11 a 30.
- (2016): *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid.
- SÁNCHEZ, Ricardo J. (2014): «Los puertos requieren un cambio de gobernanza para su futuro», *Boletín Marítimo y Logístico* núm. 55, CEPAL, Naciones Unidas.
- SANTAMARÍA PASTOR, A. (2016): *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (1984): *Descentralización y cooperación*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local.
- SERENO ROSADO, Amparo (2013): «La idea de gobernanza ambiental aplicada a las cuencas hidrográficas», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 24, pp. 129-170.
- TORNOS MAS, Joaquín (1994): «Las conferencias sectoriales», *Documentación Administrativa* núm. 240, pp. 71-92.
- VARA ARRIBAS, Gracia (2006): «Gobernanza multinivel en la Unión Europea y las regiones, con o sin una Constitución», esta REVISTA, núm 29, pp. 309-332.
- ZAMBONINO PULITO, María (2000): «¿Hacia nuevas formas de descentralización territorial? Entes instrumentales gobernados por las Comunidades Autónomas para gestionar puertos de interés general», en el volumen colectivo SOSA WAGNER (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 489 a 525.
- (2010): «La necesidad de profundizar en los mecanismos de coordinación para el ejercicio de las competencias compartidas por razón de la materia. El caso de las infraestructuras del transporte», en esta REVISTA, núm. 35, pp. 225-264.

LA PLANIFICACIÓN DE LA UE EN MATERIA DE CLIMA Y ENERGÍA: LA PATRIMONIALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA COMO BARRERA A SU ADECUADA RECEPCIÓN EN ESPAÑA (*) (**)

SUSANA GALERA RODRIGO

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS.– II. EL ENFOQUE UE: LA PLANIFICACIÓN INTEGRAL DEL SISTEMA ENERGÉTICO: 1 *Hard-Law*: mandatos de planificación en las Directivas. 2 *Soft-Law*: planes locales de energía y clima (PACEs) y otros instrumentos no vinculantes aunque exitosos.– III. LA PLANIFICACIÓN EN ESPAÑA EN PERSPECTIVA CLIMÁTICA: ESTANCA, INCONEXA Y ASISTEMÁTICA: 1 Planificación energética: pocos avances, notables retrocesos: A) La Planificación en la Ley de cabecera del sector eléctrico. B) La Evaluación Energética de Sistemas Urbanos. C) Los Distritos Energéticos: ¿público, privado o mixto? 2 Planificación territorial y urbanística: determinaciones climáticas: A) La consideración de las medidas de clima. B) Insistiendo en la coordinación.– IV. LAS MÚLTIPLES BARRERAS. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo aborda la necesidad de ajustes en nuestro ordenamiento, y en su entendimiento e interpretación, para una recepción adecuada de las Estrategias Europeas en materia de clima y energía. Dicha actualización habría que proyectarla al menos en un doble plano: por una parte, en el entendimiento de los conceptos sobre los que reposa la regulación de energía y clima, un par indisoluble con un alto componente ambiental en las estrategias europeas; y por otra parte, un entendimiento del concepto «coordinación» coherente con los planteamientos de gobernanza multinivel subyacentes en las estrategias de la UE, de forma que la titularidad de la competencia no justifique el ejercicio unilateral de la misma. Finalmente, se hace referencia la progresiva armonización de instrumentos climáticos, y particularmente a los Planes Locales de Energía y Clima, cuyo contenido e instrumental, se han ido delimitando por las múltiples asociaciones de entidades locales que han acabado confluyendo en el *Global Covenant of Mayors*.

Palabras clave: planificación energética; planes locales de clima y energía; gobernanza; distritos energéticos; Pacto de los Alcaldes.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 20 de junio de 2018 y evaluado favorablemente para su publicación el 10 de agosto de 2018.

(**) El presente trabajo anticipa, con algunos ajustes, la contribución de la autora al libro homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Menéndez Rexach, de próxima publicación.

ABSTRACT: *This paper addresses the need for adjustments in the Spanish Law, for an adequate reception of the European Strategies on climate and energy. This update should be focused on a twofold perspective: on the one hand, relating the understanding of the concepts on which the climate and energy regulation lays down, which have to be consistent with the high environmental profile of the European strategies; and on the other hand, an updated concept of «coordination» is urgently required in such a way of being consistent with the multilevel governance approaches underlying the EU strategies. Finally, the progressive harmonization of climate political and legal tools is considered, and particularly to the Energy and Climate Plans, whose content and tools have been set up by the multiple associations of local entities that have come together in the Global Covenant of Mayors.*

Key words: energy planning; local climate and energy planning; climate governance; district energy; Covenant of Mayors.

I. CUESTIONES PREVIAS

Resulta oportuno aclarar dos cuestiones previas antes de abordar el contenido de este trabajo, pues el título con el que se presenta permitiría abordarlo desde distintas perspectivas. La que aquí se adopta tiene que ver con el término «Gobernanza», muy presente en los compromisos internacionales en materia de Clima, ya indiscutido en el ámbito de la Ciencia Política, pero que es aún poco identificable en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, y en particular en las normas de organización y procedimiento de toma de decisión.

En primer lugar, se hace referencia en el título a la Planificación en materia de «Clima y Energía», aun cuando se van a referir sólo unos aspectos limitados de la Política Energética. Sin embargo, me parece oportuno mantener y arrastrar la asociación conceptual «Clima-Energía» o, lo que es lo mismo, «Energía-Medio Ambiente», sobre la que parten las estrategias europeas, para contrastarla con el binomio «Energía-Ordenación de la Economía» sobre el que pivota nuestro ordenamiento energético, concepción insistentemente refrendada por nuestro Tribunal Constitucional. La concepción de la «energía» como sector estratégico del Sistema económico, y su traslado al sistema competencial de la mano del Tribunal Constitucional, pudo tener sentido en el contexto social y normativo que arranca con la Constitución de 1978; pero en 2018 no puede sostenerse sin el debido contrapeso «ambiental», por lo que suena ahora anacrónica la aplicación insistente de la doctrina conformada entonces, cuando las fuentes de energía se identificaban con petróleo y nuclear, y poco más (1).

(1) Sobre esta doctrina constitucional, *vid.* BACIGALUPO SAGGESE, M., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 10, 2010, pp. 286-329, ARZOZ SANTISTE-

Por el contrario, y en el marco de la identificación que se propugna —Clima y Energía— lo Ambiental aparece en sede de la UE como punto de partida de cualquier estrategia y decisión públicas en la materia: las acciones de «clima» forman parte de la Política Ambiental Europea, mientras que se incluyen como medidas de Política Energética las acciones en materia de «renovables y eficiencia energética», dos de los principales instrumentos, europeos e internacionales, de lucha contra el clima (2).

En segundo lugar, la Planificación viene teniendo un entendimiento distinto en el ámbito europeo y en el nacional: si en el ámbito europeo puede identificarse como una de las fases de un complejo proceso de decisión público, y de su ejecución, en el ámbito nacional pierde muchas veces esa función instrumental para convertirse en *la* decisión en sí misma, que queda acotada y reducida a un ámbito territorial determinado en el que la autoridad decisoria ejercita su competencia. Esto es, el instrumento de Planificación, al que se le asigna un objetivo ya en las instancias europeas, se fragmenta y se multiplica en tantos instrumentos nacionales como entidades públicas resultan habilitadas, competencialmente, para actuar. Sin embargo, aquí el todo (el objetivo al que está referido la planificación) no es la suma de las partes (distintos planes de las distintas autoridades competentes) cuando éstas se ignoran entre sí al actuar su competencia y no se complementan y coordinan para conformar ese todo.

Parece que importa, más que la eficacia de la acción conjunta de las partes, la titularidad de la competencia para actuar: afirmada ésta por la doctrina constitucional, ninguna otra obligación —de coordinación, cooperación y eficacia— parece resultar jurídicamente exigible. Quizás en otros ámbitos sea posible mantener la fragmentación y la unilateralidad en la gestión pública; no lo es en la gestión ambiental, y menos en la lucha contra los efectos del cambio climático, ámbitos a gestionar que no conocen fronteras ni delimitaciones o acotaciones administrativas.

Probablemente esta forma de actuación sea consecuencia de la cultura administrativa de lo unilateral, de larga tradición en nuestro país, que se

BAN, X., «La distribución de competencias en materia energética: bloque de constitucionalidad y jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014.

(2) Con consideración expresa del componente ambiental en las políticas energéticas, *vid.* RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M., «Energía y medio ambiente: marco normativo y aplicación judicial», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n° 21, 2012; ALENZA GARCÍA, J.F. y SANZ RUBIALES, I., «Las energías renovables y la eficiencia energética como instrumentos claves en la lucha contra el cambio climático», en GALÁN VIOQUE, R. y GONZÁLEZ RÍOS, I. (Dir.), *Derecho de las Energías Renovables y la Eficiencia Energética en el Horizonte 2020*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 451 y ss.; GALERA RODRIGO, S., «Las competencias en materia de clima: la complejidad jurídica del Gobierno Multinivel», en GALERA RODRIGO, S., GÓMEZ ZAMORA, M., (Dir.), *Políticas Locales de Clima y Energía. Teoría y Práctica*, INAP 2018, pp. 231 y ss.

reproduce ahora al socaire de lo que con acierto se ha denominado *patrimonialización de la competencia* (3) propia. El objeto de este trabajo es precisamente poner de manifiesto que tal unilateralidad en la actuación choca frontalmente con la consideración integral, horizontal y verticalmente, que en la Unión Europea adquieren las acciones en materia de Clima y Energía, y la pésima y conflictiva transposición a la que dichas acciones —normativas— han dado lugar en nuestro país que, a día de hoy, han ignorado la concepción de Gobernanza que subyace en la normativa traspuesta (4).

II. EL ENFOQUE UE: LA PLANIFICACIÓN INTEGRAL DEL SISTEMA ENERGÉTICO

En la Unión Europea (UE) la planificación constituye un elemento esencial de decisión y gestión pública y su utilización es particularmente recurrente en el ámbito que consideramos: Estrategias Generales, Políticas, Planes, Programas y Medidas que muestran una articulación coherente y un hilo conductor. Ello se acompaña de una revisión periódica del impacto de estas acciones que permite corregir y afinar el marco regulador y estratégico.

Pero además, la UE impone la técnica planificadora en los marcos nacionales en los más diversos ámbitos, y particularmente en el energético, siendo frecuente una determinación exhaustiva del contenido de dichos planes, sujetos también a actualización y control de eventuales desviaciones o incumplimientos. En el ámbito de las políticas climáticas europeas —que forman parte de la Política Ambiental ex artículo 191.1. apdo. 4 TFUE— resultan esenciales los Planes de Renovables y de Eficiencia Energética —instrumentos de Política Energética, ex artículo 194.1.c/ TFUE— establecidos en las correspondientes Directivas.

Esta consideración formal de los Planes, que hace referencia a instrumentos específicos con un contenido concreto, se completa con una consideración funcional de los mismos, que hace referencia a sus resultados: así, atendiendo al resultado pretendido por una obligación determinada, y al margen de su denominación, las Directivas pueden también establecer obligaciones de naturaleza planificadora. Es el caso de la denominada «evaluación energética de los sistemas urbanos» regulada en el artículo 14 de la Directiva 2012/27/CE:

(3) Expresivo concepto que tomo del Prof. RODRÍGUEZ ARANA

(4) Me adhiero así a un número significativo de autores que vienen insistiendo en este aspecto; es en este sentido que LOZANO CUTANDA, B., refiere el «desordenamiento jurídico ambiental» que deriva de esta falta de homogeneidad normativa que resulta «contrario al principio fundamental de la seguridad jurídica y a los postulados ambientales, por cuanto falta una «regulación de mínimos» sobre la protección ambiental», en «Derecho Ambiental. Algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, Madrid, mayo-agosto (2016), p. 433.

se trata de un proceso en dos fases —evaluación y análisis económico de su aprovechamiento—, que se desarrolla detalladamente en dicho precepto y en dos Anexos de la Directiva y que está implícito en la obligación de evaluación de todo el territorio a la que dicho artículo obliga. Una evaluación que ha de considerar el año 0 y la década siguiente, con las correspondientes estimaciones de demanda de recursos energéticos y de usos del suelo. Es por ello que la Comisión considera que este documento «debe de entenderse como una *planificación integral del sistema energético* que abarca todas las opciones técnicas y económicas pertinentes» (5).

Al margen de estos instrumentos de planificación nacional establecidas en instrumentos jurídicamente vinculantes, las Estrategias de la UE pueden requerir de ulteriores instrumentos para una implementación eficaz más allá de las obligaciones que establece para los Estados y para los que sin embargo no existe una habilitación competencial clara ni suficiente. Las Estrategias de Clima de la UE necesitan de la activa intervención de las entidades locales, responsables de más del 60% de emisiones GEI en la UE (6) y que quedan al margen de los compromisos climáticos internacionales —sectores difusos (7)—, actuaciones locales que han de estar mínimamente armonizadas para asegurar su comparabilidad y seguimiento.

Como es sabido, las acciones de la UE vienen condicionando indirectamente las políticas municipales —residuos, aguas, servicios funerarios...— aun cuando no existe una habilitación directa, una competencia específica de la UE en el ámbito específico de las políticas locales. Más allá de estas incidencia

(5) Vid. Nota de orientación sobre el artículo 14 de la Directiva 2012/27/UE de Eficiencia Energética, SWD(2013)449 final, p. 13.

(6) Sólo la demanda de Calefacción y Refrigeración representa el 50% del consumo final de energía en la UE. Vid. *Estrategia EU relativa a la calefacción y a la refrigeración*, COM (2016)51

(7) Las ciudades no están sujetas, como tales, al régimen de comercio de derechos de emisión de la UE: albergan una parte importante de los denominados Sectores Difusos —Residencial, Comercial Institucional; Transporte; Sector Agrícola y Ganadero; Sector de Residuos; de Gases Fluorados; y determinadas actividades industriales no sujetas al régimen de comercio de derechos de emisión. Estos sectores están regulados en la Decisión 406/2009/CE (DRE: Decisión de Reparto de Esfuerzo), que establece un marco de objetivos anuales vinculantes para algunos de estos sectores, y que fue completada por la Decisión 2013/162/UE que determinó las asignaciones anuales de emisiones de los Estados miembros para el período de 2013 a 2020. No obstante, una vez expire el Protocolo de Kyoto y se apliquen los compromisos del Acuerdo de París, algunos de estos sectores —significativamente el Agrícola y el Ganadero— van a estar sujetos a regulaciones de emisión específicas. En este sentido vid. los trabajos de RODRÍGUEZ CHAVES-MIMBRERO, B. —La regulación climática en el medio natural: absorción y compensación CO₂ en el sector UTCUTS y el singular potencial de los Montes— y de MUÑOZ AMOR, M.M. —Las consideraciones climáticas en la nueva Política Agraria Común—, ambas en *Políticas Locales de Clima y Energía. Teoría y práctica*, cit., pp. 684 y ss. y 653 y ss., respectivamente.

puntuales, la falta de competencia no ha impedido que se haya consolidado un Acervo Urbano que define un modelo de ciudad, por la proyección a este ámbito de medidas ambientales y de Política regional, fundamentalmente (8).

En este contexto hay que ubicar el respaldo de la Comisión europea a acciones locales «autónomas» que contribuyen a la consecución de sus objetivos, como las Agendas 21 Locales o la Carta y Compromisos de Aalborg textos asumidos voluntariamente por un buen número de entidades locales y que han dado visibilidad en el nivel local a acciones ambientales convenidas en foros internacionales (9). En materia de Cima la Comisión da un paso más: ya no sólo «respalda» sino que promueve acciones locales en materia de clima y energía que tienen reflejo en instrumentos de planificación muy definidos y detallados, que incorporan metodologías comunes de inventario y medición, y que son verificados, aceptados y seguidos por la Comisión a través de su organismo de investigación —JRC—. Estos planes son de adopción voluntaria, aunque como cualquier acción de fomento, no carecen de incentivo/recompensa en forma de posicionamiento primado para la recepción de determinadas categorías de fondos europeos.

A continuación nos detenemos brevemente en cada uno de estos tres instrumentos de planificación: renovables y eficiencia, regulados en textos de Hard-Law, y Planes Locales de Energía y Clima, desarrollados en documentos de Soft-Law, donde se hará también referencia a otros instrumentos de esta naturaleza.

(8) Sobre Urbanismo Sostenible se ha producido una abundante doctrina: por citar algunos de estos trabajos, se mencionan en orden alfabético los siguientes: BASSOLS COMA, M., «La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible», en *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, ESTEVE PARDO, J. (coord.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona 2006, pp. 688-707; López Ramón, F., El urbanismo sostenible en la legislación española, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Año 51, n° 311, 2017 (Ejemplar dedicado a: Especial 50 aniversario), pp. 269-276; MENÉNDEZ REXACH, A., Urbanismo sostenible y clasificación del suelo, *Revista catalana de dret públic*, N° 38, 2009, pp. 119-145; QUINTANA LÓPEZ, T., Hacia un modelo de urbanismo sostenible, *Urbanismo sostenible, rehabilitación, regeneración y renovación urbanas / coord. por Ana Belén CASARES MARCOS; Tomás QUINTANA LÓPEZ (dir.)*, 2016, pp. 15-70; PAREJO ALFONSO, L., Urbanismo y medio urbano bajo el signo del desarrollo sostenible, *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 99-100, 2014, pp. 2313-2333; GALERA RODRIGO, S., «Urbanismo sostenible: Instrumentos jurídicos para su ejecución», en esta REVISTA, ISSN 1133-4797, n° Extra 9, 2007 (ejemplar dedicado a: «El nuevo régimen del suelo»), pp. 15-48.

(9) Para SÁNCHEZ SÁEZ, la Carta de Aalborg constituye «a pesar de su humildad, uno de los textos jurídicos más decisivos e influyentes de los últimos 50 años... La suma de esta Carta y de otros textos internacionales posteriores ha ido pergeñando el contenido del principio de sostenibilidad urbana», en base a los cuales intenta una labor de fijación de las directrices jurídicas técnicas principales del concepto; en «Elementos Jurídicos para la sostenibilidad urbana» *El Derecho Urbanístico del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Martín Bassols Coma*, Tomo II, Ordenación del Territorio y Urbanismo, Ed. Reus – Colegio de Registradores de España, 2008, pp. 575-627,

1. *Hard-Law*: mandatos de planificación en las Directivas

A) Renovables y Eficiencia Energética

Las Directivas que establecen la obligación de adoptar, y comunicar a la Comisión, Planes nacionales de Energías Renovables y Planes Nacionales de Eficiencia Energética contienen también en detalle la estructura, contenidos y en algunos casos metodologías que habrán de presentar; su transposición en España se referirá más abajo. Se quieren aquí destacar los mandatos que en estas Directivas involucran más directamente a las Entidades Locales: aunque las obligaciones de Planificación están dirigidas a los Estados, no debe de pasar desapercibida las funciones que en dicha planificación se les otorga a las Entidades Locales, una asignación indirecta pero evidente toda vez que algunas de las determinaciones que asigna a la Planificación Nacional no pueden racionalmente establecerse sin la participación de entidades subestatales, regionales y locales.

La Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de *fuentes renovables* establece la obligación de adoptar Planes de acción nacionales en energías renovables, que han de constituir una trayectoria indicativa para la consecución de objetivos nacionales obligatorios que, a su vez, permitan la consecución del objetivo europeo del 20% de energía renovables. En el Plan de Acción, que sigue un modelo armonizado y ha de reunir los requisitos mínimos establecidos en el anexo VI de la Directiva, han de establecerse los objetivos nacionales de cuotas de energía procedente de fuentes renovables consumidas en el transporte, la electricidad, la producción de calor y frío en 2020 —artículo 4 de la Directiva—. El primer plan de acción debió presentarse el 30 de junio de 2010.

Desde la perspectiva que aquí se considera, hay que destacar los siguientes contenidos de los planes nacionales que suponen y requieren la participación de dichas entidades:

- Los Planes nacionales de acción en que se determinan los objetivos de cuotas de energía renovables deben de contener, entre otras medidas, las de «cooperación entre autoridades locales, regionales y nacionales, las transferencias estadísticas o los proyectos conjuntos programados, las estrategias nacionales destinadas a desarrollar los recursos de biomasa ... (artículo 4, apdo. 1).
- Los procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias en el sector renovable (10) han de ser proporcionadas y necesarias, debiendo

(10) La simplificación de los procedimientos de autorización, certificación y concesión es una necesidad en la que, con carácter general, viene insistiendo la legislación europea, insistencia que en nuestro país cobra particular protagonismo; sobre el particular *vid.* ESTOA PÉREZ, A., «Descoordinación de competencias en materia de energías renovables», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º. 27, 2011

el Estado garantizar que «las responsabilidades respectivas de los organismos nacionales, regionales y locales en materia de procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencia se *coordinen y definan* claramente, lo que comprende la *planificación espacial*, con calendarios transparentes para la determinación de solicitudes de planificación y construcción (artículo 13, apdo. 1.a/).

— la renovación urbana y los distritos de calefacción y refrigeración de fuente renovable debe de ser insistentemente incentivado a nivel local, y «reflejarse en la planificación de la infraestructura urbana de las ciudades donde proceda» — artículo 13, apdo. 3—.

— en sus Informes, el Estado debe de indicar emplazamientos geográficos adecuados para la explotación de la energía procedente de fuentes renovables en la planificación del territorio y para el establecimiento de sistemas urbanos de calefacción y refrigeración (artículo 22, apdo. 3).

El monopolio en la interlocución con las instituciones y órganos europeos debería traducirse en este ámbito en una intensa cooperación y coordinación del Estado con las entidades regionales y locales para fijar el documento que ha de comunicarse.

Por otra parte, la Directiva 2012/27/UE de *Eficiencia Energética*, impone también un Plan nacional de acción para la eficiencia energética que ha de contener medidas de mejora de la eficiencia y los ahorros energéticos conseguidos o previstos, incluidos los del suministro, transporte y distribución de la energía así como su uso final. Deber seguir una plantilla elaborada por la Comisión y la información especificada en el anexo XIV; tienen carácter trienal, y el primero debió presentarse el 30 de abril de 2014 (11).

Haciéndose eco de las sugerencias que se venían proponiendo la necesidad de integrar mejor los planes nacionales en estos ámbitos —renovables (PANER), eficiencia energética (PAE) y requisitos de planificación en materia de clima—, y de racionalizar y reducir las obligaciones de comunicación e información, la Comisión, presentó en el Energy Winter Package 2016 un nuevo planteamiento de planificación. Así, la propuesta de Reglamento relativo a la Unión de la Energía (12) incorpora un nuevo instrumento de planificación, los Planes Nacionales de Energía y Clima, de carácter decenal, y que han de establecer objetivos nacionales para cada una de las cinco dimensiones clave de la Unión de la Energía, y las políticas y medidas para alcanzar estos objetivos. Estas cinco dimensiones son:

- 1) seguridad energética;
- 2) mercado de la energía;

(11) *Vid. infra* II.1.2 y en particular la nota 29 donde se refiere el sorprendente supuesto cumplimiento que el Estado español dio a esta obligación.

(12) COM (2016) 759

- 3) eficiencia energética;
- 4) descarbonización, e
- 5) investigación, innovación y competitividad.

Los Planes han de seguir un modelo obligatorio y han de contener las informaciones que se establecen (artículo 3, apdo. 2 y Anexo I).

Estos Planes nacionales, junto con los informes nacionales y las disposiciones de seguimiento de la Comisión, conforman la base del nuevo mecanismo de gobernanza. El primer Plan ha de presentarse el 1 de enero de 2019, y ha de abarcar el período 2021 a 2030, debiendo prestar especial atención a los objetivos para 2030 (13) en materia de reducciones GEI, renovables, eficiencia energética e interconexión eléctrica. Este instrumento es coherente con los compromisos internacionales, y garantiza la comparabilidad y transparencia de la información presentada por la Unión y sus Estados miembros a la Secretaría de la CMNUCC y del Acuerdo de París.

B) Eficiencia Energética de los Sistemas Urbanos

La Directiva de Eficiencia Energética introdujo ya en 2012 un novedoso instrumento de planeamiento que es el resultado de dos obligaciones específicas y sucesivas —evaluación y subsiguiente análisis económico— y que considera la energía disponible y aprovechable en la totalidad del territorio nacional y la promoción de «sistemas urbanos eficientes de calor y refrigeración» (14).

En enfoque que se adopta presupone la consideración unitaria de los sistemas urbanos a los que se les señala un doble objetivo: por una parte, aprovechar la energía que actualmente se pierde en los propios procesos de distribución y consumo y que podría ser reintroducida en el circuito reduciéndose así la demanda de energía primaria; y por otra parte, actuar sobre la demanda de calefacción y refrigeración urbanas —que supone un 50% del consumo de energía final (15)— que podría en gran parte satisfacerse por esa energía ahora desaprovechada y por la puesta en valor de recursos energéticos

(13) Los objetivos fundamentales del marco de clima y energía para 2030 son tres: al menos 40% de reducción de las *emisiones de gases de efecto invernadero* (en relación con los niveles de 1990); al menos 27% de cuota de *energías renovables*; al menos 27% de mejora de la *eficiencia energética*. Vid. COM/2014/015 *Un marco estratégico en materia de clima y energía para el periodo 2020-2030*, y COM/2011/885, *Hoja de Ruta de la Energía para 2050*.

(14) Que son definidos en el apdo. 41 del artículo 2 como « todo sistema urbano de calefacción o de refrigeración que utilice al menos un 50% de energía renovable, un 50% de calor residual, un 75% de calor cogenerado o un 50% de una combinación de estos tipos de energía y calor».

(15) 546 Mtep, referidos al año 2012.

locales, fundamentalmente renovables. Esto es, la reducción de energía primaria consumida en los sistemas urbanos vendría del efecto conjunto de reutilizar la energía residual de los procesos de producción y consumo susceptibles de aprovechamiento, y de incorporar al sistema el potencial renovable local.

El objetivo general consiste ahora en determinar la eventual rentabilidad de la eficiencia energética de los sistemas urbanos, a través de la recuperación del calor residual de instalaciones industriales, del uso de la cogeneración y de la calefacción y refrigeración urbanas eficientes (16). Para conseguir este objetivo impone dos obligaciones formales sucesivas —evaluación del potencial energético y análisis coste beneficios—, obligaciones a las que difícilmente puede darse cumplimiento sin la consideración de los más detallados instrumentos de planificación adoptados a nivel local.

Como primera obligación, la Directiva impone en su artículo 14 *evaluar el potencial energético urbano*: el Estado, para la totalidad de su territorio, debe realizar una *evaluación completa* del potencial de uso de la cogeneración y de los sistemas urbanos de calefacción y refrigeración eficientes, cuyo contenido básico se indica en el Anexo VIII. La evaluación ha de ir referida a cuestiones tan detalladas que atraviesan todos los niveles subnacionales de planificación territorial y urbana, pues debe de incluir, entre otros extremos:

- una descripción de la demanda de calefacción y refrigeración, y una previsión de cómo cambiará esta demanda en los siguientes diez años, teniendo en cuenta en particular la evolución de la demanda en los edificios y los diferentes sectores de la industria;
- un mapa del territorio nacional en el que se identifican los puntos de demanda de calefacción y refrigeración —discriminando zonas industriales e instalaciones de generación que superan los 20 GHz anuales—, los municipios y conurbaciones con suelo construido superior al 30%;
- la determinación de la demanda de calefacción y refrigeración que podría satisfacerse mediante cogeneración de alta eficiencia, incluida la microcogeneración residencial, y mediante calefacción y refrigeración urbana;

(16) El concepto de «calefacción y refrigeración urbanas eficientes» —identificada la eficiencia con el ahorro de energía primaria— viene establecido en el artículo 2, apdo. 42 de la Directiva, concepto que abarca principalmente: «el uso del calor derivado de la cogeneración y de fuentes de energía renovables, la recuperación del calor residual procedente de los procesos industriales para satisfacer la demanda de calefacción y refrigeración y, en general, todas las opciones de calefacción y refrigeración que posibiliten el ahorro de energía primaria en comparación con una hipótesis de base». Adicionalmente, la Comisión ha adoptado un documento de trabajo interpretando el alcance del artículo 14: SWD (2013) 449 Final.

- estrategias, actuaciones y medidas que podrán adoptarse hasta 2020 y hasta 2030 para realizar el potencial identificado, lo que incluye, en su caso y entre otras, propuestas para estimular:

... la *ubicación de las nuevas zonas residenciales o de las nuevas plantas industriales* que consumen calor en sus procesos de producción en emplazamientos en los que el calor residual disponible, tal como se indica en la evaluación completa, pueda contribuir a satisfacer su demanda de calefacción y refrigeración. Esto podría conllevar propuestas que apoyasen la *agrupación de una serie de instalaciones individuales* en un mismo emplazamiento a fin de asegurar una correspondencia óptima entre la demanda y la oferta de calefacción y refrigeración,

... la *conexión de las zonas residenciales y de las plantas industriales* que consumen calor para sus procesos de producción a la red local de refrigeración o calefacción urbana;

- una estimación de la energía primaria que debe ahorrarse.

Es importante añadir que se prevé que «en la medida adecuada, la evaluación completa podrá estar compuesta por un conjunto de planes y estrategias regionales o locales», expresión que ha llegado al Tribunal Constitucional al hilo de análisis de constitucionalidad de la norma española que ha incorporado esta previsión y al que más adelante se hace referencia.

Como segunda obligación, y en conexión con la primera, a la evaluación le sigue un *análisis de costes y beneficios* de dicho potencial, cuyo contenido y metodología establece también de forma detallada la Directiva (Anexo IX) y que, en definitiva, va a predeterminar la planificación del sistema de calefacción y/o refrigeración urbanas.

Se trata de un análisis económico que ha de abarcar los factores sociales y ambientales, y ha de incluir, entre otras consideraciones y etapas (17), las siguientes:

- Primera etapa: la delimitación geográfica adecuada y bien definida de los sistemas de energía, de forma que se evite que en el futuro se seleccionen proyectos que incorporen soluciones subóptimas: en este límite geográfico debe realizarse un planteamiento integrado de las opciones relativas a la demanda y la oferta, considerándose todos los recursos disponibles, lo que incluye el calor residual de las instalaciones, el potencial local de *energías renovables* y las tendencias de demanda.

(17) Además de estos contenidos, el Anexo IX incorpora también la metodología para evaluar y calcular el excedente del beneficio sobre el coste: de esta larga pormenorización de criterios de cálculo interesa aquí destacar que tanto los «beneficios» como los «costes» externos han de incluir las repercusiones ambientales y sanitarias «en la medida de lo posible», esto es, cuando dichas repercusiones sean susceptibles de ser cuantificadas.

- segunda etapa: el establecimiento de una hipótesis de base que definirá la situación actual y su evolución probable en el marco temporal seleccionado, con la descripción más precisa posible de la demanda de calefacción y refrigeración dentro del límite geográfico;
- tercera etapa: definición de hipótesis alternativas con respecto a la línea de base, y sólo cuando la cogeneración y la calefacción y refrigeración urbanas no resulten técnica y económicamente viables, alternativas que deben ajustarse en todo caso al concepto general de calefacción y refrigeración eficientes (18)

Planteado con este abrumador nivel de detalle, el análisis coste-beneficio que se desarrolla en la Directiva, y en particular en su Anexo IX, «debe de entenderse como una *planificación integral del sistema energético* que abarca todas las opciones técnicas y económicas pertinentes» (19).

Del resultado de este análisis puede derivarse una obligación adicional: si se determina la existencia de potencial, cuyas ventajas sean superiores a su coste, los Estados deben *desarrollar una infraestructura de calefacción y refrigeración urbana* eficiente para posibilitar el desarrollo de una cogeneración de alta eficiencia y/o el uso de la calefacción y la refrigeración procedentes de calor residual y de fuentes de energía renovables.

Esta evaluación, que debió notificarse el 31 de diciembre de 2015, debe de actualizarse cada cinco años.

De esta forma, y de acometerse de forma rigurosa el cumplimiento de estas obligaciones —lo que queda pendiente para futuras revisiones del documento español de evaluación ya presentado— el planeamiento territorial y urbanístico queda comprometido por algunos de los contenidos del documento de evaluación: según se ha visto, la ubicación de nuevas zonas residenciales e industriales no es ya una decisión discrecional del planificador, sino que su emplazamiento habrá de ser el que optimice el potencial energético local y facilite la eventual conexión entre zonas de suministro y zonas de consumo.

Un planteamiento similar se traslada al sector privado, en particular a las instalaciones industriales productoras o consumidoras intensivas de energía: al tiempo de la autorización de la instalación —de nueva creación o modificación sustancial de las ya existentes— se impone que se realice el análisis de coste-beneficio de una instalación de cogeneración que aproveche el calor residual de la instalación; el umbral que determina la obligación de tal análi-

(18) Este concepto en relación con las definiciones del artículo 2, puntos 31, 41, 42 y 43 de la Directiva 2012/27/UE

(19) Vid. Nota de orientación sobre el artículo 14 de la Directiva 2012/27/UE, SWD (2013)449 final, p. 13.

sis queda establecido en los 20 MW, análisis que debe de incorporarse a la petición de autorización.

C) Distritos Energéticos: ¿público, privado o mixto?

La promoción de distritos energéticos, y en particular de distritos urbanos de calefacción y refrigeración, constituye una apuesta insistente de la UE en las normas que se acaban de mencionar, y aun en otras, como la Directiva 2010/31 de Eficiencia Energética de los Edificios: esta última, conocida por imponer los edificios de consumo casi nulo —para 2020 en el sector privado y para 31 diciembre 2018 para el sector público— impone otra obligación no menos importante pero con menor visibilidad. Para los nuevos edificios, el segundo apartado del artículo 6 dispone que «los Estados miembros velarán por que, antes de que se inicie la construcción, se consideren y tengan en cuenta la viabilidad técnica, ambiental y económica de instalaciones alternativas de alta eficiencia» (20), debiendo de documentarse dicho análisis y estar disponible a efectos de verificación.

Con poca, pero creciente, implantación entre nosotros, la generalización de la cogeneración de alta eficiencia y las redes de distritos energéticos conllevaría indudables beneficios económicos, ambientales y de seguridad energética: recientemente se ha estimado que alrededor de la mitad de la capacidad eléctrica instalada en la UE-28, en plantas de generación convencionales, está localizada a una distancia apropiada para convertirse en plantas de cogeneración que alimenten con su calor residual redes urbanas de calefacción y refrigeración (21).

Como es obvio, en el despliegue de las redes energéticas urbanas, las entidades locales tienen un papel importantísimo, habiéndose ya sistematizado las posibilidades de intervención local en la titularidad y gestión de estas redes, lo que dependerá del marco regulatorio y del riesgo que la entidad local quiera o pueda asumir y el control que quiera mantener: la titularidad privada probablemente asegure mayor retorno de la inversión, mientras que la titularidad pública va a permitir asociar otros objetivos —sociales, ambien-

(20) y sigue diciendo: «como los que se detallan a continuación, siempre que estén disponibles: a) instalaciones descentralizadas de abastecimiento de energía basada en energía procedente de fuentes renovables; b) cogeneración; c) calefacción o refrigeración urbana o central, en particular si se basa total o parcialmente en energía procedente de fuentes renovables; d) bombas de calor

(21) Esa distancia «razonable» se estima entre 60 y 70 km. *Vid.* COLMENAR-SANTOS, A., BORGE DIEZ, D., ROSALES-AENSIO E., *District Heating and Cooling Networks in the European Union*, Springer International Publishing AG, 2017, pp. 2 y 26.

tales, tecnológicos— al despliegue de estas redes. Con carácter general, se ha señalado que (22):

- el modelo más común es el de titularidad pública, gestionado bien por un departamento de la autoridad local o de una empresa de su titularidad, lo que no impide externalizar una parte del proyecto, como por ej. el diseño técnico o la construcción;
- titularidad mixta público-privada, en la que la autoridad local normalmente recaba el *know-how* y/o el capital de inversores privados, reduciendo el riesgo pero manteniendo un cierto nivel de control sobre el proyecto; esta modalidad puede adoptar la forma de una empresa mixta, de un contrato de concesión o de una cooperativa o propiedad comunitaria sin ánimo de lucro; y
- titularidad privada, en la que los inversores quieren ver asegurado un determinado nivel de retorno; comúnmente, hay algún respaldo o facilidades de la autoridad local a través del planeamiento urbanístico, alguna forma de respaldo financiero o de movilización para la participación de los propietarios.

2. Soft-Law: planes locales de energía y clima (PACEs) y otros instrumentos no vinculantes aunque exitosos

Los actuales Planes de Acción de Energía y Clima (PACE) traen causa en la creación en 2008 del *Pacto de los Alcaldes por la Energía*, que involucraba a los Entes Locales en los objetivos de reducción del 20% de emisiones establecidos en la Estrategia Europea 2020, un club de adhesión voluntaria que imponía que las entidades adheridas adoptaran un Plan Local de Energía (PAEs) cuyo contenido y metodología se establece por la Secretaría del Pacto. En 2015, el acuerdo se reelabora, extendiendo e incrementando los objetivos de reducción a 2030, ahora un 40%, e incorporando acciones de mitigación, lo que cristalizó en el *Pacto de los Alcaldes por el Clima y la Energía* (23).

El *Pacto de los Alcaldes por la Energía y el Clima*, de adhesión voluntaria pero muy exitosa, implica la adopción en los dos años siguientes de un Plan Local de Clima y Energía —PACE— que concreta cómo el Ente Local ha de

(22) Sigo el estudio publicado por el Comité de las Regiones en 2016 *Local and Regional State of Play and Policy Recommendations Concerning Sustainable Heating and Cooling: focusing on EU level*, que a su vez sigue el informe, más detallado, de la UNEP publicado en 2015: *District Energy in Cities. Unlocking the potential of Energy Efficiency and Renewable Energy*.

(23) Ya se apuntó que el Pacto de los Alcaldes por el Clima y la Energía reúne a 6.926 autoridades firmantes, que representan 213 millones de habitantes en el territorio de la Unión Europea. Pero fuera de este ámbito, la Comisión Europea ha impulsado y apoyado redes similares en países del Este de Europa, África, el Cáucaso, África, Latinoamérica, Caribe, y Asia.

conseguir los compromisos derivados del Pacto, en particular la reducción de emisiones GEI a un 40% en 2030, el incremento de la resiliencia a los impactos del cambio climático, y reforzar el acceso a una energía sostenible en 2030. El PACE es verificado por el organismo de Investigación de la Comisión —JRC, Joint Research Center— que puede imponer modificaciones y verificará también el informe bianual de seguimiento que debe de presentarse. Resumidamente, el Plan debe de incluir:

- un inventario base de emisiones, que abarca:
 - Edificios, Equipamientos e Instalaciones municipales y terciarios (no municipales), Edificios residenciales;
 - Alumbrado público,
 - Industria —no sujeta al régimen de Comercio de Derechos de Emisión—;
 - Transporte, que abarca Flota municipal, Transporte Público, Transporte privado y comercial—;
 - Agricultura, silvicultura y pesca;
 - Gestión de residuos;
 - Gestión de aguas residuales;
- programa de ahorro energético en edificios y servicios públicos, lo que puede conseguirse, también, a través de la contratación pública;
- planes de movilidad, dirigidos a reducir la dependencia del vehículo privado;
- estándares de rendimiento energético y requisitos para incorporar el equipamiento de energías renovables en las nuevas construcciones;
- acciones de concienciación al público;
- promoción de la producción local de renovables y uso de fuentes renovables, como las plantas de ciclo combinado.

A septiembre de 2016, el Pacto había recibido 6.201 adhesiones que cubrían a 6.926 autoridades locales, cubriendo un territorio de 213 millones de habitantes —36% de la población UE-28 (24). En España, las Entidades adheridas han presentado 1.519 Planes, de los que ya han sido verificados y aceptados 1.217 Planes. La mayor parte (1.173), están aún referidos a los objetivos 2020 del antiguo Pacto, y muy pocos (5) a los más recientes del nuevo Pacto que apunta a objetivos incrementados de mitigación a 2030 e incluye acciones de adaptación. De esta forma, el *Plan de Acción de Clima y Energía* constituye un estándar de acción climática local, incorporando metodologías establecidas a nivel universal en el ingente *Soft-Law* Climático generado alrededor de la Convención Marco, al tiempo que sitúa a las entidades locales en el centro de la estrategia energética europea; resulta significativo que estas

(24) El tercer Informe sobre el Estado de la Unión de la Energía, y la Evaluación del JRC sobre el funcionamiento de 8 años del Pacto de los Alcaldes están disponibles en https://ec.europa.eu/commission/publications/accompanying-documents-state-energy-union_en.

acciones climáticas locales se consideren en la Evaluación de las Estrategias Energéticas Europeas, como refleja por primera vez el Tercer Informe sobre el estado de la Unión de la Energía (25).

Adicionalmente, la conexión global-local en la implementación del Acuerdo de París, sin perjuicio de otras medidas «internas», se articula a través de la relación directa de las entidades locales con una Secretaría transnacional —global— que establece las metodologías de medición y de cálculo y el contenido de un instrumento de planificación —plan local de energía y clima— con vocación de implantación uniforme a nivel mundial.

En paralelo, y en el escenario extracomunitario, ha discurrido un movimiento similar: en el marco de Naciones Unidas en 2014 se adopta la iniciativa *Compact of Mayors* (26), impulsado por redes preexistentes de ciudades que venían trabajando en materia de clima y de sostenibilidad —ICLEI, C40 y UCLG— y con el apoyo de UN-Habitat, la agencia de Naciones Unidas en asuntos urbanos.

En enero de 2017 se anuncia la fusión de estas dos plataformas en una única red, el *Pacto Global de los Alcaldes por el Clima y la Energía* (GCoM por sus siglas inglesas) (27), que reunifica en una estructura y metodología únicas las acciones, y las informaciones, adoptadas a nivel local en materia de clima y energía, alineándolas con los instrumentos establecidos en el Acuerdo de París 2015, en particular las «Propuestas de Contribuciones Nacionales». De esta forma, se refuerza el enfoque *bottom-up* para la gobernanza climática convenido internacionalmente y a nivel de la UE. Está previsto que el GCoM esté plenamente operativo a finales de 2018, cuando, después de una consulta pública entre los miembros, se establezcan los nuevos estándares e instrumen-

(25) COM (2017)688. Ya el primer Informe sobre la Unión de la Energía —COM (2015) 572 de 18 de noviembre 2015— refería lo siguiente: «la Comisión convocó a los representantes de las ciudades a una reunión que se celebró el 15 de octubre de 2015 con el fin de iniciar un nuevo Pacto de los Alcaldes que incluya medidas tanto de mitigación como de adaptación al cambio climático. La búsqueda de ese Pacto fomentará la actuación de las autoridades locales de todo el mundo, incluso de regiones que hasta la fecha no han participado». Y en el segundo Informe se presentaba el Pacto Global de los Alcaldes por el Clima y la Energía como resultado de la activa diplomacia europea en materia de clima y energía —COM (2017) 53 de 1.2.2017—.

(26) Desde su constitución se ha expandido rápidamente, recabando 650 compromisos, de 94 países distintos que representan cerca de 500 millones de habitantes. *Vid.* FAQ Global Covenant.

(27) El Órgano de Gobierno es el GCoM Board, compuesto por diez alcaldes o representantes locales, la Comisión Europea y un representante especial de Naciones Unidas. Como órgano de asesoramiento y apoyo del consejo se constituye el Founder Council, que está integrado por los «partners» de los dos miembros fundadores —Pacto de los Alcaldes y Compact de los Alcaldes—: C40, ICLEI, UCLG, UN_Habitat, Comisión Europea, Comité Europeo de las Regiones, Alianza por el Clima, CEMR, EuroCities y FEDARENE.

tos de planificación, medición y control: el punto de partida, claro es, está en lo que ya se ha establecido por el Pacto de los Alcaldes por la Energía y el Clima, que actuará como «rama» regional y cuyos miembros pasan a ser automáticamente miembros del GCoM.

Recientemente, Septiembre 2018, el GCoM, ha adoptado las anunciadas Recomendaciones para ayudar a las entidades adheridas a la consecución de los tres objetivos, ahora alineados con otros programas de Naciones Unidas: reducir y limitar emisiones GEI; prepararse para los impactos del cambio climático y, en línea con la Agenda 2030, reforzar el acceso a la energía sostenible.

Estas Recomendaciones —de aplicación el 1 de enero 2019— establecen un estándar armonizado para verificaciones climáticas —*global framework for reporting*— y respecto del instrumental que se venía utilizando en el marco de los PACEs, introduce algunas variaciones: entre éstas, es de reseñar que incorpora la obligación de incorporar en su contenido Planes de Acceso a la Energía, que están referidos al “acceso a la energía segura, sostenible y asequible” alineándose de esta forma con el Objetivo n° 7 de Desarrollo Sostenible y con la Iniciativa Sustainable Energy For All (SE4All), que persigue asegurar el acceso universal a los modernos servicios energéticos (28).

III. LA PLANIFICACIÓN EN ESPAÑA EN PERSPECTIVA CLIMÁTICA: ESTANCA, INCONEXA Y ASISTEMÁTICA

1. Planificación energética: pocos avances, notables retrocesos

A) La Planificación en la Ley de cabecera del sector eléctrico

La Planificación energética en España viene tradicionalmente reconducida al despliegue de las infraestructuras requeridas, salvo un corto período en el que otro tipo de planificación tuvo reflejo legal, aun con carácter indicativo. Hay que remontarse a la Ley 54/1997, que supuso la renovación del marco energético español, para explicar el déficit de *ambientalidad* de nuestro marco energético: ya entonces se hizo notar (RAZQUÍN LIZARRAGA, 2012) el escaso impacto del componente ambiental en la modernización del marco energético español, componente que sí estaba ya presente en las Estrategias y normativas energéticas europeas a las que esta norma nos aproximaba.

Unos años después, la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, vino a adaptar el marco de la Política Energética española —tradicionalmente enfo-

(28) Sobre el Soft Law asociado a los Tratados de Clima, *vid.* ANITTO VIHMA, «Analyzing Soft Law...», *cit.*, y NAVA ESCUDERO, C., «El Acuerdo de París. Predominio del Soft Law en el Régimen Climático», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 147, diciembre 2016, pp. 99-135.

cada a las energías fósiles y nucleares y a las infraestructuras de transporte de energía— al entendimiento europeo del propio concepto de energía, que integraba ahora nuevas fuentes no fósiles, y nuevas estrategias para su aprovechamiento y gestión. Además de la renovación de su alcance, y de acuerdo con la Hoja Europea de Ruta de la Energía 2050 (establecida en 2011), el sector energético se encuentra en el epicentro de una profunda transformación económica y social.

En consecuencia, la Ley 2/2011 vino a establecer unos Principios de Política Energética (artículo 77, apdo. 1), que enmarcaba los objetivos de seguridad en el suministro, la eficiencia económica y la sostenibilidad ambiental en el objetivo más amplio de lucha contra el cambio climático. En consecuencia, planteaba una planificación integral del modelo energético (artículo 77, apdo. 2), añadiendo a la planificación energética vinculante (de transporte de energía, artículo 80, apdo. 1), *los planes nacionales de ahorro y eficiencia y los planes de energías renovables* (artículo 78, apdo. 4), documentos que debían *aprobarse por el Consejo de Ministros y ser remitidos a las Cortes* (artículo 80, apdo. 3). Los instrumentos de planificación, vinculante y no vinculante, debían de ser objeto de *informe previo de la Conferencia Sectorial de Energía* (artículo 78, apdo. 4 y 80, apdo. 2), creada por la Ley (artículo 81), favoreciéndose los marcos de cooperación de las Administraciones locales con las autonómicas y estatal (artículo 81, apdo. 3).

La aprobación dos años después de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico supuso un paso atrás en este proceso de modernización de la política energética: se obvia el propósito de la planificación energética integral y el cambio climático, declarándose como objeto de la Ley la tradicional preocupación por el «suministro» (artículo 1), lo que constituye, junto con las necesidades de inversión de nuevas instalaciones de transporte de energía (artículo 4, apdo. 1) el objeto de la Planificación Eléctrica. Los planes de eficiencia energética y de renovables quedan ahora contemplados como una eventual posibilidad dirigida a cumplir con los compromisos derivados de nuestra pertenencia a la Unión Europea (artículo 4, apdo. 5). La Ley de 2013 obvia también la dimensión más plural que de la formulación de las políticas y planes energéticos se recogía en la Ley de 2011: ahora se omite cualquier referencia a un eventual informe de la Conferencia Sectorial de la Energía en la aprobación de los planes, aunque, sin mayor concreción, se declara que la planificación eléctrica será realizada por la Administración General del Estado «con la participación de las Comunidades Autónomas».

La Ley 24/2013 fue en su día objeto de un conflicto de competencias en el que, por lo que aquí interesa, se suscitaron las siguientes cuestiones:

- por una parte, se pide un cambio de la anterior doctrina, recaída en los exámenes de constitucionalidad de la Ley 54/1997, que salva la

inconstitucionalidad de los criterios de potencia (50 MW, artículo 3.13 LSE) para concretar el carácter supracomunitario del aprovechamiento que determina la competencia estatal para su autorización ex artículo 149.1.22 de la Constitución.

- por otra parte, se cuestiona la intervención de la CNMC, vía informe vinculante, en la otorgamiento o denegación del permiso de conexión a la red cuya autorización corresponde a la Comunidad Autónoma (artículo 33.5).

El conflicto fue resuelto por la STC 32/2016, que afirma la constitucionalidad de la LSE en unos casos desestimando las alegaciones, y en otros en virtud de una interpretación concreta (Sentencia interpretativa de rechazo) del precepto impugnado. A este resultado se volverá más adelante.

La actual planificación para el período 2015-2020, que se aprueba por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de octubre de 2015, y se publica por Orden IET/2209/2015, de 21 de octubre, no puede tener un título más expresivo respecto de su limitado contenido: «Planificación Energética. Plan de Desarrollo de la Red de Transporte de Energía Eléctrica 2015-2020».

Claro es que, en cumplimiento de las obligaciones europeas se han adoptado otros instrumentos de planificación:

- en cumplimiento de la obligación de la Directiva de presentar Planes de Renovables antes de junio 2010, el Consejo de Ministros, por Acuerdo de 11 de noviembre de 2011, aprueba el Plan Nacional de Energías Renovables PANER 2011-2020. El PANER describe en su texto (29) el complejo sistema autorizador español, distingue los tres ámbitos competenciales más directamente relacionados con la legalización de la actividad —industria, urbanismo y medio ambiente— y relaciona en Anexo, para cada de las Comunidades Autónomas, fichas normativas que, para cada uno de estos tres ámbitos, concretan distintos aspectos. Estas previsiones se asociarían con la obligación establecida en el artículo 13, apdo. 1. de la Directiva;
- por lo que hace a la planificación de Eficiencia Energética, ya se dijo que la Directiva impone una doble obligación:
 - por una parte, los planes nacionales de ahorro energético: en cumplimiento de esta obligación, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2011 aprobó el Plan de Acción 2011-2020

(29) Págs. 62 y ss. Estando vigente el Plan Español de Fomento de las Energías Renovables 2000-2010, se aprobó el Plan Español de Energías Renovables PANER 2005-2010 (después de un Plan 2008-2016 que no llegó a aprobarse por ser rechazado por la Comisión Europea).

(PANEER), que constituye el segundo Plan Nacional de Acción de Ahorro y Eficiencia Energética;

- y por otra parte, la evaluación del potencial energético del territorio nacional que impone el artículo 14 de la Directiva a efectos de promover el potencial de cogeneración de alta eficiencia y los sistemas urbanos de calefacción y refrigeración, a cuyo cumplimiento se le dedica un epígrafe separado.

B) La Evaluación Energética de Sistemas Urbanos

En el anterior epígrafe queda expuesto el marco en el que, a día de hoy, han de incorporarse las obligaciones europeas de Planificación energética establecidas en las Directivas, en particular los Planes Nacionales de Energías Renovables y de Eficiencia Energética. Mención separada requiere el marco nacional que incorpora en España el novedoso mecanismo de Evaluación Energética de los Sistemas Urbanos —artículo 14 Directiva 2012/27/CE— que son presupuestos para el cumplimiento de la obligación más amplia de evaluar desde la perspectiva energética la totalidad del territorio nacional.

En este caso, la transposición de este nuevo instrumento se realiza mediante la aprobación del Real Decreto 56/2016 que, por lo que aquí interesa (30), regula por una parte, la Promoción de la eficiencia energética en la producción y uso del calor y del frío (artículo 13) y, por otra, la obligación de determinadas industrias de realizar una estimación del coste de cogeneración al tiempo de tramitar la correspondiente autorización: esta última previsión se incorpora en la DF 1ª del Decreto 56/2016, por la que se modifica el Real Decreto 1955/2000 que regula la autorización de instalaciones de energía eléctrica, dando entrada en los procedimientos de autorización al nuevo trámite de análisis coste/beneficio.

El Real Decreto fue objeto de un conflicto de competencias planteado por la Generalitat de Cataluña resuelto por la STC 171/2016 en el que,

(30) El Real Decreto tiene como objeto específico asegurar la aplicación efectiva de la Directiva 2012/27/UE así como profundizar en el desarrollo del mercado de servicios energéticos; regula además el sistema de Auditorías Energéticas (artículos 2 a 6), el sistema de acreditación de proveedores de servicios energéticos y auditores energéticos (artículos 7 a 12) y la Promoción de la eficiencia energética en la producción y uso del calor y del frío (artículo 13). También modifica (DF 1ª) el Real Decreto 1955/2000, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, para dar entrada en los procedimientos de autorización al nuevo trámite de análisis coste/beneficio que afecta a determinados proyectos industriales. Sin embargo, uno de los contenidos más importantes de la Directiva, como es la obligación de eficiencia de los actores del sistema, se ha desarrollado en la Ley 18/2014.

entre otras cuestiones, se examinaron las dos regulaciones que aquí se están tratando —evaluación energética del territorio y de los sistemas urbanos, y procedimiento de autorización de instalaciones de energía—.

Respecto de la primera cuestión, evaluación y análisis económico de la totalidad del territorio nacional, el Real Decreto 56/2016 atribuye la competencia al Ministerio de Industria para realizar la evaluación completa del potencial de cogeneración y sistemas urbanos de calefacción (artículo 13 RD 56/2016). De acuerdo con la Directiva, el análisis global del potencial nacional puede estar compuesto por un conjunto de planes y estrategias regionales o locales; sin embargo, el Real Decreto atribuye la competencia para su realización al Ministerio (artículo 13, apdo. 1): aunque reconoce la posibilidad de políticas autonómicas y locales en la materia (artículo 13, apdo. 2), no señala sin embargo la eventual conexión o imbricación de estas políticas con la estrategia nacional.

A mi entender, la Directiva en este punto es objeto de interpretaciones extremas que ponen de manifiesto el intenso grado de desencuentro y unilateralidad que se ha instalado en nuestros procesos decisorios:

- la Generalitat de Cataluña, que no niega la competencia estatal para realizar la evaluación nacional, defiende sin embargo que este análisis se realice por agregación de las evaluaciones que a nivel autonómico proporcionen las Comunidades Autónomas;
- el TC, en interpretación conforme (FJ6º) que lleva al fallo, considera que se trata de una medida ejecutiva de carácter básico, que satisface las necesidades de coordinación de datos que superan la perspectiva autonómica y la coherencia y homogeneidad técnica de la actuación, lo que justifica que en estos supuestos el Estado ejerza facultades de coordinación (reiterando lo razonado unos meses antes en su STC 53/2016).

Atendiendo a los razonamientos del Tribunal, resulta llamativa, y quizás anacrónica, la rotundidad con la que se afirma la competencia estatal: estas exigencias de coordinación, dice el FJ6º, «hacen inviable la descentralización de dicha actividad y exigen la coordinación por un único sujeto». Y es que una cosa es la decisión unilateral de un único sujeto, y otra cosa la coordinación de una competencia descentralizada (puesto que, en ausencia de descentralización, nada hay que coordinar). Es también cuestionable que tal función de coordinación se atribuya a un órgano unipersonal, estatal, al que no se le señala obligación alguna de considerar las planificaciones y estrategias de otras entidades, por lo que nada hay que coordinar. Otra cosa es decidir —al hacer la evaluación— unilateralmente.

El Real Decreto tiene fecha de 12 de febrero; la evaluación nacional que regula se presentó con fecha «abril 2016» a la Comisión europea un docu-

mento de casi doscientas páginas dando cumplimiento a esas obligaciones de evaluación (31), en el que se indica que se han utilizado las siguientes fuentes (p. 156, Anexo I): el Registro de la Propiedad, el INE, el IDEA, los Registros gestionados por el propio Ministerio (de Emisiones y Fuentes Contaminantes, de derechos de emisión), el Catálogo Nacional de Hospitales, el Inventario de Edificios de la AGE, y algún otro.

Parece que ni el Gobierno al aprobar el Real Decreto, ni el Tribunal Constitucional al examinar su constitucionalidad, han visualizado correctamente la transversalidad de las políticas de clima, en general, de las que la evaluación que referimos es pieza esencial. Otra ocasión perdida para activar y articular la estructura institucional y organizativa ya existente —por ej., y entre otras, las Conferencias Sectoriales de Energía y de Medio Ambiente, la Oficina del Cambio climático, el Pacto de los Alcaldes por la Energía y el Clima (32) articulado a través de la FEMP— e intentar concretar un pacto nacional que resulte coherente con, y eficaz desde, las distintas estrategias territoriales en la materia cuya eficacia depende de planteamientos complementarios y coordinados con la participación, claro está, de las autoridades competentes.

Respecto de la segunda cuestión, el Real Decreto 56/2016 traspone la obligación de determinadas industrias de evaluar económicamente instalaciones de cogeneración asociadas a su actividad, incorporando este trámite en el proceso de autorización, tramitándose de forma similar a la bien conocida Evaluación de Impacto Ambiental. Para ello, modifica (DF 1º) el procedimiento de autorización de instalaciones eléctricas establecido en el Real Decreto 1955/2000, precisando (artículo 13, apdo. 5) cómo se inserta el nuevo trámite en el proceso de autorización. De acuerdo con esta regulación, para instalaciones de potencia térmica total o superior a 20 MW —límite establecido en la Directiva—,

- el peticionario debe presentar ante el órgano estatal el análisis de costes u beneficios para adaptar el funcionamiento de la instalación proyectada a la cogeneración de alta eficacia,
- se atribuye al órgano estatal — *Dirección General de Política Energética y Minas*— la potestad de denegar la autorización si no contempla la cogeneración si el análisis es favorable a su incorporación, así como

(31) Está disponible, en inglés, en la web de la Comisión Europea https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/ESArt14_1EN.pdf No he podido encontrar la versión española, ni inglesa, en la página del Ministerio. Tampoco me ha sido posible determinar, a los efectos de una eventual impugnación, la forma que adopta dicho documento —Acuerdo, Resolución, ...?—.

(32) Y que impone a los signatarios la elaboración de planes de energía y clima a nivel local con contenido muy detallado y metodología común.

la posibilidad de eximir a determinadas instalaciones concretas aun cuando los beneficios superen a los costes.

Procede recordar que la LSE, y el Real Decreto 1955/2000 sobre autorización de instalaciones de energía eléctrica, establecen el umbral de 50 MW para determinar la competencia estatal de otorgar autorizaciones sobre instalaciones de energía eléctrica; por debajo de dicho umbral la competencia sería autonómica. En el conflicto resuelto por la STC 171/2016, se alegó que este régimen tiene el efecto de sustraer de la competencia autonómica la autorización de las instalaciones térmicas entre 20 y 50 MW de potencia (33).

El TC afirma la constitucionalidad del precepto, en base a un criterio interpretativo basado, a su vez en Sentencias interpretativas de rechazo anteriores —disponiendo que «la referencia que se efectúa a la Dirección general de política energética y minas» *ha de ser entendida* en relación con las instalaciones cuya autorización corresponde al Estado.

2. Planificación territorial y urbanística: determinaciones de las políticas climáticas

Los anteriores planteamientos suponen un profundo cambio de enfoque tanto en relación al mercado de la energía —como recoge expresamente la Transición Energética europea— como en relación con las infraestructuras y el diseño de la ciudad. El punto de inflexión está en dejar de considerar las políticas climáticas exclusivamente a un nivel macro y micro —que implicarían planes estatales y medidas edificatorias— para incorporar un también un meso-nivel de acción que pivotaría, de forma principal, en los instrumentos de planificación: de planificación urbanística y territorial, y también de objetivos energéticos (reducción de emisiones y renovables) a nivel regional y local (34).

Un enfoque que influirá, en definitiva, en los instrumentos de planificación territorial y urbanística, y en la concepción y diseño de la ciudad. Como ya había influido previamente los modelos urbanos establecidos por el Acervo Urbano europeo, que ha configurado un nuevo urbanismo más sostenible

(33) La Generalitat de Catalunya, que plantea el conflicto, indica que la cogeneración tiene una importante implantación en Catalunya y aunque ninguna de las instalaciones superan los 50MW, muchas superan los 20 MW, por lo que, habiendo sido autorizadas por la Generalitat, su renovación, y la implantación de nuevas instalaciones equiparables, deberá ser ahora autorizada por el Estado.

(34) DvidHawkey, Janette Webb, Mark Winskel, «Organisation and governance of urban energy systems: district heating and cooling in the UK», *Journal of Cleaner Production* 50(2013), p. 24.

ambientalmente contrapuesto al enfoque expansivo anterior. Claro está que para ello habrá que superar la tradicional separación entre la legislación energética y la legislación urbanística que aún persiste entre nosotros (35).

Las medidas que ejecutan políticas locales energéticas y de clima vienen incluyendo ordenanzas sobre paneles solares y alumbrado público eficiente, renovación progresiva del parque público de transporte, carriles y viales para transporte sin motor, restricciones al tráfico privado, y gestión más eficiente de los residuos (36). Pero el alineamiento con las estrategias europeas requiere de un planteamiento con una mayor perspectiva, que acepte tanto los condicionamientos y limitaciones del planificador territorial que le imponen la políticas climáticas, como la apertura de la toma de decisiones y la gestión a los actores efectivamente implicados, esto es, que abandone los enfoques unilaterales para instalarse en planteamientos muchos más plurales en la toma de decisiones.

A) La consideración de las medidas de clima

En epígrafes anteriores se expuso cómo algunas de las obligaciones de planificación nacional en materia energética impuestas por las Directivas europeas redundaban en la reducción de la discrecionalidad del planificador para la calificación de suelo, por estar predeterminada, por ejemplo, la ubicación de nuevas zonas residenciales, industriales o de generación de energía, por evaluaciones y análisis previos; de igual forma, podrá afectar a la delimitación de unidades de ejecución, por estar condicionadas por la delimitación de unidades energéticas con suficiente densidad urbana y «usos mixtos» (residencial/industrial) que asegure la complementariedad horaria de oferta y demanda, y el aprovechamiento máximo de energías locales y sobrantes (37); la incorporación

(35) En este sentido, la templada invocación a la «coordinación con planes urbanísticos» que recoge el artículo 5 de la LSE; respecto a la legislación anterior, del mismo criterio Joaquín NEBREDÁ PÉREZ, citado por Vanesa RODRÍGUEZ AYALA, «El régimen de implantación y financiación de la red de distribución eléctrica. Convergencia con la disciplina urbanística», en *El Derecho Urbanístico del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Martín Bassols Coma*, Tomo II, Ordenación del Territorio y Urbanismo, Ed. Reus – Colegio de Registradores de España, 2008

(36) Vid. Primer Informe (2007) sobre las Políticas Locales de Lucha contra el Cambio Climático ha sido elaborado por la Red Española de Ciudades por el Clima, como Sección de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), con la asistencia técnica de CONSULNIMA.

<http://www.redciudadesclima.es/files/documentacion/43e5155486b25d1be2b17176a120288b.pdf>

(37) Laurence Rocher, «Climate-Energy Policies, Heat Provision, and Urban Planning: A renewal of Interest in District Heating in France: Insights from National and Local Levels», *Journal of Urban Technology*, 2014, Vol.21, N. 3, p. 12.

en la planificación de la renovación de edificios por razones de eficiencia energética al menos cuando sea jurídicamente exigible tal renovación; la ubicación de nuevos desarrollos residenciales e industriales que posibiliten el aprovechamiento del potencial local previamente determinado; la participación local en la planificación energética —o la toma en consideración en ésta de las necesidades locales— en orden a incluir las necesidades de renovación de infraestructuras energéticas tal y como prevé la Directiva europea de renovables; la participación en la planificación y mapeado del paisaje, en el marco del Convenio de Florencia, haciendo coincidir las intervenciones con las nuevas infraestructuras energéticas para evitar y reducir la contaminación visual (38), etc., etc.

Mención separada merecen los distritos urbanos de calefacción y refrigeración, en los que, como se vio, la UE está haciendo especial hincapié, y reflexionar sobre su consideración urbanística, en torno a las categorías de sistema general o dotación pública, general o local, a los efectos de incluirlos o no en el planeamiento y de determinar quién asume su coste —de construcción y, antes, de adquisición del suelo preciso (39). Será distinto el caso, por ejemplo, de distritos de calor y refrigeración asociados a una específica unidad de ejecución o la planificación general de redes de distrito en un municipio vinculado a las determinaciones de un Plan Local de Energía y Clima que programa el despliegue de redes en varias fases. Con el mismo objetivo de determinar el costo de las dotaciones, habría también que reflexionar si las redes de calefacción y refrigeración constituyen meras infraestructuras, en las que se financia sólo el suelo donde se van a localizar, o pueden calificarse de equipamiento, que habrá de considerar además del suelo, el coste de la infraestructura y la construcción de la misma. ¿Cabe pues considerar los «equipamientos energéticos» diferenciados de las «infraestructuras energéticas»? ¿Se le da continuidad respecto de las redes energéticas urbanas, en el marco de un nuevo modelo energético descentralizado, a la consideración urbanística del suministro de energía asociado a la conducción, la transformación y la distribución de energía coherente con un modelo energético vertical y centralizado?

Aun cuando no existe una tradición entre nosotros de este tipo de redes, lo cierto es que hay un crecimiento de alrededor del 20% anual desde 2013 hasta llegar a un total de 352 redes censadas que se estiman en una longitud

(38) *Ibidem*.

(39) Sigo aquí, aplicándolo a estas redes, las precisiones que sobre estos conceptos se contienen en LASAGABASTER HERRARTE, I., «Dotaciones Públicas, Sistemas Generales y algunas perversiones del Sistema Urbanístico», *El Derecho Urbanístico del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Martín Bassols Coma*, Tomo II, Ordenación del Territorio y Urbanismo, Ed. Reus – Colegio de Registradores de España, 2008, pp. 347-372

que supera los 600 km en 2017. De los últimos datos presentados, es de interés resaltar los siguientes (40):

- Número de redes por CCAA: encabezada por Cataluña (118), Castilla y León (56) y Navarra (31);
- Potencia instalada por CCAA: encabezada por Cataluña (442 MW), seguida de Madrid (332 MW) y Navarra (143 MW), lo que representa el 75% de la potencia total instalada;
- El 48% de las redes censadas es de titularidad pública, pero el 41% de la potencia instalada es de titularidad mixta (pública 20%, privada 39%);
- 3 de cada 4 redes de calor y frío utilizan biomasa solamente o en combinación con otras fuentes de energía (273 MW biomasa, seguida en segundo lugar por 65 MW de gas natural como fuentes de energía consumidas).

Esta progresión podría indicar que estas nuevas propuestas encajan con normalidad en el actual marco urbanístico; sin embargo se trata de una visión equivocada, y la interpretación adecuada posiblemente sea la contraria: las nuevas propuestas, por su propio interés y oportunidad, resultan practicable aun a pesar del actual marco urbanístico y energético. Así lo expresa, para el caso de Cataluña, las conclusiones del Proyecto europeo SmartReflex (41), que, entre otras, identifica una barrera normativa en el reglamento electrotécnico de baja tensión, que no tiene en cuenta la situación en la que un bloque está conectado a una red de DHC en el sentido de permitir potencias menores a las mínimas fijadas y de esta manera evitar un sobredimensionamiento y sobrecoste de la red eléctrica. Ello requiere la solicitud de una exención reglamentaria acompañando un estudio energético fundamentado al organismo público competente en la materia.

B) Insistiendo en la coordinación

Urge una renovación de nuestra legislación territorial y urbanística para acoger estas determinaciones, en orden a hacer posible una transición ener-

(40) Datos disponibles en la web de ADHAC —Asociación de empresas de redes de calor y frío— tomados del censo de 2017, <http://www.adhac.es/Priv/propio.php?id=8>.

(41) Vid. ESTRADA ALIBERAS, J. *et al.*, «El fomento de las redes urbanas de frío y calor —DHC— con fuentes de energía renovable. El Proyecto Europeo SMARTREFLEX y sus aplicaciones en Cataluña», en *Políticas Locales de Clima y Energía. Teoría y Práctica*, S. GALERA y M. GÓMEZ (coords.), INAP 2018 (en prensa). Una presentación del Informe final del proyecto está accesible en <http://glocalres.com/wp-content/uploads/2017/06/Presentacion-ESTRADA.pdf>

gética y unas medidas climáticas que son reto y oportunidad y que requieren una gestión y un gobierno decididamente plural y coral. Actualmente, ni las fórmulas orgánicas ni las funcionales arbitradas en el ordenamiento español resultan, a mi entender, adecuadas para la participación multinivel que requieren las políticas de clima. Sobre las funcionales ¿qué significa la redacción del artículo 22.3 de la Ley del Suelo de 2015, que prevé que se recaben los informes de otras autoridades en la tramitación de desarrollos urbanos «cuando sean preceptivos»? Este sorprendente precepto (relacionar los informes que preceptivamente se han de recabar siempre y cuando otra norma los haya ya establecido como preceptivos) posiblemente se explique por el afán de la sistemática afirmación y controversia competencial que vienen acompañando a la normativa, general y sectorial, desde su publicación en los diarios oficiales. Pero esto remite a una futura declaración jurisprudencial que aclare el alcance de sus determinaciones.

Sobre las técnicas orgánicas de coordinación, en la legislación aludida, el referido afán de afirmación competencial desemboca en la unilateralidad de la acción, sin que aparezca rastro del gobierno multinivel al que tan insistentemente se refieren los programas y estrategias europeas. Como fórmula típica de coordinación, las Conferencias Sectoriales se manifiestan en su actual configuración como instrumentos claramente insuficientes, a la vista del número de reuniones y la agenda en los últimos años; en particular, y en los ámbitos que aquí interesan, son elocuentes los siguientes datos (42):

- Conferencia Sectorial para Asuntos Locales: 1 reunión constitutiva en 2003, 1 reunión en 2005, 1 reunión en 2006; presidida por el Ministerio de Administraciones Públicas, son miembros los Consejeros autonómicos competentes y los representantes designados por la FEMP;
- Conferencia Sectorial de Vivienda, Urbanismo y Suelo: 1 reunión en 2013 (año de aprobación de la ya derogada Ley de Rehabilitación y del Plan de Estatal de Rehabilitación 2013-2016), 1 en 2014 (año de aprobación de la Programación 2014-2020 de Fondos Europeos), 0 en 2015 (año de aprobación del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación y del Acuerdo de Asociación del Reino de España con la Comisión Europea para la ejecución de los Fondos Europeos), 0 en 2016 (junio).
- Conferencia Sectorial de la Energía, se reúne 2 veces en 2011, 0 en 2012, 1 en 2013 (año de aprobación de la nueva Ley del Sector Eléctrico) y 1 en 2014.

(42) Datos disponibles en http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/politica_autonoma/coop_autonomica/Conf_Sectoriales/Documentacion.html, último acceso julio 2016.

Recientemente, el nuevo gobierno ha creado la *Comisión Interministerial para el Cambio Climático y la Transición Energética* —Real Decreto 958/2018, de 27 de julio— que, entre otras funciones, pretende «coordinar las actuaciones de los órganos concernidos de la Administración General del Estado, para la elaboración del Anteproyecto de Ley de cambio climático y transición energética, del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima o de la estrategia para la descarbonización de la economía a 2050». Claro es que se está refiriendo a una coordinación «horizontal», en el ámbito de la Administración General del Estado. Habrá que estar atentos cómo se aborda la coordinación «vertical» o multinivel: si reformando la *Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático* —en la que las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales tienen una representación mínima (43)—, si sustituyendo la anterior por una estructura organizativa nueva o apoyando las funciones en materia de energía y clima en la convocatoria regular e insistente de las Conferencias Sectoriales concernidas.

Por último, hay retos pendientes desde hace años que redundarían en una Administración más eficaz, aprovechando los nuevos instrumentos tecnológicos disponibles, lo que resulta particularmente adecuado en la gestión del territorio y las políticas ambientales. Me estoy refiriendo a los Sistemas de Información Geográfica (SIGs) que ya hace unos años introdujo la Directiva 2007/2/CE, por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (Inspire): precisamente, la Directiva contiene unas normas generales para el establecimiento en Europa de una infraestructura de información espacial con el fin de utilizarla en las políticas ambientales de la Unión Europea (UE) y en políticas o actividades que puedan influir en el medio ambiente. Los Sistemas SIGs se han desarrollado en toda Europa, pero este desarrollo está aún lejos del potencial que proporcionarían a una gestión del territorio racional, transparente y objetiva, que utilice dichos datos espaciales, de forma sistemática, en los procedimientos administrativos de autorización de usos de suelo y otras actividades humanas con impacto en los recursos natu-

(43) La Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático adoptó el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático en España, aprobado en 2006 por el Consejo de Ministros. La Comisión está presidida por el Secretario de Estado de Medio Ambiente y cuenta con los siguientes vocales: 17 por parte de la AGE, 1 por cada CCAA, 1 para Ceuta, 1 para Melilla y 1 representante de las entidades locales (artículo 3 de la Ley 1/2005). Adicionalmente, el artículo 3bis del mismo texto dispone que «El Consejo Nacional del Clima garantizará la participación de las organizaciones sindicales, empresariales y ambientales en el seguimiento de la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión en cuanto a sus efectos en la competitividad, la estabilidad en el empleo, la cohesión social y la coherencia ambiental». Por último, debe de mencionarse la Oficina Española de Cambio Climático, adscrita a la Secretaría de Estado de Medio Ambiente (Real Decreto 895/2017, artículo 4), con rango de Dirección General.

rales: SIGs que recogen las afecciones y calificaciones de los suelos y de las aguas, las zonificaciones a efectos de contaminación acústica y atmosférica, las catalogaciones de recursos geológicos y forestales . etc., debidamente coordinados y preceptivamente accesibles a golpe de «click» en un procedimiento administrativo, e incorporados en el correspondiente expediente (44).

IV. LAS MÚLTIPLES BARRERAS

En base a todo lo anteriormente expuesto, puede sostenerse que las estrategias europeas de clima y energía se enfrentan en nuestro país, al menos, a tres tipos de barreras regulatorias y administrativas: la barrera de la unilateralidad, la barrera de la inseguridad jurídica, y la barrera del anacronismo normativo.

Algunas manifestaciones de la *barrera de la unilateralidad* acaban de exponerse, evidenciando que nuestros instrumentos paradigmáticos de coordinación, las Conferencias Sectoriales, son poco más que letra muerta muy alejadas del foro de participación interadministrativa que en principio pretendieron ser. Otra manifestación de importantes consecuencias, que no se percibe en relación con la falta de coordinación multinivel, tiene origen en el cambio de regulación en los incentivos a las energías renovables: el Plan Nacional de Energías Renovables 2005-2010 estableció un objetivo de 450 MW de potencia instalada de energía fotovoltaica para todo el período. Por efecto del Real Decreto de 2007 que estableció un más que generoso marco cuantitativo y temporal de tarifas primadas, se acabó dicho año con una potencia instalada de 526 MW. No obstante, se siguieron autorizando nuevas instalaciones, con derecho a tarifa primada, por parte de 18 autoridades: la estatal o alguna de las 17 autonómicas en función de la ubicación y de que se sobrepasara, o no, los 50 MW de potencia. Sólo se reaccionó cuando se sobrepasó en más de seis veces los objetivos del documento de Planificación —esto es, cuando se llegó a una potencia instalada con derecho a tarifa primada de 2.707 MW a finales de 2008.

Algo tendrá que ver en el desaguizado —además de la eventual oportunidad de tan generoso marco regulador— que las autorizaciones se siguieran otorgando por dieciocho autoridades al margen de un mínimo racional de coordinación: una orquesta sinfónica actuando sin director, ni al tiempo de planificar ni al tiempo de ejecutar los planificado.

(44) Una experiencia similar a la propuesta es *Environmental Geographic Information System (GIS) of Drama Regional Unit (East Macedonia Thrace Region-Greece). The application of a Decision Support System & Public Information tool in Greek Administration sector*, que puede consultarse en <http://pedramas-pamth.maps.arcgis.com/apps/Viewer/index.html?appid=80f1400abed9478d8f33ac04bbe010a3> (último acceso 2 de junio 2018).

La alusión a la *barrera de la inseguridad jurídica* hace referencia a la profusión de Sentencias interpretativas de rechazo que han resuelto contenciosos relacionados con la normativa energética llevados ante el Tribunal Constitucional, en algunos casos aplicando criterios contenidos en previas Sentencias interpretativas de rechazo. El mantenimiento del ordenamiento jurídico en base al principio de interpretación conforme resulta en ocasiones forzado y desconcertante, como se puso de manifiesto en la STC 171/2016 que arriba refirió (45). Recordemos que, en interpretación conforme, se mantuvo la constitucionalidad de un marco normativo que no podía exhibir peor técnica normativa al trasponer una norma comunitaria: la Disposición Final de un Real Decreto dirigido a regular unas cualificaciones profesionales, modifica el régimen general de autorización de instalaciones eléctricas establecido en otro Real Decreto.

Por último, y conectada con la anterior, la *barrera del anacronismo normativo*, que quizás sea la más grave, con no ser leves las anteriores, porque, de no remontarse, se corre el riesgo de desconectar del entendimiento europeo de términos y conceptos a los que dotamos de un diferente significado.

El primer anacronismo normativo lo encontramos ya en la propia Constitución, tal y como viene siendo aplicada por su intérprete auténtico, el Tribunal Constitucional; esta circunstancia se transmite luego, a nivel legal y reglamentario, en el ordenamiento que desarrolla y concreta aquellas provisiones constitucionales. Como continuación se razona, el anacronismo de los conceptos constitucionales es remontable pero requiere una renovación profunda de su entendimiento en la doctrina constitucional; por el contrario, en el plano infraconstitucional, es urgente una revisión y adaptación de sus preceptos.

Un ejemplo claro se manifiesta en la STC 32/2016, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, en el que expresamente se rechaza un cambio de doctrina en materia de energía. La Sentencia no arroja novedades destacables toda vez que resuelve en base a criterios ya establecidos en Sentencias anteriores sobre los títulos competenciales en presencia (46) que se aplican aquí con notable automatismo. Los reproches de inconstitucionalidad se basaron exclusivamente en cuestiones de titularidad competencial, manifestándose de nuevo la cuestión de la viabilidad de la competencia básica, en energía y coordinación general de la economía ex artículos 149.25 y 149.13° respectivamente, para amparar facultades de ejecución —normativas y administrativas—.

(45) Vid. Supra II.1.2.

(46) Sobre esta sentencia vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X., «La distribución de competencias en materia energética: bloque de constitucionalidad y jurisprudencia constitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 99-100, 2014 (ejemplar dedicado a: «Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo»), pp. 441-463.

De nuevo, se afirmó tal posibilidad en base a una interpretación expansiva, ya muy familiar, de dichos títulos competenciales, a una consideración acentuadamente material del concepto de «bases estatales» y a la aceptación de la técnica de la remisión reglamentaria y las funciones ejecutivas como excepción a las exigencias del principio de ley formal (FJ4º) cuando resulten complemento necesario de aquellas bases. Por otra parte, y para salvar la constitucionalidad de un precepto cuestionado se acude a la resbaladiza técnica de la interpretación conforme (FJ 5º) aplicando una interpretación conforme anterior (STC 18/2011 y 181/2013, ambas en relación con la Ley del Sector Eléctrico de 1997, rechazando el cambio de doctrina que se había planteado).

Aunque es una obviedad, parece que resulta necesario recordar que el entendimiento, rozando la tercera década del siglo XXI, de lo que ha de entenderse por «energía» no puede ser idéntico al que en 1978 subyacía en el mismo término cuando el legislador constitucional lo plasma en el artículo 149.1.25:

- en primer lugar, porque no está claro que el título competencial que ampara las nuevas energías de fuente renovable que el progreso tecnológico ha hecho posibles haya de residir en el mismo titular a quien en su día se atribuyeron las funciones relacionadas con los hidrocarburos y la energía nuclear, proveedoras casi únicas del sistema energético en 1978;
- en segundo lugar, porque la interpretación inicial del término energía excluía, como es natural, el intenso componente ambiental que las estrategias europeas han ido incorporando en sus políticas energéticas, al punto de determinar un cambio en el texto de los Tratados que visualizan la ambientalización de la energía en clave europea. Desde esta perspectiva, la apoyatura que al título «energía», que comprende, sólo, las «bases de régimen minero y energético» (ex art. 149.1.25) le vienen proporcionando otros títulos competenciales estatales, como el de las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (ex art. 149.1.13) debería a mi entender al menos completarse —si no sustituirse— por la consideración de las competencias ambientales ex artículo 149.1.23.
- en tercer lugar, y a diferencia de algunos Estatutos reformados, el texto constitucional no tiene una referencia expresa al «cambio climático», lo que en principio y en defecto de reforma constitucional expresa debería compensarse con un reforzamiento del componente ambiental de la energía: y es que la lucha contra el cambio climático no sólo constituye un objetivo de la Política Ambiental Europea sino que algunos de sus principales instrumentos de actuación son, precisamente, medidas energéticas.

En el plano infraconstitucional, ya se han referido algunas de las carencias de nuestro marco normativo, en relación con la planificación energética, la planificación territorial, la gestión urbanística o la potencia mínima de energía contratada que impone el Reglamento de Baja Tensión. A ello habría que añadir otras con enorme protagonismo en el proceso de transición energética en el que teóricamente nos encontramos: en este sentido, cabe referir la necesidad que se ha planteado de reformar la venerable Ley de Minas (47) para incentivar el aprovechamiento de la energía geotérmica somera y sacarla del tratamiento legal que se aplica a las grandes prospecciones.

Este liviano recorrido por la legislación española que enmarca las acciones locales por el clima pone de manifiesto la necesidad de una revisión coherente con el modelo europeo de sociedad y de ciudad que se ha establecido ya en las estrategias de las instituciones, y que llevan los adjetivos de «sostenible, inteligentes e inclusivas» e imponen una nueva forma de adopción de decisiones mucho más participativas y muchos menos unilaterales que las que propicia el actual marco español. Las próximas décadas abrirán extraordinarias posibilidades de renovación de las ciudades, una perspectiva en la que, formalmente, nuestro país se encuentra comprometido. El coste de ejecución del Acuerdo de París 2015 —100 billones anuales— y el coste estimado de la transición energética constituyen una gran oportunidad para las ciudades y núcleos de población, pero requiere un esfuerzo de planificación para la movilización de estos recursos, públicos y privados, nacionales e internacionales. Quizás un primer paso de voluntad política sería abandonar el podio de los incumplimientos del Derecho Ambiental Europeo: este país tiene el dudoso honor de encabezar, año a año (48), los procedimientos por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, lo que, estoy segura, tiene mucho que ver con un sistema de gobierno de afirmación frenética de la propia competencia y de marginación sistemática de una auténtica coordinación competencial o gobierno multinivel al que se nos viene instando reiteradamente desde las instancias europeas.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALENZA GARCÍA, J.F. y SANZ RUBIALES, I., «Las energías renovables y la eficiencia energética como instrumentos claves en la lucha contra el cambio climático», en GALÁN VIOQUE, R. y GONZÁLEZ RÍOS, I. (Dir.), *Derecho de las Energías Reno-*

(47) Vid. REGUEIRO Y GONZÁLEZ-BARRIOS, M., «La geotermia somera: la solución renovable desconocida en España», en *Políticas Locales de Clima y Energía. Teoría y Práctica*, S. GALERA y M. GÓMEZ (coord.), INAP 2018, p. 173 y ss.

(48) ec.europa.eu/environment/legal/law/statistics.htm.

- vables y la Eficiencia Energética en el Horizonte 2020, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 451 y ss.
- ARZOS SANTISTEBAN, X., «La distribución de competencias en materia energética: bloque de constitucionalidad y jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014, pp. 441-463.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 10, 2010, pp. 286-329.
- BASSOLS COMA, M., «La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible», en *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, ESTEVE PARDO, J. (coord.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona 2006, pp. 688-707.
- COLMENAR-SANTOS A., BORGE DÍEZ, D., ROSALES-AENSIO E., *District Heating and Cooling Networks in the European Union*, Springer International Publishing AG, 2017, pp. 2 y 26.
- Comité de las Regiones, *Local and Regional State of Play and Policy Recommendations Concerning Sustainable Heating and Cooling: focusing on EU level*, 2016.
- ESTOA PÉREZ, A., «Descoordinación de competencias en materia de energías renovables», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº. 27, 2011.
- ESTRADA ALIBERAS, J. et al., «El fomento de las redes urbanas de frío y calor –DHC– con fuentes de energía renovable. El Proyecto Europeo SMARTREFLEX y sus aplicaciones en Cataluña», en *Políticas Locales de Clima y Energía. Teoría y Práctica*, S. GALERA y M. GÓMEZ (coord.), INAP 2018.
- GALERA RODRIGO, S., «Las competencias en materia de clima: la complejidad jurídica del Gobierno Multinivel», en GALERA RODRIGO, S., GÓMEZ ZAMORA, M. (Dirs.), *Políticas Locales de Clima y Energía. Teoría y Práctica*, INAP 2018, pp. 231 y ss.
- Urbanismo sostenible: Instrumentos jurídicos para su ejecución, en esta REVISTA, nº Extra 9, 2007 (ejemplar dedicado a: «El nuevo régimen del suelo»), pp. 15-48.
- HAWKEY, D., JANETTE WEBB, J., WINSKEL, M., «Organisation and governance of urban energy systems: district heating and cooling in the UK», *Journal of Cleaner Production* 50 (2013), p. 24.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., «Dotaciones Públicas, Sistemas Generales y algunas perversiones del Sistema Urbanístico», *El Derecho Urbanístico del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Martín BASSOLS COMA*, Tomo II, Ordenación del Territorio y Urbanismo, Ed. Reus – Colegio de Registradores de España, 2008, pp. 347-372.

- LÓPEZ RAMÓN, F., El urbanismo sostenible en la legislación española, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Año nº 51, nº 311, 2017 (ejemplar dedicado a: «Especial 50 aniversario»), pp. 269-276.
- LOZANO CUTANDA, B., «Derecho Ambiental. Algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, Madrid, mayo-agosto (2016).
- MENÉNDEZ REXACH, A., Urbanismo sostenible y clasificación del suelo, *Revista catalana de dret públic*, nº. 38, 2009, pp. 119-145.
- MUÑOZ AMOR, M.M., «Las consideraciones climáticas en la nueva Política Agraria Común», en GALERA RODRIGO, S., GÓMEZ ZAMORA, M. (Dirs.), *Políticas Locales de Clima y Energía. Teoría y Práctica*, INAP 2018, pp. 653 y ss.
- NAVA ESCUDERO, C., «El Acuerdo de París. Predominio del Soft Law en el Régimen Climático», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 147, diciembre 2016, pp. 99-135.
- PAREJO ALFONSO, L., Urbanismo y medio urbano bajo el signo del desarrollo sostenible, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100, 2014 , pp. 2313-2333.
- QUINTANA LÓPEZ, T., Hacia un modelo de urbanismo sostenible, Urbanismo sostenible, rehabilitación, regeneración y renovación urbanas / coord. por Ana Belén CASARES MARCOS; Tomás QUINTANA LÓPEZ (dir.), 2016, pp. 15-70.
- ROCHER, L., «Climate-Energy Policies, Heat Provision, and Urban Planning: A renewal of Interest in District Heating in France: Insights from National and Local Levels», *Journal of Urban Technology*, 2014, Vol. 21, N. 3, p. 12.
- RODRÍGUEZ AYALA, V., «El régimen de implantación y financiación de la red de distribución eléctrica. Convergencia con la disciplina urbanística», en *El Derecho Urbanístico del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Martín Bassols Coma*, Tomo II, Ordenación del Territorio y Urbanismo, Ed. Reus – Colegio de Registradores de España, 2008
- RODRÍGUEZ CHAVES-MIMBRERO, B., «La regulación climática en el medio natural: absorción y compensación CO₂ en el sector UTCUTS y el singular potencial de los Montes», en GALERA RODRIGO, S., GÓMEZ ZAMORA, M. (Dirs.), *Políticas Locales de Clima y Energía. Teoría y Práctica*, INAP 2018, págs.. 684 y ss.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M., «Energía y medio ambiente: marco normativo y aplicación judicial», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 21, 2012.
- REGUEIRO Y GONZÁLEZ-BARRIOS, M., «La geotermia somera: la solución renovable desconocida en España», en *Políticas Locales de Clima y Energía. Teoría y Práctica*, S. GALERA y M. GÓMEZ (coords.), INAP 2018, p. 173 y ss.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., «Elementos Jurídicos para la sostenibilidad urbana» *El Derecho Urbanístico del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Martín Bassols*

Coma, Tomo II, Ordenación del Territorio y Urbanismo, Ed. Reus – Colegio de Registradores de España, 2008, pp. 575-627.

VIHMA, A., «Analizing Soft Law and Hard Law in Climate Change», en Hollo, E.J., Kulovesi, K., and Mehling, M. (Editors), *Climate Change and the Law*, Springer, Dordrecht 2013.

LA COMPETENCIA SOBRE LA ATRIBUCIÓN POR LEY DE BIENES VACANTES: A PROPÓSITO DE LAS SSTC 40/2018 Y 41/2018 (*)

CARMEN AGOUÈS MENDIZÁBAL

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.– II. LA CONTROVERSI A TORN O A LA NATURALEZA DE LOS PRECEPTOS QUE REGULAN EL DESTINO DE LOS BIENES VACANTES: 1. Evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional. 2. La naturaleza civil de la competencia en las sentencias 40/2018 y 41/ 2018.– III. EL «DESARROLLO» AUTONÓMICO DEL DERECHO CIVIL FORAL O ESPECIAL: 1. La distribución competencial en materia de Derecho Civil. 2. El «desarrollo» del derecho civil foral o especial y el criterio de la conexión.– IV. LA DOCTRINA DEL TC EN LAS SSTC 40/2018 Y 41/2018 EN TORNO AL CRITERIO DE CONEXIÓN: 1. Las alegaciones de las partes. 2. La posición del Tribunal Constitucional. 3. El voto particular.– V. CONCLUSIONES.– VI BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo analiza la controversia competencial planteada en relación a la regulación realizada tanto por el legislador navarro como por el legislador aragonés en torno a los bienes vacantes. Son dos las cuestiones troncales debatidas: cuál es la materia que subyace en la atribución por Ley de títulos vacantes y, en consecuencia, el título competencial específico aplicable a la controversia planteada; y en segundo lugar, el alcance del título competencial «desarrollo» autonómico del Derecho civil especial o foral; especialmente, se trata de analizar la necesaria conexión material entre la concreta regulación y una institución civil preexistente en el Derecho civil foral o especial.

Palabras clave: adquisición por ley de bienes patrimoniales; bienes vacantes; derechos civiles especiales; desarrollo de los derechos civiles forales o especiales; conexión material.

ABSTRACT: *This paper analyzes the competence controversy raised in relation to the regulation carried out by the Aragonese and Navarre legislator around bona vacantia. They are two the main debated questions: what is the matter that underlies in the attribution by Law of bona vacantia and, consequently, the specific competence title applicable to the controversy raised; and secondly, there discusses the scope of the regional «development» competency title of the special or foral civil law; and, especially,*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 17 de junio de 2018 y evaluado favorablemente para su publicación el 10 de agosto de 2018.

it is about analyzing the necessary material connection between the concrete regulation and a preexisting civil institution in the special or foral civil law.

Keywords: legal acquisition of patrimonial goods; bona vacantia; special civil law; «development» of foral or special civil law; material connection.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Dos recientes decisiones del TC han intentado establecer un criterio hermenéutico clave para la comprensión del reparto competencial entre el Estado y las CC. AA. en relación con la atribución por ley de los inmuebles vacantes, ámbito material cuyo encuadre en el ámbito público o privado no resulta pacífico. La Constitución no contiene determinación alguna que establezca la atribución en exclusiva de los bienes vacantes al patrimonio del Estado. En la actualidad, es la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) (1), la que atribuye a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño (2), al amparo del art. 149.1.8 CE de la Constitución española, en cuya virtud corresponde al Estado la competencia exclusiva en materia civil, *sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.*

El debate doctrinal surgió a raíz de la Ley 11/1981, de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña, cuyo artículo 11 atribuía a la Comunidad Autónoma de Cataluña el derecho a reivindicar los bienes inmuebles retenidos o disfrutados sin título válido por entidades o por particulares. Este precepto fue declarado nulo por la STC 58/1982 por entender que la atribución de los bienes vacantes es un derecho que corresponde al Estado en su conjunto como titular de la soberanía. Esta orientación jurisprudencial ha ido evolucionado, pero como veremos, sigue siendo un debate abierto no sólo en la doctrina (3) sino también en el seno del propio Tribunal Constitucional, una evolución y controversia jurídico-técnica todavía hoy viva y que se plasma de manera clara en las sentencias 40/2018 y 41/2018.

La Sentencia 40/2018, de 26 de abril de 2018 (4), resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de

(1) BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 2003.

(2) Art. 17.1 LPAP.

(3) *Vid.* sobre bienes sin dueño el trabajo de LACRUZ MANTECÓN (2012: pp. 11-47); CHINCHILLA MARÍN (2001: p. 180 y ss.); DEL POZO SIERRA (2013: pp. 237-295); GARCÍA CANTERO (1965: pp. 9-78).

(4) BOE, 29 de mayo de 2018.

los arts.15 y 16 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra. En esta sentencia el TC analiza la constitucionalidad de los preceptos legales forales que bajo la rúbrica «Adquisición de bienes y derechos» y «Formas y negocios jurídicos de adquisición» prevén la atribución a la Comunidad Foral de Navarra de los inmuebles vacantes situados en su territorio (art. 15) y de los saldos y depósitos abandonados en entidades financieras sitas en Navarra (art. 16).

La parte recurrente entiende que la citada regulación excede de las competencias para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, atribuidas a la Comunidad Foral Navarra en los arts. 45.6 y 48 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA), vulnerando con ello la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil ex artículo 149.1.8 CE. Asimismo, se sostiene que dicha regulación entra en directa contradicción con los arts.17 y 18 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP), dictados estos últimos al amparo de la competencia estatal prevista en el art.149.1.8 CE (5).

En definitiva, lo que se debate es si los arts.15 y 16 de la Ley Foral 14/2007 impugnados pueden ser incardinados o no dentro de la competencia exclusiva en materia de Derecho civil foral de la Comunidad foral Navarra (art. 149.1.8 CE y art. 48 LORAFNA).

La Sentencia 41/2018, de 26 de abril de 2018 (6) resuelve sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el presidente del Gobierno en relación con la disposición adicional sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón, y la disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley de patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre (7). La disposición adicional sexta

(5) La disposición final segunda 2 de esta la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas, establece que los artículos 17 y 18 «se dictan al amparo del artículo 149.1.8 CE y son de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan».

(6) BOE, 29 de mayo de 2018.

(7) Con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 4/2013 al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial de Aragón*, el 1 de enero de 2014, quedó derogada la Ley 5/2011. En el FJ2 de la Sentencia 41/2018, el TC entiende que la disposición adicional sexta del Decreto Legislativo 4/2013 tiene un contenido idéntico al texto original de la Ley 5/2011 de 2011, por lo que la derogación de la Ley 5/2011 no supone la pérdida de objeto del recurso de inconstitucionalidad. Se señala que en la medida en que el recurso discute la competencia autonómica para dictar los preceptos impugnados, resulta patente que la controversia trabada no se ve alterada por la derogación de uno de ellos, por lo que subsiste el interés de un pronunciamiento del propio Tribunal Constitucional sobre la titularidad de la competencia discutida (SSTC 40/1998, de 19 de febrero, y 233/1999, de 16 de diciembre).

de ambas normas prevé la atribución a la Comunidad Autónoma de Aragón de las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria. La parte recurrente entiende que esta disposición entra en directa contradicción con el artículo 17 de la LPAP, en cuanto la normativa aragonesa atribuye la titularidad de los bienes vacantes a la Comunidad Autónoma de Aragón, y la normativa estatal a la Administración general del Estado.

Ambas sentencias analizan, en primer lugar, la cuestión relativa a la calificación de la competencia en virtud de la cual se incorporan al Patrimonio del Estado los bienes vacantes. Como veremos, el Alto Tribunal encuadra la cuestión debatida en el ámbito del Derecho civil, concretamente en torno al concepto de «desarrollo» autonómico del Derecho civil especial o foral. En segundo lugar, se aborda la cuestión de si existe o no una conexión directa e inmediata entre el Derecho Civil foral aragonés y el Derecho Civil foral navarro y la adquisición por Ley de bienes vacantes; concretamente se trata de dilucidar si existe una conexión suficiente que permita legislar a la Comunidad Autónoma de Aragón y a la Comunidad Foral Navarra en relación a la atribución por ley de los bienes vacantes.

La totalidad de los magistrados se muestran de acuerdo en el canon de constitucionalidad que resulta aplicable (legislación civil, previsto en el art.149.1.8CE); sin embargo, en ambas sentencias se emite voto particular suscrito por cinco de los magistrados que pone de relieve la falta de consenso en torno a la existencia de la necesaria relación entre la atribución de los bienes inmuebles vacantes y el derecho propio de Navarra o Aragón que legitime constitucionalmente la regulación que se contiene en las normas impugnadas.

La cuestión clave es, por tanto, conocer el alcance de la noción «desarrollo de los derechos civiles forales o especiales» para apreciar si concurre o no el requisito de conexidad entre la nueva regulación normativa y las instituciones forales preexistentes.

En las líneas que siguen incidiremos en las principales cuestiones planteadas en ambos recursos, centradas en la calificación jurídica de la materia objeto de controversia y en la necesaria conexidad o conexión de la previsión del legislador autonómico con instituciones forales preexistentes.

II. LA CONTROVERSIA EN TORNO A LA NATURALEZA DE LOS PRECEPTOS QUE REGULAN EL DESTINO DE LOS BIENES VACANTES

1. Evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional

En ambas sentencias (SSTC 40/2018 y 41/2018), el TC ha tenido que afrontar una labor de calificación jurídica que deviene clave para la resolución

del ambos recursos y en última instancia para la declaración acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos impugnados.

El TC se plantea si la atribución a la Comunidad Foral de Navarra de los inmuebles vacantes situados en su territorio y de los saldos y depósitos abandonados en entidades financieras sitas en Navarra (STC 40/2018), o la atribución a la Comunidad Autónoma de Aragón de las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria (STC 41/2018), constituye un ámbito material incardinable en la materia jurídico civil, como el que deriva de la regulación de las formas o modos jurídicos de adquisición de la propiedad, o ha de interpretarse que se trata de una dimensión jurídico pública, es decir, si ha de quedar adscrita al conjunto de facultades y prerrogativas que corresponden a las Administraciones públicas para la defensa y conservación de sus bienes patrimoniales.

Si se optara por la primera de las dos interpretaciones posibles el título competencial en juego sería el previsto en el art. 149.1.8 CE, mientras que si la operación calificatoria condujera a defender su adscripción al ámbito jurídico público, sería el art. 149.1.8 CE, el que sirviera como base para el pronunciamiento del TC.

La propia trayectoria jurisprudencial del TC generaba interrogantes adicionales a la compleja cuestión de delimitación competencial planteada y ahora resuelta en las recientes sentencias que inspiran el presente análisis. En efecto, la doctrina del TC sobre los bienes vacantes fue acuñada en un primer momento en la temprana STC 58/1982, de 27 de julio, que declaró la inconstitucionalidad de un precepto de la ley catalana que atribuía a la Generalitat la titularidad de los bienes mostrencos que se hallasen en su territorio (8). El Tribunal Constitucional argumentó que el derecho a los mostrencos es una derivación de la vieja regalía como muy claramente se manifiesta en el Decreto de Carlos III, de 27 de noviembre de 1785 (Novísima Recopilación, 10, 22, 6), al referirse a «los bienes mostrencos, abintestatos y vacantes que pertenecen a mi Corona», que luego pasó a la Ley de 9 de mayo de 1835 o Ley de Mostrencos y con posterioridad a otras normas estatales, y que «por ello, en cuanto que la titularidad de la soberanía corresponde al Estado en su conjunto y no a ninguna de sus instituciones en concreto, sólo el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado y no de una de sus partes puede modificar la actual atribución de los bienes vacantes» (9).

(8) El art. 11 de la Ley catalana de Patrimonio de 1981 disponía: *La Generalidad puede reivindicar, de acuerdo con las leyes, los bienes inmuebles retenidos o disfrutados sin título válido por entidades o por particulares. En este supuesto corresponderá a la Generalidad la prueba de su derecho y los detentadores o poseedores no podrán ser inquietados en la posesión hasta que sean vencidos en juicio por sentencia firme.*

(9) *Vid.* sobre la sentencia MOREU BALLONGA (2000: p. 106).

Concluía en dicha resolución el TC que únicamente al Estado corresponde decidir sobre la atribución de los llamados mostrencos a otro ente territorial; admite que «los bienes vacantes podrían, en principio, ser atribuidos a Entes distintos de la Administración Central, pero sólo el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado y no de una de sus partes puede modificar la actual atribución».

Como sostiene LACRUZ MANTECÓN la decisión del Alto Tribunal se adoptó con base en argumentos histórico-políticos, siendo el único concepto relevante el de determinar la sede del poder político que recibe históricamente la propiedad de los mostrencos y por tanto puede decidir la atribución de los mismos (10). De la citada sentencia se desprendía que la adquisición por el Estado de los inmuebles vacantes se vinculaba al concepto de soberanía, cuya titularidad corresponde al Estado, y que, por tanto, tal modo de adquirir la propiedad se sitúa en una órbita distinta al concepto de «legislación civil» del art. 149.1.8 de la Constitución.

La siguiente sentencia en la que el TC debió atender a similar cuestión fue la STC 150/1998, de 2 de julio, dictada en el marco del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra una ley de Castilla y León que atribuía a la Comunidad Autónoma la titularidad de determinados inmuebles vacantes (11). En este caso se declaró la inconstitucionalidad de la norma autonómica con fundamento en la naturaleza civil de la regulación del régimen jurídico en general y el destino, en particular, de los llamados bienes vacantes, sin dueño o mostrencos, competencia legislativa civil de la que carecía la Comunidad Autónoma (12). El TC sostuvo que el título competencial más específico para regular esta materia es el de legislación civil que corresponde al Estado ex artículo 149.1.8 CE, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de su Derecho civil «*allí donde existan*». En este segundo caso el TC optó por adscribir la controvertida cuestión al ámbito jurídico privado frente al criterio adoptado en su primera decisión para resolver un conflicto similar. Esta argumentación dejó abierta una posible vía para la atribución de estos inmuebles a las Comunidades forales, pues expresamente afirmaba la «naturaleza civil» de la cuestión controvertida (13).

(10) LACRUZ MANTECÓN (2012: p. 21).

(11) La Ley de Castilla y León 14/1990, de 28 de noviembre, de Concentración Parcelaria, preveía que las fincas de propietarios desconocidos se adjudicaran a la Comunidad Autónoma (art. 66).

(12) FJ 3º.

(13) Sostiene el TC que «Habida cuenta de que la competencia en dicha materia corresponde al Estado, *“sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*

Por último, la STC 204/2004, de 18 de noviembre, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el antiguo artículo 29.2 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria. Se juzgaba la constitucionalidad del art. 29.2 LGP en cuanto atribuía al Estado los saldos de depósitos y cuentas corrientes inactivas por más de veinte años; este precepto es similar al vigente artículo 18 de la LPAP (14), y según el TC presenta una evidente conexión con el régimen de atribución o adquisición por el Estado de bienes mostrencos, vacantes o sin dueño conocido.

Entiende el TC que la atribución por ley al Estado de los bienes abandonados por sus titulares, constituye una excepción al régimen general dispuesto en el Código civil de adquirir la propiedad de los bienes muebles por ocupación (art. 610 CC) y que dicha atribución es la plasmación de una específica y determinada opción del legislador, quien pudo, por tanto, haber previsto otra consecuencia jurídica a la declaración de abandono por su titular de los bienes a los que se refiere el precepto (15). De acuerdo a dicha sentencia la naturaleza de la previsión del artículo 18 de la LPAP es doble: por un lado, establece una causa de extinción o pérdida del derecho de propiedad por abandono y, por otro, prevé la atribución al Estado de tales bienes en cuanto abandonados. Así entiende que:

«ninguna objeción cabe oponer desde la óptica del derecho a la propiedad privada a la opción de legislador de atribuir al Estado unos bienes abandonados por sus titulares y, por tanto, bienes nullius, pues tal atribución encuentra fundamento en su condición de gestor de los intereses generales de la comunidad que el Estado representa, al objeto de destinarlos a la satisfacción de aquellos intereses, lo que se conecta con el mandato del art. 128.1 CE de subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad» (16).

El TC parecía optar en este tercer precedente jurisprudencial por una postura intermedia o ecléctica, al afirmar la existencia de una doble naturaleza de la atribución por ley al Estado de los bienes abandonados por sus titulares;

(art. 149.1.8 CE), deberá ser una Ley estatal quien realice tal atribución, pues en caso contrario, la legislación de las Comunidades Autónomas que se atribuyera dichos bienes dejaría vacía de contenido en este punto concreto la competencia del Estado».

(14) El art. 18 LPAP atribuye a la Administración General del Estado los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de veinte años.

(15) FJ 8º.

(16) FJ 8º.

se introduce, en consecuencia, un factor de complejidad adicional al debate calificadorio público/privado.

Los más recientes pronunciamientos del TC en relación a esta cuestión se plantean en las sentencias 40/2018 y 41/2018, a las que nos referimos a continuación.

2. La naturaleza civil de la competencia en las sentencias 40/2018 y 41/ 2018

En la STC 40/2018, se plantea la constitucionalidad de la ley Navarra que atribuye a la Comunidad Foral de Navarra los inmuebles vacantes situados en su territorio y de los saldos y depósitos abandonados en entidades financieras sitas en Navarra. El abogado del Estado invoca en apoyo de su argumentación la STC 58/1982, al entender que existe claro paralelismo con la controversia planteada. Así, sostiene que la remisión que como apoyo competencial realiza en su preámbulo la Ley Foral 14/2007 a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LORAFNA, al establecer que «una Ley Foral regulará el Patrimonio de Navarra y la administración, defensa y conservación del mismo», guarda claro paralelismo con lo planteado en la STC 58/1982, en relación con el art. 43.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 (17).

El TC sostuvo que lo dispuesto en dicho precepto no era más que una simple transcripción, *mutatis mutandis*, del apartado 3 del artículo 132 de la Constitución, que no es ciertamente una norma atributiva de competencia, sino *un mandato al legislador de regular el régimen jurídico del Patrimonio del Estado y del Patrimonio Nacional, de su 'administración, defensa y conservación', y una interdicción al Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria (art. 97 CE), de proceder a una regulación praeter legem.*

En definitiva, para el abogado del Estado, la previsión del art. 45.6 de la LORAFNA debe ser entendida fundamentalmente como una reserva de ley y no como atributiva de una competencia. Defiende la naturaleza civil de los preceptos que regulan el destino de los inmuebles vacantes y los saldos y depósitos abandonados y, por tanto, estima que ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE.

Ante la invocación de la disposición adicional primera CE por parte del representante de la Comunidad Foral Navarra, el abogado del Estado sostiene que dicha disposición no se refiere al ámbito del Derecho civil, sino al régimen

(17) El art. 43.2 de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña establecía que el patrimonio de la Generalidad, su administración, defensa y conservación serán regulados por una Ley de Cataluña.

jurídico público de determinados territorios (18) y que no existe especialidad jurídico-pública alguna que singularice a Navarra en materia del destino de los bienes mostrencos.

Siguiendo la línea defendida por el abogado del Estado en cuanto al encuadramiento de la materia objeto de controversia, la representación de la Comunidad Foral Navarra sostiene que la materia cuestionada (inmuebles vacantes y saldos y depósitos abandonados) se enmarca dentro de la legislación civil. Desde esta perspectiva, se aplaude la opción legislativa recogida en la LPAP (arts. 17 y 18), porque se entiende que con la apelación al art. 149.1.8 CE prevista en la Disposición Final Segunda se vuelve a incardinar los bienes vacantes en su cauce natural del Derecho Privado. Asimismo, la representación del Parlamento navarro invoca la *doctrina administrativa más moderna que entiende que resulta más acorde con la actual organización territorial del Estado que los bienes vacantes se integren en el patrimonio de las administraciones más cercanas a los ciudadanos para que esos bienes, situados en sus respectivos territorios, sirvan a los intereses de sus respectivas comunidades, porque los bienes y derechos que integran los patrimonios públicos* (19).

No resulta tal clara, sin embargo, la postura defendida por la Abogacía del Estado en la STC 41/2018, que tras aludir a la doble naturaleza de los bienes mostrencos y a la regulación contenida en los arts. 17 y 18 de la LPAP, reivindica la relevancia del título previsto en el artículo 149.1.18 CE, en cuanto atribuye al Estado la competencia sobre «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas». Entiende el abogado del Estado que en virtud de este título, el Estado tiene competencia para *definir las bases del patrimonio de todas las Administraciones públicas, pero también para regular plenamente su propio patrimonio*.

Subraya así, por un lado, que el establecimiento de la causa de extinción del derecho de propiedad por abandono constituye una típica norma de Derecho civil; pero junto a ello expone que en la decisión de atribuir por Ley la propiedad de tales bienes a una u otra entidad pública tiene una indudable relevancia el título relativo a la regulación del propio patrimonio de esa Administración. Para el representante del Estado, mediante la integración por Ley de los inmuebles vacantes en el patrimonio del Estado se está regulando dicho patrimonio y, en concreto, los bienes que lo integran. En definitiva, atribuye

(18) En relación a este aspecto, se alude a lo declarado por el TC, entre otras, en SSTC 123/1984, de 18 de diciembre, FJ 3; 94/1985, de 24 de julio, FJ 6, y 76/1988, de 26 de abril, FJ 4).

(19) Vid, en este sentido, CHINCHILLA MARÍN (2004: p.159).

claramente relevancia al título competencial del art.149.1.18 CE, ejercitado por el Estado para definir su propio patrimonio.

En consecuencia, en virtud de esta tesis (20), la atribución legal de los bienes vacantes dentro del patrimonio del Estado no sería más que una manifestación de la regulación de los bienes que integran el patrimonio del Estado; en consecuencia estima que la norma autonómica impugnada contradice la norma estatal. A juicio de la Abogacía del Estado el art.17 de la LPAP es taxativo cuando atribuye a la Administración general del Estado la propiedad de la totalidad de los inmuebles que carecieren de dueño (21). Frente a la inmediatez prevista en la legislación estatal, que atribuye al Estado el bien una vez comprobado que el inmueble se halla en la situación que constituye el presupuesto de hecho de la aplicación del artículo 17 LPAP (22), la disposición adicional sexta de la Ley aragonesa 5/2011 que atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón la titularidad de esos inmuebles vacantes fija un plazo de cinco años para que los inmuebles vacantes pasen a ser de titularidad pública (23), por lo que entiende que dichas previsiones son inconstitucionales.

En definitiva, a juicio del representante legal del Estado no cabe en ningún caso amparar el dictado del precepto impugnado en el «desarrollo» del Derecho civil especial aragonés, ya que la determinación de la Administración en cuyo patrimonio deben integrarse los inmuebles vacantes se encuadra en la legislación sobre el régimen jurídico del patrimonio de las Administraciones públicas. Ahora bien, subraya que aunque se entendiere que en la segunda dimensión de la regulación de los mostrencos prevalece el título competencial relativo a «legislación civil», el artículo 71.2 Estatuto de Autonomía de Aragón (AAr) no legitimaría a la Comunidad para dictar una norma como la disposición adicional sexta ya que no existe «conexidad» alguna entre la regulación objeto de impugnación y una institución preexistente en el Derecho civil de Aragón.

(20) Tesis seguida en la STC 58/1982.

(21) Y señala, para reforzar su argumentación, que sobre esta cuestión ya se pronunció la STC 150/1998, en la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 66, apartados primero, tercero y cuarto, de la Ley de Castilla y León 14/1990, de 28 de noviembre, de concentración parcelaria, que tenía una redacción prácticamente idéntica a la disposición adicional sexta de la Ley 5/2011.

(22) El apdo. 3 del art 17 LPAP dispone que la Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero.

(23) Se establece en dicha Disposición que las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria se incluirán también en el acta de reorganización de la concentración parcelaria, haciéndose constar aquella circunstancia y consignando, en su caso, las situaciones posesorias existentes. Tales fincas, sin embargo, no serán inscritas en el Registro de la Propiedad mientras no aparezca su dueño o fuese procedente inscribirlas a nombre de la Comunidad Autónoma.

No es obviamente ésta la postura de la representación del Gobierno de Aragón, a juicio de la cual, y en primer lugar, es claro que el título competencial concernido es el art.149.1.8 CE. Su argumentación jurídica descansa sobre la base de que la disposición adicional sexta de la Ley 5/2011 se dicta en desarrollo de la competencia exclusiva en materia de Derecho civil, contenida en el artículo 71.2 EAAr, dado que la adquisición de los bienes vacantes por atribución de la ley debe englobarse dentro de los modos de adquirir la propiedad, que es materia propia del Derecho civil. Por tanto, considera que se trata de legislación civil, cuya competencia exclusiva corresponde a las Comunidades Autónomas con Derecho foral propio.

La representación de las Cortes de Aragón invoca como únicos títulos competenciales aplicables al litigio la competencia en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE) y la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de concentración parcelaria (art. 71.17 EAAr); considera improcedente la invocación por el Estado de la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas porque estima que en nuestro ordenamiento jurídico tanto el establecimiento de las causas de extinción del derecho de propiedad sobre estos bienes como el régimen general relativo a los diferentes modos de adquirir su propiedad, se rigen por normas jurídicas de naturaleza civil.

Frente a las alegaciones de las partes, el TC en la Sentencia 40/2018 recuerda que los arts. 148 y 149 CE no contienen referencia expresa al patrimonio de las administraciones públicas y al igual que la Abogacía del Estado sostiene que el art 45.6 LORAFNA establece una reserva de ley para la regulación del Patrimonio y la administración, defensa y conservación del mismo, y que tal reserva no puede considerarse una norma atributiva de una competencia exclusiva a favor de la Comunidad Autónoma. Según el TC, la reserva de ley foral es la principal manifestación de la potestad de auto organización y debe ejercerse con respeto del ejercicio por el Estado de las competencias que inciden sobre esta materia.

Tras realizar un repaso de la jurisprudencia constitucional relativa a normas estatales que han regulado la adquisición de la propiedad de los bienes vacantes por las Administraciones públicas (24), el Alto Tribunal considera que la regulación de los bienes mostrencos en cuanto regula la forma de adquirir la propiedad queda adscrito al ámbito material del Derecho civil. Se manifiesta en los siguientes términos,

Si la regulación de los bienes mostrencos forma parte de la legislación civil, y la Comunidad Foral de Navarra ostenta, de acuerdo con el artículo 48 LORAFNA, la competencia exclusiva en materia de derecho civil, debiendo ser una Ley

(24) Se alude a las SSTC STC 58/1982, de 27 de julio y STC 150/1998, de 2 de julio.

foral la que conserve, modifique y desarrolle la vigente Compilación del Derecho civil foral, la conclusión sobre la constitucionalidad de los preceptos cuestionados dependerá de si la competencia estatutariamente asumida permite a la Comunidad de Navarra regular los bienes inmuebles vacantes y los saldos en cuenta corriente y depósitos abandonados (25).

En la Sentencia 41/2018, antes de analizar los preceptos impugnados en relación a la atribución por Ley a la Comunidad Autónoma de Aragón de la propiedad de las fincas de reemplazo vacantes en procesos de concentración parcelaria, realiza un recorrido de los pronunciamientos del propio TC sobre la cuestión controvertida y señala que la invocación al origen histórico de la regla de atribución al Estado de los bienes mostrencos, abintestatos y vacantes de la Novísima Recopilación de 1785, de la Ley de mostrencos de 1835 o de la Ley de patrimonio del Estado de 1964 que realiza la STC 58/1982 difícilmente puede servir, en el momento actual, como criterio de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a los efectos del encuadramiento competencial de la cuestión discutida.

Excluye la aplicación del 149.1.18 CE, pues entiende que las normas objeto del proceso no se refieren al régimen de dichos bienes en su consideración de patrimoniales de una u otra Administración; esto es, no regulan nada relacionado con «el conjunto de facultades y prerrogativas que corresponden a las Administraciones públicas para la defensa y conservación de sus bienes» (26). Asimismo excluye el encuadramiento de la cuestión en el art. 149.1.14 CE en la medida en que dicho precepto abarca las relaciones entre las distintas Haciendas (estatal, autonómicas y locales) (27) y el sistema de ingresos públicos (tributarios o de otro tipo) (28), lo que es ajeno a lo que se discute en el recurso (29).

El TC concluye de forma indubitada que la naturaleza y el destino de los bienes inmuebles vacantes es una materia propia de la legislación civil, ámbito competencial que es el más específico dentro de los que se plantean en el proceso. Por tanto, el sector de Derecho sustantivo o material en el que deben insertarse las disposiciones adicionales cuestionadas es el relativo al Derecho civil, por ser ésta la disciplina directamente afectada.

(25) FJ 3°.

(26) STC 94/2013, de 23 de abril, FJ 4.

(27) STC 233/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 4 y 5.

(28) STC 192/2000, de 13 de julio, FJ 6.

(29) A este respecto sostiene que «Los preceptos impugnados no contemplan estos bienes en cuanto susceptibles de generar recursos a la hacienda autonómica mediante la obtención de ingresos a partir del patrimonio propio, sino, exclusivamente, desde la perspectiva de su atribución de la titularidad para el ejercicio de una actuación sectorial, la relativa a la concentración parcelaria».

El voto particular emitido por cinco magistrados del TC no discrepa en este extremo del posicionamiento mayoritario expresado en ambas SSTC, en el sentido de que la solución de la controversia competencial gira en torno a la traslación al concreto caso de los criterios que la doctrina constitucional ha ido elaborando en torno al concepto de «desarrollo» autonómico del Derecho civil especial o foral.

En ambas sentencias, tras afirmar la naturaleza civil de las cuestiones controvertidas, el TC pasa a examinar si es posible que, bajo la previsión constitucional relativa al «desarrollo» del Derecho Civil foral o especial, pueda establecerse una regulación similar a la estatal en beneficio de la Comunidad Autónoma de Aragón o de la Comunidad Foral Navarra. Es en este aspecto donde se manifiesta la posición divergente del voto particular, tal y como posteriormente será analizado.

Antes de pasar a analizar la postura del TC en las sentencias 40/2018 y 41/2018, procede hacer algunas consideraciones en torno a la distribución competencial en materia de Derecho Civil y al propio concepto de «desarrollo» del derecho civil foral o especial.

III. EL «DESARROLLO» AUTONÓMICO DEL DERECHO CIVIL FORAL O ESPECIAL

1. La distribución competencial en materia de Derecho Civil

El subsistema o estructura interna del ordenamiento jurídico español queda integrado por todo un conjunto de normas destinado a resolver los llamados conflictos internos, derivados de la coexistencia en nuestro país de los diversos ordenamientos civiles forales especiales junto al Derecho civil común (30).

El art.149.1.8 CE se traduce en la opción por un sistema *estatal*, y por tanto, *uniforme*, de Derecho interregional. Tal unidad del sistema de solución de conflictos, junto a otros principios estructurales del sistema (como la igualdad o paridad entre los diversos ordenamientos civiles coexistentes), con incidencia en el ámbito de problemas de Derecho privado, ha sido ya objeto de interpretación por parte del TC, estableciendo los parámetros hermenéuticos básicos para delimitar los límites del legislador estatal y determinar el grado de discrecionalidad de éste en ejercicio de su facultad de configuración del sistema de solución de tales conflictos internos.

El artículo 149.1.8 CE, además de atribuir al Estado una competencia exclusiva sobre la legislación civil, introduce también una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, que no consiste en la intangibilidad

(30) Sobre el particular, véase ZABALO ESCUDERO (2013: p.899).

o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o forales sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades Autónomas competencia para su conservación, modificación y desarrollo (STC 88/1993, FJ 1).

Ello implica que respecto de tales derechos civiles, forales o especiales, determinadas Comunidades Autónomas pueden asumir en sus Estatutos de Autonomía competencias consistentes en su conservación, modificación y desarrollo. Competencia que ha de entenderse ceñida estrictamente a esas funciones de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil, especial o foral, que son «la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables» por las Comunidades Autónomas en virtud del art.149.1.8 CE (31).

El TC ha entendido que la reserva al Estado por el artículo 149.1.8, de determinadas regulaciones «en todo caso» sustraídas a la normación autonómica no puede ser considerada como norma competencial de primer grado que deslinda los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas. El sentido de esta reserva competencial en favor del legislador estatal es, según el TC, delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno (32).

Por tanto, las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial no ostentan competencia legislativa ilimitada sobre las materias civiles distintas de aquellas que se reservan «en todo caso» al Estado por el segundo inciso del artículo 149.1.8 CE. Podrán regular estas materias que no están en todo caso reservadas al Estado, incluso innovando el Derecho civil existente al tiempo de promulgarse la Constitución, esto es disciplinando ámbitos no normados en él, pero será imprescindible que esa regulación innovadora presente una conexión con dicho derecho civil especial, pues es la garantía de este ordenamiento jurídico y no otra cosa la ratio de la singularidad civil que se introduce en el primer inciso del artículo 149.1.8 CE (33).

Los términos de *conservación* y *modificación* de los Derechos civiles forales o especiales del art.149.1.8 CE no plantean especiales problemas interpretativos en cuanto a su extensión. Implican legislar sobre lo ya legislado, sobre una realidad normativa preexistente, sin que ello permita incrementar el ámbito material de la competencia de las CC.AA. fuera de los límites o contornos determinados por el art.149.1.8 CE. Mucho más problemática se presenta

(31) STC 133/2017, de 16 de noviembre, FJ 4.

(32) STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 79, que cita la doctrina de la STC 88/1993, de 12 de marzo FJ 1.

(33) STC 95/2017, de 6 de julio, FJ 3.

la delimitación del alcance de la noción *desarrollo* de tales Derechos civiles forales o especiales (34). Deviene por tanto clave delimitar el alcance de la expresión «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales, contenida en el art.149.1.8 CE. Se trata de determinar si la expresión «desarrollar», definitoria de las posibles competencias autonómicas en materia civil, permite algún grado de creatividad en su ejercicio y, de ser así, con qué alcance y hasta qué límite.

2. El «desarrollo» del derecho civil foral o especial y el criterio de la conexión

La STC 88/1993 (35) consideró que para delimitar el alcance del art. 149.1.8 CE debe tenerse presente que el mismo «introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política». Esta sentencia resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el abogado del Estado contra la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre la equiparación de los hijos adoptivos, invocando la infracción del art. 149.1.8° CE, al considerarse que la Comunidad Autónoma de Aragón no podía legislar en una materia —la adopción— que no aparecía regulada en la Compilación preconstitucional del Derecho civil aragonés, ni en la Compilación adoptada e integrada en el ordenamiento jurídico aragonés por la Ley 3/1995, de 21 de mayo, del Parlamento de Aragón. Estando claro que la Ley recurrida ni conservaba ni modificaba el Derecho foral compilado, el debate se centraba en si, por el contrario, dicha norma legal desarrollaba ese Derecho.

¿Permite la competencia sobre el «desarrollo» del Derecho civil foral o especial, algún grado de creatividad en su ejercicio y, de ser así, con qué alcance y hasta qué límite? La sentencia precisó así por vez primera el alcance del concepto Constitucional «desarrollo» del propio Derecho civil, especial o foral, en cuanto competencia autonómica que no debe vincularse de forma rígida al contenido de la Compilación preexistente u otras normas de su ordenamiento (36). Se reconoce así una «acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico». De esta forma, tal noción de desarrollo permitiría, en principio, una ordenación legislativa en ámbitos hasta entonces no normados por tal Derecho civil foral o especial, si bien la sentencia estableció un límite no previsto de forma expresa en el texto Constitucional, concretado en la conexidad, al exigir que tal desarrollo alcance a

(34) En relación a esta interesante reflexión, entre otros puede verse el estudio del profesor ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2006: pp. 264-285).

(35) B.O.E., 15 de abril de 1993.

(36) FJ 3°.

«instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho Foral».

Se persigue así establecer un difícil equilibrio, pues tras reconocer que no cabe reducir la noción «desarrollo» hasta equipararla a la de «conservación o modificación» —ya que desarrollo implica innovación—, fija sin embargo un doble límite a tal posibilidad prevista Constitucionalmente: por un lado, las CC.AA. donde existan tales Derechos civiles, forales o especiales, podrán legislar o crear Derecho *ex novo*, siempre que no se vulnere el límite de la reserva estatal del último inciso del art. 149.1.8 CE.

Conforme al tenor del FJ 3 de la sentencia, la finalidad es otorgarles «crecimiento orgánico [...] vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales». Pero es un crecimiento limitado *ratione materiae*, ya que «ese crecimiento no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualquier objeto [...] no significa una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae*».

En virtud de la doctrina constitucional sobre la conexidad o «instituciones conexas» se impone la identificación de la institución de partida y, por tanto, excluye la legislación *per saltum*. Pero no exige la inmediatez respecto de la compilada y, por lo tanto, no limita la «expansividad» de la normativa.

Frente a las dos tesis extremas en presencia (concepción autonomista, que atribuía al término un sentido amplio, y considera que la competencia sobre «desarrollo» del propio Derecho Foral permite a las CC.AA. legislar sobre todo el Derecho Civil, a excepción de las materias expresamente reservadas al Estado por la segunda frase del art. 149.1.8 CE (37), y la tesis que reducía, en sentido muy restrictivo, el término «desarrollo» hasta equipararlo a una simple modificación de su propio Derecho Foral (38)), el TC adoptó una posición intermedia pero imponiendo un límite no expresamente previsto en la CE, el de la apreciación de conexidad entre la realidad preexistente y la nueva normativa que como desarrollo *ex novo* incorporen los ordenamientos civiles especiales

Entre los numerosos problemas que el recurso a la noción de conexidad plantea, cabe subrayar la inseguridad que genera el empleo de tal concepto jurídico indeterminado: ¿Qué grado de conexidad será necesario para enmarcar la acción legislativa autonómica dentro de los límites del art. 149.1 8 CE?

(37) Tesis defendida, entre otros, por PUIG FERRIOL y ROCA I TRIAS (1988: p. 6 y ss.).

(38) Orientación sostenida por LASARTE ÁLVAREZ (1980: p. 99 y ss.).

La respuesta planteada en la comentada STC 88/1993, y reiterada entre otras en la STC 156/1993, de 6 de mayo (39) determina que tal conexidad se configura y delimita con relación a la materia contenida en la Compilación. Frente a tal orientación, el voto particular a la STC 88/1993 formulado por el magistrado Julio D. González Campos, defendió una interpretación más flexible de tal requisito de conexidad, de forma que no se limitara al texto compilado preexistente para apreciar su concurrencia y se atendiera al decisivo dato histórico (40); conforme al tenor literal del mismo,

«El Derecho propio es la más significativa de las señas de identidad de Aragón y esta identidad, innegablemente, hunde sus raíces en la historia»,

para concluir afirmando que,

«La competencia de la Comunidad Autónoma respecto a su Derecho Civil propio viene definida en la Constitución precisamente por la posibilidad de su «desarrollo». Y si ninguna otra limitación de este ámbito material de los Derechos civiles, forales o especiales, se desprende expresamente del tenor del art.149.1.8 CE o de los Estatutos de Autonomía, no parece justificado, a mi parecer, ampararse en la idea de una «garantía de la singularidad civil» para reducir el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas en esta materia» (41).

El citado voto particular expuso de forma atinada los numerosos interrogantes abiertos como consecuencia de la adopción sobrevenida de esta exigencia de «conexidad»; así, por ejemplo, si tal conexión debe ser inmediata o puede ser mucho más remota, o si sólo puede establecerse respecto al Derecho civil, foral o especial existente en el momento de entrar en vigor la CE o también en relación con el contenido de su Derecho histórico.

En definitiva, se configuró así por el TC, en ambas sentencias, la tesis de la conexidad o de las instituciones conexas (42), exigiéndose tal vínculo o engarce entre las instituciones reguladas y el Derecho Civil, foral o especial.

(39) B.O.E., 28 de mayo de 1993.

(40) Sobre el particular, *vid.* el estudio de HERRERO DE MIÑÓN (1998: pp.53-80)

(41) Similar conclusión se expresa en el voto particular a la misma sentencia, formulado por el Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer, al señalar que,

«[...]Debe entenderse que esta última frase —allí donde existan— no es un criterio que limita la materia de la competencia autonómica a ese Derecho preexistente, sino que todo el inciso sirve para determinar cuáles son las Comunidades Autónomas que pueden asumir competencias en la materia de Derecho Civil —son todas las que posea un Derecho Civil propio—. Al Estado le corresponde todo el Derecho Civil en las Comunidades que no tengan ese Derecho — o, teniéndolo, no asuman esa competencia— y las materias que explícitamente le reserva este precepto constitucional en su segundo apartado».

(42) COCA PAYERAS (1994: p. 163 y ss.), califica tal orientación como «de desarrollo sin rupturas». Junto a otras más recientes decisiones que posteriormente serán comentadas cabe

Una reciente proyección de la expresada doctrina jurisprudencial puede apreciarse en la STC 133/2017, de 16 de noviembre de 2017, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad 2845-2007 interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de los artículos 27 a 45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. En particular, el recurso tenía por objeto la impugnación del título II (arts. 27 a 41), relativo a la adopción y del título III (arts. 42 a 45), referido a la autotutela, de la citada ley, por entender que la regulación contenida en los mismos excede de las competencias para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio atribuidas a Galicia en el artículo 27.4 de su Estatuto de Autonomía vulnerando con ello la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil ex artículo 149.1.8 CE.

A tal efecto, se argumenta que los artículos impugnados suponen una regulación general y exhaustiva de dos instituciones, la adopción y la autotutela, que carecen de antecedentes en el Derecho civil gallego y no guardan conexión alguna con instituciones propias de esta legislación civil, de modo que dicha regulación no puede considerarse una conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil propio, con el alcance que a tales expresiones ha otorgado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (43). El reproche de falta de competencia se dirige contra los artículos 27 a 45 de la Ley 2/2006, al entender que, a pesar de que las figuras de la adopción y de la autotutela poseen un carácter marcadamente civil, la Comunidad Autónoma gallega no puede invocar su competencia para conservar, desarrollar o modificar la legislación civil (ex art. 149.1.8 CE y art. 22.4 EAG), por no haber sido nunca estas instituciones objeto de su Derecho civil propio.

El TC recuerda que la competencia sobre derecho civil «propio» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados, pues lo contrario llevaría a la inadmisibles identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o

citar ahora la STC de 6 de mayo de 1993 (RTC 1993/156; MP: Vicente Gimeno Sendra), dictada en contra del artículo único del texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno Balear, al referirse al término desarrollo, y en la cual se señala que «esta última noción permite que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, reconociendo así la norma fundamental no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos; cabe, por ello, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil o foral o especial regulen «instituciones conexas» con las ya reguladas en la Compilación, dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta, según los principios informadores peculiares del Derecho foral».

(43) En las SSTC 121/1992, de 28 de septiembre; 182/1992, de 16 de noviembre; 88/1993, de 12 de marzo; 156/1993, de 6 de mayo, y 226/1993, de 8 de julio.

especiales enuncia, según el TC, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

El Parlamento gallego y la Xunta de Galicia defendían la constitucionalidad de los preceptos enjuiciados con base en su competencia para «desarrollar» el Derecho civil gallego, siendo la adopción de los menores una costumbre arraigada en su territorio foral, subrayando igualmente la estrecha conexión existente entre la institución de la autotutela y sus normas civiles sobre la protección de la persona y de su patrimonio.

Para el TC la validez de las normas objeto de este recurso depende de que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de la aprobación de la ley, o bien otra institución, consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero «conexa» con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un «desarrollo» de su Derecho civil foral o especial (44). En virtud de esta doctrina corresponde a los representantes autonómicos alegar y probar la existencia de alguna institución consuetudinaria gallega, subsistente al tiempo de la aprobación de la Constitución y que, al menos, quepa entender conexa con la adopción, a fin de apreciar un «desarrollo» del Derecho civil foral o especial de Galicia.

Planteado así el debate, el TC analiza el contenido de las instituciones que históricamente conforman el Derecho propio gallego, y observa que la casa y la compañía familiar han sido, en todo momento, considerados los dos pilares básicos, dirigidos al mantenimiento de la explotación agrícola y a su supervivencia, donde, con esta finalidad, confluyen elementos personales y patrimoniales.

A juicio del TC todas estas instituciones poseen un carácter marcadamente patrimonial, alejado, pues, de los fines y fundamento de la adopción, por lo que esta regulación, por sí sola, resulta insuficiente para erigirse como institución conexa en los términos recogidos en las SSTC 88/1993 FJ 3 y 156/1993.

Entiende, en consecuencia, que el legislador gallego, al regular la adopción, no está codificando una antigua realidad existente sino innovando su

(44) Como se señala en la STC 192/2016 (FJ 3): «La expresión «allí donde existan» referida a los derechos civiles forales o especiales, como presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa ex artículo 149.1.8 CE alude a la previa existencia de un Derecho civil propio (SSTC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 3, y 81/2013, de 11 de abril, FJ 4).

Derecho, para lo que en este caso no posee competencia, ya que, reitera, cabe que «las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral», pero ello no implica una apertura a un «crecimiento en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos», ni a «una competencia legislativa ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugna con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE», sino a un crecimiento de acuerdo con los «principios informadores peculiares del Derecho foral» (45).

La consecuencia de todo este razonamiento es la declaración de inconstitucionalidad de los arts.27 a 41 de la Ley 2/2006.

Los diversos votos particulares emitidos muestran la complejidad de la cuestión planteada: el voto particular emitido por el Magistrado Xiol Ríos formula un reproche a la que considera una actitud formalista en la interpretación del artículo 149.1.8 CE y señala que,

«el Derecho civil foral no puede ser concebido como una serie más o menos residual de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino como un sistema normativo dotado de la sistematización y conexión interna y de la completitud propias de un ordenamiento que tiene además constitucionalmente reconocida la posibilidad de determinar sus específicas fuentes de producción normativa».

Se subraya que con esta sentencia se contribuye a la falta de uniformidad de la jurisprudencia constitucional en materia de legislación civil, y tras citar las STC 88/1993 y 156/1993 concluye que,

«... parece claro que ya desde sus inicios el Tribunal ha dibujado un sistema interpretativo en el que la conexión con las materias contenidas en las antiguas compilaciones debe ser considerada como orgánica, es decir, referida al conjunto del ordenamiento a comparar y no a una concreta institución civil».

Por su parte, el magistrado Conde Pumpido-Tourón formula igualmente voto particular, al que se adhieron los magistrados Valdés Dal-Ré, y la magistrada Balaguer Callejón. Estima que se ha seguido una interpretación «reduccionista» de la conexión con instituciones arraigadas, y añade que una regulación similar se incluye pacíficamente en el Código civil de Cataluña, fundamentándose en la competencia legislativa autonómica en materia civil (46). Indica, asimismo que

(45) STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 3, reiterada en iguales términos en la STC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 1.

(46) Recuerda el voto particular que la recientísima STC 95/2017, de 6 de Julio, referida a la regulación contenida en el Código civil de Cataluña sobre la propiedad temporal y la propiedad compartida (Sentencia que, por cierto, no se menciona en parte alguna de

la sentencia puede *generar la impresión de que este Tribunal aplica distintas varas de medir cuando examina las conexiones de las legislaciones autonómicas en materia civil con las instituciones consuetudinarias de los territorios con Derecho civil foral o especial*».

En suma, en virtud de las jurisprudencia constitucional, las competencias autonómicas para «desarrollar» el propio Derecho civil pueden dar lugar a la actualización y crecimiento orgánico de éste y, en concreto, a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la compilación, guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquélla o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil.

Tras analizar los aspectos más relevantes de la jurisprudencia constitucional en torno al criterio de la conexión, procede adentrarse en las SSTC 40/2018 y 41/2018, a efectos de conocer la aplicación que se realiza del criterio de conexión.

IV. LA DOCTRINA DEL TC EN LAS SSTC 40/2018 Y 41/2018 EN TORNO AL CRITERIO DE CONEXIÓN

1. Las alegaciones de las partes

En sus alegaciones dentro del recurso que dio origen a la Sentencia 40/2018, el abogado del Estado entiende que los preceptos de la Ley Foral 14/2007 impugnados que prevén la atribución a la Comunidad Foral de Navarra de los inmuebles vacantes y de los saldos y depósitos abandonados, exceden de las competencias para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, atribuidas a la Comunidad Foral Navarra en el artículo 48 de la LORAFNA. Asimismo, señala que los preceptos impugnados entran en directa contradicción con los artículos 17 y 18 de la Ley 33/2003, dictados al amparo de la competencia estatal prevista en el art.149.1.8 CE.

Argumenta que a pesar de la aparente amplitud de los términos del artículo 48 LORAFNA (47), la competencia autonómica sólo puede entenderse

la sentencia objeto de mi disenso), y entiende que por simple coherencia este Tribunal debía haber reconocido igualmente a Galicia la competencia para regular las instituciones de la adopción y la autotutela. *En efecto, baste recordar que en la STC 95/2017 se reconoció la competencia de Cataluña para regular las figuras jurídicas de la propiedad temporal y la propiedad compartida por su conexión con la enfiteusis y la sustitución fideicomisaria, conexión que en absoluto es más fuerte que la que presentan las instituciones de la adopción y la autotutela con determinadas figuras tradiciones del derecho gallego, a las que ya me he referido*».

(47) El art. 48.2 LORAFNA dispone que «La conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante ley foral».

referida a la «conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». En este sentido, niega la existencia de conexión entre instituciones civiles navarras, referidas especialmente al ámbito de los derechos reales, y el destino de los bienes mostrencos, y señala que tampoco cabe amparar los preceptos impugnados en un pretendido desarrollo del derecho civil especial navarro. Se esgrime, asimismo, que la Ley 1/1973, de 1 marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra, no recoge ninguna institución conexas con el abandono y atribución a una entidad pública de los bienes vacantes.

En definitiva, concluye que no existe especialidad foral alguna que sirva de conexión con la atribución de los mostrencos. En apoyo de su argumento, sostiene que no basta con definir determinados tipos de bienes o con establecer genéricamente determinadas formas de adquisición de la propiedad para entender que el Derecho civil foral pueda regular ilimitadamente cualquier cuestión mínimamente relacionada con la propiedad. Si así se aceptara, se ampararía, de forma contraria a la Constitución, el crecimiento ilimitado del Derecho foral.

Niega así cualquier especialidad foral en la materia, en la medida en que históricamente ha sido constante la atribución al Estado de la propiedad de los inmuebles y saldos vacantes y se remite a la historia legislativa de los bienes mostrencos en España para concluir que no ha podido existir especialidad foral navarra sobre la materia, ni legislativa ni consuetudinaria, pues siempre fueron atribuidos al Estado.

Siguiendo la misma línea argumental, en el recurso que da origen a la STC 41/2018, el representante del Estado subraya que en ningún caso el art.71.2 AAr (48) legitima a la Comunidad Aragonesa para dictar una norma como la impugnada, ya que no existe una institución conexas en el Derecho civil de Aragón, pues ni en la Compilación del Derecho civil de Aragón ni en la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial de Aragón, se recoge institución alguna conectada con el abandono y con la atribución de los bienes vacantes a una entidad pública.

Resulta notorio, a juicio de la Abogacía del Estado, que la mera existencia de especialidades en materia de sucesión intestada en el Derecho Civil de Aragón no habilita al legislador autonómico para configurar *ex novo* una causa de extinción del derecho de dominio por abandono y la consiguiente adquisición originaria por una institución de Derecho público.

(48) En virtud del art. 71.2 AAr corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva sobre «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes».

Partiendo de que el hecho causante de las sucesiones testada e intestada es la muerte de una persona, estima que ello nada tiene que ver con el hecho causante de la adquisición originaria por el Estado de determinados inmuebles, que es la situación de vacancia. Concluye señalando, al igual que en la STC 40/2018, que en esta materia no es posible ninguna especialidad foral, dado que históricamente es una constante la atribución al Estado central de la propiedad de los inmuebles vacantes, como derivación de las antiguas regalías (49).

Por su parte, la representación de la Comunidad Foral Navarra señala que la legitimación legislativa de la Comunidad Foral Navarra abarca todo el Derecho civil de Navarra, ya que al tratarse de una competencia histórica sólo puede estar limitada por las materias que el Estado tiene reservadas «en todo caso», tal y como reza el último inciso del artículo 149.1.8 CE. Insiste en la idea de que la configuración del Derecho civil foral de Navarra es un ordenamiento completo y abierto, según resulta del propio Fuero Nuevo de Navarra y por ello se produce la necesaria conexión para el desarrollo en el ordenamiento navarro de todo el derecho civil.

Se argumenta que los preceptos impugnados regulan aspectos concretos (como son la atribución de la propiedad de los bienes inmuebles sin dueño y de los saldos y depósitos abandonados), sobre un instituto propio del derecho civil foral navarro como son los «bienes» y, en particular, la propiedad y la posesión de las cosas regulados en la Compilación del derecho civil foral de Navarra (especialmente en su ley 111).

Defiende la existencia de una clara relación entre la atribución de los bienes abandonados y el Derecho propio de Navarra, por lo que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino una norma que se incardina en el Derecho patrimonial de Navarra. Se insiste en una estrecha conexión con la tradición jurídica Navarra, concretamente con ley 1 del Fuero Nuevo. Así, se precisa que antes de las Leyes de fueros de 1839 y de 1841, existía el Reino de Navarra dotado de su propio ordenamiento civil separado e independiente del resto del Estado, y que en parte pervivió.

De otro lado, señala que la Ley de mostrencos de 1835 se refiere a tres tipos de bienes: mostrencos, abintestatos y vacantes, pudiendo sólo conservar Navarra, de forma expresa, su regulación sobre los abintestatos, que, actualmente, se contempla en la ley 304.7 del Fuero Nuevo (50). Esgrime, además, que la atribución de los bienes inmuebles abandonados a la Comunidad Foral

(49) Cita en apoyo de esta tesis las SSTC 58/1982 y 204/2004.

(50) Dispone el precepto que: «En defecto de los parientes comprendidos en los números anteriores, sucederá la Comunidad Foral de Navarra, que aplicará la herencia a instituciones de beneficencia, instrucción y acción social o profesionales, por mitad entre instituciones de la Comunidad y municipales de Navarra».

navarra ya tuvo lugar en virtud de Ley Foral 18/1994, de 9 de diciembre, de infraestructuras agrícolas (art.76.1), reiterada en el artículo 58 de la Ley Foral 1/2002, de 7 de marzo, de infraestructuras agrícolas, que no fueron cuestionados por el Estado.

En definitiva, concluye la representación del Gobierno de Navarra que el derecho civil foral navarro ya contemplaba la regulación de uno de los tipos de atribución de los bienes vacantes, los abintestatos y que la Ley Foral 14/2007 reintegra su régimen foral.

El representante del Parlamento de Navarra argumenta que ya en la Compilación de Derecho Civil navarro de 1973 contaban con leyes que regulaban el destino de los bienes vacantes abintestato y los modos de adquirir la propiedad (leyes 304 y 355 del Fuero Nuevo), e indican asimismo como antecedentes, la Ley Foral 17/1985, de 27 de septiembre, del Patrimonio de Navarra, en cuanto desarrolla la sucesión abintestato de la Comunidad Foral y la ocupación de los bienes muebles (51), así como el Decreto Foral 166/1988, de 1 de junio, que establece el régimen administrativo aplicable a la sucesión legal en favor de la Comunidad Foral. Se señala que la Ley Foral 14/2007 sustituye a la Ley Foral 17/1985 y que supone un acto de modernización o de actualización de una competencia en materia de Derecho civil propio.

Los argumentos a favor de la regulación de la ley navarra se basan en la consideración de que el título constitucional que habilita al Estado para disponer la atribución a su favor de los bienes inmuebles vacantes y de valores, dinero, y demás bienes muebles derrelictos depositados en las entidades financieras es de alcance estrictamente civil y naturaleza supletoria; es decir, no tendrá validez y eficacia en las Comunidades que tienen Derecho civil propio, como es el caso de Navarra.

Se apela asimismo a la evolución del Estado de la Autonomías y, en particular, a la interpretación relativa al desarrollo de la competencia en materia de derecho civil, interpretación constitucional amplia, que no quedó fosilizada en un momento histórico (52).

(51) Esta Ley dispuso en su artículo 13.3, que la sucesión legal de la Comunidad Foral de Navarra se registrará por las normas de Derecho civil de Navarra.

(52) Se señala que la cita de la STC 58/1982, de 27 de julio, no se compadece bien con la propia actuación procesal del Estado al desistir de impugnaciones posteriores como la llevada a cabo por medio del recurso de inconstitucionalidad 1188-1987 contra la Ley catalana 9/1987, de 25 de mayo de sucesión intestada, texto anterior al más ambicioso Código de sucesiones de Cataluña, y en la que la representación del Estado parece no observar el principio procesal de *venire contra factum proprium non valet*.

Sostiene en definitiva que la doctrina jurisprudencial del TC (53) sobre el alcance de las «facultades de conservación, modificación y desarrollo», permite concluir la existencia de conexión suficiente en la Compilación de Derecho civil de 1973 para que, en ejercicio de su competencia en legislación civil, el legislador foral incorpore en la Ley Foral 14/2007 la adquisición de los bienes vacantes inmuebles y de los muebles derrelictos (54). Concretamente se realiza la conexión del art.15 de la Ley Foral 14/2007 con una tradición foral en materia de sucesión intestada, en la que se contemplaba los llamamientos a heredar a la Diputación foral en defecto de parientes y que permiten en el marco de las competencias forales dictar un precepto como el contemplado.

En el recurso del que trae causa la STC 41/2018 la representación del Gobierno de Aragón entiende que de la lectura del art.149.1.8 CE se deduce que existen competencias de Derecho civil exclusivas del Estado, pero con una delimitación negativa; es decir, fuera de las limitaciones fijadas en la Constitución, entre las que no se encuentra la adquisición (modos de adquirir la propiedad) de los bienes mostrencos.

Sostiene que, una vez justificada la naturaleza civil de la legislación sobre bienes mostrencos, pueden ser objeto de desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas que cuenten con Derecho civil propio, como es el caso de Aragón.

Además, defiende el representante de la institución aragonesa que existe una conexión directa e inmediata entre el Derecho Civil foral aragonés y la adquisición de bienes vacantes, al haberse permitido que Aragón regulase la sucesión intestada sin objeción alguna por parte del Estado cuando la misma afecta a inmuebles carentes de dueño (55).

Se señala que en Aragón, desde antiguo, la regulación de los bienes abintestato era la misma que para los bienes mostrencos, de modo que en defecto de

(53) Se citan las SSTC 121/1992, de 28 de septiembre; 181/1992, de 16 de noviembre; 88/1993, de 12 de marzo, o 156/1993, de 6 de mayo).

(54) Esta previsión se recoge en los Arts. 136 y art. 136 bis de la Compilación de Derecho civil. Además se recuerda que Navarra defendió, con arreglo a su tradición foral, que los bienes adjudicados al fisco en Navarra siempre fueron atribuidos a su Diputación Foral, de modo que antes de la entrada en vigor del Fuero Nuevo, Navarra litigó en defensa de la competencia sobre adquisición de bienes vacantes (cfr. STS de 21 de junio de 1955, y la *communis opinio* de la doctrina foral y civil). De ello deriva que con posterioridad a la aprobación del Fuero Nuevo, la Comunidad Foral tiene reconocida en la legislación foral civil preferencia en los llamamientos de herencias legales frente al Estado para apropiarse de los bienes mostrencos.

(55) Se analiza la evolución de la regulación de los bienes mostrencos y se concluye que debe ajustarse a la estructura actual de nuestro Estado y al sistema de distribución de competencias establecido en la Constitución Española, que es precisamente lo que hace actualmente la Ley 33/2003 en su artículo 17, cuando declara este precepto de aplicación general.

heredero quien adquiriría los bienes era el Rey o el fisco. En resumen, se sostiene que si la sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón es constitucional, en desarrollo del propio Derecho Civil foral debe entenderse igualmente constitucional la adquisición de bienes inmuebles derivada de la concentración parcelaria, ya que ambas normas se dictan al amparo de la competencia exclusiva en materia civil, ambas recaen sobre bienes inmuebles vacantes, cuya regulación desde antiguo se ha realizado de manera conjunta y, a mayor abundamiento, lo permite la propia ley estatal (56).

En el mismo sentido, la representación de las Cortes de Aragón considera, citando al propio TC, que la CE al amparar la competencia también exclusiva de algunas Comunidades Autónomas en materia civil permite que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes al texto constitucional puedan ser objeto de «una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales» (STC 88/1983, de 12 de marzo, FJ 3).

Argumenta igualmente que tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 los Derechos civiles, forales o especiales existentes en algunas Comunidades Autónomas son el Derecho común de vigencia prioritaria en sus respectivos ámbitos territoriales de aplicación, desplazando así a la legislación civil del Estado. Además, reitera el argumento de que la materia referente al destino y atribución de los bienes vacantes no es una de las materias reservadas «en todo caso» a la competencia exclusiva del Estado, ex artículo 149.1.8 CE, sino una competencia concurrente y, por ello mismo, una materia abierta, en principio, a que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio puedan ejercer respecto de ella sus respectivas competencias legislativas.

Vincula, por otro lado, la competencia para el desarrollo del Derecho civil con la capacidad de las Comunidades Autónomas para elaborar sus propias políticas públicas en materias de su competencia. Y pone por ejemplo, la materia de concentración parcelaria, en la que se atribuye a la Comunidad Autónoma la titularidad de las fincas de desconocidos procedentes de procesos de concentración parcelaria.

Se redunda en la idea de que el desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales no tiene por qué vincularse de manera rígida al contenido de las antiguas compilaciones o de otras normas del respectivo ordenamiento autonómico, pudiendo las Comunidades Autónomas con competencia en materia de legislación civil llevar a cabo una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquellos Derechos, en la medida en que se trate

(56) Disposición final segunda de la Ley 33/2003.

de «instituciones conexas» con las ya previstas y legislar así, por tanto, sobre materias que guarden una relación de «conexión suficiente» con institutos jurídicos ya disciplinados en el respectivo ordenamiento civil propio.

Y se vuelve a insistir en que la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón en defecto de parientes y del cónyuge del causante, recogida en los artículos 535 y 536 del Código del Derecho foral de Aragón, guarda una conexión directa, inmediata y suficiente con la materia controvertida (57).

También la doctrina se ha pronunciado al respecto. En este sentido, sostiene LÓPEZ RAMÓN que los datos históricos permiten considerar que la atribución al Estado de los derechos sucesorios se produjo generalmente conforme al respectivo régimen foral de llamamientos, de modo que al constituirse las Comunidades Autónomas, era lógico que tales derechos terminaran siendo atribuidos a éstas en los diversos ordenamientos forales. Asimismo, entiende razonable que se produjera la extensión de los planteamientos forales sobre la sucesión legal a los restantes modos de adquisición por ministerio de la ley. Además, considera el autor que las *competencias autonómicas en materias como la agricultura, los montes o el urbanismo proporcionan mayor cercanía a las masas de bienes de donde habitualmente proceden los inmuebles vacantes* (58).

Asimismo, LACRUZ MANTECÓN sostiene que la adquisición de las herencias sin heredero ha sido una modificación tolerada por el Estado, lo que contradice en cierto modo el origen común que tienen los bienes sin dueño (59).

2. La posición del Tribunal Constitucional

Si bien en ambas sentencias el TC acoge la misma doctrina, resulta de interés diferenciar algunos aspectos concretos en cada una de ellas, por lo que se hará una exégesis diferenciada.

En la STC 40/2018, entiende que la constitucionalidad de los preceptos cuestionados depende de si la competencia asumida por la Comunidad Foral Navarra le permite regular los bienes inmuebles vacantes y los saldos en cuenta corriente y depósitos abandonados. Desde esta perspectiva, entiende irrelevante que la regulación autonómica contradiga o no los arts. 17 y 18 de la Ley 33/2003 (STC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 6), porque si la Comunidad Foral careciera de competencia no podría regular este tipo de bienes aunque el Estado tampoco lo hubiera hecho. Por el contrario, si en efecto ostentara tal competencia, los arts. 17 y 18 de la Ley 33/2003 no serían aplicables en la

(57) Vid. sobre esta conexión las referencias a las normas de Derecho aragonés MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2000: p. 308 y ss.).

(58) LOPEZ RAMÓN (2012: p. 118 y 119).

(59) LACRUZ MANTECÓN (2017: p. 131 y ss.).

Comunidad Foral de Navarra. En consecuencia, asume la posibilidad de desplazar la aplicación de la legislación estatal en el caso de que la Comunidad foral navarra tuviera competencia para regular los citados bienes.

Antes de entrar a analizar la competencia que asiste a la Comunidad Foral de Navarra para regular los bienes vacantes el TC realiza una puntualización y se pronuncia sobre la aplicación temporal del art.15 de la Ley cuestionada que incluye en el ámbito de aplicación los inmuebles que queden vacantes con posterioridad a su entrada en vigor, por lo que entiende que afectará a los escasos supuestos en que el propietario renuncie a la propiedad, o se creen ex novo siempre que su propiedad no corresponda al Estado en aplicación de otro título más específico (así, por ejemplo, la definición de los bienes del demanio natural). Este mismo argumento se traslada al artículo 16 en relación a los depósitos abandonados.

En relación a la invocación de la Disposición Adicional Primera por parte del representante de la Comunidad foral Navarra el TC manifiesta que la CE garantiza en los dos apartados de dicha Disposición la propia existencia de un régimen foral, pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente lo hayan integrado. Recuerda su doctrina ya consolidada sobre el particular y que entiende aplicable a la Comunidad Foral Navarra (60), en virtud de la cual, el segundo párrafo de la Disposición Adicional Primera de la CE posibilita la actualización general de dicho régimen foral y permite que las Comunidades con régimen jurídico civil propio o especial puedan mantener competencias que históricamente les hubieran correspondido; ahora bien, señala que dichas competencias deberán ser asumidas mediante la norma estatutaria (61) y Navarra ha realizado esta asunción en la LORAFNA.

En consecuencia, *la asunción estatutaria de una determinada competencia puede suponer el reconocimiento y la actualización de derechos históricos (STC 140/1990, de 20 de septiembre, FJ 3), pero sin que dichos derechos puedan considerarse, por sí mismos, títulos competenciales autónomos de los que quepa deducir competencias (STC 123/1984, de 18 de diciembre, FJ 3). Por consiguiente, una vez asumidas, «el respectivo Estatuto deviene el elemento decisivo de la actualización de los derechos históricos» (STC 140/1990, FJ 3), de manera que es esta norma, como integrante del bloque de la constitucionalidad (art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), la que, junto a las demás previstas en la Constitución, delimita el ámbito competencial de la Comunidad Foral (62).*

(60) STC 208/2012, de 14 de noviembre, FJ 4°.

(61) STC 140/1990, de 20 de septiembre, FJ 3°.

(62) FJ 5°.

Sostiene que aunque el art. 48 LORAFNA atribuya a la Comunidad Foral de Navarra competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar su derecho foral y el artículo 45.6 LORAFNA establezca una reserva de ley a favor de la propia Comunidad Foral para regular el patrimonio de Navarra, su administración, defensa y conservación, ello no le otorga, desde la óptica de la legislación civil, mayor competencia material que la de legislar sobre aquellas instituciones que aparezcan recogidas en su Fuero Nuevo o tengan conexión con ellas.

A partir de aquí pasa a determinar el alcance de la competencia que el artículo 48.2 LORAFNA atribuye a la Comunidad Foral mediante la aplicación de la consolidada doctrina constitucional sobre el significado de la expresión «desarrollo» del Derecho civil foral o especial a que se refiere el artículo 149.1.8 CE para resolver si dentro de la competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de derecho civil, está o no incluida la competencia para regular el destino o atribución de los bienes vacantes sitios en el territorio, al tratarse de una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio.

Se remite a la STC 88/1993, de 12 de marzo, concretamente al FJ 1, en relación a los conceptos de «conservación, modificación y desarrollo», y trae a colación la doctrina en virtud de la cual el sentido de la reserva de determinadas regulaciones «en todo caso», es delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del art. 149.1.8 CE se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho.

Se invoca asimismo la STC 88/1993 en relación al concepto de 'desarrollo' de los derechos civiles forales o especiales y admite que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial puedan regular instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación en el marco de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Ahora bien, el propio Tribunal indica que la competencia legislativa civil no resulta ilimitada *ratione materiae* (63) e invoca la STC 95/2017 en la que el TC ha subrayado que el concepto de «desarrollo» del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, *siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel Derecho*, criterio de la conexión o conexidad que se puede verificar respecto de otra institución que ya formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan (64).

(63) Esta doctrina fue posteriormente reiterado en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 76.

(64) FJ 4.

Tras exponer la doctrina recogida en las citadas sentencias, se entra a analizar si existe base suficiente en las instituciones recogidas por el Fuero Nuevo de Navarra que permitan comprobar que la regulación de los bienes vacantes efectuada en la ley impugnada supone una actualización o innovación de los contenidos ya preexistentes (65).

Tras dar cuenta de la evolución normativa en materia de bienes inmuebles vacantes y de depósitos y saldos, se subraya que el propósito del legislador navarro de 2007 no ha sido el de recuperar antiguas tradiciones jurídicas, Fueros o normas del Derecho romano (art. 1 del Fuero Nuevo) sobre la atribución de los vacantes, lo que entraría en el ámbito de la «conservación de los derechos civiles forales o especiales» del artículo 149.1.8 CE (66) sino «desarrollar» esta figura jurídica, pues la Compilación de Derecho civil de 1973 ya regulaba los llamados abintestatos o, lo que es lo mismo, la sucesión intestada a favor de la Comunidad Foral (ley 304, apartado séptimo), algo que, por cierto, ya había acometido con la promulgación de la anterior Ley Foral 17/1985, de patrimonio.

El TC estima que si se analiza el contenido del Fuero Nuevo se observa la concurrencia de conexión suficiente entre las figuras de los inmuebles vacantes y depósitos y saldos abandonados con *los vacantes abintestatos*, porque parte de considerar que pertenecen a una misma clase o institución, que es la *de los bienes abandonados y sin dueño conocido, que, paralelamente, se proyectan sobre un instituto propio del derecho civil foral navarro como son los «bienes» y, en particular, la propiedad y la posesión de las cosas regulados en la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*. Existe, por tanto, para el TC, relación entre la atribución de los bienes mostrencos y el Derecho propio de Navarra que legitima su regulación por los preceptos impugnados y que se trata de una norma que se incardina en su Derecho patrimonial.

Como prueba de lo afirmado, repara en que la actual Compilación navarra ordena los bienes (libro tercero del Fuero Nuevo) y la propiedad y posesión de las cosas (título I del libro tercero del Fuero Nuevo) y, en particular la adquisición de la propiedad (ley 355 del Fuero Nuevo) y la usucapión (leyes 356 del Fuero Nuevo y siguientes), incluso respecto de los bienes de las

(65) Se trae a colación la STC 88/1993, de 12 de marzo, a la que ya se ha hecho referencia, donde se discutió la competencia que asistía a la Comunidad Autónoma de Aragón para la completa regulación del régimen de la filiación adoptiva. En aquél caso, aunque no existía en la Compilación aragonesa referencia al instituto de la adopción, la conexión se realizó con la regulación del derecho de familia y las sucesiones por causa de muerte en cuanto que se refería a los hijos y descendientes. Asimismo, la STC 156/1993, de 3 de mayo, consideró que la Comunidad Autónoma de Baleares tenía competencia para regular los testigos en el testamento notarial, pues tenía reguladas las sucesiones testadas (FJ 6).

(66) SSTC 88/1993, de 12 de marzo y 121/1992, de 28 de septiembre.

entidades públicas (ley 358 del Fuero Nuevo). Destaca, especialmente, la ley 355 del Fuero Nuevo que admite, entre los modos de adquirir la propiedad, la adquisición por disposición de la ley. Por ello, argumenta el TC, si el Fuero Nuevo *regula, con carácter general, los modos de adquirir la propiedad, no pueden tacharse de inconexos aquellos preceptos forales que desarrollan dicha previsión, aunque la innoven parcialmente.*

Así, el TC concluye que existen dos clases de bienes vacantes, los que no tienen dueño conocido y los que aun teniéndolo dejan de tenerlo por haber fallecido su titular sin herederos testamentarios o intestados. Estos últimos serían los regulados por la Compilación navarra lo que implicaría una conexión con los bienes que no tienen dueño conocido y justificaría la competencia en materia civil, de acuerdo con la doctrina de la conexidad. Para el TC no se crea una nueva institución sino se desarrolla la ya existente, y el legislador navarro posee competencia para ello

La misma argumentación resulta trasladable según el TC a la adquisición de los depósitos y saldos contenida en el art.16 de la Ley Foral 14/2007.

En la STC 41/2018, en relación con disposición adicional sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del patrimonio de Aragón y la disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley de patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, se vuelve a retomar el criterio de la conexión al entender que la conexión es la garantía del ordenamiento jurídico y la *ratio* de la singularidad civil que se introduce en el primer inciso del artículo 149.1.8 CE. De esta forma se reproduce prácticamente la doctrina de la STC 40/2108.

Así, el TC vuelve a aplicar la doctrina constitucional sobre el significado de la expresión «desarrollo» del Derecho civil foral a que se refiere el art.149.1.8 CE, al entender que sólo así se puede determinar si dentro de la competencia de la Comunidad Autónoma aragonesa en materia de Derecho civil está o no incluida la de regular el destino o atribución de los bienes vacantes resultantes de una operación de concentración parcelaria sitios en su territorio.

Recuerda el TC que la noción de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibles identificación de tal concepto con el más restringido de 'modificación' (67), y permite regular materias que, *aun ausentes del texto originario de la compilación, guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquella o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil.*

(67) Trae a colación lo manifestado en las SSTC 133/2017, FJ 4 y 88/1993, FJ 3.

A partir de aquí pasa a dilucidar si la regulación impugnada puede ser considerada un «desarrollo» de alguna de las instituciones civiles recogidas en la Compilación de Derecho civil de 1967 y en el actual Código de Derecho foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, o tiene conexión con ellas. Señala el TC que es indiscutible que la sucesión en defecto de parientes y cónyuge se encontraba recogida en el Derecho civil aragonés compilado con anterioridad a la promulgación de la Constitución; concretamente se incluía en la Compilación de Derecho civil aragonés de 1967 al regular el régimen jurídico de los llamados «abintestatos», o lo que es lo mismo, la sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma y esa regulación está ahora prevista en los artículos 535 y 536 del referido Código (68).

En consecuencia, para que las dos disposiciones objeto del proceso fueran conformes con el orden competencial sería necesaria la existencia de una conexión de la que derive una innegable relación entre el Derecho propio de Aragón relativo al régimen de la sucesión intestada con la atribución de los inmuebles vacantes resultantes de las operaciones de concentración parcelaria. El TC aprecia dicha conexión basándose en las razones expuestas en STC 40/2018, al entender que las disposiciones impugnadas tienen un contenido materialmente similar.

Ahora bien, la concurrencia de conexión no es pacífica en el seno del TC, y tal y como antes ha sido indicado, ambas sentencias cuentan con el voto particular de cinco magistrados.

3. El voto particular

El voto particular que formula el Magistrado González-Trevijano Sánchez respecto de la Sentencia dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 6868-2011 y 2037-2014, al que se adhieren los Magistrados Ollero Tassara, Narváez Rodríguez, Alfredo Montoya Melgar y Enríquez Sancho, pone de relieve una falta de consenso en torno a la existencia de

(68) Estos preceptos disponen la sucesión a favor de la Comunidad Autónoma: «1. En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma. 2. Previa declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio». Por su parte, el artículo 536 regula el denominado «privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia», según el cual «1. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes. 2. Previa declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital».

la necesaria relación entre la atribución de los bienes inmuebles vacantes y el derecho propio de Navarra o Aragón que legitime constitucionalmente la regulación que se contiene en las normas impugnadas.

La controversia gira en torno a la existencia de una conexión directa e inmediata entre el Derecho foral aragonés y navarro y la adquisición de bienes vacantes. A juicio del voto particular, formulado en relación a la STC 41/2018 e incorporado por referencia argumental también a la STC 40/2018, la doctrina del TC exige que para que ese desarrollo sea constitucionalmente admisible ha de ser posible apreciar una conexión entre la concreta regulación de que se trate y una institución civil preexistente en el Derecho foral.

La argumentación expuesta en el mismo cuestiona la orientación sostenida en la Sentencia y considera que no cabe apreciar la concurrencia de la necesaria conexión que exige la doctrina constitucional entre la sucesión intestada a favor tanto de la Comunidad foral navarra como de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El voto particular considera que se trata de instituciones de diferente naturaleza y que se desenvuelven en contextos distintos: *la sucesión abintestato es una institución típica del derecho sucesorio según la cual, a falta de voluntad manifestada en testamento, es la norma la que dispone los sucesivos llamamientos en favor de los herederos del causante, dado que éste falleció sin disponer lo oportuno sobre sus bienes; estima que se configura a un criterio ordenador de la sucesión que trata de responder a la ausencia de un testamento válido que recoja la voluntad del causante. Se produce, por tanto, por la ausencia, ineficacia o insuficiencia de testamento de la persona que ha fallecido o como consecuencia de la falta de decisión del titular respecto al destino de todos o alguno de sus bienes.*

En cambio, la atribución de los bienes inmuebles vacantes se relaciona con su condición de abandonados, esto es, que carecen de dueño porque no lo han tenido nunca o por el abandono o renuncia de su anterior propietario. El inmueble carece de dueño conocido, y según el voto particular, esta situación pone en marcha la adquisición legal del dominio por el Estado y su posterior incorporación a su patrimonio. Se trata, por tanto, de una cuestión relacionada con *la atribución legal de la titularidad como parte del régimen jurídico de este tipo de bienes, los inmuebles vacantes.*

Por ello, estima que se trata de instituciones diferentes, porque no es factible equiparar la situación de un bien que no tiene dueño, porque no es posible saber a quién pertenece o porque se ha abandonado o renunciado a su titularidad, con la de un bien que sí lo tiene, pero respecto al que su titular no ha hecho ninguna previsión para el caso de muerte, falleciendo sin tomar decisión alguna acerca de las personas llamadas a la sucesión.

Como segundo argumento en defensa de tal tesis discrepante señala que también es diferente la razón por la que la titularidad del bien se atribuye al Estado. Concretamente se argumenta que en el caso de la sucesión abintestato la razón es *el silencio del propietario respecto al destino del inmueble*. Silencio provocado, bien por su muerte intestada sin parientes con derecho a suceder, bien debido a la falta de decisión sobre el inmueble en concreto. Sin embargo, en los inmuebles vacantes, *la causa es que no se sabe quién es el dueño*. Eso hace, según el voto discrepante, que *el presupuesto de hecho* que determina la aplicación de las normas sea diferente: en el caso de la sucesión abintestato implica el fallecimiento del titular y que no haya dispuesto nada sobre los herederos o acerca del destino del bien. En los bienes inmuebles sin dueño conocido, se exige la vacancia inmobiliaria, tanto jurídica como de hecho, esto es, la mera inexistencia de titular.

En cuanto al título de la atribución, se entiende que en los bienes abintestato, el título deriva de la condición legal de heredero de la que goza la Comunidad Autónoma conforme a sus disposiciones de derecho civil foral. *La adquisición en este caso no es automática por ministerio de la ley, como sucede en los bienes inmuebles vacantes, sino con carácter derivativo y en virtud de un título de naturaleza privada: la condición de heredero que la norma atribuye al poder público.*

Por tanto, en los bienes abintestato, la razón de su atribución a la Comunidad Autónoma deriva de su llamada a la sucesión en calidad de heredera. No hay una expresa decisión del legislador respecto a la titularidad del bien. Sin embargo, entiende que esa decisión sí se da en el caso de los inmuebles vacantes cuando se asignan al Estado. Alude a la misma distinción entre atribución de bienes *ope legis* y en virtud de la condición de heredero de la Ley 33/2003 que regula en lugares distintos la atribución al Estado por voluntad de la ley de los bienes que no tienen dueño conocido y la condición de heredera de la Administración general del Estado conforme a las disposiciones del Código civil (69).

Finalmente, como último argumento sostiene que desde la perspectiva de la finalidad de las normas tampoco cabe apreciar coincidencia entre ellas.

(69) Asimismo, DEL POZO SIERRA (2013:pp. 331 y ss.) sostiene que no concurre identidad en el fundamento de los dos posibles títulos de adquisición. El Estado como heredero que es actúa como un sujeto de Derecho Privado. La atribución de la condición de heredero al Estado supone un auténtico derecho hereditario donde su posición es de sujeto de Derecho Privado con los mismos derechos y obligaciones que los demás herederos, presentando particularidades tales como el beneficio de inventario por ministerio de la Ley, la posibilidad discutida de repudiar la herencia o la distribución de la herencia que no queda a libre disposición de la Administración heredera. Condición de heredero, ya sea estatal o autonómico, que sí entra dentro del ámbito competencial de aquellas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio.

Para los magistrados discrepantes, la regulación del abintestato responde a la necesidad de cerrar el sistema sucesorio del Derecho aragonés, para evitar la vacancia indefinida de los bienes y preservar de este modo la seguridad jurídica, e impedir el abandono de los bienes a disposición del primer ocupante. Con ello se evita tanto que las herencias queden vacantes como la exclusión del tráfico jurídico de los bienes que integran esas herencias. Por el contrario, la atribución de la titularidad de los vacantes en favor del Estado es la consecuencia jurídica de su abandono, que extingue el derecho de su titular sobre los mismos y los convierte, por consiguiente, en *res nullius*, susceptibles de apropiación.

En conclusión, el voto particular señala que al no ser posible identificar la conexión entre bienes ab intestato y bienes inmuebles vacantes, no debiera haberse considerado como desarrollo de su Derecho civil propio la previsión legal que atribuye tanto a Navarra como a Aragón dichos bienes inmuebles.

IV. CONCLUSIONES

Las STC 40/2018 y 41/2018 predicen la naturaleza civil de la norma estatal que regula la atribución al Estado de los bienes vacantes, y se plantean si las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio (Navarra y Aragón), pueden establecer una regulación similar a la estatal en beneficio de la Comunidad Autónoma.

Ubicado el debate en el título competencial de «legislación civil» previsto en el art. 149.1.8 CE las dos sentencias analizadas vuelven a mostrar la complejidad del irresuelto dilema interpretativo acerca del término «desarrollo» contenido en el referido precepto de la Constitución, referido en particular a la delimitación de la proyección y alcance de dicha competencia autonómica en relación a los derechos civiles forales o especiales «allí donde existan».

La reflexión principal que cabe inferir del análisis de las sentencias 40 y 41/2018 y del voto particular (que proyecta su operatividad sobre ambas sentencias) es que una vez más se aprecia la complejidad que plantea esa labor de obligada individualización en cada caso del grado de «conexidad» apreciable para valorar si el desarrollo normativo realizado por el legislador autonómico deviene o no acorde a las exigencias del precepto Constitucional.

En los dos supuestos planteados en las referidas sentencias el TC aprecia la existencia de la necesaria relación entre la atribución de los bienes inmuebles vacantes y el derecho propio de Navarra o Aragón, conexión o conexidad que a juicio de la mayoría del tribunal legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en las normas impugnadas.

La cuestión troncal y determinante para resolver el juicio de constitucionalidad radica en apreciar la existencia de una conexión directa e inmediata entre el Derecho foral aragonés y navarro y la adquisición de bienes vacantes; concretamente se trata de dilucidar si se permite o no a la Comunidad Autónoma de Aragón y a la Comunidad Foral Navarra adquirir la propiedad de los bienes inmuebles carentes de dueño.

La calificación de las instituciones jurídicas analizadas (por un lado la relativa a los bienes mostrencos y por otro la sucesión *ab intestato*) como integrantes de una misma categoría de «modos o formas de adquisición de la propiedad» es en este supuesto la clave para valorar en la sentencia la constitucionalidad de los preceptos impugnados, frente a la valoración discrepante contenida en el voto particular, discrepancia derivada de tal labor previa de calificación realizada por la mayoría del Pleno.

En efecto, tanto las dos sentencias como el voto particular, formulado en relación a la STC 41/2018 e incorporado por referencia argumental también a la STC 40/2018, coinciden en señalar con acierto técnico que la doctrina del TC exige que para que ese desarrollo sea constitucionalmente admisible ha de ser posible apreciar una conexión entre la concreta regulación de que se trate y una institución civil preexistente en el Derecho foral.

Pero tras esta premisa de partida compartida en una y otra reflexión jurídico-constitucional, el disenso interpretativo emerge una vez más a la hora de concretar qué ha de entenderse por tal conexión o conexidad. La argumentación expuesta en el voto particular cuestiona la orientación sostenida en la Sentencia y considera que no cabe apreciar la concurrencia de la necesaria conexión que exige la doctrina constitucional entre la atribución por ley de bienes vacantes y la sucesión intestada a favor tanto de la Comunidad foral navarra como de la Comunidad Autónoma de Aragón. En particular considera que se trata de instituciones de diferente naturaleza y que se desenvuelven en contextos distintos.

Analizados los precedentes jurisprudenciales del propio TC ambas posturas interpretativas aportan argumentos coherentes y bien fundados para llegar a resultados contrarios. Una vez más la clave radica en cómo resolver la incógnita derivada del recurso al concepto jurídico indeterminado «conexidad». El resultado de esta indefinición es la existencia de un importante grado de inseguridad jurídica no mitigado tras veinticinco años de litigios ante el TC (la primera sentencia que acuñó tal exigencia de conexidad vinculada a la noción de desarrollo, y que no está expresamente prevista en el tenor del art.149.1.8 CE, proviene del año 1993, STC 88/1993).

Cada vez que el TC se ha visto en la necesidad de precisar la extensión y límites de la noción de «desarrollo», el TC ha elaborado una respuesta interpretativa «ad hoc»; es decir, el TC ha tenido que construir en cada supuesto

una argumentación específica que, pese al alto rigor técnico (como ocurre en las dos resoluciones y el voto particular ahora analizados) de los cánones hermenéuticos empleados para argumentar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, no logra sin embargo, aportar pautas que permitan realizar una necesaria prospección jurídica por parte de los respectivos legisladores autonómicos.

Cuando se alude en el art. 149.1.8 CE a la noción de «desarrollo» del derecho civil propio, el TC ha dejado claro en su dilatado desarrollo jurisprudencial sobre el término que éste permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho. Lo contrario llevaría a la identificación de tal concepto («desarrollo») con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento.

Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Ello no significa que quepa hablar de una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* abierta a la plena disponibilidad de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil foral o especial propio, ya que ello que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE.

Si se analiza el *iter* seguido por las diferentes sentencias del TC que han abordado esta cuestión cabe apreciar una ausencia de criterio claro y uniforme para resolver los diferentes supuestos planteados en materia de legislación civil. La gran cuestión radica en tratar de precisar si ese sistema interpretativo acuñado por el TC se basa en que tal conexión con las materias contenidas en las antiguas compilaciones debe ser considerada como orgánica, es decir, referida al conjunto del ordenamiento a comparar o si por el contrario ha de quedar referida a una concreta institución civil.

Y lo cierto es que analizada la suma de decisiones del TC desde 1993 hasta las dos últimas objeto ahora de esta reflexión doctrinal, no cabe apreciar una respuesta clara a la anterior cuestión formulada.

El término desarrollo posibilita una evolución normativa más allá de la mera conservación o de la modificación puntual; ahora bien, ¿qué nivel de conexidad debe estimarse necesaria respecto a la antigua realidad normativa existente para valorar su constitucionalidad?, ¿qué ha de entenderse cuando se alude, como lo ha hecho el TC en anteriores decisiones como las SSTC 88/1993 y 156/1993, al referirse a crecimiento de tales Derechos civiles

especiales de acuerdo con los «principios informadores peculiares del Derecho foral»?

Si se aceptara que los Derechos civiles forales o especiales no pueden ser concebidos como una serie de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino como un sistema normativo dotado de la sistematización y conexión interna propias de un ordenamiento que tiene además constitucionalmente reconocida la posibilidad de determinar sus específicas fuentes de producción normativa, se aportaría un mayor grado de seguridad jurídica, en los términos del propio art.9.3 CE.

El TC no plantea soluciones apriorísticas que permitan una solución general a tales cuestiones, quizás porque la determinación de la existencia de una efectiva conexión forme parte de la interpretación constitucional, es decir, de aquélla que supone la valoración de la adecuación del concreto contenido de la norma analizada a las previsiones del art. 149.1.8° CE.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y Derecho interregional (o ¿para quién legisla el legislador autonómico de Derecho Civil?)», *Dereito*, vol. 15, nº 1, 2006, pp. 263-285.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen: *Bienes patrimoniales del Estado (Concepto y formas de adquisición por atribución de ley)*, Marcial Pons, 2001, 291 pp.
- Adquisición de bienes y derechos», en *Comentarios a la Ley 33/2003 del Patrimonio de las AAPP*, coord. C. Chinchilla, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, 1064 pp.
- COCA PAYERAS, Miguel: «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil propio en la doctrina del TC (SSTC 88, 156 y 226 de 1993)», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994-2, pp. 435-442.
- DEL POZO SIERRA, Belen: *La compatibilidad jurídica entre el Derecho del Estado en la sucesión intestada y como titular de bienes vacantes*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, 347 pp.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas», *El consultor inmobiliario*, nº 63, dic. 2005, 30 pp.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado», en *RAP*, núm. 47, 1965, 70 pp.

- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego: «Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international Privé. Cours Général», *R.des C.*, t. 287, 2002, 426 pp.
- M.HERRERO DE MIÑÓN, M.: «Los Derechos Forales como Derechos Históricos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº52, enero/abril 1998.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «Bienes sin dueño: mostrencos y abintestatos en la nueva Ley de Patrimonio aragonesa», en esta REVISTA, núm. 39-40, Zaragoza, 2012, 40 pp.
- *La sucesión legal del Estado*, Ed. Reus, Madrid, 2017, 267 pp.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Autonomías y Derecho Privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, 153 pp.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: *Sistema Jurídico de los Bienes públicos*, Civitas, 2012, 318 pp.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, vol. 1º, 330 pp.
- MOREU BALLONGA, José Luis: «Sentencia de 21 de marzo de 2000», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 54, 2000, 1029-1075 pp.
- PUIG FERRIOL, Luis, y ROCA I TRÍAS, Encarna: *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, Barcelona, 1988, v. 1. Part general, obligacions i contractes, drets reals, 445 pp.
- ZABALO ESCUDERO, María Elena: «El Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales», Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 889-900
- «El nuevo sistema de los conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias», *Bitácora Millennium DPr.*, marzo de 2016, 17 pp.

