QDL 59

Junio de 2022 · Cuadernos de Derecho Local

EL ACCESO A LA VIVIENDA

FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL

QDL59

Junio de 2022 · Cuadernos de Derecho Local

EL ACCESO A LA VIVIENDA

FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en las siguientes bases de datos:

LATINDEX (http://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=21551)

DICE (http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1696-0955)

DIALNET (https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3400)

BASE DE DATOS ISOC

Edición

© Fundación Democracia y Gobierno Local

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona

Fernando el Santo 27, bajo A - 28010 Madrid

Producción

Estugraf Impresores S.L.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955 (papel) \ 2695-6101 (digital)

Foto de cubierta: iStockphoto LP

La revista *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*) fue fundada en 2002, y desde entonces viene publicándose, ininterrumpidamente, cada cuatrimestre.

CONSEJO CIENTÍFICO

Presidente: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III de Madrid*

Manuel Aragón Reyes, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *Tribunal Supremo*
Javier Barnés Vázquez, *U. de Huelva*
Miguel Beltrán de Felipe, *U. de Castilla-La Mancha*
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*
Diego Córdoba Castroverde, *Tribunal Supremo*
Javier Delgado Barrio, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *U. Complutense*
Rafael Fernández Montalvo, *Tribunal Supremo*
Tomàs Font i Llovet, *U. de Barcelona*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *U. Rovira i Virgili*
Pablo García Manzano, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *U. Complutense*
Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado TSJ Madrid*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Director: Alfredo Galán Galán, *Universidad de Barcelona*

Secretario: Gustavo Manuel Díaz González, *Universidad de Oviedo*

Coordinadora: Petra Mahíllo García, *Diputación de Barcelona*

Vocales: Marcos Almeida Cerreda, *U. de Santiago de Compostela*
Mónica Álvarez Fernández, *U. de Oviedo*
Antonio Arroyo Gil, *U. Autónoma de Madrid*
M. Mercè Darnaculleta Gardella, *U. de Girona*
Antonio Descalzo González, *U. Carlos III de Madrid*
Ricard Gracia Retortillo, *U. de Barcelona*
María Hernando Rydings, *U. Rey Juan Carlos*
Agustín Iriondo Colubi, *Consejo Consultivo de Asturias*
Cayetano Prieto Romero, *Comunidad de Madrid*
Diana Santiago Iglesias, *U. de Santiago de Compostela*
Sofía Simou, *U. Autónoma de Madrid*
Francisco Toscano Gil, *U. Pablo de Olavide*

QDL59

ESTUDIOS

I. Sección monográfica
El acceso a la vivienda

14 Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda
ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

35 Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda
FELIPE IGLESIAS GONZÁLEZ

65 La garantía del acceso a la vivienda en el derecho comparado: una perspectiva a nivel mundial
NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO

96 El Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda y la intervención local en la materia
MARCOS VAQUER CABALLERÍA

II. Sección general

120 La gestión segregada de los biorresiduos y su aplicación en la *Smart City*
JUAN ALEJANDRO MARTÍNEZ NAVARRO

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

160 Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de marzo a 1 de junio de 2022)
VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

Índice

CRÓNICA CONSULTIVA

La responsabilidad patrimonial de la Administración frente al ruido generado por terceros: la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía
MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO 206

Doctrina del Consejo Jurídico de la Región de Murcia sobre la inadmisión de la revisión de oficio: comentarios al Dictamen 84/2022 del Consejo Jurídico y a la doctrina casacional fijada en la STS 694/2021, de 24 de febrero
MANUEL M.ª CONTRERAS ORTIZ 233

La naturaleza y el régimen jurídico de los consorcios en el ámbito local. La posición del Consejo Consultivo de las Illes Balears
MARIA BALLESTER CARDELL 244

ESTUDIOS

I. Sección monográfica. El acceso a la vivienda

Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda

Ángel M. López y López
Profesor emérito de Derecho Civil.
Abogado

1. **El marco constitucional general**
   1.1. Las técnicas operativas de la función social
   1.2. Función social de la propiedad y limitaciones a la libertad de contratar
   1.3. La expropiación forzosa en la Constitución
2. **Función social y libertad de contratar en el Proyecto de Ley. Una visión general**
3. **Bibliografía**

Resumen

El trabajo pretende formular algunas consideraciones sobre las medidas que inciden en la propiedad y en la disciplina del mercado, solo en cuanto afecten directamente a los derechos de los particulares, sin analizar los restantes contenidos del Proyecto. Al efecto indicado se desdobla en dos partes diferenciadas. La primera parte expone sucintamente el marco constitucional de referencia, poniendo de relieve que la garantía constitucional de la propiedad y la de la libertad de empresa tienen una dimensión común, aunque existen matices entre ambas. Dominada la primera por la idea de función social de la propiedad, se expone que esta, en cuanto sea expresión de intervenciones delimitadoras, no está sujeta a los imperativos de la expropiación forzosa, como s*í* lo estaría si supusiera intervenciones ablatorias. La diferencia entre aquellas y estas son el respeto de unas y el desconocimiento de las otras del llamado "contenido esencial", respeto y reconocimiento apreciados a la luz

Artículo recibido el 02/06/2022; aceptado el 12/06/2022.

de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación. Con alguna acomodación, este planteamiento se puede trasladar a la libertad de empresa, y una de sus manifestaciones más potentes, la libertad de contratar. Se llama la atención sobre que cuando la intervención se haga a través de instrumentos normativos generales se corren riesgos de inconstitucionalidad si las medidas se predican de todos los destinatarios de aquellos, sin operar discriminación alguna entre ellos. La segunda parte analiza, y solo en cuanto incidan sobre los particulares, las medidas del Proyecto de Ley. Este es vacuo en gran medida por referirse a normas futuras de contenido indeterminado. A esta falta de concreción se une una elevada deficiencia técnica y redaccional. Estas circunstancias impiden un juicio de constitucionalidad sobre muchas disposiciones de la Ley. En el único punto donde hay más concreción es en la limitación del precio del alquiler, que en principio se considera constitucional si obsequia la proporcionalidad, razonabilidad y adecuación de la medida, pero este juicio resulta dudoso dada la casi absoluta indiscriminación de los destinatarios de esta. El Proyecto desconoce absolutamente la expropiación forzosa, por un lado como si diera por supuesto que todas sus intervenciones en la propiedad o la libertad de contratar fueran meramente delimitadoras, y por otro, renunciando a la utilización de la figura, bien como instrumento directo de políticas de vivienda, bien como sanción al incumplimiento de los deberes que impone el Proyecto mismo. En consecuencia, este es de modestos propósitos, pese a los alardes retóricos.

Palabras clave: *propiedad; función social; libertad de contratar; contenido esencial; expropiación forzosa; proporcionalidad; razonabilidad; adecuación; limitaciones de renta; posible inconstitucionalidad por indiscriminación de los destinatarios de las medidas.*

Private property and market regulation in the draft legislation on the right to housing

Abstract

The article carries out some considerations on the measures that affect private property and market regulation, only insofar as they directly affect the rights of individuals, without analyzing the remaining contents of the draft. Thus, the article is divided into two

parts. The first part succinctly sets out the constitutional framework of reference, pointing out that the constitutional guarantee of private property and freedom of enterprise have a common dimension, although there are differences between the two fundamental rights. Private property is dominated by the idea of its social function, and this function covers public action on limiting private property without considering these limitations as compulsory expropriations. The difference between limitations and expropriations is related to the respect of the "essential content" of the fundamental right, which is determined considering the principles of reasonableness, proportionality, and appropriateness. This approach can be similarly transferred to freedom of enterprise, and to one of its most relevant manifestations, freedom of contract. It should be highlighted that if public intervention is made through general regulatory instruments there is a risk of unconstitutionality if the measures are applied to all kinds of people without differentiating between persons. The second part of the article analyzes measures of the draft legislation only insofar as they affect individuals. There is ambiguity because these measures refer to future rules of indeterminate content. This lack of specificity is exacerbated by a high degree of technical and drafting deficiency. These circumstances do not allow a judgment on the constitutionality of many of the provisions of the draft legislation. There is only a certain degree of specificity regarding the limitation of the price of rent, which in principle is considered constitutional if the measure is proportionate, reasonable and adequate, but this judgment is doubtful given the almost absolute indiscrimination of the recipients of the measure. The draft legislation completely ignores compulsory expropriation. On the one hand, it takes for granted that all public intervention in private property or freedom of contract entails a mere limitation of the fundamental rights. On the other hand, the draft legislation does not use that tool, either as a direct instrument for housing policies or as a sanction for non-compliance with the duties imposed by the draft itself. Consequently, the draft legislation is a modest proposal, despite the rhetorical boasts.

Keywords: private property; social function of private property; freedom of contract; essential content; expropriation; proportionality; reasonableness; appropriateness; rent limitations; possible unconstitutionality because of not differentiating between the recipients of the regulatory measures.

1
El marco constitucional general

El 18 de febrero del presente 2022 fue publicado por el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda, y comenzó su tramitación en la Comisión de Transportes, Movilidad y Agencia Urbana, dotada para el caso de competencia legislativa plena. Con independencia de la retórica de la Ley (por cierto abundantísima, y muchas veces de escaso contenido normativo, un tanto declamatoria –sobre todo la larguísima Exposición de Motivos–, llena de redundancias, amén de escasa elegancia sintáctica), su objetivo es regular el derecho a la vivienda que consagra el artículo 47 de la Constitución, estableciendo las condiciones básicas que garantizan su ejercicio para todo el país, y regulando políticas públicas y limitaciones de distinto tipo a las titularidades jurídico-privadas. Objeto del presente trabajo es dar cuenta de en qué modo estas resultan afectadas y en qué medida dicha afectación se ajusta a los parámetros constitucionales. El cumplimiento de ese objeto necesita de toda una serie de precisiones que a continuación siguen.

La primera de ellas consiste en salir al paso de toda una serie de consideraciones fundamentalistas sobre la naturaleza del derecho a la vivienda, presentes en la retórica de la Ley, como, por ejemplo, llamarlo "derecho humano fundamental". Como ciudadanos nos apercibimos del gravísimo problema de la vivienda en España, que condena a muchas personas a una existencia humana de bajísima calidad, a veces ninguna. Bienvenidas sean todas las políticas públicas que ataquen el problema. Ahora bien, el diseño constitucional, aunque no deja de considerar la vivienda digna y adecuada como un bien esencial, lo ha incluido (artículo 47 de la Constitución) entre los principios rectores de la política económica y social (artículos 39 a 52 de la Constitución). En consecuencia, no es ni siquiera un derecho, pues aunque se impone su reconocimiento, respeto y protección por todos los poderes públicos (artículo 53.3 de la Constitución), carece de acción, salvo la que la legislación de desarrollo pudiera reconocerle[1].

Como es obvio, las intervenciones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos de los particulares afectan esencialmente a la propiedad privada (artículo 33 de la Constitución) y a la libertad de empresa, y en este último caso, a uno de sus principales instrumentos, la libertad de contratar; y

1. Como es sabido, esa accionabilidad no es nada fácil de conseguir en los llamados derechos de "tercera generación" o "derechos sociales", entre los que estaría, entre otros, el derecho a la vivienda.

de ambos también hay que predicar sin ambages, soflamas ideológicas aparte, que tampoco son derechos fundamentales, por la misma razón que no lo es el derecho a la vivienda digna y adecuada: carecen de acción, aunque tengan el plus de la garantía de su contenido esencial, lo que los convierte en "garantías institucionales". Dicho directamente, los desarrollos legislativos del derecho a la vivienda son perfectamente legítimos si delimitan las titularidades, con respeto de su contenido esencial, o si las limitan más allá del mismo, pero en este caso, con el instrumento de la expropiación forzosa. En la práctica, este es el cabo de las tormentas de toda intervención pública sobre los derechos de los particulares.

Todo lo anterior –me parece– es suficientemente conocido y generalmente compartido[2], pero merece una explicación más compleja y unitaria, desde un concepto ya aceptado generalmente, y es el de "Constitución económica".

La arquitectura esencial del concepto "Constitución económica" está constituida por los artículos 33, 38, 52 y 128 de la Constitución, de los que se predica un juego conjunto, no siempre fácil de armonizar para una concreta aplicación, dado el diverso "aliento histórico" de aquellos (los debates constituyentes así lo demuestran), que se refleja en su diverso encuadre, valoración y nivel de protección[3]. Siempre dentro de esa arquitectura esencial existen distintas perspectivas, sobre todo acerca del entendimiento de hasta dónde son posibles los límites de los ámbitos de los poderes de los particulares, lo que se manifiesta en los diversos entendimientos de los juicios de proporcionalidad, razonabilidad y adecuación de aquellos, para no devenir de "límites" (admisibles como estatuto "normal" en cuanto respetan el "contenido esencial", "intervenciones delimitadoras") en "limitaciones" (más allá de dicha "normalidad", sin respeto al contenido esencial, "intervenciones ablatorias o mutiladoras")[4]. Más adelante abundaremos en el punto.

También parece estar consolidada la idea de que, si la intervención de los poderes públicos excede el ámbito de la delimitación y llega a la ablación, entrará en juego, tanto materialmente como formalmente, la garantía de la expropiación forzosa, y esta siempre exige un justiprecio, se configure

2. Incluso la polémica sobre si las "garantías institucionales" son o no derechos fundamentales puede ser reconducida a una pura diferencia nominal entre "garantías institucionales" con o sin acción, o si se prefiere entre "derechos fundamentales" con o sin acción.

3. Para un panorama de conjunto séame lícito remitir a López y López (2008).

4. Parejo Alfonso (1978). Es estudio esencial, y nos ilustra, entre otras cosas, de la precisión técnica de la distinción en el derecho alemán entre *Eigemtumsbegrenzung* (límites de la propiedad) y *Eigentumsbeschkranug* (limitaciones de la propiedad), que podemos utilizar en derecho español con todo provecho.

como se configure[5]. A mi modo de ver es así, y en principio, y como regla general, no cabe de manera constitucionalmente legítima una expropiación sin indemnización, ni supone en puridad excepción al principio la posibilidad cierta y consagrada por la jurisprudencia[6] de un "justiprecio cero". Aquí es necesario precisar que son conceptualmente cosas distintas el principio según el cual la figura de la institución no puede dejar de comprender la existencia del justiprecio con la posibilidad de que este sea cero; estamos hablando de un justiprecio siempre existente en abstracto y *a priori*, pero que a la hora de la valoración carezca de interés resarcible.

Asimismo, debe tenerse por la más cercana al consenso la interpretación del artículo 128 en la dirección de que, aunque la iniciativa pública en la economía no sea subsidiaria, caso de producirse su incidencia en la actividad de los particulares debe respetar los ámbitos garantizados a la iniciativa privada, plasmados en el binomio propiedad privada – libertad de empresa, lo que en última instancia nos remite de nuevo a la garantía expropiatoria.

Afirmadas como elementos clave del paradigma[7] la propiedad privada y la libertad de empresa, tanto desde el punto de vista de la "Constitución material"[8] como por su nivel de protección en nuestra Norma Fundamental (que se traduce en su consideración como garantías institucionales), y que se supone han de convivir armónicamente, no será ocioso poner de relieve que existe entre ambas garantías una relación dialéctica. A este propósito se ha de tener en cuenta que en la evolución del capitalismo maduro la figura de la propiedad, aun sin perder su carácter fundante, ha disminuido su peso en relación

5. Extensamente sobre el tema, en la doctrina española, la informada y ponderada exposición de López Menudo *et al.* (2006: 231-241).

6. Sobre el "justiprecio cero" puede verse la STS de 22 de noviembre de 2004, FJ 6: "no cabe afirmar que del art. 33 CE pueda obtenerse como consecuencia que cualquier privación de bienes o derechos deba ir acompañada siempre de una compensación económica, aunque el valor de lo expropiado sea cero", con abundante cita de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en jurisprudencia que creo básicamente concordante con la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin dejar de señalar la conflictividad entre ambos tribunales.

7. Revisado recientemente por mí, con bastante extensión, concluyendo su vigencia estructural, aun en nuestro mudado mundo tras la pandemia: López y López (2020).

8. Concepto y terminología acuñados, como es notorio, por Mortati (1940), con una notable "*premessa*" de G. Zagrebelsky, en la que explica la supervivencia de una doctrina pensada para ser aplicable al Estado fascista. Coincidimos en muchas de sus razones, aunque la más convincente es la apelación al "realismo" de Mortati, si bien nosotros lo apreciamos desde una perspectiva diferente. En efecto, es operación realista la de indicar que la efectividad de la Constitución "formal", o "expresada normativamente", depende del conjunto de fuerzas económicas y sociales, sin las cuales dicha efectividad viene a menos. Formulo esta observación al solo objeto de destacar que la "Constitución material" es un límite a una reforma estructural de la Norma constitucional, inviable si aquella no ha resultado también estructuralmente reformada en sus aspectos sustanciales políticos y sobre todo económicos. De esta idea podemos extraer iluminación sobre el limitado propósito de este trabajo, pues apoya su conclusión general.

con la figura de la empresa, cosa lógica, pues un capitalismo dinámico tiende a favorecer a la burguesía emprendedora frente a la burguesía meramente poseedora. De esta consideración son epifenómenos: la resistencia a configurar jurídicamente la empresa como objeto de una titularidad única, haciendo prevalecer las llamadas tesis "atomísticas" para evitar que ello aboque a que se hable de la propiedad de la empresa, pues conduciría a permitir la posibilidad de que se le aplicara la doctrina de la función social[9]; la negación de la "funcionalización de la empresa"[10]; el confinamiento, en la práctica, de la aplicación de las técnicas de la función social a la propiedad inmueble, técnicas por otro lado cada vez más degradadas en relación con su formulación inicial; la consecuente inaplicación a las nuevas formas de propiedad, mueble e intelectual, profundamente asociadas a la empresa; y la disociación entre propiedad y control de la riqueza. Todas estas cosas son suficientemente conocidas en sus contornos generales, pero las traigo aquí con el fin de que a través de ellas se vea que la relación dialéctica entre las dos garantías institucionales está descompensada en favor de la de la libertad de empresa, consistiendo el núcleo más duro de la de propiedad en la garantía expropiatoria, pero de la que se benefician también las limitaciones o supresión de la iniciativa económica privada, a estos efectos considerada como una suerte de ámbito económico privado, como es el preciso sentido de la expresión "propiedad" en el artículo 33 de la Constitución[11].

Tras la anterior visión de conjunto, convendría detenerse en dos desarrollos de la misma: las técnicas operativas de la función social, y las técnicas operativas de la limitación a la libertad de empresa, en especial de las limi-

9. He tratado este tema con alguna extensión en López y López (2014).

10. La frase es de Ascarelli (1955: 96). No deja de ser curiosa su argumentación del primero, alejada de las tesis ordoliberales al uso. La funcionalización, según el príncipe de los mercantilistas italianos, y uno de los más grandes juristas del siglo XX, invita a la disociación entre riesgo del empresario y su poder de decisión, con todo lo que ello conlleva, amén de que, si se considera que el ejercicio de ese poder tiene un ingrediente de finalidad pública, la necesidad de que los trabajadores colaboren a su consecución puede consagrar posiciones de privilegio para el empresario en relación con aquellos. De todos modos, habría que señalar que en la época histórica de la formulación del principio de libertad de empresa en la Constitución republicana (artículo 41) las necesidades de huir de cualquier tufo corporativista y acentuar los matices "sociales" eran muy sentidas. No obstante, durante largo tiempo, sobre todo en las décadas de los setenta y los ochenta, la batalla jurídica en torno a la búsqueda de mecanismos que vinculasen en sentido social la libertad de empresa se mantuvo, pero sin éxito: el fracaso, creo, fue debido al final de la Unión Soviética, al predominio de las políticas *neocon,* proceso este marcado decisivamente por la llamada "globalización". En el terreno científico levanta acta de la consiguiente implantación de un pensamiento neoliberal radical la obra de un jurista de tanto relieve como Francesco Galgano, quien partiendo desde posturas de análisis crítico canónicamente marxista (1974, 1978) llega a tesis de minusvaloración total del papel del Estado (2005).

11. Sobre el punto, remito a lo por mí ya expuesto en López y López (2018: 34-35).

taciones a la libertad de contratar, estableciendo en ambos casos su relación con la garantía expropiatoria, es decir, dilucidando cuándo dichas técnicas son simplemente delimitadoras y cuándo son ablatorias y necesitan, para no ser ilegítimas, ser implementadas a través de la expropiación forzosa o mecanismos similares.

1.1
Las técnicas operativas de la función social

En cuanto a las técnicas operativas de la función social, conviene resaltar, de entrada, la variedad de estas. Pueden concurrir todas o solo algunas. De una manera compendiosa se han expuesto así[12]:

1) falta de atribución al propietario de determinadas facultades, reducción del contenido de la propiedad, hecha con carácter general y definitivo en relación con los poderes del sujeto sobre una categoría de bienes; 2) establecimiento de un conjunto de condiciones, variables según los supuestos, para el ejercicio de las facultades atribuidas; 3) fijación de obligaciones y cargas que imponen actividad al poder del propietario y que pueden determinar la pérdida de la titularidad o recortes en el ejercicio de las facultades nucleadas en el ejercicio del derecho.

El modo de manifestarse la función social a través de las normas es el establecimiento de límites a la propiedad: la función social no es otra cosa que una expresión elíptica de los límites. La palabra "límites" tiene aquí un preciso significado técnico, contrapuesto a la palabra limitaciones, como ya conocemos.

Límites, en este sentido, son los confines que encierran el contenido normal del derecho de propiedad, o sea, el régimen ordinario, variable según las diversas categorías de bienes, de restricciones a que está sometido el poder del propietario; "limitaciones" es el término que acoge las diversas reducciones de dicho poder que, con variedad de causas, comprimen, en casos singulares, ese poder que de manera normal tiene el dueño de la cosa.

En sede de disciplina constitucional, la distinción tiene una precisa relevancia: la imposición de límites es una "intervención delimitadora general" de la propiedad, y por consiguiente, no genera derecho a indemnización alguna; en cambio, la de limitaciones comporta una "intervención ablatoria singular", y genera el derecho a la indemnización. Anticipando alguna idea, saquemos una importante consecuencia: cuando es la Ley la que impone limitaciones, deberá prever las oportunas indemnizaciones, porque, caso contrario, sería

12. Rodotà (1960: 1312-1313).

inconstitucional, al tratarse de una Ley expropiatoria que no cumpliría lo dispuesto en el artículo 33.3 CE. La regla no tiene excepción alguna, y no consiente nacionalizaciones sin indemnización.

1.2
Función social de la propiedad y limitaciones a la libertad de contratar

Aunque hemos ya señalado que la libertad de contratar es una manifestación de la garantía institucional de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38, y que este tiene un diverso aliento de aquel del artículo 33 de la Constitución, amén de la dificultad para hablar de la función social de la empresa, no es menos cierto que las dos garantías son inescindibles en abstracto, y, en concreto, una limitación de las posibilidades de utilización y explotación de un bien a través de la imposición de condiciones contractuales forzosas para la realización de aquellas posibilidades, superpone la una sobre la otra, aunque no siempre, y en todo caso no del mismo modo. Finalizamos estas premisas con algunas consideraciones sobre la expropiación forzosa en la Constitución.

1.3
La expropiación forzosa en la Constitución

El artículo 33.3 CE contiene la regulación constitucional de la expropiación forzosa en ella, y así ha sido dicho con autoridad[13], bajo la doble faz de mecanismo legitimador de la acción de los poderes públicos a la hora de abatir situaciones patrimoniales de los administrados y de garantía de estos, al establecer las condiciones de ese abatimiento. Garantía que se manifiesta, de un lado, en la ilegitimidad (*lato sensu*) de toda privación patrimonial que no se ajuste a esas determinadas condiciones, y, de otro, y presupuesta la regularidad de la expropiación, en la sustitución en el patrimonio del expropiado del bien objeto de la privación, por un correspectivo, la indemnización.

La esencia de la institución se funda en la prevalencia de los intereses públicos frente a situaciones dominicales concretas, que resultan especialmente sacrificadas: la expropiación, por definición, no atenta contra el *status* general de la propiedad, al que presupone; precisamente por ello, los que padecen la expropiación deben ser compensados, pues, de no ser así, contribuirían de un modo desigual y más gravoso, en relación con los no expropiados, a las cargas públicas: la indemnización supone, además de la compensación, el

13. García de Enterría y Fernández Rodríguez (1983: 195).

expediente para repercutir el sacrificio sobre toda la colectividad, desde el instante en que es sufragada con los fondos que el sistema fiscal obtiene.

Ambos aspectos, de potestad conferida a los poderes públicos y de garantía de los particulares, implícitos en la expropiación forzosa, están profundamente relacionados, y no se les puede escindir sino convencionalmente, aunque podemos afirmar que el acento más intenso de las declaraciones constitucionales sobre la expropiación forzosa recae en su carácter de garantía individual, y ello por la razón de erguirse en el instrumento de protección de un derecho, el de la propiedad, cuyo reconocimiento es uno de los cimientos básicos en que se asienta el orden constitucional[14]. El esquema operativo en el constitucionalismo clásico venía limitado a la proclamación de la propiedad privada como un derecho fundamental, y a la correlativa constitucionalización de los requisitos con los que, a través de la expropiación, podría venir a menos aquel derecho. La sistematización lógica consistía, y en buena medida sigue consistiendo, en los textos constitucionales de hoy[15], en que, al señalar los límites y requisitos del sacrificio de la propiedad, se indicaba también el alcance de la garantía constitucional de la misma. Así, en gran parte, la historia de la institución de la expropiación forzosa se resuelve en la historia de las posiciones del constituyente sobre la propiedad privada[16].

En un primer momento histórico, correspondiente a las etapas iniciales del orden jurídico liberal, las relaciones entre garantía institucional de la propiedad y expropiación forzosa se desenvuelven en un marco claro y poco dado a las incertidumbres. En efecto, en dicha época se concibe el dominio como un haz de facultades sin limitaciones intrínsecas, circunscrito únicamente por la necesaria coexistencia de una pluralidad de titularidades dominicales, y tenuemente limitado desde el exterior por normas de policía; y, al tiempo, la expropiación forzosa es un simple proveído administrativo (aunque basado, obviamente, en la Ley) que produce la ablación del patrimonio de un sujeto,

14. Sin que en las Constituciones del Estado social ello implique que *técnicamente* sea un derecho fundamental, como queda dicho.

15. Sobre la debilidad de la fórmula "Estado social" en relación con la de "Estado liberal de derecho", reenvío a mi ensayo López y López (1996).

16. *Vid.* Motzo y Piras (1959). En dicho trabajo, los autores, partiendo de la explícita afirmación de que "el problema de la expropiación constituye el problema mismo de una definición históricamente puntualizada de la posición del Estado en relación con las propiedades prexistentes" (p. 155), construyen una panorámica demostrativa de las conexiones entre garantía de la propiedad y expropiación a través de los textos constitucionales italianos y alemanes, que resulta especialmente interesante en lo relativo a estos últimos (Constituciones de Weimar y de Bonn), por la extraordinaria influencia que han ejercido en Cartas fundamentales (y leyes ordinarias) de todo el resto de la Europa Occidental (*vid.* pp. 155-180). Debo señalar que una profunda penetración en el núcleo conceptual del instituto expropiatorio se encuentra en el monumental estudio histórico: Lacchè (1995), al que los no historiadores puede que no dediquen la atención que merece.

o de un grupo muy restringido de sujetos, casi siempre en conexión con la realización de la obra pública, hasta el punto de que la institución parece un simple apéndice instrumental de dicha actividad administrativa. Ni la Ley pretende configurar el contenido del derecho de propiedad desde su interior, ni se concibe la expropiación como un mecanismo para la transferencia al sector público de enteras categorías de bienes, ni siquiera con indemnización. Ambas cosas, intervención configuradora de la Ley en materia de propiedad, traspaso de esta en términos globales desde el patrimonio de los particulares al patrimonio público, repugnan al *consensus* básico sobre el que reposa el entero ordenamiento jurídico.

El declinar de esta concepción básica supone la apertura de una problemática en las relaciones entre garantía de la propiedad y expropiación forzosa nada fácil, ni en sus líneas generales ni en su casuística. Los tiempos vendrán ahora marcados por un constante acrecentamiento de la encomienda de fines sociales al derecho de propiedad, en despego de las formulaciones individualistas originarias, evolución que vendrá acompañada al tiempo (y ambas cosas, en muchos casos, con íntima imbricación) de una extraordinaria fuerza expansiva de la expropiación forzosa[17]. El progresivo despliegue de deberes y cargas inherentes a la extensión del principio de la función social de la propiedad, junto a la cada vez más intensa utilización del instituto expropiatorio como vehículo de la consecuencia de fines sociales del Estado, hacen que se desdibujen aquellos confines originariamente claros, y que surja como problema por dilucidar (y no con carácter teórico, sino práctico, pues comporta nada menos que establecer cuándo procede una indemnización, y, si procediendo la indemnización, no viene establecida, determinar si una Ley es inconstitucional por dicha causa) en qué casos una dada disciplina de la propiedad es puramente delimitadora del derecho, y, en cuanto tal, no supone un sacrificio indemnizable, o bien cuándo va más allá e implica una genuina expropiación. De esta forma, se configura un par antitético intervención delimitadora-expropiación, cuyos rasgos de diferenciación son criterios determinantes de la solución al problema en una dimensión esencialmente práctica.

La tarea de distinguir entre "intervenciones delimitadoras" e "intervenciones mutiladoras"[18] no es sencilla, y ha de efectuarse con criterios materiales, pues no solucionan la cuestión otros de carácter formal.

En el trasfondo de la quiebra de los criterios distintivos de carácter formal se encuentra la crisis de la Ley, como mandato de fuerza organizadora global, en cuyas determinaciones cabía ver una nota de generalidad en la que

17. Nieto (1962).
18. Terminología de Nieto (1962: 85).

objetivar la característica necesaria e inherente a la intervención delimitadora, razonando que esa generalidad, como atributo de la Ley, era *por sí misma* el indicio de que no se había sacrificado especialmente a nadie, sacrificio especial en el que tradicionalmente se ha fundado el deber de indemnizar (y, en consecuencia, la sustancia de la expropiación forzosa). De la misma nota formal de generalidad brotaba, pues, que no había desigual contribución a las cargas públicas. Pero, como decimos, esto no corresponde a la realidad actual de la Ley, en la que podemos observar la continua presencia de disposiciones que afectan a un reducido número de destinatarios, y que contienen, más que un establecimiento de criterios generales *pro futuro*, medidas singulares para hacer frente a una situación concreta, tanto en su alcance como en el número de los afectados.

Pero hay más: la necesidad de tener un criterio material resplandece aún con más fuerza cuando una Ley prevé medidas para un grupo de propietarios, identificados por el hecho de ser titulares de una categoría de bienes, pues plantea el grave problema hermenéutico de identificar la existencia de un especial sacrificio indemnizable ("mutilación") o la de, por el contrario, una pura configuración de sus derechos ("delimitación"). Este es el supuesto con dificultades reales, y donde se afirma, con carácter práctico, el problema de encaje teórico general; cuándo hay intervención delimitadora, cuándo hay una auténtica expropiación. Desde esta perspectiva se deriva como veremos, una grave objeción al Proyecto.

Una respuesta –creemos– se puede obtener con los solos datos de los textos constitucionales. Como nos es ya conocido, el artículo 33 CE plantea, a través de sus tres apartados, una compleja problemática, cuyos ejes cabe, no obstante, resumir del siguiente modo:

a) El artículo 33.1 CE representa la cuestión del "reconocimiento" de la propiedad, haciendo referencia a esta, no tanto como concreto derecho subjetivo cuanto como institución, en el sentido de todo ámbito de poderes económico reservado a los particulares, y por ello extensible a la libertad de empresa y a una de sus principales manifestaciones: la libertad de contratar, por supuesto que con las debidas modalizaciones.

b) El artículo 33.2 CE tiene como eje la delimitación del derecho de propiedad (entendida esta expresión como antes indicaba, por obra de las leyes, en obsequio del principio de la función social). Como también conocimos ya, cuando la Constitución se refiere en dicho artículo a límites, se les está representando como límites intrínsecos que afecten al ejercicio de poderes atribuidos a los particulares.

c) La perspectiva del sacrificio de dichos poderes (elípticamente representados como "propiedad") es la propia del artículo 33.3 CE. Ese sacrificio

consiste en el abatimiento de concretas situaciones dominicales (aclaramos una vez más, *lato sensu*), es la sustancia misma del instituto expropiatorio, pero se pueden concretar dichas situaciones que sacrificar *per relationem* a una categoría de bienes o a un número de individuos, a través de un instrumento normativo adecuado. Ya hemos señalado que es tarea difícil técnicamente, pero inexcusable, y con criterios que impidan indiscriminaciones no justificadas.

La anterior presentación sistemática nos permite decir, en consecuencia, y en el plano de la exégesis, que el par antitético intervención delimitadora-expropiación está contenido en los apartados 2 y 3 del artículo 33 CE. Ello significa que sus ámbitos son presupuesto negativo el uno del otro, y que, en términos prácticos, dilucidados la extensión y el alcance de uno, quedan del mismo modo elucidados los del otro. Dicho en términos más concretos y, según creemos, más útiles para la interpretación, allí donde se sobrepase la delimitación del derecho de propiedad, comienza la expropiación.

Con esta premisa, se puede intentar la siguiente reconstrucción del texto constitucional:

a) La intervención delimitadora del derecho de propiedad se ha de efectuar de acuerdo con las leyes y en obsequio del principio de la función social, según dispone el apartado 2 del artículo 33 CE.

El principio de la función social opera sustancialmente en el terreno del ejercicio del derecho, y supone, por definición, la conservación de un núcleo de utilidad *uti singuli*.

b) Con lo anterior se ve la necesaria conexión no solo literal y sistemática, sino también teleológica, de la intervención delimitadora *ex* artículo 33 CE con lo que establece (de manera general para todos los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I CE) el artículo 53.1, proposición final, CE. En él se dispone la necesaria intervención de la ley (primera concomitancia con el artículo 33.2: "solo por ley" – "de acuerdo con las leyes") para regular el ejercicio (segunda concomitancia con el artículo 33.2, que señala como criterio de la delimitación la función social; y recuérdese lo dicho sobre esta y su necesario desenvolvimiento en el arco del ejercicio del derecho) de derechos y libertades, con necesario respeto a su "contenido esencial" (tercera concomitancia: no hay delimitación por vía de la función social, sino algo que sobrepasa a esta, si no se respeta ese núcleo básico). De esta forma –creemos–, se percibe con claridad que la función social de la propiedad no puede exceder del respeto al "contenido esencial" de esta. O dicho de otra manera, más allá del "contenido esencial", lo significa un *plus* con respecto a la intervención delimitadora.

c) Ese *plus*, ¿qué tratamiento merece? En los términos generales del artículo 53.1, proposición final, CE, la inconstitucionalidad de la ley. *Sin embargo, ello no es predicable necesariamente en el caso del derecho de propiedad*. El artículo 53 CE se refiere a todos los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I CE, conjunto de componentes heterogéneos, bien diversos entre sí; lo que hace imprescindible entenderlos, y ver su régimen específico, atendiendo a su singularidad. Y aquí conviene no olvidar que el derecho de propiedad "cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación" (sentencias del Tribunal Constitucional últimamente citadas); luego el precio (nunca mejor dicho) de la reducción o menoscabo, o desaparición total del "contenido esencial" por medio de la ley, no es necesariamente la inconstitucionalidad de esta, si predispone un mecanismo expropiatorio en los términos del artículo 33.3 CE. En palabras pobres: si se dan los requisitos de la expropiación forzosa, una Ley que ataque el "contenido esencial" es perfectamente constitucional.

d) Con todo lo dicho, aparece claro que el concepto clave para el establecimiento de la distinción entre intervención delimitadora y expropiación forzosa no es otro que el del "contenido esencial": siempre que se sacrifica el "contenido esencial" del derecho de propiedad estamos ante la expropiación forzosa, sin importar el grado de mayor o menor generalidad de la medida interventora; y como reverso, dado el supuesto de respeto a lo que se considere "contenido esencial" del dominio, estamos siempre ante la intervención delimitadora, sin importar la intensidad de la misma[19].

Una precisión final importa. Los límites en que consiste la función social, si son tales límites y no limitaciones, excluyen a la expropiación forzosa; pero conviene tener claro que el legislador puede contemplar, y de hecho es un remedio clásico, que el incumplimiento de los deberes que imponen los límites pueda ser configurado como *causa expropriandi*; pero ello no confunde las figuras, todo lo contrario.

19. Tal nos parece la interpretación más ajustada al texto constitucional. Es evidente que no evita incertidumbres de carácter casuístico, por la indeterminación *a priori* de lo que sea en cada supuesto el "contenido esencial" del dominio, aun dentro de la metodología general que señala la jurisprudencia constitucional. Ahora bien, el operar casuísticamente, ponderando lo que en cada situación sea dicho "contenido esencial", no quita validez a este como criterio general, como criterio-guía, con independencia de su extensión en una sede propietaria concreta. A poco que se piense, tales dificultades son consustanciales a la propia aplicación práctica del derecho. Creemos que resulta ilustrativo a este respecto lo acaecido en la doctrina alemana, que desde hace largo tiempo se mueve entre incertidumbres y vacilaciones en el tema, proponiendo criterios de distinción entre intervención delimitadora y expropiación, sin encontrar ninguno *per se* suficiente, y que, finalmente, no acabe conduciendo también al casuismo o a la utilización sincrética de varios. *Cfr.* Parejo Alfonso (1978: 256-272 y 550-569).

2
Función social y libertad de contratar en el Proyecto de Ley. Una visión general

En consecuencia, la indagación concreta que nos corresponde es dilucidar si la Ley de la Vivienda ha respetado el contenido esencial de la propiedad privada, mediante limitaciones a sus facultades, incluso fuera del tráfico, o a la de ejercitarlas a través de la libertad de contratar. Establecer con concreción, a los efectos de dicha indagación y con claridad y orden, cuáles son los mandatos del Proyecto de Ley no resulta fácil, en un texto lleno de declaraciones programáticas, algunas veces acompañadas de renvío a normas futuras (sin aclarar en ocasiones si estatales o autonómicas, si legales o reglamentarias) o a legislaciones sectoriales ya existentes (*v. gr.*, las relativas al consumo), y donde la retórica ha ganado considerable terreno a la técnica legislativa.

Procuraremos una visión ordenada desde los posibles e hipotéticos medios de que dispondría el legislador para conseguir, dentro del marco constitucional, alcanzar la realización del principio contenido en el artículo 47 de la Constitución, "derecho a una vivienda digna y adecuada". Antes dedicaremos alguna atención a la regulación contenida en el Título I del Proyecto, *Función social y régimen jurídico de la vivienda*, que habría que entender esencial para todo, o gran parte, del posterior despliegue de las medidas para lograr aquella función.

Adelanto que el resultado no puede ser más decepcionante, por la vacuidad normativa. En efecto, el artículo 7 ("Principios rectores de la garantía de la función social de la vivienda") es una mezcla de proclama política, declaraciones programáticas y remisiones a la propia ley, mezcla que no indica ningún principio que no se pudiera extraer sin esfuerzo del dicho constitucional del artículo 47 de la Constitución "derecho a una vivienda digna y adecuada".

El artículo 8, primero del Capítulo I, bajo la monumental rúbrica "Estatuto del ciudadano", y titulado de manera muy prometedora "Derechos del ciudadano en relación con la vivienda", aparte de repetir el texto del artículo 47 de la Constitución, es un conjunto de vaguedades, y cuando alcanzan concreción, ya eran deducibles de toda una legislación anterior.

El saldo del artículo 9 (nada menos que amparado bajo el título "Deberes del ciudadano en relación con la vivienda") es del mismo corte: no hay ningún deber allí relatado que no existiera previamente, y con su regulación *ad hoc*, incluido el recordatorio (apartado c) del deber de respetar las situaciones posesorias, que tiene algún recorrido desde los *interdicta* romanos a hoy. Tal vez sí pueda tener algún contenido normativo, en principio, lo dispuesto en el apartado b), pues impone un deber de realizar "actuaciones de conservación,

reparación o mejora que correspondan en virtud del régimen legal de tenencia en virtud del cual se dispone de la misma", lo que es importante como uno de los medios de evitar la degradación urbana. Con independencia de que la Ley dedica referencias muy generosas a la actividad de los poderes públicos y la cooperación con entidades privadas en la rehabilitación de viviendas, no se ve en parte alguna ningún mecanismo coercitivo, ni directo ni indirecto, para que un ciudadano (por lo visto es el único término que conoce el Proyecto para designar a los particulares) pueda ser constreñido a actuaciones de conservación, reparación o mejora. Por cierto que serían cumplimiento de deberes propios de la función social, pero no hay función social sin imposición de límites coactivamente exigibles, y en último extremo de la coacción, aunque este tal vez no fuera el caso, con la expropiación forzosa. Por cierto, que el uso de esta, el autor del Proyecto no lo contempla nunca, adelantamos.

Mayor contenido normativo, desde el punto de vista de la afección de los derechos de los particulares, tiene, en algunos de sus artículos, el *Capítulo I. Principios generales de la actuación pública en materia de vivienda (Título II. Acción de los poderes públicos en materia de vivienda).* Esta afección se define en función de la tipología de la vivienda, articulo 3 f), en un extenso elenco de definiciones legislativas[20]. En función de dichas definiciones, a la única vivienda a la que a nuestro objeto hay que dedicar atención es a la llamada "vivienda protegida de precio limitado de titularidad privada", pues la "vivienda social" es vivienda de titularidad pública, y la "vivienda asequible incentivada", aun siendo privada, es aquella a la que se imponen determinadas afecciones, pero a cambio de beneficios públicos, lo cual como actividad de fomento es muy respetable y posiblemente acertado, pero de ninguna manera es manifestación del establecimiento de límites propios de la función social de la propiedad.

La vivienda protegida de precio limitado está "sujeta a limitaciones de precios de renta y todos los demás requisitos que se establezcan legal o reglamentariamente y destinada a satisfacer la necesidad de vivienda permanente de personas u hogares que tengan dificultades de acceder a la vivienda en el

20. Técnica ajena a nuestra tradición, y expresión de un deseo de certidumbre loable, pero de gran peligro a la hora de la aplicación de las leyes. Sobre este punto, en gran medida rendición a las técnicas de los *statutes* de la tradición jurídica anglosajona, hay que señalar que en esta su fundamento se encuentra en la interpretación restrictiva de la ley escrita y en la necesidad de que las decisiones judiciales (*common law* en sentido estricto) no prevalezcan sobre dicha ley. Ni que decir tiene que nuestro ordenamiento, sin tal restricción, y sin tal papel de las decisiones judiciales, en nada impide ni la interpretación extensiva ni la aplicación analógica, con lo que las definiciones legislativas pueden acabar convirtiéndose en material jurídico deleznable. Escribo esto con la absoluta convicción de que, ante un legislador aluvional y sin demasiados conocimientos técnicos, estos riesgos son ciertos, tanto como todos (y no somos pocos) los que los denunciamos somos *voces quae clamant in deserto.*

mercado. La vivienda de precio limitado será calificada como tal con arreglo al procedimiento establecido por la Administración Pública competente", según el dicho de la Ley, que sugiere algunas anotaciones.

En primer lugar, las limitaciones de precios vienen impuestas solo para el alquiler y no para la venta. Ciertamente que la vivienda protegida de precio limitado está sometida a *todos los demás requisitos* que el texto indica. Ahora, bien, entre esos requisitos ¿estaría la limitación del precio de venta? La verdad es que no cuadra demasiado con tan grave peso la palabra "requisitos", y tampoco tranquiliza demasiado, ni política ni técnicamente, que estos se establezcan "legal o reglamentariamente", con la habitual remisión genérica del proyecto a un futuro legislativo indeterminado, y con todo respeto, este modo de legislar tiene mucho más que ver con la patada adelante del rugby que con una técnica de remisión legislativa.

Dicho esto, posiblemente las cosas sean más simples, y es que la intervención pública sobre la propiedad y su mercado es en su grueso, casi la totalidad, la limitación del precio de los alquileres, es en la única que piensa el autor del Proyecto de Ley, aunque pensamos que podía disponer de instrumentos más enérgicos, que por lo que se ve han sido sustituidos por pomposas proclamas. Avala la afirmación anterior el dato de que, elevada la tipología de la vivienda a elemento rector de las políticas públicas, habría que discriminar a qué tipo de vivienda se refiere el artículo 16 del Proyecto, bajo la rúbrica genérica de vivienda protegida, que abarca las de titularidad pública no dotacionales y las viviendas privadas de precio limitado. La tarea no es nada fácil, pues aunque el artículo 16 no distingue, muchos de sus mandatos carecen de sentido aplicado a las viviendas de titularidad privada. En efecto, el apartado 1 a), b y c) parece pensado para los *adjudicatarios* de viviendas protegidas, de uno u otro tipo, una vez que como tal se han declarado (¿una vivienda de titularidad privada, aunque sea de precio limitado, conlleva el deber de residencia para su *propietario inicial* antes de la declaración como tal?). Más: el régimen de la descalificación es singularmente leve para viviendas de titularidad privada, salvo que haya una conexión con el carácter del suelo o la percepción de ayudas públicas (1.d).

Sobre el apartado e) hay que decir lo siguiente: la gravísima limitación de que una vivienda de titularidad privada quede sujeta a una autorización administrativa para vender o arrendar y a limitaciones de venta o renta solo se justifica si la vivienda está sometida a un régimen de protección pública (que además, no se aclara en qué consiste, aparte de las remisiones al futuro en favor de las comunidades autónomas), teniendo en cuenta que si ese régimen de autorización, venta y renta que se tiene que respetar, si se trata de viviendas de titularidad privada, pasa de los límites de lo razona-

ble, proporcional o adecuado, deviene materialmente expropiatorio, y si los supera, es inconstitucional, salvo previsión de compensación al propietario. Recuérdese lo dicho sobre que las *limitaciones* de la propiedad no son inconstitucionales si prevén mecanismos de compensación, para no obviar el mandato del artículo 33.3 CE; son solo los *límites* los que no son expropiatorios, y solo los *límites* son manifestación de la función social, que no requiere compensaciones.

El apartado d) dibuja una intervención que puede ser limitación o límite, pero sin concreción alguna. Lo que resulte de ello, una vez que se produzca esa concreción, es incierto; pero no deja de llamar la atención que el Proyecto no mantenga ninguna cautela sobre las exigencias de respeto a la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación, y a la posible presencia de la expropiación, dando por supuesto, al menos en apariencia, que toda intervención sobre la propiedad es siempre manifestación de la función social en forma de límites, lo que, obviamente, es incorrecto. Llamativo resulta que la expresión "expropiación forzosa" no aparezca ni una sola vez en el Proyecto, y no menos curioso es que no se prevean para el caso de desocupación reiterada de la vivienda más que penalizaciones fiscales (disposición final tercera), siendo como es un clásico de la función social la exigencia de que el bien se dedique a su destino típico. El Proyecto de Ley ni siquiera se plantea una técnica similar; extraño, cuando de tantos vuelos (se ve que solo retóricos) e ínfulas se reviste. O tal vez no tan extraño: tal vez, a pesar de las proclamas, la Ley tiene objetivos muy modestos, que ellas no logran ocultar.

Quisiéramos terminar esta sumaria visión del Proyecto refiriéndonos a sus medidas en relación con el mercado, y su incidencia sobre la libertad contractual.

Dos parecen ser los grandes conceptos vertebradores de la posible intervención: el de mercado tensionado (18.1 y 18.3) y el de gran tenedor (*sic*) de viviendas (3.k y 19.2). No he de insistir en la genericidad y la deficiencia de técnica, tambien presentes en estos preceptos, aunque algo menos, y me centraré en las consecuencias jurídicas de ambos conceptos.

La primera, sin duda importante, contenida en el artículo 19, no afecta al propósito de este trabajo, pues establece un deber de "Colaboración y suministro de información de los grandes tenedores en zonas de mercado residencial tensionado".

La segunda, y ya dentro del objeto más próximo a nuestro trabajo, es la derivada de la aplicación de la disposición final primera, que sustancia en mecanismos de prórroga forzosa y limitación de canon del alquiler, a través de la reforma y adición de párrafos a la Ley de Arrendamientos Urbanos. En ella se diferencian alcances distintos, afectando unos a los arrendadores en general,

con independencia de si son grandes tenedores o mercado tensionado, y otros solo a los grandes arrendadores y mercado tensionado.

En cuanto a la prórroga forzosa, la medida general se contiene en el párrafo Uno.1, por cierto, sin distinguir entre gran tenedor o no; solo se hace entre persona física o jurídica (lo que carece de sentido, pues parece que la razón es que la persona jurídica es un arrendador profesional y una persona jurídica no tiene por qué serlo por definición, y una persona física puede serlo). Esta ampliación del plazo de vigencia del alquiler toma la forma de prórroga extraordinaria en mercado tensionado, en los términos del párrafo Uno.2, sin distinguir entre grandes tenedores y los que no lo sean.

Lo relativo a la limitación del precio del alquiler está contenido en el párrafo Dos de la disposición final: limitación del precio de los alquileres en zona de mercado residencial tensionado, y solo en determinados supuestos, y aplicable tanto a los grandes tenedores como a los que no sean tales.

Al lado de esta medida general se encuentra una norma específica ligada al gran tenedor, y a los precios de referencia. Esta medida sobre la limitación del precio del alquiler, de nuevo es reenviada a futuras disposiciones, para el caso de que se trate de un gran tenedor persona jurídica, distinción esta última entre los grandes tenedores, cuyo porqué no alcanzamos a ver en el Proyecto.

Finalmente, diremos nuestra opinión sobre los posibles vicios de inconstitucionalidad que se pueden apreciar en el Proyecto. Creo que hay que distinguir:

Por un lado, hay toda una galaxia de deficiencias técnicas, remisiones a futuro e indeterminaciones consiguientes que arriesgan una posible inconstitucionalidad; es juicio que debemos aplazar, pero dicho riesgo no me parece leve.

Por otro lado, en el rimbombante Proyecto de Ley por la Vivienda, fundamentalmente (lo veremos) lo que se hace es limitar las facultades del propietario a través de la regulación de los contratos de alquiler de la vivienda, lo que me parece perfectamente posible constitucionalmente, si se respetan los principios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación[21]. No obstante, hay una objeción que creo de gran calado, pues en el Proyecto no se tiene en cuenta, al menos con claridad, la distinción entre si dichos contratos son "actos en masa", producidos como actividad empresarial, o bien carecen de ese calificativo, para ser tan solo una forma de obtener renta de una propiedad o propiedades concretas sin que sea la actividad profesional organizada de los

21. Fuentes-Lojo *et al.* (2020). Todos coinciden, con unos u otros matices, en la constitucionalidad de la medida si se respeta su proporcionalidad, razonabilidad y adecuación, aunque no se plantean el problema de la indiscriminación de los destinatarios de las medidas.

titulares. Aquí creo que radica uno de los grandes problemas –y este presente, no futuro– de constitucionalidad del Proyecto: las medidas se aplican indiscriminadamente en la mayor parte de las ocasiones; las específicas aplicables a los contratos de alquiler por parte de los grandes tenedores son más bien agravación de las aplicables a cualquier arrendador. Pero hay mucho modesto propietario, para el que es vital la renta del alquiler, y puede llegar a padecer las mismas limitaciones que un gran tenedor que se dedique a la explotación de un conjunto enorme de viviendas. Creo difícil que sin una más tajante discriminación en estos casos se pueda salvar la razonabilidad ni la proporcionalidad de algunas medidas. En el fondo, es un problema clásico, queda dicho, de las determinaciones limitativas de la propiedad y de la empresa en normas generales, que se destinen, como es propio de ellas, a un conjunto de destinatarios indeterminados. La cuestión no es de fácil implementación técnica, pero el Proyecto de Ley no la afronta, a mi juicio, convincentemente.

El Proyecto, en lo que se refiere a la intervención sobre la titularidades privadas, es deficiente técnicamente hasta la saciedad y de propósitos modestísimos y mal formulados. Claro que contiene otras modalidades de la acción pública, quizás más interesantes y efectivas. Pero en relación con las primeras, uno no puede evitar, tras leer los grandes y sin duda bienintencionados propósitos que gobiernan las proclamas de la Exposición de Motivos y la tantas veces vacua normativa, que le acuda a la mente el viejo dicho *parturiunt montes*. La gravedad del problema hubiera merecido una iniciativa legislativa mejor técnicamente y sobre todo más intrépida en el hacer, no en el decir.

3
Bibliografía

Ascarelli, T. (1955). *Lezioni di diritto commerciale. Introduzione*. Milán: Giuffrè.

Fuentes-Lojo Rius, A., Salas Carceller, A., Carmona Contreras, A. M.ª, Ferrer Riba, J., Nuez Sánchez-Cascado, E. de la, Molina Roig, E. y Echeverría Summers, F. M. (2020). ¿Es constitucional una medida legal de limitación del precio de contratos de arrendamiento de vivienda? *Actualidad civil*, 5.

Galgano, F. (1974). *Le istituzioni dell'economia capitalistica. Società per azioni, Stato e classi sociali.* Bolonia: Zanichelli.

— (1978). *Le istituzioni dell'economia di transizione*. Roma: Editori riuniti.

— (2005). *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bolonia: Il Mulino.

García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (1983). *Curso de Derecho Administrativo I*.

Lacchè, L. (1995). *L'espropriazione per pubblica utilità: amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*. Milán: Giuffrè.

López Menudo, F., Carrillo Donaire, J. A. y Guichot Reina, E. (2006). *La expropiación forzosa*. Valladolid: Lex Nova.

López y López, Á. M. (1996). Estado Social y sujeto privado: una reflexión finisecular. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25, 448-459.

— (2008). La Constitución económica entre Derecho público y Derecho privado. Crónica de una dualidad. En AA. VV. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba* (vol. I, pp. 811-832). Madrid: Dykinson.

— (2014). Una página (tal vez demasiado olvidada) de Rosario Nicoló. En P. Grossi y Á. M. López y López. *Propiedad: otras perspectivas* (pp. 69-120). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

— (2018). *La disciplina constitucional de la propiedad privada* (reimpresión inalterada de la edición de 1988). Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2020). ¿Un nuevo paradigma jurídico del mercado tras la crisis? *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 28, 112-140.

Mortati, C. (1940). *La costituzione in senso materiale* (reimpresión 1998). Milán: Giuffrè.

Motzo, G. y Piras, A. (1959). Espropriazione e "pubblica utilitá". *Giurisprudenza costituzionale*, 151 y ss.

Nieto, A. (1962). Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa. *Revista de Administración Pública*, 37, 67 y ss.

Parejo Alfonso, L. (1978). La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán. *Revista Espa*ñola de *Derecho Administrativo*, 17, 245-272, y 19, 541-570.

Rodotà, S. (1960). Note critiche in tema di proprietà. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1252 y ss.

Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda

Felipe Iglesias González

Profesor titular de Derecho Administrativo.
Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción

2. Distribución de competencias entre Estado y comunidades autónomas en materia de vivienda

2.1. Análisis de la situación actual

2.1.1. La normativa estatal en materia de vivienda

2.1.2. La normativa autonómica en materia de vivienda

2.1.3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia vivienda

2.2. Los títulos competenciales en juego

2.2.1. Alcance de las competencias estales para la definición de las condiciones básicas del ejercicio del derecho a una vivienda digna y adecuada (arts. 47 y 149.1.1 CE)

2.2.2. Alcance de las competencias estatales relativas a bases de la planificación general de la actividad económica en relación con la vivienda (arts. 47 y 149.1.13 CE)

3. Competencias locales en materia de vivienda

3.1. La promoción de suelo adecuado

3.2. La promoción directa de vivienda protegida

3.3. La protección de la promoción y adquisición de viviendas por las entidades locales

4. Conclusiones

5. Bibliografía

Artículo recibido el 31/05/2022; aceptado el 15/06/2022.

Resumen

Este estudio tiene por objeto analizar la distribución de competencias en materia de vivienda entre el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales, con ocasión de la aprobación por el Consejo de Ministros del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda.

Palabras clave: *vivienda; derecho a la vivienda; condiciones básicas ejercicio derechos constitucionales; planificación general actividad económica; competencias municipios*.

Distribution of competences between the state, autonomous communities, and local entities in housing policies

Abstract

This article analyzes the distribution of competences in housing policies between the State, Autonomous Communities, and local entities, taking into account the approval by the Council of Ministers of the draft legislation for the right to housing.

Keywords: housing; right to housing; basic conditions for exercising constitutional rights; general planning of the economic activity; municipal competences.

1
Introducción

El reparto de competencias entre las distintas Administraciones públicas en la materia vivienda dista de ser pacífico, como ponen en evidencia tanto el voluminoso y contundente informe sobre el Anteproyecto de Ley emitido por el Consejo General del Poder Judicial (el "**CGPJ**") de 24 de enero de 2022 (64 páginas)[1] como el no menos extenso (107 páginas) e incisivo voto particular suscrito por, entre otros, el consejero Álvaro Cuesta.

1. No deja de ser llamativo que la competencia de informe del CGPJ en materia legislativa se limita a anteproyectos legislativos que afecten a "normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales" (artículo 561.1, apartado 6 LOPJ). En su informe, el CGPJ advierte, como no podría ser de otra forma, que el derecho a una vivienda digna y adecuada reconocido en el artículo 47 CE "no reviste en puridad la condición de derecho fundamental", pero

Para entender en su justa medida la oportunidad y los contenidos del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda publicado en el BOCG con fecha 18 de febrero de 2022 (el "**Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda**"), nos parece que resulta indispensable conocer, en primer lugar, el estado de la cuestión, esto es, cuál es el alcance de la legislación estatal y autonómica en materia de vivienda, y, en segundo lugar, el análisis de la jurisprudencia constitucional al respecto. Únicamente desde esta perspectiva podrá entenderse el porqué de esta iniciativa legislativa estatal ahora y no 10 o 20 años antes.

2
Distribución de competencias entre Estado y comunidades autónomas en materia de vivienda

2.1
Análisis de la situación actual

Una sencilla búsqueda en cualquier base de datos jurídica pone en evidencia el ingente volumen de normas existentes en materia de vivienda. No hay semana en la que no se apruebe alguna norma al respecto. Sinceramente, no creemos que haya ningún otro ámbito jurídico con semejante volumen normativo, en el que es, a veces, sencillamente imposible conocer la normativa aplicable, puesto que es frecuente que unas normas sucedan temporalmente a otras sin derogación expresa; ni tan siquiera la normativa fiscal o la de la Seguridad Social llegan a semejante nivel de complejidad.

Como en otras materias, parte de esta complejidad trae causa de la concurrencia normativa por parte del Estado, de las comunidades autónomas y también, aunque en menor medida, de los ayuntamientos. A continuación, analizamos la situación actual de las dos primeras.

Nos parece que este análisis permitirá entender perfectamente los motivos que han llevado al Estado a preparar una Ley estatal de vivienda.

2.1.1
La normativa estatal en materia de vivienda

El necesario punto de partida en el análisis de la normativa estatal en materia de vivienda reside en evidenciar que, hasta el momento y a la espera

afirma a renglón seguido que el anteproyecto informado "aspira a equipararlo con los de esta clase" (se sobreentiende que se refiere a los derechos fundamentales) y que "una estimable legislación (autonómica) se vería afectada por la regulación proyectada".

de la aprobación del proyecto estatal de vivienda, el Estado ha renunciado a contar con una ley específica sobre esta materia. Situación que contrasta abiertamente con una materia tan vinculada a la vivienda como es el urbanismo, que cuenta con una ley específica, actualmente configurada 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 (el "**TRLS/15**"), con 68 artículos.

No puede dejar de recordarse que hubo un antecedente de ley estatal de vivienda, como consecuencia de la disposición final primera del Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial, que establecía lo siguiente: "El Gobierno, en el plazo de 6 meses a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, remitirá a las Cortes un Proyecto de Ley sobre Protección Pública a la Vivienda". Este Proyecto de Ley sobre protección pública a la vivienda[2] contenía un total de 92 artículos, derogaba buena parte de la normativa anterior y se marcaba como finalidad de la Ley la siguiente: "La Ley de Protección Pública a la Vivienda tiene como finalidad la promoción, ordenación y, en su caso, la armonización de las condiciones necesarias para la efectividad del derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, establecido por la Constitución. A este fin se considera a la vivienda como uno de los sectores a tener en cuenta por el Estado al programar, en su caso, la actividad económica general"; resulta evidente la conexión de esta definición legal con el artículo 149.1.1 de la Constitución Española (la "**CE**") sustituyendo la expresión "condiciones básicas" por "condiciones necesarias". Pero, finalmente, este Proyecto de Ley no vio la luz del BOE.

Abandonado este Proyecto de Ley, el Estado ha vehiculado su producción normativa en materia de vivienda a través de la aprobación de planes estatales, trienales o cuatrienales de vivienda. Como se puede comprobar a continuación, la regulación no ha sido escasa[3]. La relación de planes estatales en materia de vivienda ha sido la siguiente:

- Plan de Vivienda 1981-1983 (Real Decreto 2455/1980, de 7 de noviembre)
- Plan de Vivienda 1984-1987 (Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre)

2. Proyecto de Ley de protección pública a la vivienda, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 23 de noviembre de 1979, núm. 98-I, pp. 557 y ss.

3. Un estudio pormenorizado de buena parte de estos planes de vivienda y de su evolución se puede encontrar en Muñoz Castillo (2000: 40).

- Plan de Vivienda 1988-1992 (Real Decreto 1494/1987, de 4 diciembre)
- Plan de Vivienda 1992-1995 (Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre)
- Plan de Vivienda 1996-1999 (Real Decreto 2190/1995, de 28 de diciembre)
- Plan de Vivienda 1998-2001 (Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio)
- Plan de Vivienda 2002-2005 (Real Decreto 1/2002, de 11 de enero)
- Plan de Vivienda 2005-2008 (Real Decreto 801/2005, de 1 de julio)
- Plan de Vivienda 2009-2012 (Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre)
- Plan de Vivienda 2013-2016 (Real Decreto 233/2013, de 5 de abril)
- Plan de Vivienda 2018-2021 (Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo)
- Plan de Vivienda 2022-2025 (Real Decreto 42/2022, de 18 de enero)

Muy buena parte de estos planes estatales de vivienda no se han limitado a establecer ayudas económicas en materia de vivienda, sino que en muchas ocasiones han recogido las limitaciones al derecho de propiedad que se vinculan a la propia caracterización de las viviendas protegidas, objeto de estas ayudas económicas programadas por el Estado. Nos referimos, por ejemplo, al establecimiento de la prohibición de disposición de las viviendas protegidas durante los 10 primeros años o la prohibición de venta o arrendamiento por un precio superior al fijado administrativamente por un plazo de (normalmente) 30 años. Resulta, como poco, sorprendente que estas auténticas limitaciones del derecho de propiedad no consten en ninguna norma con rango de ley, por muy flexible que sea el entendimiento de la reserva de ley que recoge el artículo 33 CE. Han puesto de manifiesto esta situación Ponce Solé (2008: 178) y Botía Valverde (2003: 17), enfatizando este último la ausencia de cobertura de estas limitaciones en normas con rango de ley.

Pero debe tenerse en cuenta que estos planes de vivienda estales no regulan el régimen jurídico propiamente dicho de las viviendas protegidas y, por ejemplo, no establecen el procedimiento de tramitación de las calificaciones provisional y definitiva, que son determinantes para la definición de los deberes de los adquirentes o arrendatarios de viviendas protegidas, ni tampoco se prevé un régimen sancionador.

Probablemente, los planes estatales de vivienda renuncien a establecer el régimen jurídico de la vivienda protegida porque continúan vigentes tanto el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial, como el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre,

que desarrolla al anterior, que sí contienen un régimen jurídico completo de las viviendas protegidas. Esta normativa vendría a tener la consideración de normativa supletoria para la legislación autonómica, conforme a los criterios definidos en el fundamento jurídico 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de abril, relativa a la legislación urbanística.

Además de todo lo anterior, cabe completar el bloque normativo estatal con otras disposiciones como el Real Decreto 727/1993, de 14 de mayo, sobre el precio de las viviendas de protección oficial de promoción privada, o el Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, por el que se establecen las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los planes estatales de vivienda.

El conjunto de este bloque normativo estatal en materia de vivienda puede caracterizarse como de pobre e insuficiente. Primero, porque no contiene ninguna norma con rango de ley, más allá del limitado Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre. Segundo, porque se limita a la regulación de las viviendas protegidas. Tercero, porque no recoge un régimen jurídico acabado de las viviendas protegidas, que se contiene en normas supletorias. Cuarto, porque los planes de vivienda ni tan siquiera resultan de aplicación a todas las comunidades autónomas, puesto que, tanto el País Vasco como Navarra, no necesitan los fondos que el Estado asocia a estos planes de vivienda, por lo que pueden vivir sin aplicar estos planes de vivienda, lo que pone de relieve que no basta con tener competencias exclusivas en una materia competencial (en este caso, vivienda), sino que es necesario tener (también) financiación suficiente.

A la vista de todo lo anterior, no puede sorprender que el Estado haya aprobado un Proyecto de Ley de vivienda, que, más allá de su concreto contenido, debería ser una eficaz herramienta para superar la situación que acabamos de describir.

2.1.2
La normativa autonómica en materia de vivienda

A diferencia del Estado, las comunidades autónomas han aprobado numerosas leyes en materia de vivienda, de forma que, en este momento, todas ellas cuentan con alguna referencia normativa con rango de ley vigente en materia de vivienda.

A continuación, listamos las leyes autonómicas vigentes en materia de vivienda, recogiendo el número de preceptos de cada norma:

Comunidad Autónoma	Ley vigente	Núm. artículos
Andalucía	Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía	81
Aragón	Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida	61
Asturias	Ley 2/2004, de 29 de octubre, de medidas urgentes en materia de suelo y vivienda	23
Baleares	Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Islas Baleares	99
Canarias	Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias	129
Cantabria	Ley 5/2014, de 26 de diciembre, de Vivienda Protegida de Cantabria	61
Castilla-La Mancha	Ley 2/2002, de 7 de febrero, por la que se establecen y regulan las diversas modalidades de viviendas de protección pública en Castilla-La Mancha	8
Castilla y León	Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León	108
Cataluña	Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda	136
Extremadura	Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura	129
Galicia	Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia	115
La Rioja	Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja	80
Madrid	Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid	4
Murcia	Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia	77
Navarra	Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra	87
Comunidad Valenciana	Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, y Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana	79
País Vasco	Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda	93

La regulación autonómica en materia de vivienda dista de ser homogénea. Del estudio de las leyes autonómicas que acabamos de enunciar, se pueden establecer tres tipos básicos de normas autonómicas sobre viviendas:

i. Tipo 1: Normas autonómicas que establecen una regulación completa del régimen jurídico de la vivienda, tanto de vivienda libre como de vivienda protegida
ii. Tipo 2: Normas autonómicas que se limitan a regular el régimen jurídico de las viviendas protegidas
iii. Tipo 3: Normas autonómicas que regulan el derecho constitucional a la vivienda

El orden que hemos establecido en esta tipología no es casual, porque permite contrastar temporalmente la evolución de las leyes en materia de vivienda, que comenzó con la aprobación de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de viviendas de Cataluña (ya derogada), que fue el primer referente normativo con rango de ley relativo a la materia vivienda. Muchas leyes autonómicas han seguido la estela de esta primigenia Ley catalana, pero es necesario enfatizar que no ha sido el único modelo seguido, puesto que otras comunidades autónomas han preferido limitar su normativa sobre vivienda con rango de ley a la regulación de las viviendas protegidas (el mejor y primer ejemplo a estos efectos es la todavía vigente Ley 6/1997, de 8 de enero, de la Comunidad de Madrid). Y el último estadio en esta evolución es el relativo a la regulación por ley de la garantía de acceso a la vivienda, encabezada por la Ley 1/2010, de 8 de marzo, andaluza.

A esta relación de leyes autonómicas en materia de vivienda hay que sumar los correspondientes reglamentos de desarrollo, más todos los planes autonómicos en materia de vivienda. Como hemos puesto de relieve en el apartado anterior, una de las debilidades de los planes de vivienda del Estado reside en que se limitan a regular el destino de los fondos que el Estado transfiere a las comunidades autónomas, de forma que las comunidades autónomas se encuentran obligadas a cumplir la normativa estatal en la gestión de las ayudas públicas en materia de vivienda. No puede sorprender que buena parte de las comunidades autónomas hayan buscado vías alternativas, a través de planes autonómicos de vivienda, para establecer ayudas propias sujetas a criterios propios, a veces bien diferentes de los marcados por el Estado, eso sí, financiados con recursos propios autonómicos. Esta convivencia de planes estatales y planes autonómicos de vivienda con ayudas diferentes y, lo que es más complicado, regímenes jurídicos diferentes, ha provocado auténticas situaciones de confusión no solo para los ciudadanos interesados en recibir ayudas económicas, sino también en los propios promotores.

Como se puede deducir claramente de lo anterior, la situación de la legislación autonómica en materia de vivienda tampoco es ejemplar. La inexistencia de ley estatal en materia de vivienda ha provocado una evidente disparidad de la normativa autonómica que, más allá, de su congruencia con el reparto de competencias, crea una evidente situación de desigualdad de los ciudadanos en el ejercicio del constitucional derecho a una vivienda digna y adecuada[4].

4. En similar sentido, Tejedor Bielsa (2018: 15) afirma, en términos que compartimos: "La contingencia de la normativa estatal, amparada de manera recurrente en las exigencias de la planificación general de la actividad económica, vinculada ahora a la garantía de la estabilidad y solvencia del sistema financiero, gravemente amenazado y sujeto a una rigurosa condicionalidad impuesta por el rescate europeo, ha impactado nuevamente sobre la competencia autonómica, que se ha visto gravemente afectada y, por obra de la juris-

2.1.3
La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia vivienda

No es menor el número de sentencias del Tribunal Constitucional (las "**STC**") que han tenido como objeto básico el estudio del reparto de competencias en materia de vivienda. En un primer análisis, deben tenerse en cuenta las siguientes referencias:

Sentencia	Normas analizadas	Resultado
STC 166/1987 de 28 octubre	Real Decreto 2974/1980, de 22 de diciembre, sobre condiciones de los convenios de encargo de construcción de viviendas por el Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda a sociedades estatales	Confirmación competencia estatal al tratarse de una norma de organización interna
STC 152/1988 de 20 julio	Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre, sobre financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda y diversas órdenes que desarrollan este Real Decreto	En términos generales, confirmación de la competencia estatal
STC 68/1996 de 18 abril	Diversas partidas presupuestarias de la Ley 33/1987, de 23 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988	Se declara nula una partida presupuestaria relativa a trasferencias estatales a SEPES y a ayuntamientos, puesto que son subvenciones territorizalizables
STC 207/1999 de 11 noviembre	Arts. 47.3 y 48 de la Ley Foral del Parlamento de Navarra 7/1989, de Medidas de Intervención en materia de Suelo y Vivienda	Nulidad de norma autonómica por incidir en el incumplimiento de deberes de notarios y registradores de la propiedad, que corresponde a competencia estatal

prudencia constitucional, limitada. De este modo, el proceso de construcción del derecho subjetivo a la vivienda, dotándolo de contenidos concretos judicialmente exigibles que den respuesta a la necesidad de alojamiento de colectivos específicos de ciudadanos es víctima, en gran medida, de la dispersión competencial, la contingencia e improvisación de lo básico y la inestabilidad normativa. Los intentos de los legisladores autonómicos de construir normativas sobre el concepto del derecho a la vivienda, por ello, resultan forzados y frecuentemente condicionados por la impotencia presupuestaria y, a la postre, no están suponiendo, salvo excepciones, sino una regulación fragmentada y sectorial de la vivienda en su correspondiente Comunidad. No parece resultar en exceso compatible con una mínima igualdad en las condiciones básicas de un derecho constitucional como el acceder a un alojamiento digno y adecuado, ni la dispersión y diversidad de medios, ni la previsión de contenidos tan diversos como el de exigir un plan local de vivienda, una subvención para el pago de rentas o genéricas acciones públicas de fomento de condiciones de acceso asumibles por los ciudadanos".

Sentencia	Normas analizadas	Resultado
STC 129/2010 de 29 noviembre	Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes	Se declaran nulos diversos preceptos de la norma recurrida por invadir competencias de la Comunidad de Madrid
STC 36/2012 de 15 marzo	Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, que regula la renta básica de emancipación de los jóvenes	Se declaran nulos diversos preceptos de la norma recurrida por invadir competencias de La Rioja
STC 112/2013 de 9 mayo	Arts. 3.1 b) y 6 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012, relativos a la obligación de los solicitantes de vivienda de estar inscritos en un registro público de demandantes y la duración del régimen de protección	Se confirman las competencias del Estado, puestas en cuestión por la Comunidad de Madrid
STC 139/2013 de 8 julio	Apartado 12.1 del artículo único del Real Decreto 14/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, que aprueba el plan estatal 2005-2008 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda	Se confirman las competencias del Estado, puestas en cuestión por la Comunidad de Madrid
STC 93/2015 de 14 mayo	Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, que dio nueva redacción a diversos artículos de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía	Se declara la nulidad de diversos preceptos autonómicos por invadir competencias estatales
STC 267/2015 de 14 diciembre	Cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición adicional segunda de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas	Se declara su constitucionalidad por considerar que no existe vulneración del principio de irretroactividad de las normas restrictivas de los derechos individuales, ni de las garantías del procedimiento expropiatorio
STC 16/2018 de 22 febrero	Diversos preceptos de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra	Se anulan diversos preceptos de la normativa autonómica por invadir competencias estatales
STC 32/2018 de 12 abril	Artículo 1 de la Ley del Parlamento de Andalucía 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, por el que se da nueva redacción a diversos artículos de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía	Se anulan diversos preceptos de la normativa autonómica por invadir competencias estatales

Sentencia	Normas analizadas	Resultado
STC 43/2018 de 26 abril	Diversos apartados del artículo 1 y disposiciones adicionales segunda y cuarta de la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda	Se anulan diversos preceptos de la normativa autonómica por invadir competencias estatales
STC 51/2018 de 10 mayo	Cuestión de constitucionalidad sobre el apartado b) de la disposición adicional segunda de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas	Se desestima entendiéndose que no se produce conculcación del principio de seguridad jurídica
STC 80/2018 de 5 julio	Diversos preceptos de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana	Se anulan diversos preceptos de la normativa autonómica por invadir competencias estatales
STC 97/2018 de 19 septiembre	Diversos preceptos de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco	Se anulan diversos preceptos de la normativa autonómica por invadir competencias estatales
STC 106/2018 de 4 octubre	Diversos preceptos de la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura	Se anulan diversos preceptos de la normativa autonómica por invadir competencias estatales
STC 8/2019 de 17 enero	Varios preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial	Se anulan diversos preceptos de la normativa autonómica por invadir competencias estatales
STC 13/2019 de 31 enero	Diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética	Se anulan diversos preceptos de la normativa autonómica por invadir competencias estatales
STC 16/2021 de 28 enero	Diversos preceptos del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, y el artículo único del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 1/2020, de 21 de enero, por el que se modifica el anterior	Se anulan diversos preceptos de la normativa autonómica por invadir competencias estatales

De todas estas sentencias, debemos destacar dos.

En primer lugar, la STC 152/1988, de 20 de julio, que es muy favorable para los intereses del Estado, reafirmando muy buena parte de sus competencias con base en una interpretación expansiva del título competencial relativo a la planificación general de la actividad económica (149.1.13 CE); resulta, como poco, curioso que el título competencial que permitió avalar las competencias del Estado en materia de vivienda a través de un real decreto absolutamente preciso, no sirviera para legitimar buena parte de los preceptos reguladores de los patrimonios públicos de suelo en el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992, en los términos expresados en la STC 61/1997, de 20 de marzo. Visto con perspectiva, la STC 152/1988, de 20 de junio, provocó que el Estado congelara su actuación en materia de vivienda y se limitara a actuar en el entorno de las competencias estatales reconocidas por el Tribunal Constitucional.

Y, en segundo lugar, debe destacarse la STC 16/2018, de 22 febrero, que analiza la constitucionalidad de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra. El Abogado del Estado aduce que el legislador foral ha traspasado el límite constitucional constituido por el artículo 149.1.1 CE. Frente a esta argumentación, el fundamento jurídico octavo de esta Sentencia afirma:

> "Para resolver esta cuestión debemos partir de las notas con que la doctrina constitucional ha caracterizado la intervención de la legislación estatal *ex* art. 149.1.1 CE, destacando entre ellas que 'en tanto que esa legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el artículo 149.1.1 CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas *condiciones básicas* uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales' (SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9, 178/2004, de 21 de octubre, FJ 7), lo que convierte el enjuiciamiento de una ley autonómica a la luz del art. 149.1.1 CE en un análisis de constitucionalidad mediata (STC 94/2014, de 12 de junio), que comienza con la identificación de la ley estatal que, dictada en ejercicio de la competencia atribuida por el art. 149.1.1 CE, va a operar como parámetro de constitucionalidad.
>
> El Abogado del Estado no precisa en sus alegaciones que el legislador estatal haya dictado, para asegurar una cierta igualdad en el ejercicio

del derecho constitucional a la propiedad privada, una norma que reserve al propietario de viviendas (o de edificaciones en general) la decisión de tenerlas permanentemente habitadas. No habiendo el legislador estatal ejercido la habilitación que el art. 149.1.1 CE le otorga, resulta necesario afirmar que el legislador autonómico en materia de vivienda, en el momento en que realizamos este enjuiciamiento, no encuentra límites desde esta perspectiva constitucional y, consecuentemente, procede desestimar esta impugnación respecto de los arts. 52.2.a), 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, en la redacción que les da la Ley Foral 24/2013".

Más claro no se puede decir. No hay invasión de competencias del Estado si el propio Estado no ha aprobado ley alguna en materia de vivienda en ejercicio de sus competencias[5]. Esta sentencia, reiterada en sentencias posteriores que relacionamos en el cuadro, es, nos parece, el punto de inflexión que genera el convencimiento en el Estado de la necesidad de redactar, por fin, una ley en materia de vivienda; de hecho, se cita expresamente esta sentencia en la exposición de motivos del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda.

2.2
Los títulos competenciales en juego

Resulta necesario partir de que todas las comunidades autónomas, a través de sus correspondientes estatutos de autonomía, han asumido, con carácter exclusivo, la competencia en materia de vivienda. Y debe tenerse en cuenta que, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1982, de 23 de diciembre, resulta claro que las competencias exclusivas autonómicas incluyen la competencia legislativa.

Ahora bien, no puede dejar de tenerse en cuenta que el Estado, aunque no tenga competencias directas en la materia vivienda, sí tiene otras competencias (también de carácter exclusivo) que inciden en la materia vivienda y, por lo tanto, en la competencia de vivienda (exclusiva autonómica).

Sin carácter exhaustivo, algunos de los títulos competenciales del Estado que se recogen directamente en la Constitución Española y que pueden inci-

5. En sentido contrario, el Informe del CGPJ afirma en su parágrafo 42, previa cita de la STC 16/2018, que esta jurisprudencia "no significa que esa regulación estatal, por necesaria que se estime, pueda superar el ámbito y la función que la norma constitucional da a ese título competencial. Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, tales condiciones podrán enunciar condiciones sobre el contenido primario del derecho, de las facultades que integren el derecho de propiedad sobre la vivienda, que habrán de ser observados por el legislador autonómico, pero sin agotar la libertad de configuración de este".

dir en la competencia exclusiva autonómica en materia de vivienda son los siguientes:

i) Regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE). Resulta evidente la relación de este título competencial estatal con el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada recogido en el artículo 47 CE. Naturalmente, el Estado puede (y debe) establecer las condiciones básicas para que los ciudadanos pueden ejercer el derecho a la vivienda.

ii) Legislación mercantil (art. 149.1.6 CE). Este título competencial ampara por ejemplo (junto con el relativo a legislación civil) la competencia estatal en materia de protección de los derechos de los consumidores. En efecto, la STC 15/1989, de 26 de enero, ha declarado la competencia estatal en el ámbito de la protección de los consumidores, afirmando que "la defensa del consumidor y del usuario nos sitúa ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y de seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes (…); es decir, ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que, por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía".

iii) Legislación civil (art. 149.1.8 CE). Resulta evidente la relación de la transmisión de viviendas con el derecho civil, y, junto con la competencia estatal en materia mercantil, justifican la competencia estatal en materia de protección de los consumidores, esto es, los adquirentes o arrendatarios de viviendas.

iv) Bases de la ordenación del crédito, banca y seguros (art. 149.1.11 CE). Resulta obvio que la producción de viviendas por los promotores y su adquisición por los ciudadanos se realizan, de forma mayoritaria, a través de préstamos otorgados por las entidades de crédito, materia en la que la competencia estatal es relevante. Es claro que el Estado viene ejerciendo esta competencia a través de los planes de vivienda, en la regulación de los préstamos convenidos o cualificados, pero la competencia estatal puede ir más lejos, más allá del otorgamiento de ayudas económicas.

v) Planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE). Este es el título competencial que más ha utilizado la jurisprudencia de Tribunal Constitucional para avalar el alcance de las competencias del

Estado, históricamente vinculadas a la aprobación de planes cuatrienales de vivienda.

vi) Legislación básica sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE). La protección del medio ambiente urbano tiene una evidente relación con la producción de viviendas, lo que permite de nuevo justificar la competencia estatal.

vii) Bases del régimen minero y energético (art. 149.1.25 CE). El subsector vivienda es un ámbito clave en relación con las medidas de eficiencia y ahorro de la energía.

El Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda establece en su disposición final sexta, que lleva por nombre: "Títulos competenciales", que la ley se dicta al amparo del artículo 149.1.1.ª y 13.ª de la Constitución, aunque sin distinguir qué preceptos encuentran amparo en cada uno de estos títulos competenciales[6], sin perjuicio de otros preceptos que puntualmente encuentran cobertura en otros títulos competenciales[7]. Por lo tanto, resulta razonable detener nuestro análisis en estos dos títulos competenciales.

2.2.1
Alcance de las competencias estales para la definición de las condiciones básicas del ejercicio del derecho a una vivienda digna y adecuada (arts. 47 y 149.1.1 CE)

Ha sido proverbial la prudencia con la que el Tribunal Constitucional ha tratado el posible alcance de la competencia estatal recogida en el artículo 149.1.1

6. Aspecto que ha sido criticado en el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 24 de enero de 2022, que afirma (parágrafo 40) que es "censurable que ni la MAIN ni el anteproyecto realicen esa especificación y justificación en lo que respecta a los comprendidos en los subapartados 1º y 13º del artículo 149.1 CE. Máxime, tratándose de una iniciativa legislativa que se propone servir de parámetro de control de las normas autonómicas en lo que tiene que ver, principalmente, con las facultades que integran el derecho de propiedad de la vivienda y la delimitación de su función social. Esa carencia, por mucho que se repita en las leyes estatales, va más allá de la mera incorrección formal ya que afecta al fundamento objetivo mismo de la regulación prevista y hace precisa una ardua labor de comprobación que, en última instancia deberá hacer el Tribunal Constitucional, de si cada uno de los artículos sobre los que se proyectan los referidos títulos competenciales cumple o no los requisitos que la jurisprudencia constitucional exige para su utilización".

7. A estos efectos, el apartado II de la exposición de motivos del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda concluye afirmando: "Esto es, toda una pléyade de títulos competenciales, cuyo ejercicio estatal exige la aprobación de normas estatales sobre la materia vivienda, sin perjuicio, naturalmente, del legítimo ejercicio de las competencias exclusivas en dicha materia asumidas por las Comunidades Autónomas y también por otras Administraciones públicas, particularmente la municipal, a la que se atribuye como competencia propia la promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera en virtud del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local".

CE, habida cuenta de su potencial expansivo y limitador de las competencias autonómicas; en una primera etapa de la jurisprudencia constitucional, este título competencial ha servido como criterio interpretativo de las competencias estatales normalmente acompañando a otros títulos competenciales, hasta alcanzar una caracterización independiente, fundamentalmente a raíz de la STC 61/1997, de 20 de marzo, primer intento de la jurisprudencia constitucional para delimitar positivamente su alcance como auténtico título competencial autónomo[8].

No puede dejar de tenerse en cuenta que parte de la doctrina ha negado la propia configuración del artículo 149.1.1 CE como auténtico título competencial, afirmando por ejemplo López Guerra (1990: 89) que este precepto únicamente sirve para "aclarar o matizar otros títulos competenciales". No nos puede sorprender que este título competencial, tal y como señala Pemán Gavín (2018: 1214), haya dado lugar a un numerosísimo número de sentencias constitucionales con votos particulares, probablemente el que más.

Pero una cosa es que la Abogacía del Estado justifique las competencias del Estado en el artículo 149.1.1 CE en los diversos conflictos constitucionales, y otra bien distinta es que el Estado dicte normas que, sin la cobertura de otros títulos competenciales, se justifiquen en este título competencial. El momento de inflexión fue la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados, que establecía, en su disposición final decimocuarta, que "esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1ª de la Constitución", aunque existe algún antecedente, pero ciertamente no tan contundente[9]. Pero también pueden citarse la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad[10], o la Ley 27/2007, de 23 de octubre, de Signos[11].

8. Una visión crítica de la jurisprudencia constitucional de este precepto se puede encontrar en Betancor Rodríguez (2018).

9. Por ejemplo, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, cuya disposición final única hace referencia expresa al artículo 149.1.1 CE en relación con un par de artículos.

10. Su disposición final primera establece, en su apartado primero, que "los preceptos contenidos en el Título Preliminar, el Título I, el Capítulo I del Título II, los artículos 28 a 31 y la disposición adicional primera de esta Ley constituyen regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el artículo 149.1.1ª de la Constitución".

11. Su disposición final primera establece que "esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1ª de la Constitución Española".

El gran valladar que encontraba la aplicación de la competencia del artículo 149.1.1 CE ha residido en el debate acerca de si su alcance debía limitarse a los derechos fundamentales o podría ampliarse al conjunto de derechos (y deberes) constitucionales. Alguna doctrina justificó un alcance limitado[12], y también parecía deducirse de alguna decisión del Tribunal Constitucional[13]. Frente a este entendimiento restrictivo, otros autores han defendido abiertamente su aplicación a todos los derechos constitucionales; puede citarse, entre otros, a Baño León (1988: 270)[14], Aragón Reyes (1988: 204)[15], Cabellos Espiérrez (2001: 224) o De la Quadra-Salcedo Janini (2008: 136), afirmando este último de forma nítida que nada impide que entre los derechos y deberes a que hace referencia el artículo 149.1.1 CE se encuentren los recogidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, esto es, los principios rectores de la política social y económica, con cita expresa del artículo 47 de la CE; así de sencillo. Definitivamente, en términos que compartimos plenamente, Vaquer Caballería (2011: 57) concluye que "donde mejor puede realizar la competencia del artículo 149.1.1ª CE su función propia de integración y reducción a la unidad del ordenamiento jurídico es en su relación con derechos del Capítulo III como el disfrutar de una vivienda digna y adecuada".

Y esta es la posición que finalmente ha aceptado la jurisprudencia constitucional. Sin perjuicio de algún precedente[16], con rotundidad la STC 33/2014, de 27 de febrero, en su fundamento jurídico cuarto, afirma que es "posible promover, a través de la competencia reconocida al Estado en el art. 149.1.1 CE, mandatos, no ya genéricos sino específicos, recogidos en la Constitución como son los establecidos en el art. 50 CE, en relación con las personas mayores, o en el art. 49 CE, en relación con las personas discapacitadas; toda vez que se debe entender que los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I de la Constitución (entre los que se cuentan los recogidos en los citados art. 49 y 50 CE) pueden ponerse en conexión directa con la regla competencial *ex* art. 149.1.1 CE".

12. Por ejemplo, Barnés Vázquez (1995: 59). *Vid.* también Barnés Vázquez (2007: 117).
13. La STC 71/1997, de 20 de marzo, afirma que el artículo 149.1.1 CE se proyecta "sobre los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos", lo que a pesar de no referirse a ninguna de las categorías acuñadas por la propia Constitución no parece incluir a los principios rectores de la política social y económica.
14. De forma contundente Baño León (1988: 270) afirma que "el Estado, aun cuando no disponga de competencia específica sobre una materia (por ejemplo, vivienda), puede regular las condiciones básicas de la misma para un ejercicio igualitario de ese derecho".
15. Este autor afirma que "el artículo 149.1.1 se refiere a todos los derechos y obligaciones constitucionales (fundamentales y no fundamentales)".
16. *Vid.* STC 13/1992, de 6 de febrero, que, en su fundamento jurídico 14, vinculaba los artículos 149.1.1 y 50 CE en materia de pensiones.

Dando un paso más, obligado podría decirse, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la utilización del título competencial recogido en el artículo 149.1.1 CE puede traer causa de la existencia de una disparidad normativa autonómica que justifique la intervención del Estado, en una especie de remedio o último recurso antes de la utilización de las leyes de armonización (artículo 150.2 CE)[17]. Expresamente, la STC 18/2017, de 2 febrero, en su fundamento jurídico cuarto afirma[18]:

> "Conviene finalmente subrayar la posibilidad de que las condiciones básicas que el Estado considere necesario establecer *ex* art. 149.1.1 CE sean establecidas con posterioridad al dictado de la normativa que puedan aprobar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus propias competencias. Precisamente, la imposición de condiciones básicas puede ser consecuencia de las disparidades regulatorias autonómicas resultantes cuando éstas afecten a la igualdad de ejercicio de un derecho o deber fundamental y se ciñan a ese propósito. Así ha ocurrido en este caso, tal como invoca el Gobierno de la Nación en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, en la Exposición de Motivos y en sus alegaciones al presente conflicto. La consecuencia de este ejercicio a posteriori de la competencia estatal derivada del art. 149.1.1 CE es clara, y a ella nos referimos en nuestra STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9: 'si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, éstos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas'. De manera que resulta lógico el acompañamiento de la introducción estatal de condiciones básicas de una regulación con una cláusula de acomodación de la normativa autonómica previa a las nuevas disposiciones en un plazo de tiempo prudencial".

Cabe enfatizar el gran alcance de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1 CE que admite, por ejemplo, esta misma STC 18/2017, de 2 de febrero, amparando perfectamente la constitucionalidad de preceptos tan precisos y concretos como el que establece la definición de las tarjetas de estacionamiento de vehículos automóviles para personas con discapacidad que presenten movilidad reducida, o qué personas en concreto tienen derecho a beneficiarse de las autorizaciones contenidas en las tarjetas de estacionamiento. De esta forma, consideramos que se supera la concepción minimalista[19] de la

17. En similar sentido se manifiesta Pemán Gavín (2018: 1222), afirmando que el art. 149.1.1 se comporta como una especie de comodín o último (o penúltimo) resorte competencial "movilizable cuando se detectan necesidades sociales novedosas que es preciso abordar".
18. Resulta evidente la vinculación entre esta doctrina constitucional y la posición académica sostenida por De la Quadra-Salcedo Janini (2008: 210).
19. Utiliza esta expresión Menéndez Rexach (1997: 53).

competencia estatal recogida en el artículo 149.1.1 CE que afirmaba la STC 61/1997, de 20 de marzo.

Desde esta perspectiva, no puede sorprender que el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda haga referencia expresa al artículo 149.1.1 CE tanto en su exposición de motivos como en su disposición final sexta (títulos competenciales).

Tampoco puede sorprender que, en su exposición de motivos, el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda cite la STC 16/2018, de 22 de febrero, que puso en evidencia la ausencia de legislación estatal en materia de vivienda. En cambio, ni la exposición de motivos ni la Memoria de Impacto Normativo citan la disparidad legislativa autonómica existente, que hemos puesto de manifiesto *supra*, pero parece claro que es uno de los motivos que provoca la redacción de esta ley.

Debe notarse que el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda no se limita a establecer las condiciones básicas para garantizar la igualdad de todos los españoles en el derecho a una vivienda digna y adecuada (artículo 47 CE), sino que también establece el régimen jurídico básico del derecho de propiedad de la vivienda, siendo evidente el paralelismo con la regulación del derecho de propiedad urbana en la legislación estatal de suelo[20]; en nuestra opinión, ninguna dificultad debe encontrar esta regulación, más allá de su efectivo alcance, desde el reconocimiento de la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae, conforme a la formulación recogida en la STC 37/1997, de 26 de marzo.

Como acertadamente señala Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (1998: 152), el artículo 149.1.1 CE es, entre otras cosas, una nueva forma de expresar la vieja idea de la codificación, de forma "que la misma normativa, por ser uniforme, es quien garantiza por sí la igualdad". Desde esta perspectiva, resulta evidente que el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda supone una homogeneización de la regulación de las condiciones para disfrutar de una vivienda digna y adecuada, estableciendo unas comunes condiciones básicas en los términos que recoge la STC 76/1983, de 5 de agosto, sin que se pueda perder de perspectiva que el artículo 139.1 CE establece que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

Con base en lo anterior, es claro, en nuestra opinión, que el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda encaja perfectamente en el nuevo entendimiento jurisprudencial de la competencia estatal derivada del artículo

20. En la actualidad, recogida 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.

149.1.1 CE, sin perjuicio del alcance preciso de cada precepto, análisis que escapa del análisis de esta colaboración, aunque no puede dejarse de tenerse en cuenta que el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda integra bastantes normas que ya se encuentran vigentes en otros cuerpos normativos.

2.2.2
Alcance de las competencias estatales relativas a bases de la planificación general de la actividad económica en relación con la vivienda (arts. 47 y 149.1.13 CE)

Conforme al artículo 149.1.13 CE corresponde al Estado la competencia exclusiva relativa a las "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica"[21].

Como hemos anticipado, este ha sido el título competencial que hasta el momento ha justificado buena parte del elenco de normas aprobadas por el Estado en materia de vivienda, fundamentalmente los planes estatales de vivienda. La STC 152/1988, de 20 de julio, justificó, prácticamente en su integridad, el contenido del plan estatal que fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, y fue una de las sentencias clave en la definición de las competencias estatales en materia económica, aunque no puede dejar de tenerse en cuenta que el alcance de este título competencial ha sido posteriormente recortado por el Tribunal Constitucional afirmando, por ejemplo, que este título competencial exige "una lectura restrictiva" (STC 141/2014, FJ 5), descafeinando en gran medida el principio de unidad de mercado[22], concepto jurisprudencial en el que este título competencial es una pieza clave, hasta el punto de que ha sido reconocido por la propia jurisprudencia constitucional como una de las garantías dinámicas de la unidad económica, precisamente junto con el artículo 149.1.1 CE[23].

21. Un completo y actualizado estudio del este título competencial se puede encontrar en Guillén Caramés (2018). *Vid.* también, en relación con la materia vivienda, Beltrán de Felipe (2000: 28 y ss.) y Zamorano Wisnes (2022: 80 y ss.).

22. *Vid.* al respecto Fernández Farreres (2005: 413 y ss.).

23. En efecto, la STC 79/2017, de 22 de junio, afirma, en su fundamento jurídico segundo, que es "posible diferenciar entre unas garantías estructurales y unas garantías dinámicas de la unidad económica. Las primeras se vincularían con el hecho de que todos los poderes públicos deban respetar en su actuación aquellas competencias y aquellos principios constitucionales que, al suponer un límite en sí a la diversidad regulatoria, preservan, en alguna medida, los rasgos propios del mercado nacional único. Las segundas permitirían al Estado promover, en su caso, tal unidad –cuando las primeras 'se demuestran insuficientes' para garantizarla (SSTC 96/2013, de 23 de abril, FJ 4 y 20/2016, de 4 de febrero, FJ 3)–, a través de la decisión de ejercer sus competencias transversales. Entre estas últimas garantías se encuentra la competencia del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), competencia que de acuerdo con la doctrina

Sea como fuere, la protectora jurisprudencia constitucional de 1988 para con las competencias estatales, permitió al Estado continuar pacíficamente con sus políticas de vivienda, con planes de vivienda con un detalle en muchas ocasiones manifiestamente discutible en el binomio bases-desarrollo. Hasta que un nuevo bloque de legislación autonómica en materia de vivienda, comandada por la Ley 1/2010, de 8 de marzo, andaluza, desbordó al Estado y puso de manifiesto que no era suficiente con el título competencial bases de la planificación general de la actividad económica para mantener una básica homogeneidad.

Por otra parte, tal y como hemos puesto de manifiesto *supra*, los planes estatales de vivienda únicamente resultan aplicables a las comunidades autónomas con régimen de financiación común, esto es, a aquellas a las que se transfieren anualmente los recursos estatales que se territorializan; esto es, los planes de vivienda estatales tienen como objeto definir el destino de las cantidades económicas que se territorializan, de forma que no resultan aplicables ni al País Vasco ni a Navarra, las dos únicas comunidades autónomas que no reciben ayudas del Estado para financiar sus políticas de vivienda, sencillamente porque recaudan directamente los fondos necesarios para financiarlas. Esta criticable situación es suficiente para poner en cuestión que las políticas estatales de vivienda deban articularse en la competencia estatal derivada del artículo 149.1.13 CE.

En realidad, el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda pone en evidencia el cambio de rumbo de títulos competenciales, abandonándose la competencia relativa a las bases de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13 CE), aunque nominalmente sigue apareciendo en la nómina de títulos competenciales, para abrazar con entusiasmo las competencias que se derivan del artículo 149.1.1 CE.

Este cambio radical de orientación da la razón al voto particular del magistrado Rubio Llorente en la STC 152/1988, de 20 de julio, en el que afirma:

> "Ni por su desarrollo de detalle puede considerarse el plan de protección de viviendas un mero establecimiento de bases o un conjunto de

de este Tribunal ampara, precisamente, todas aquellas normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas a garantizar la 'unidad de mercado' (SSTC 118/1996, de 27 de junio, FJ 10, y 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6) o la 'unidad económica' (SSTC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3, y 146/1992, de 16 de octubre, FJ 2). E, igualmente entre las garantías dinámicas, se encuentra la competencia del Estado para imponer la igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE) que habilita al Estado a intervenir normativamente a fin de imponer aquella. Así, a través del ejercicio efectivo de las competencias contenidas en los referidos títulos, el Estado promueve, en su caso, aquellos rasgos que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal caracterizan el mercado único".

medidas de coordinación, ni su sentido primordial es, a mi juicio, el de incidir sobre un sector de la actividad económica, sino el de procurar dar realidad al derecho a una vivienda digna y adecuada que el art. 47 de la Constitución reconoce a todos los españoles. Visto desde esta perspectiva, el mencionado plan puede ser entendido como una actuación producida, no al amparo del párrafo 13, sino más bien del párrafo primero del apartado 1.° del art. 149, como un esfuerzo por asegurar un mínimo igual en el ejercicio (en rigor en el disfrute), de un derecho constitucional.

Resultan desde luego, evidentes, las dificultades dogmáticas que implica la consideración como 'derechos constitucionales' de todos los que derivan de actuaciones estatales acomodadas a los principios de política social y económica que enumera el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, pero tales dificultades no me parecen insalvables si el concepto de derechos constitucionales se entiende como concepto genérico y mucho menos graves, desde luego, que las que origina el empleo de otro título genérico (el del 149.1.13.ª), inadecuado no sólo porque lo es, sino sobre todo, porque dada su naturaleza lleva a la ablación total de las competencias autonómicas.

Proconicé (sic) por eso su uso y sigo teniendo el convencimiento de que con él se hubiese podido llegar, salvo en los puntos de los que expresamente he disentido, a resultados tal vez no muy disimiles de los alcanzados, pero mediante una construcción más respetuosa con las competencias autonómicas y que hubiese podido orientar más eficazmente que la recogida en la Sentencia, la actuación futura de los poderes públicos sobre esta materia. La conceptuación del Plan cuatrienal como un plan mediante el que el Estado trata de asegurar que la actuación de los poderes públicos para dar realidad al derecho a la vivienda se lleva a cabo de modo que se asegure en lo posible un mínimo igual en todo el territorio nacional, habría permitido, de una parte, dar una explicación más razonable a la articulación de la iniciativa estatal con las competencias autonómicas en la materia y asegurar, de la otra, un mayor margen de libertad de acción a las Comunidades Autónomas para todas las actuaciones que, una vez asegurado este mínimo social igual, quisieran llevar a cabo en esta materia".

Absolutamente magistral. Poco (o nada) más se puede añadir. Más de 30 años después, el Estado corrige su rumbo siguiendo punto por punto la propuesta de Rubio Llorente.

3
Competencias locales en materia de vivienda

El artículo 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (la "**LBRL**"), en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, dispone que "el Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: a) [....] Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación".

Hemos de tener en cuenta que las competencias atribuidas a la Administración local en el artículo 25.2 LBRL presentan, al menos, una doble característica: por una parte, no estamos frente a títulos competenciales exclusivos de las entidades locales y excluyentes del resto de Administraciones públicas, sino que, precisamente, se caracterizan por precisar para su efectivo desarrollo de la colaboración con otras Administraciones públicas con base en su respectiva competencia; en segundo lugar, y tal y como señala el propio enunciado del artículo 25.2 LBRL, será el legislador sectorial, estatal o autonómico[24], el que señale, a través de ley[25], el efectivo alcance de la competencia local en estas materias en las que, en todo caso, el municipio ha de tener garantizada una presencia en su gestión[26], respetándose, de esta manera, la autonomía que la Constitución garantiza a las entidades locales para la gestión de sus respectivos intereses. En cualquier caso, y a pesar de que Estado y comunidades autónomas han de concretar el alcance del ejercicio de estas competencias, se puede afirmar que las materias enumeradas en el artículo 25.2 LBRL constituyen verdaderos títulos competenciales municipales para cuyo efectivo ejercicio no se precisa de desarrollo normativo estatal o autonómico[27].

24. Véanse, en este sentido, Fernández González (1995: 88) y Barnés Vázquez (1997: 91).
25. En el mismo sentido, véase Fernández González (1995: 100).
26. En el mismo sentido, véanse Barnés Vázquez (1997: 91) y Díaz Lema (1994: 25).
27. En este sentido se manifiestan Ortega Álvarez (2003: 261) y Sosa Wagner (1987: 108). En contra de este criterio, Fernández González (1995: 100) afirma que "la generalidad con la que se abordan las materias incluidas en dicho precepto (se refiere, aparentemente, al art. 25.2 LRBRL) conduce a pensar que su finalidad no es la de realizar una auténtica atribución de competencias en favor del municipio". Desde otra perspectiva, Velasco Caballero (2014: 60) afirma que el artículo 25.2 LBRL no enuncia las competencias municipales, "sino las materias de interés locales en las que las leyes (del Estado o de las comunidades autónomas) han de atribuir necesariamente algún tipo de competencia a los municipios"; en similar sentido, *vid.* Alonso Mas (2013: 430).

Los vocablos utilizados por el artículo 25.2 a) LBRL para definir la competencia de las entidades locales en materia de vivienda son extremadamente amplios: promoción y gestión. Con ellos se permite tanto la "promoción" directa (construcción) por el ayuntamiento de viviendas, ya sea para su venta o arrendamiento, pero únicamente de viviendas de protección pública[28], como la "gestión" de ayudas públicas para que promotores privados construyan viviendas en el municipio, aunque, sin duda, el término "gestión" puede hacer referencia también a la propia promoción inmobiliaria directa del municipio (gestión de la promoción). Además, los ayuntamientos podrán también tener un papel activo en la conservación y rehabilitación de la edificación, constituyendo un buen ejemplo de ello los numerosos programas de ayudas económicas en materia de rehabilitación de viviendas[29].

Lo cierto es, en cualquier caso, que no existe ni ley ni norma alguna que discipline cuál es el alcance real de la competencia municipal relativa a la promoción y gestión de viviendas, y que las normas que establecen los mecanismos de intervención de las comunidades autónomas y del Estado en el fomento de la promoción y adquisición de viviendas no prevén participación alguna de las entidades locales. A pesar de ello, y como acabamos de anticipar, los ayuntamientos, en términos generales y sin perjuicio de la evidente heterogeneidad local, ejercen con habitualidad sus competencias relativas a la promoción y gestión de viviendas, aunque, bien es cierto, su alcance está extremadamente condicionado por las exuberantes competencias que, en materia de vivienda, desarrollan Estado y comunidades autónomas.

La transferencia de competencias en materia de vivienda realizada en el primer lustro de los años ochenta del siglo pasado a las comunidades autónomas ha producido una concentración de estas competencias en manos autonómicas, sin que estas hayan descentralizado, en modo alguno, estas competencias en el ámbito local. Este fenómeno fue agudamente puesto de manifiesto en el Informe para una nueva política de vivienda realizado por un Comité de Expertos bajo la coordinación de Jesús Leal Maldonado y que fue publicado por el antiguo Ministerio de Obras Públicas y Transportes en el

28. La redacción anterior a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, no contenía esta distinción, por lo que permitía también la promoción y gestión por los municipios de viviendas libres.

29. Baste como ejemplo el Decreto de 27 de mayo de 2021 del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano por el que se aprueba la convocatoria pública de subvenciones 2021 con destino a actuaciones de accesibilidad, conservación, eficiencia energética y salubridad de edificios existentes de uso residencial vivienda, "Plan Rehabilita Madrid 2021" (Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid de 8 de junio de 2021).

lejano 1992, y seguimos en la misma situación[30]. Esta concentración explica en buena medida la escasa participación de los municipios en la gestión de las ayudas públicas para la promoción y adquisición de viviendas.

Desarrollamos a continuación las técnicas de intervención municipal en el ámbito de la vivienda.

3.1
La promoción de suelo adecuado

Tres son las herramientas que tienen en sus manos los ayuntamientos para intervenir en el mercado del suelo: i) los patrimonios públicos de suelo, ii) las cesiones de suelo relativo a un porcentaje del aprovechamiento urbanístico, y iii) las reservas de suelo para la construcción de vivienda protegida.

Y todas estas herramientas, además, se encuentran volcadas en la construcción de vivienda protegida. Así, el destino primario de los patrimonios públicos de suelo es la construcción de vivienda protegida (*vid.* art. 52.1 TRLS/15), las cesiones de aprovechamiento urbanístico no podrán monetizarse si en el ámbito hay usos de vivienda protegida (*vid.* art. 52.1 TRLS/15) y, obviamente, los suelos calificados para la construcción de viviendas protegidas no pueden tener otro destino, sin perjuicio de la duración del régimen legal de las viviendas protegidas, cuya tendencia es la de convertirse en permanente[31].

Estas tres herramientas no son en absoluto nuevas, y si se hubieran aplicado con pulcritud jurídica existiría en nuestro país un parque de vivienda protegida a precio moderado que, a buen seguro, hubiera erradicado los actuales problemas de acceso a una vivienda digna y adecuada.

3.2
La promoción directa de vivienda protegida

La promoción de viviendas por las entidades locales constituye, en estos momentos, uno de los mecanismos de intervención más frecuentes e incisivos de las entidades locales en materia de vivienda. Esta tarea de promoción municipal se lleva a cabo, normalmente, a través de sociedades municipales, bien ín-

30. Leal Maldonado (1992). Concretamente, en este informe se afirma (pág. 134): "La fuerte resistencia a la descentralización ejercida por la Administración central a lo largo de la década de los ochenta, se ve actualmente reproducida de forma similar por parte de las Comunidades Autónomas hacia los Ayuntamientos".

31. Sobre el debate del conflicto entre la calificación del suelo y la duración del régimen legal de las viviendas protegidas, *vid.* Vaquer Caballería (2017: 73).

tegramente públicas o mixtas, y se puede afirmar que goza en estos momentos de buena salud y que, cada vez más, los municipios asumen esta competencia como propia. Un buen ejemplo de la actualidad de esta labor de promoción de viviendas por los municipios se encuentra en la "Asociación Española de Gestores Públicos de Vivienda y Suelo", que en la actualidad integra a más de 100 entidades públicas, municipales y autonómicas, dedicadas a la vivienda y el suelo.

En cualquier caso, resulta preciso tener en cuenta que son las comunidades autónomas quienes ostentan el protagonismo en la promoción pública de vivienda, y ello gracias a las transferencias de los servicios estatales en materia de vivienda a las comunidades autónomas. No solo se transfirió a estas el cuantioso parque público gestionado por el Estado, sino también la inercia constructiva.

A pesar de los problemas que presenta en la actualidad, la promoción pública de viviendas por las entidades locales constituye uno de los ejes centrales de una política de vivienda que pretenda resolver las evidentes carencias que, en este ámbito, presenta nuestro país.

3.3
La protección de la promoción y adquisición de viviendas por las entidades locales

Se trata del ámbito en el que la participación de las entidades locales es más reducida, prácticamente inexistente. Las políticas de protección pública a la promoción y adquisición de viviendas están en manos exclusivas del Estado y de las comunidades autónomas. Sin embargo, los municipios son las entidades político-administrativas que tienen un conocimiento más profundo de las necesidades reales de estas políticas de protección pública.

Sorprendentemente, la STS de 25 de mayo de 2004 (rec. núm. 66/2002) concluye que "los Ayuntamientos carecen de capacidad para ordenar y regular un régimen de promoción pública de viviendas y están obligados, a cumplir y respetar los regímenes de promoción pública establecidos o por el Estado o por las Comunidades Autónomas, respecto a los bienes o terrenos incluidos en el Patrimonio Municipal". Aquí se pone en evidencia la relevancia del debate acerca si las competencias municipales en materia de vivienda que prevé el artículo 25.2.a) LBRL son de ejecución inmediata o únicamente pueden ejercerse en los términos que prevea la legislación estatal o autonómica, de forma que si ninguna de ellas contempla la posibilidad de modalidades locales de viviendas protegidas no existirá cobertura alguna al respecto. En mi opinión, se trata de una competencia municipal propia y directa, sin

perjuicio de los límites que puedan establecer al respecto normas estatales o autonómicas, pero en ausencia de estas ningún límite debe existir al ejercicio de estas competencias[32].

4
Conclusiones

(i) Para entender el contexto en el que se produce la aprobación del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda es determinante tener en cuenta que la producción normativa estatal en materia de vivienda se ha limitado, en lo básico, a la aprobación mediante el correspondiente Real Decreto de planes cuatrienales de vivienda vinculados a la distribución entre determinadas comunidades autónomas de fondos cada vez más exiguos. Mientras tanto, las comunidades autónomas se han ido dotando de leyes en materia de vivienda con contenidos poco homogéneos.

(ii) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido ampliando en los últimos años el alcance de la competencia estatal recogida en el artículo 149.1.1 CE y, además, cuando el Estado ha intentado anular alguna norma autonómica por invasión, precisamente, del artículo 149.1.1 CE, el Tribunal Constitucional ha afirmado categóricamente que no existe invasión de competencias del Estado si no se ha aprobado ley alguna en materia de vivienda en ejercicio de sus competencias.

(iii) El Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda pone en evidencia el cambio de rumbo de títulos competenciales en materia de vivienda, abandonándose la competencia relativa a las bases de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13 CE),

32. Aunque, sin duda, es mejor una habilitación legal al respecto para disipar cualquier duda. Un buen ejemplo se encuentra en la disposición adicional octava de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco; en su apartado segundo, establece: "Las diputaciones forales, las entidades locales en general y los ayuntamientos en particular podrán promover toda clase de viviendas de protección pública, así como de alojamientos dotacionales. Las viviendas y alojamientos resultantes se adjudicarán con arreglo a lo previsto en la Ley de Vivienda y disposiciones reglamentarias que se dicten en su desarrollo. Las bases de las convocatorias que realicen al efecto las instituciones señaladas en el presente apartado establecerán, entre otras determinaciones, la de los destinatarios y el procedimiento para su adjudicación, en el que deberán respetarse necesariamente los principios de publicidad, libre concurrencia y no discriminación. Justificadamente, por parte de las citadas administraciones podrá acordarse la exclusión de un cupo de viviendas de cada promoción para la atención de necesidades sociales o para realojos debidos a actuaciones urbanísticas, expropiatorias o de rehabilitación o regeneración urbana".

aunque nominalmente sigue apareciendo en la relación de títulos competenciales, para abrazar las competencias que se derivan del artículo 149.1.1 CE.

(iv) El Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda encaja perfectamente en el nuevo entendimiento de la jurisprudencia constitucional de la competencia estatal derivada del art. 149.1.1 CE.

(v) La transferencia de competencias en materia de vivienda realizada en el primer lustro de los años ochenta del siglo pasado a las comunidades autónomas ha producido una concentración de estas competencias en manos autonómicas, sin que estas hayan descentralizado estas competencias en el ámbito local.

5
Bibliografía

Alonso Mas, M.ª J. (2013). Comentario al art. 25 LBRL. En M. J. Domingo Zaballos (coord.). *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local. Tomo I* (3.ª ed.). Civitas.

Aragón Reyes, M. (1988). La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad privada. En AA. VV. *La reforma agraria*. Centro de Estudios Constitucionales.

Baño León, J. M.ª (1988). *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*. INAP.

Barnés Vázquez, J. (1995). El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978. En J. Barnés Vázquez (coord.). *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo comparado*. Tecnos.

— (1997). Subsidiariedad y Autonomía local en la Constitución. En T. Font i Llovet (dir.). *Anuario del Gobierno Local*. Marcial Pons.

— (2007). La distribución de competencias legislativas en materia de urbanismo y vivienda. *Revista Vasca de Administración Pública*, 79, 83-143.

Beltrán de Felipe, M. (2000). *La intervención administrativa en la vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*. Lex Nova.

Betancor Rodríguez, A. (2018). La garantía de la igualdad de todos los españoles en el art. 149.1.1: La competencia que no es competencia, sino más que una competencia. En B.

Pendás García (dir.). *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (tomo III, pp. 2617-2632). CEPC.

Botía Valverde, A. (2003). Viviendas de protección oficial y limitaciones del derecho de propiedad. Prohibición de disponer y requisitos de los adquirentes: lectura crítica de los artículos 10 y 13 del Real Decreto 1/2002. *Revista Jurídica del Notariado*, 45, 9-29.

Cabellos Espiérrez, M. Á. (2001). *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2008). *Mercado nacional único y Constitución*. CEPC.

Díaz Lema, J. M. (1994). *Los monopolios locales*. Montecorvo.

Fernández Farreres, G. (2005). *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*. Iustel.

Fernández González, F. J. (1995). *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*. Civitas.

Guillén Caramés, J. (2018). Artículo 149.1.13ª. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. En M. Pérez Manzano (coord.). *Comentarios a la Constitución española* (tomo II, pp. 1331-1340).

Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A. (1998). El art. 149.1.1 de la Constitución y las competencias legislativas del Estado sobre urbanismo. En M. Aragón Reyes (coord.). *La Constitución y la práctica del derecho* (tomo I, pp. 145 y ss.). Sopec.

Leal Maldonado, J. (coord.). (1992). *Informe para una nueva política V90 de vivienda*. MOPT.

López Guerra, L. (1990). Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1 de la Constitución Española. En A. Pérez Calvo (coord.). *Normativa básica en el Ordenamiento Jurídico español*. INAP.

Menéndez Rexach, A. (1997). Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre el régimen de suelo. Comentario crítico de la STC de 20 de marzo de 1997. *RDU*, 153, 47 y ss.

Muñoz Castillo, J. (2000). *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*. Colex.

Ortega Álvarez, L. (2003). Las competencias propias de las corporaciones locales. En S. Muñoz Machado (coord.). *Tratado de Derecho Municipal* (tomo I, 2.ª ed., pp. 239-301). Civitas.

Pemán Gavín, J. M.ª (2018). Artículo 149.1.1 CE. La cláusula de igualdad en las condiciones básicas. En M. Pérez Manzano (coord.). *Comentarios a la Constitución Española* (tomo II, pp. 1212-1224). BOE – Tribunal Constitucional – Wolters Kluwer – Ministerio de Justicia.

Ponce Solé, J. (2008). La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 7, 145-195.

Sosa Wagner, F. (1987). *Manual de derecho local*. Tecnos.

Tejedor Bielsa, J. (2018). A vueltas con las competencias sobre vivienda y la estabilidad del sistema financiero. *Práctica Urbanística*, 151.

Vaquer Caballería, M. (2011). *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*. Iustel.

— (2017). Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja. *REALA*, 7, 68-85.

Velasco Caballero, F. (2014). La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en el sistema de derecho local. En M. J. Domingo Zaballos (coord.). *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Veintitrés Estudios*. Aranzadi.

Zamorano Wisnes, J. (2022). *El derecho a la vivienda en Andalucía*. Tirant lo Blanch.

La garantía del acceso a la vivienda en el derecho comparado: una perspectiva a nivel mundial

Nicolás Alejandro Guillén Navarro[1]
Profesor titular de derecho administrativo (acred.). Universidad de Zaragoza

1. **Introducción**
2. **Derecho constitucional a una vivienda en Europa**
3. **Derecho constitucional a una vivienda en América del Norte, América del Sur y Caribe**
4. **Derecho constitucional a una vivienda en África, Pacífico e Índico**
5. **Derecho constitucional a una vivienda en Oriente Medio y Asia**
6. **Cinco visiones de entender el acceso a un alojamiento: Alemania, Suecia, Inglaterra, Estados Unidos y Australia**
   - 6.1. Bloque de ayudas para el alquiler: Alemania
   - 6.2. Vivienda pública para todos/as: el caso sueco
   - 6.3. La protección sobre las personas sin hogar (*homeless*): el caso de Inglaterra
   - 6.4. Sistemas ampliados de respaldo habitacional: los casos de Estados Unidos y Australia
7. **Conclusión**
8. **Bibliografía**

Resumen

Cada vez más, uno de los principales problemas a los que se enfrenta la sociedad globalizada es el acceso a una vivienda digna y adecuada por parte de la población y que se hace más patente cuando estamos ante colectivos desfavorecidos. Para dimensionar esta problemática, resulta

Artículo recibido el 18/05/2022; aceptado el 01/06/2022.
1. Este trabajo se adscribe al grupo de investigación consolidado ADESTER (Administración, Economía, Sociedad y Territorio), proyecto S22_20R, financiado por el Gobierno de Aragón para el periodo 2020-2022.

interesante hacer un análisis a nivel mundial de cómo los Estados hacen frente a esta situación y si sus textos constitucionales han configurado una esfera de protección a través de la inclusión del derecho a la vivienda en su articulado. En este estudio se analizará dicha situación escogiendo aquellos países que cuentan con un texto constitucional, además de desarrollar cinco modelos interesantes de políticas de vivienda, en concreto, de Alemania, Suecia, Inglaterra, Estados Unidos y Australia.

Palabras clave: *alquiler; vales de viviendas; Kombohus; derecho a la vivienda; personas sin hogar; Wohngeld*.

The right to housing in comparative law: a worldwide perspective

Abstract

One of the main issues in globalized society is the access to decent and adequate housing which becomes even more complex in case of disadvantaged groups and minorities. It is interesting to carry out a worldwide analysis of how States deal with these challenges and whether their constitutional texts provide protection through the entrenchment of the right to housing at the constitutional level. This article analyzes this situation by choosing countries that have a constitutional text, along with five interesting models of housing policies: Germany, Sweden, England, the United States and Australia.

Keywords: rent; housing vouchers; Kombohus; right to housing; homeless people; Wohngeld.

1
Introducción

En un mundo cada vez más globalizado, hay ciertos aspectos básicos para los ciudadanos, como es el acceso a un alojamiento, que es tratado de manera dispar por parte de los Estados. Sobre esta cuestión, hay que tener presente, como punto de partida, el desarrollo económico que presenta el país y el enfoque que tiene cuando de defensa del Estado de bienestar se trata. A ello se suma otro aspecto importante, sobre el cual se estructuran las políticas de vivienda, y es si existe un derecho o reconocimiento constitucional del acceso a una vivienda digna y, si no lo hay, qué incidencia tiene este hecho para poder adoptar medidas al respecto.

En este estudio se pretende dar una visión a nivel mundial de las medidas recogidas en los textos constitucionales de aquellos países en los que se referencia el aspecto habitacional de los ciudadanos. A ello se suma el desarrollo de las medidas adoptadas en cinco países (Alemania, Suecia, Inglaterra, Estados Unidos y Australia) a través de los cuales mostrar las diferencias que existen en el modo de articular acciones o en el simple hecho de la identificación del beneficiario de estas.

2
Derecho constitucional a una vivienda en Europa

Las políticas de vivienda existentes en los países europeos se caracterizan por no seguir un patrón común, dadas las peculiaridades intrínsecas del mercado inmobiliario y, sobre todo, cómo el alza en los precios ha afectado en el acceso a una vivienda. No obstante, la protección a los más desfavorecidos a través de ayudas económicas o la aportación de alojamiento son medidas que sí se pueden encontrar en la mayoría de ellos. De todos modos, otro aspecto a tener en cuenta es la forma mayoritaria de tenencia de la vivienda en los distintos países, que da idea de cómo se va a fomentar el acceso a ello por parte de los poderes públicos, siendo en este caso España, con el modelo de vivienda protegida en propiedad, una auténtica excepción.

Un punto de partida interesante para dimensionar las políticas de vivienda existentes en Europa es el de analizar si existe un derecho a la vivienda en los diferentes textos constitucionales, además de cómo y quién articula las medidas públicas en materia de vivienda. Un primer aspecto a tener en cuenta es que, a pesar de las diferentes formas de gobierno existentes, el derecho a la vivienda está presente en muchos de los textos constitucionales, si bien lo que varía es el enfoque. De todos modos, en Europa coexisten países bajo la esfera de la democracia, pero que en décadas atrás contaban con regímenes políticos de lo más variopintos y que han utilizado la vivienda con diversos fines; véase el régimen franquista en lo que al impulso de la construcción se refiere o, en el ámbito de la antigua URSS, el monopolio que ostentaba el Gobierno respecto a las viviendas en las ciudades, con el otorgamiento de viviendas a los ciudadanos por parte de las autoridades municipales o los departamentos gubernamentales.

En la actualidad, es evidente que el régimen democrático implica de los poderes públicos una defensa de los derechos y las libertades de los ciudadanos. No obstante, nos podemos encontrar que algunas políticas de vivienda todavía tienen alguna reminiscencia del pasado, como ocurre, por ejemplo, con varios países de la extinta Unión Soviética, en donde la vinculación de

los poderes públicos en el ofrecimiento de viviendas es palpable en sus textos constitucionales.

Adentrándonos ya en el ámbito de estudio, si acudimos al conjunto de países de la Unión Europea podemos apreciar que no todos cuentan con un derecho constitucional a la vivienda y, los que lo disponen, lo dimensionan de diferentes modos. En este sentido, analizando los textos constitucionales, se puede encontrar mencionado este derecho, además del caso español, en Bélgica, Finlandia, Polonia, Portugal y Suecia[2].

Haciendo un breve repaso a la situación de cada uno de estos países, el desarrollo de este derecho y su mención no sigue un patrón uniforme. Así, podemos partir del modelo simple que se puede encontrar en la Constitución belga, que recoge la mención a la existencia, entre otros, del derecho a una vivienda adecuada (art. 23.3), sin que se especifique quién debe articular los mecanismos adecuados de acceso a ese alojamiento adecuado, a excepción de la mención a que las leyes, leyes federales y reglamentos deben garantizar dicho derecho.

La mención directa a los poderes públicos o el Estado en la articulación del derecho a la vivienda sí que se puede encontrar en otros países, e incluso quiénes son los destinatarios preferentes. A este respecto, podemos partir del caso sueco, en el que su Constitución dispone el hecho de que las instituciones públicas garantizan, entre otros, el derecho a la vivienda. Esta redacción contrasta con otras que, aunque son concisas, dan una mayor dimensión de dicho derecho. Así, en Finlandia, su Constitución (capítulo 2, sección 19) establece que los poderes públicos promoverán el derecho de toda persona a la vivienda y la posibilidad de disponer de su propia vivienda. Otro modelo que sigue esta visión es el húngaro, si bien no hay una mención directa a la existencia de un derecho a la vivienda como tal. Así, el artículo 22.2 de la Constitución de Hungría señala que el Estado y las Administraciones locales deben contribuir a la creación de condiciones habitacionales dignas, esforzándose por garantizar el alojamiento a todas las personas sin vivienda.

Como se comprueba, estas redacciones inciden en acercar la posibilidad de disponer de un alojamiento, ya sea con o sin mención de "digno". No obstante, hay países que van más allá, involucrándose en si ese alojamiento debe ser en propiedad o en la potenciación del mercado de viviendas. Esta es la situación que se puede apreciar en países en los que, aunque no se recoge un derecho como tal, sí que hay mención a la protección en la tenencia de un

2. Para una visión amplia de las políticas de vivienda de estos países se puede consultar: Finlandia: Kärkkäinen (1999); Hungría: Hegedüs y Teller (2005); Polonia: Glocker y Plouin (2016); Portugal: Alves y Gonçalves (2010). Además, una visión global de las políticas de vivienda y vivienda social en Europa se encuentra en Scanlon *et al.* (2015).

alojamiento. Estos son los casos de Grecia, Países Bajos o Italia. Así, en Grecia, el artículo 21.4 de su Constitución recoge como propósito "la adquisición de una vivienda por aquellos que no la tengan o que estén alojados de forma insuficiente". Este hecho de favorecer la propiedad de una vivienda también se puede observar recogido en la Constitución italiana de 1947, en concreto en su artículo 47, en donde se propugna que la República "favorece el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda"; o la Constitución de los Países Bajos de 1814, cuyo artículo 22.2 establece que "Los poderes públicos fomentarán una política orientada a que haya suficientes viviendas", hecho que ha sido acompañado por la Ley de vivienda de 1901 a través de la cual se ha organizado la provisión de viviendas sociales[3].

De todos modos, otros países abogan por un modelo amplio de actuaciones, como es el caso de Polonia. En este sentido, la Constitución polaca, en su artículo 75, establece que los poderes públicos "perseguirán políticas conducentes a satisfacer las necesidades de vivienda de los ciudadanos, en particular combatiendo la falta de vivienda, promoviendo el desarrollo de viviendas de protección oficial y apoyando actividades que tengan como objetivo la adquisición de un hogar para todo ciudadano". Un modelo que incluso es ampliado en el caso de Portugal, el cual destaca por la extensión del derecho a la vivienda recogido en el artículo 65 de su Constitución. Así, dicho precepto deja de modo claro que "todos tienen derecho, para sí y para su familia, a una vivienda de dimensión adecuada, en condiciones de higiene y comodidad y que preserve la intimidad personal y la privacidad familiar".

Como se comprueba, el modelo portugués es parecido al español; no obstante, se va más allá, al profundizarse en su texto constitucional cómo se puede asegurar el derecho a la vivienda. A este respecto, se hace mención a medidas concretas, como la vinculación de las políticas de vivienda con los planes de ordenación general del territorio; el fomento de la construcción, ya no solo de viviendas privadas, sino también de viviendas sociales económicas en colaboración con las regiones autónomas y con las autoridades locales; o el impulso a la creación de cooperativas de viviendas y de autoconstrucción. No obstante, acaso lo que más llama la atención es que se recoja la obligación de que el Estado adopte "una política tendente a establecer un sistema de alquiler compatible con la renta familiar y de acceso a la vivienda propia", situación del todo característica y única si se compara con el resto de los textos constitucionales de los Estados miembros.

3. Sobre las políticas de vivienda en Italia: Civitarese Matteucci (2010). Acerca de las políticas de vivienda en los Países Bajos destaca el trabajo de Lambea Llop (2022), que hace un análisis del modelo de vivienda social y su gestión.

Como se puede apreciar, no todos los Estados miembros cuentan con una mención directa al derecho a la vivienda. En este sentido, siempre la doctrina destaca la situación de Francia, en cuya Constitución no se incluye la existencia de un derecho a la vivienda, si bien esta situación se ha compensado a través de diferentes normas; véanse la Ley Quillot de 1982, la Ley Besson de 1990 y, sobre todo, la Ley Dalo de 2007, que han introducido un derecho al alojamiento, pero sin una dimensión constitucional[4]. En otras situaciones, como en Eslovenia, su Constitución, aunque no recoge específicamente la palabra "derecho", sí que establece el hecho de que el Estado creará oportunidades para que los ciudadanos obtengan una vivienda adecuada (art. 78). En esta situación también puede encuadrarse Alemania, con acciones conexas de fomento. Así, su Constitución recoge la asignación presupuestaria a los *Länder* para el fomento de la vivienda social (art. 143.c), si bien se establecía para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2019.

Fuera del ámbito de la Unión Europea, se pueden identificar diferentes países con referencias al acceso a la vivienda en sus textos constitucionales. En un primer bloque englobaríamos a aquellos que cuentan con una referencia directa a este derecho, como son Andorra[5] o la Federación Rusa, país en donde se recoge el compromiso de que tanto el Gobierno estatal como el autónomo local promoverán la construcción de viviendas y crearán las condiciones para el ejercicio del derecho a la vivienda. Además, se regula otro aspecto importante, y es que se establece que los ciudadanos de escasos recursos que necesiten una vivienda podrán recibirla gratuitamente o mediante un pago asequible de los fondos de vivienda estatales o municipales[6]. Esta visión también se recoge en Bielorrusia, país en el que se dispone la existencia de un derecho tanto a la vivienda, como a un nivel de vida digno que incluye, entre otros aspectos, el de la vivienda. En este sentido, el texto constitucional incluye medidas concretas como el desarrollo de la vivienda estatal y privada y la asistencia a los ciudadanos en la adquisición de vivienda, además de –como ocurría en la Federación Rusa– establecer que el Estado y los Gobiernos autónomos locales concederán viviendas gratuitas o a precios disponibles de conformidad con la ley a los ciudadanos que necesiten protección social[7]. Por último, se puede hacer referencia a Azerbaiyán, donde se observa una implicación económica del sector público al establecerse en su Constitución

4. Acerca de las políticas de vivienda en este país: Stébé (2009, 2016); Inserguet-Brisset (2010).
5. Art. 33 de la Constitución de Andorra de 1993.
6. Art. 40 de la Constitución de la Federación Rusa de 1993, modificada en 2014.
7. Sección 2, art. 48 de la Constitución de Bielorrusia de 1994, modificada en 2004.

que el Estado otorgará préstamos para la construcción de casas y bloques de apartamentos y tomará medidas para implementar el derecho no a la vivienda, sino a la residencia[8].

Habiéndose analizado este primer bloque de países, en un segundo estarían aquellos en los que, aunque no hay una referencia directa a este derecho, se incluye en sus textos constitucionales la obligación del Estado de emprender acciones tendentes a asegurar un nivel de vida digno, conexionándolo con un conjunto de factores entre los que se incluye la vivienda. En este apartado estarían, por ejemplo, Moldavia o Albania, en donde se incluye una referencia a que el Estado asuma el papel de complementar la iniciativa y responsabilidad privada de algunos aspectos como es la satisfacción de las necesidades de vivienda de sus ciudadanos[9].

Un último país por destacar es Ucrania, país en el cual millones de ciudadanos han perdido su hogar como consecuencia de la guerra. Su Constitución precisamente recoge el derecho a la vivienda, acompañándose de la obligación del Estado de crear las condiciones que permitan a todo ciudadano construir, comprar en propiedad o alquilar una vivienda. Además, la Constitución ucraniana incluye la posibilidad de proporcionar vivienda de forma gratuita o a un precio asequible a aquellos ciudadanos que necesitan protección social[10].

3
Derecho constitucional a una vivienda en América del Norte, América del Sur y Caribe

Al igual que se ha dicho anteriormente, se pueden establecer dos grupos de países a diferenciar según quede reflejado expresamente un derecho a la vivienda o bien se establezcan otras medidas por parte del sector público con el objeto de asegurar el acceso a un alojamiento digno.

En el primer bloque se incluiría, por ejemplo, a Brasil, que considera la vivienda como un derecho social; Cuba, que hace efectivo este derecho a través de programas de construcción de viviendas; Guayana; Haití; México; Nicaragua, que establece el derecho a una vivienda digna, cómoda y segura que garantice la intimidad familiar; o Bolivia, en donde se establece que toda persona tiene derecho a un hábitat y una vivienda adecuados que dignifiquen la vida familiar y comunitaria, hecho al que se añade la promoción del desarrollo de la vivienda de beneficio social, destinada preferentemente a familias

8. Art. 43 de la Constitución de Azerbaiyán de 1995, modificada en 2016.
9. Art. 47.1 de la Constitución de Moldavia de 1994, modificada en 2016; art. 59 de la Constitución de Albania de 1998, modificada en 2016.
10. Art. 47 de la Constitución de Ucrania de 1996, modificada en 2019.

de escasos recursos, a colectivos desfavorecidos y a zonas rurales[11]. A estos países se podrían añadir Uruguay, en donde, además de recogerse constitucionalmente el derecho a una vivienda digna, se incluye el hecho de que la ley procurará asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su finalidad y estimulando la inversión de capital privado para tal fin[12]; o Venezuela, en donde, además de facilitarse el acceso de las familias con escasos recursos a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas, se introduce una delimitación amplia del concepto de vivienda digna, en concreto, una vivienda adecuada, segura y confortable, higiénica, con servicios básicos esenciales apropiados, que incluya un hábitat tal que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias[13].

La vinculación del derecho a la vivienda con la promoción de planes de vivienda pública o social la podemos encontrar en países como Colombia, Honduras, Paraguay o República Dominicana, que añade también los asentamientos humanos de interés social o el acceso legal a la propiedad inmobiliaria titulada como una prioridad fundamental de las políticas públicas de promoción de vivienda[14]. También en este primer bloque encontramos a Ecuador, que conexiona el derecho a la vivienda con diversos aspectos. En este sentido, se incluye el acceso de las personas a una vivienda que asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento. Además, se reconoce a los jóvenes como actores estratégicos en el desarrollo del país, garantizándose, entre otros derechos, el de la vivienda. También, como otros aspectos, se reconoce a las personas discapacitadas el derecho a una vivienda adecuada con facilidades de acceso y condiciones necesarias para atender su discapacidad y para procurar el mayor grado de autonomía en su vida cotidiana; y se establece que el Estado, en todos los niveles de Gobierno, garantizará el derecho al hábitat y a la vivienda digna, vinculando, por ejemplo, políticas,

11. Art. 6 de la Constitución de Brasil de 1988, modificada en 2017; art. 71 de la Constitución de Cuba de 2019; Parte 1, 26 de la Constitución de Guayana de 1980, modificada en 2016; art. 22 de la Constitución de Haití de 1987, modificada en 2012. En el caso de México, su Constitución de 1917 (última modificación en 2021) establece: "Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo" (art. 40). Para finalizar, art. 64 de la Constitución de Nicaragua de 1987, modificada en 2014 y, en el caso de Bolivia, art. 19 de su Constitución de 2009.

12. Art. 45 de la Constitución de Uruguay de 1966, reinstaurada en 1985 y modificada en 2004.

13. Art. 82 de la Constitución de Venezuela de 1999, modificada en 2009.

14. Art. 51 de la Constitución de Colombia de 1991, modificada en 2015; en dicho artículo se parte del hecho de que todos los ciudadanos colombianos tienen derecho a vivir dignamente. Art. 178 de la Constitución de Honduras de 1982, modificada en 2013. Art. 100 de la Constitución de Paraguay de 1992, modificada en 2011. Art. 59 de la Constitución de la República Dominicana.

planes y programas para el hábitat y el acceso universal a la vivienda, la mejora de las viviendas precarias, la dotación de albergues, espacios públicos y áreas verdes, el promover el alquiler bajo un régimen especial, el desarrollo de planes y programas para el financiamiento de viviendas de interés social o el garantizar que todas las personas tengan derecho a celebrar contratos de alquiler de vivienda a un precio justo y sin abusos[15].

En ocasiones, el acceso a la vivienda se vincula con colectivos muy específicos, como las clases trabajadoras. Esta situación ocurre en Guatemala, cuya Constitución recoge que el Estado apoyará la planificación y construcción de conjuntos habitacionales para que los trabajadores opten por una vivienda adecuada y cumplan los requisitos de salud. A ello se añade otro aspecto muy interesante, y es que se obliga a los dueños de empresas a proporcionar a sus trabajadores, en los casos que establezca la ley, unidades de vivienda adecuadas[16].

Respecto al segundo bloque, en donde no hay una referencia directa al derecho a una vivienda, se encontraría, por ejemplo, Argentina, que señala que la ley establecerá el acceso a una vivienda digna, hecho que va más allá, por ejemplo, en Panamá, en donde se dispone que el Estado establecerá una política nacional de vivienda con el fin de proveer de vivienda a todas las personas, especialmente a las de los grupos de menores ingresos[17].

Para finalizar, también resulta muy interesante la alusión en los textos constitucionales a la vinculación del acceso a la vivienda con el orden económico, como ocurre en El Salvador, cuya Constitución declara de interés social la construcción de viviendas, procurándose por el Estado que el mayor número posible de familias salvadoreñas sean propietarias de su vivienda; o en Costa Rica, que apuesta por el hecho de que el Estado promoverá la construcción de vivienda popular y creará el patrimonio familiar del trabajador[18].

Como se comprueba, la variedad de tratamiento del derecho a la vivienda es evidente. Es verdad que en el ámbito de América Latina y Caribe cabe señalar que se han producido importantes reformas económicas orientadas al mercado y al sector privado de la vivienda, configurándose históricamente unas políticas de vivienda de interés social en las que el sector público ha asumido un papel activo ya sea como agente regulador del sistema, gestor de subsidios o agente "subsidiario" del sector privado. Por su parte, el sector

15. *Vid.* arts. 30, 43, 47 y 375 de la Constitución de Ecuador de 2008, modificada en 2021. Sobre las políticas de vivienda en este país: Durán *et al.* (2020) y Acosta (2009).
16. Art. 105 de la Constitución de Guatemala de 1985, modificada en 1993.
17. Art. 14 bis. de la Constitución de Argentina de 1853, reinstaurada en 1983 y modificada en 1994. Art. 117 de la Constitución de Panamá de 1972, modificada en 2004.
18. Art. 119 de la Constitución de El Salvador de 1983, modificada en 2014. Art. 65 de la Constitución de Costa Rica de 1949, modificada en 2020.

privado ha asumido la responsabilidad en la construcción de viviendas de interés social, proporcionando crédito hipotecario a su financiamiento en condiciones de mercado (véanse, por ejemplo, Chile, Costa Rica y Colombia). A ello se añade un hándicap importante como es la falta de atención al déficit cualitativo de vivienda, a los suelos para vivienda de interés social y al mercado secundario de esas viviendas[19]. En la actualidad, el empobrecimiento de la vida urbana, el gran número de viviendas que se encuentran en condiciones inadecuadas para sus ocupantes y el déficit habitacional constituyen serios problemas políticos, sociales y económicos, circunstancias con las que se han de enfrentar las políticas de vivienda y a las que hay que sumar una importante dificultad como es la escasa financiación disponible al respecto para implementar programas efectivos de mejora.

4
Derecho constitucional a una vivienda en África, Pacífico e Índico

Dentro de los textos constitucionales actualmente vigentes en los diferentes países del continente africano y de regiones de Pacífico e Índico, se puede encontrar también regulado el derecho a la vivienda, dando en algunos casos un enfoque parecido al europeo. No obstante, no en todas las Constituciones analizadas hay una referencia directa a la existencia de un derecho a la vivienda, sino que se opta por introducir la adopción o el compromiso del Estado de emprender acciones que favorezcan el acceso a una vivienda.

Partiendo de los países en donde se recoge explícitamente una referencia directa al derecho a la vivienda, podemos aludir a la regulación de Egipto, en donde se garantiza por parte del Estado el derecho a una vivienda digna, segura y saludable, además de indicarse el hecho de que se elabore un Plan Nacional de Vivienda que respete la particularidad ambiental y garantice el aporte de iniciativas personales y colaborativas en su implementación[20].

El derecho a la vivienda también se puede encontrar referido en otros países como Cabo Verde. En este sentido, su texto constitucional recoge una visión parecida a la que hemos podido comprobar en algunos textos constitucionales europeos al reconocerse el derecho a una vivienda digna. No obstante, su materialización se enfoca de manera diferente, al establecerse la obligación del Estado de lograrlo a través de la promoción gradual de aspec-

19. Visión dada por Held (2000), que analiza las políticas de vivienda en estos países desde un punto de vista social. Véase también el estudio de Sepúlveda y Fernández (2006) en cuanto a la evolución de las políticas de vivienda.

20. Art. 78 de la Constitución de Egipto de 2014, modificada en 2019.

tos globales que afectan al conjunto de la sociedad, como son el desarrollo económico nacional o las condiciones institucionales, regulatorias y de infraestructura adecuadas; todo ello con el objeto de estimular y apoyar las iniciativas de las comunidades locales para estimular la construcción privada y el acceso a una vivienda adecuada. Como se comprueba, la visión es la de que el sector privado asuma esta responsabilidad, dando el ámbito público una base sólida que fortalezca su crecimiento y la aportación de alojamiento[21].

Como he señalado, el enfoque del derecho a una vivienda digna es muy distinto entre países; así, lo podemos encontrar también en otros textos constitucionales, como el de la República Democrática del Congo, al que se hace referencia en un precepto en el que también se incluyen otros derechos como el del acceso al agua potable y a la energía eléctrica; Burkina Faso, en donde se incluye la vivienda dentro de los derechos sociales y culturales reconocidos por su Constitución, que, además, debe velar por su promoción; Santo Tomé y Príncipe, que vincula este derecho a que el Estado planifique y ejecute una política habitacional inserta en los planes de ordenamiento territorial; o Costa de Marfil, con una redacción más simple en la que se indica que el Estado promueve el acceso de los ciudadanos a la vivienda, en las condiciones que establezca la ley[22]. Como se comprueba, en este último caso no hay una referencia directa a la existencia de un derecho a la vivienda como tal. En este contexto, se puede hacer referencia también a Nigeria, que cuenta con un modelo parecido al establecerse que el Estado debe orientar sus políticas para que se pueda asegurar que se proporcione a todos los ciudadanos una vivienda adecuada y suficiente; o Argelia, cuya Constitución insta al Estado a que contribuya a que los ciudadanos puedan encontrar vivienda, añadiéndose el hecho de que debe trabajar para facilitar el acceso a un alojamiento a las categorías desfavorecidas[23].

En algunos casos, aunque se reconozca la importancia del acceso a la vivienda por parte de los ciudadanos, no es posible garantizar el mismo. Este el caso de Etiopía, en el que se parte del hecho de que, en la medida en que los recursos del país lo permitan, las políticas tendrán como obje-

21. Parte II, Título III, art. 69 de la Constitución de Cabo Verde de 1980 (modificada en 1992).

22. Título II, Capítulo 2, art. 48 de la Constitución de República democrática del Congo de 2005, modificada en 2011; Título I, Capítulo IV, art. 18 de la Constitución de Burkina Faso de 1991 (modificada en 2015); art. 49 de la Constitución de Santo Tomé y Príncipe de 1975, modificada en 2003; Título I, Capitulo II, art. 38 de la Constitución de Costa de Marfil de 2016.

23. Capítulo II, art. 16 de la Constitución de Nigeria de 1999, modificada en 2011. Acerca de este país se puede consultar el estudio de Odoyi y Riekkinen (2022). En el caso de Argelia, art. 66 de la Constitución de 2020.

tivo brindar a todos los etíopes acceso a la vivienda[24]. La vinculación del acceso a una vivienda con la disponibilidad económica y los recursos del país, también se puede encontrar en países como Zimbabue; las Maldivas; Mozambique[25], que pone la ejecución del derecho de acuerdo con el desarrollo económico nacional y se impulsa la promoción de la construcción privada y cooperativa, así como la accesibilidad a la vivienda en propiedad; o Sudáfrica, en donde, además del derecho a una vivienda de los ciudadanos, se establece que nadie puede ser desalojado de su domicilio, ni hacer demoler su domicilio, sin orden judicial dictada después de considerar todas las circunstancias pertinentes, hecho que también se puede encontrar recogido en la Constitución de Sudán del Sur[26]. No obstante, hay casos, como el de Fiyi, en que, aunque se parte de esta situación, la de los recursos disponibles, si se alega por parte del Estado que no los dispone para implementar el derecho, es su responsabilidad demostrar que los recursos no están disponibles[27]. En otras situaciones, como en Marruecos, la Constitución establece la movilización de todos los medios disponibles para facilitar el acceso igualitario de los ciudadanos a condiciones que les permitan el goce de este derecho[28].

Sin duda, un aspecto interesante del derecho a la vivienda en estos textos constitucionales es su unión con otros derechos como son el agua potable, la electricidad o el saneamiento, caso último que podemos encontrar recogido en Gambia, Kenia o Uganda[29]. No obstante, el acceso a una vivienda digna también lleva aparejado el logro de otros aspectos importantes para los ciudadanos, como son la salud y el bienestar. Esta unión de conceptos la podemos encontrar en el texto constitucional de las Seychelles, en donde se reconoce el derecho de todo ciudadano a una vivienda adecuada, digna,

24. Capítulo X, art. 90 de la Constitución de Etiopía de 1994. Derecho a la vivienda que se pone en consonancia con el derecho a la salud pública, la educación, el agua potable, la alimentación y la seguridad social.

25. Capítulo II, art. 28 de la Constitución de Zimbabue de 2013, modificada en 2017, en donde se recoge el compromiso del Estado y de todas las instituciones y organismos gubernamentales de adoptar medidas legislativas, dentro de los límites de los recursos de que dispongan, para permitir que todas las personas tengan acceso a una vivienda adecuada; Capítulo II, art. 23 de la Constitución de Maldivas de 2008; Título III, Capítulo V, art. 91 de la Constitución de Mozambique de 2004 (modificada en 2007).

26. Capítulo 2, art. 26 de la Constitución de Sudáfrica de 1996, modificada en 2012; art. 34 de la Constitución de Sudán del Sur de 2011, modificada en 2013.

27. En el caso de Fiyi se recoge el derecho de toda persona a una vivienda y un saneamiento accesibles y adecuados. Capítulo II, art. 35 de la Constitución de 2013.

28. Art. 31 de la Constitución de Marruecos de 2011.

29. Véase borrador de la Constitución de Gambia de 2020 (Capítulo VI, Parte II, art. 62-1) y Kenia (Capítulo IV, Parte II, art. 43.1 de la Constitución de 2010). En el caso de Uganda, recogido en los objetivos económicos y sociales (XIV) de la Constitución de 1995, modificada en 2017.

conducente a la salud y al bienestar, comprometiéndose el Estado directamente, a través o con la cooperación de organismos públicos o privados, a facilitar la efectiva realización de este derecho[30]. No cabe duda de que el acceso a la vivienda es algo muy relevante en la consecución del Estado del bienestar, hecho que, por ejemplo, se resalta en la Constitución de Sudán, en la cual se establece la obligación de emprender acciones vinculadas al bienestar social y el logro del desarrollo social, en concreto, el esfuerzo por brindar servicios de salud, educación, seguridad social y vivienda[31].

Para finalizar, es preciso indicar que, en lo que a políticas de vivienda de países islámicos se refiere, hecho extensible al siguiente apartado cuando nos traslademos a Oriente Medio y Asia, estas no pueden entenderse sin obviar el factor religioso. En este sentido, los principios y prácticas islámicas influyen en muchos aspectos de la vida cotidiana de la sociedad musulmana, como es la percepción de la propiedad y los derechos sobre la tierra. Con ello, la Sharía y los principios islámicos se tornan en esenciales cuando de políticas de vivienda hablamos, ya que deben verse desde ese prisma. Tal es así que en países como Indonesia se puede identificar incluso una mercantilización religiosa en el negocio de la vivienda, con la aparición de la denominada vivienda sharía, en donde se requiere que los residentes sean de la misma religión, cumplan con las reglas de compra y sigan el esquema de pago de acuerdo con la ley islámica, creándose con ello comunidades que tienen como eje el conservadurismo religioso[32].

5
Derecho constitucional a una vivienda en Oriente Medio y Asia

Señalado ya anteriormente, muchos de los textos constitucionales analizados recogen la implicación de los recursos públicos en el acercamiento de la población a la disposición de una vivienda digna y adecuada. Esto también es extensible a algunos países de Oriente medio y Asia, como, por ejemplo, Bangladesh, en donde se establece la responsabilidad del Estado en lograr un crecimiento económico planificado y con ello una mejora del nivel de vida de

30. Capítulo III, Parte I de la Constitución de Seychelles de 1993, modificada en 2017.
31. Además, en este precepto se hace mención a la necesidad de trabajar activamente para mantener limpio el medio ambiente natural y la biodiversidad en el país, protegerlo y desarrollarlo de manera que garantice el futuro de las generaciones (Capítulo 2, art. 8 de la Constitución de Sudán de 2019).
32. *Vid*. Sunesti y Putri (2022), Fawaizul Umam (2021) y Rahadi *et al.* (2021).

los ciudadanos para asegurar la provisión de necesidades básicas, como son la alimentación, el vestido, la educación, la atención médica o la vivienda[33].

Estas ideas referidas al logro del bienestar son en muchas ocasiones enlazadas con el ámbito de la vivienda, ya que, aunque hay casos en los que no puede hablarse de la existencia de un derecho como tal, lo que se regula es la ruptura de barreras para que cuestiones básicas para el ciudadano, como el alojamiento, sean accesibles. En otras situaciones, este impulso económico sí que va unido a la identificación de un derecho. Esta situación se identifica por ejemplo en Irán, con el destino de los recursos hacia una planificación de un sistema económico correcto y justo, de acuerdo con los criterios islámicos, para crear bienestar, eliminar la pobreza y abolir todas las formas de privación con respecto a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la atención médica y la provisión de seguro social para todos. Además, en esta Constitución se recoge un derecho a la vivienda claro, al reconocerse que todo individuo y familia iraní tiene derecho a poseer una vivienda acorde con sus necesidades, debiéndose poner a disposición, por parte del Gobierno, terrenos para la aplicación de este derecho, dando prioridad a aquellos de mayor necesidad, en particular a la población rural y los trabajadores[34].

En otros casos podemos encontrar un compromiso de que el Estado facilitará una vivienda digna. Esta es la situación de Irak, donde se dice que el Estado garantizará la seguridad social y sanitaria a los iraquíes en caso de vejez, enfermedad, incapacidad laboral, falta de vivienda, orfandad o desempleo, y trabajará para protegerlos de la ignorancia, el miedo y la pobreza, y les proporcionará vivienda y programas especiales de atención y rehabilitación[35]. Esta situación se identifica también en Kazajistán, en donde se establece que los ciudadanos que necesiten vivienda serán provistos de la misma a un precio asequible de los fondos estatales de vivienda; o Georgia, que establece que el Estado asegurará un mínimo de subsistencia y vivienda digna[36].

En algunos países no se habla directamente de un derecho a la vivienda, sino de la articulación de condiciones para su obtención; véase Corea del Sur, Sri Lanka o Turquía, en donde se vincula la programación de medidas para resolver la problemática de la necesidad de vivienda a las características de las ciudades y las condiciones ambientales[37]. Por el contrario, sí que podemos encontrar referencia directa a este derecho en países, además de

33. Art. 15 de la Constitución de Bangladesh de 1972, reestablecida en 1986 y modificada en 2014.
34. Arts. 3, 31 y 43 de la Constitución de Irán de 1979, modificada en 1989.
35. Art. 30 de la Constitución de Irak de 2005.
36. Art. 25 de la Constitución de Kazajistán de 1995, modificada en 2017; art. 5.4 de la Constitución de Georgia de 1995, modificada en 2018.
37. Art. 25 de la Constitución de Corea del Sur de 1972, modificada en 2016; capítulo VI, art. 27.2 de la Constitución de Sri Lanka de 1978, modificada en 2015; art. 57 de la Cons-

Irán, como Kirguistán, Nepal, Palestina, Timor Oriental o Tayikistán, país en donde incluso se dice que el Estado garantizará este derecho a través de la construcción de viviendas estatales, públicas, cooperativas e individuales[38]. Caso parecido ocurre en Turkmenistán, cuya Constitución dispone, además de que todo ciudadano tendrá derecho a una vivienda, que tiene el apoyo del Estado para obtener o adquirir una vivienda confortable y la construcción de viviendas individuales. A ello se añade el reconocimiento de la inviolabilidad del domicilio y el que nadie puede ser privado de su vivienda sino por las causas establecidas por la ley[39].

6
Cinco visiones de entender el acceso a un alojamiento: Alemania, Suecia, Inglaterra, Estados Unidos y Australia

La vivienda social como mecanismo de aportación de alojamiento para personas con dificultades en el acceso a un alojamiento digno ha sido durante décadas una herramienta útil para los poderes públicos. Su configuración ha variado según el contexto histórico y los países, transitando desde una intervención y gestión directa desde el ámbito público a la progresiva intervención de entidades privadas que han ido asumiendo progresivamente esta labor. A ello se suma el hecho de que la aportación de alojamiento ha dado paso a la existencia de importantes bloques de ayudas que fomentan así la redistribución del acceso a un alojamiento en diferentes tipos de cesión. Con todo ello, resulta interesante hacer un breve repaso de la situación actual, incidiendo en los casos más interesantes a nivel mundial.

6.1
Bloque de ayudas para el alquiler: Alemania

En el caso de Alemania cabe señalar que, en lo que a políticas de vivienda se refiere, son los *Länder* los que asumen esta labor en detrimento del Gobierno

titución de Turquía de 1982, modificada en 2017. La Constitución turca también incluye el apoyo a los proyectos de vivienda comunitaria.

38. Art. 46 de la Constitución de Kirguistán de 2010, modificada en 2016. Art. 37 de la Constitución de Nepal de 2015, modificada en 2016; curiosamente con una redacción muy clara, todo ciudadano tendrá derecho a una vivienda digna; ningún ciudadano podrá ser desalojado de la vivienda de su propiedad, ni usurpada la vivienda, salvo de conformidad con la ley. Art. 23 de la Constitución de Palestina de 2003, modificada en 2005. Art. 58 de la Constitución de Timor Oriental de 2002. Art. 36 de la Constitución de Tayikistán de 1995, modificada en 2016.

39. Art. 51 de la Constitución de Turkmenistán de 2008, modificada en 2016.

federal, que asume el apoyo económico. Haciendo un análisis de las políticas de vivienda emprendidas en los últimos años, cabe identificar una apuesta por favorecer el acceso de colectivos con necesidad de vivienda a viviendas de alquiler asequibles y prevenir que familias con niños puedan quedarse sin un alojamiento.

Con ello, un bloque importante de ayudas va destinado a empresas del mercado inmobiliario, cooperativas, constructores individuales, recibiendo préstamos o subsidios a cambio de que alquilen viviendas a estos colectivos. Lógicamente estamos hablando de personas con necesidades, hogares con bajos ingresos, así como familias y otros hogares con niños, padres solteros, mujeres solteras embarazadas, ancianos o personas sin hogar. Con ello, los beneficiarios de estos fondos públicos aceptan alquilar el alojamiento objeto de estas ayudas, por lo que estos subsidios públicos (subvenciones o desgravaciones fiscales) cubren la brecha entre la renta percibida y la renta de costo. Del conjunto de programas de vivienda existentes, se pueden destacar dos por su incidencia, como son los comúnmente denominados *Wohngeld* y *Baukindergeld programme* (KfW).

En cuanto al primero, el programa de ayuda a la vivienda *Wohngeld*, su regulación se concreta en dos normas, que son la *Wohngeldgesetz* (WoGG), de 24 de septiembre de 2008, y su desarrollo a través de la *Wohngeldverordnung* (WoGV), de 19 de octubre de 2001, ambas modificadas en 2021.

Esta ayuda puede ser destinada tanto a inquilinos como a propietarios-ocupantes. Con ello, sobre todo estas ayudas van a tomar como referencia tres aspectos como son el número de miembros del hogar a considerar, los ingresos totales y el importe de la renta subvencionable o de la carga a asumir en el caso de propietarios (véanse, por ejemplo, intereses, costos de gestión y mantenimiento de la vivienda). Con respecto al alquiler subvencionable, hay que tener presente la fijación legal para todos los municipios de Alemania de un nivel de alquiler, por lo que las ayudas parten de la situación real del mercado de la vivienda en cada localidad. Con ello, el nivel de renta de un municipio determina el monto máximo hasta el cual se puede subsidiar la renta o la carga (en el caso de propietarios). Los niveles de renta se asignan por separado para los municipios de más de 10 000 habitantes y combinados a nivel distrital para los municipios de menos de 10 000 habitantes[40].

También hay que tener presente que la base para la evaluación del subsidio tiene presente el alquiler que debe abonarse, incluyéndose el alquiler

40. Una visión de este programa e incluso un formulario para el cálculo de la ayuda se pueden encontrar en Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (2019, 2020) y Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen (2022).

"frío" bruto. Esto significa que se tienen en cuenta los gastos de agua, residuos y alcantarillado y gestión de la propiedad, pero no así la electricidad o el agua caliente. No obstante, respecto a la calefacción se puede encontrar en la ley el destino de cantidades mensuales para reducir los costos de calefacción de acuerdo con el número de miembros del hogar, hecho respaldado por programas como el de protección del clima (*Klimaschutzprogramm*) o la Ley de fortalecimiento de las prestaciones de vivienda (*Wohngeldstärkungsgesetz* – WoGStärkG), de 30 de noviembre de 2019. Por último, en cuanto a la ayuda, esta se paga al inquilino por adelantado. No obstante, también se puede pagar directamente al arrendador, previo consentimiento por escrito de la persona con derecho a la prestación de vivienda, hecho que incluso no es necesario en algunos casos excepcionales.

Otro bloque de ayudas a mencionar es el denominado programa *Baukindergeld* del Gobierno federal, que se destina a familias con niños y padres solteros que quieren comprar su primera casa. Para el acceso a la ayuda se establece un máximo de ingresos económicos familiares, siendo de 90 000 euros por un hijo, más 15 000 euros por cada hijo adicional. Con ello, la ayuda es de 12 000 euros por niño (1200 euros al año, durante 10 años), aumentándose por cada hijo adicional (por ejemplo, 24 000 euros en el caso de 2 hijos o 36 000 euros si hay tres hijos, ambas cantidades totales para 10 años).

6.2
Vivienda pública para todos/as: el caso sueco

De entre todos los sistemas públicos de vivienda existentes en Europa, el sueco destaca por su configuración y destino poblacional. En este sentido, lejos de centrarse exclusivamente en colectivos desfavorecidos, nos encontramos ante un sistema abierto, tal y como se desprende de su denominación *Allmännyttig*, que podría ser traducido como "en beneficio de todos/as", y es que la vivienda pública debe ser accesible para el conjunto de la población, independientemente de su origen social, económico, étnico o de otro tipo.

Desde sus orígenes, el modelo sueco de vivienda pública ha sido moldeado por el Gobierno con el objeto de mejorar ya no solo los estándares de vivienda, sino también la calidad de vida de la población. Articulado a través de los municipios, en muchas ocasiones se ha asumido la construcción de vivienda con actuaciones sin precedentes, como el Programa del millón de hogares, emprendido entre los años 1965 y 1974. Cabe decir que el origen de este programa estaba marcado por la escasez de viviendas y las demandas de estándares de vivienda más altos, lo que llevó al Gobierno a emprender esta actuación no libre de polémicas más aún cuando en unos pocos años Suecia pasó de tener un

déficit a un excedente habitacional dado por dos hechos como fueron la rápida expansión del parque inmobiliario y el estancamiento económico[41].

Como herencia de este programa, hay que mencionar la intervención planificadora y cómo la creación ya no solo de edificios de gran calidad, sino sobre todo de entornos seguros, marcó sin duda la estructuración y finalidad de los siguientes programas de vivienda.

Hoy en día, de nuevo la falta de vivienda ha vuelto a revivir la necesidad de articular nuevos programas en los que los municipios, a través de empresas públicas de vivienda (*allmännyttiga kommunala bostadsaktiebola*), asumen un vital protagonismo. En ese sentido, hay que mencionar que estas empresas (más de trescientas) gestionan casi el 20 por ciento del *stock* de viviendas de Suecia, la mitad del sector de alquiler, teniendo en cuenta que alrededor de un tercio de la población de Suecia vive en una vivienda de alquiler. Su regulación se articula a través de la Ley de empresas municipales de vivienda sin fines lucrativos de 23 de junio de 2010 [*Lag (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag*], la cual entró en vigor en 2011.

Básicamente, estas empresas públicas gestionan inmuebles en los que se ceden apartamentos residenciales en régimen de arrendamiento y promueven la oferta de vivienda local en el municipio (art. 1), articulándose sus actuaciones a través de una autofinanciación, por lo que la actividad de estas empresas se basa en los ingresos provenientes de los alquileres. Conviene precisar que la actuación de estas sociedades está minuciosamente calibrada normativamente con el objeto de no distorsionar la competencia. Debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante una inmersión directa del sector público en el mercado inmobiliario, con una importancia nada desdeñable a tenor de los datos anteriormente referidos. Acerca de la conveniencia de esta intervención, más aún cuando el sector privado podría asumir esta posición y dado el hecho de que el fin social desaparece al no haber identificado un destino de estos alojamientos hacia colectivos desfavorecidos, la Ley deja claro que las empresas públicas de vivienda deben operar sin fines de lucro y con una finalidad de beneficio público. Así, el municipio, con estas actuaciones, debe aclarar qué interés persigue y qué beneficios puede traer para sus habitantes. Por otra parte, este posicionamiento público se estructura en torno a un hecho relevante como es la ausencia de beneficios financieros para lograr un equilibrio con el sector privado.

Como he señalado anteriormente, un aspecto clave de estas políticas de vivienda es que se destinan a todos los ciudadanos, independientemente de sus ingresos, antecedentes, edad y situación familiar, todo con el objeto de evitar la estigmatización de las urbanizaciones públicas o las zonas residenciales.

41. *Vid*. Hall y Vidén (2005).

No obstante, aunque estas actuaciones están abiertas al público en general, en la realidad nos encontramos con familias con bajos ingresos; un alto número de personas desempleadas o que reciben más beneficios sociales; inmigrantes o personas solteras o monoparentales. Además, otro aspecto interesante a mencionar de las actuaciones de las empresas públicas de vivienda es que se ofrece a los arrendatarios la oportunidad de participar en las decisiones de la empresa pública de vivienda.

Actualmente, se puede mencionar un programa relevante que trata de enfocar las políticas de vivienda a futuro; en concreto se fija el horizonte de 2030. El programa *Allmännyttan mot år 2030* recoge la estrategia a futuro que deben adoptar las empresas públicas de vivienda con la visión clara de que el sector de la vivienda pública "debe contribuir a la calidad de vida de las personas, ofrecer buenas viviendas de alquiler, incluida la libertad de elección e influencia, mejorar el bienestar, creando buenos entornos habitacionales y promoviendo el crecimiento en los municipios al satisfacer la demanda de vivienda en alquiler, siempre guiada por la sostenibilidad ambiental, económica y social a largo plazo"[42].

Para finalizar, los datos actuales dan imagen clara de la importancia de la vivienda pública sueca, ya que el 46 % de todos los arrendatarios, lo son de una vivienda perteneciente a una empresa pública de vivienda. A ello se une la necesidad de construcción de nuevas viviendas como consecuencia de un aumento considerable en la demanda de alojamiento por parte de la población. En ese sentido, merece la pena mencionar el denominado *Kombohus*, articulado por la Asociación Sueca de Empresas de Vivienda Pública (*Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag*, en siglas SABO) y por el que saca a licitación la construcción de nuevos alojamientos de conformidad con la Ley de contratación sueca. Actualmente se identifican tres modalidades. En primer lugar, la denominada *Kombohus Bas*, que se centra en la construcción de edificios de dos a cuatro plantas y que albergan de 8 a 16 viviendas con ascensor. Se establece un precio fijo de 12 000 coronas suecas por m^2 de superficie útil, sin incluir el IVA ni los costes de obra y cimentación. En segundo lugar está el *Kombohus Plus*, con edificios de cinco a ocho plantas, con potencial para ubicar locales comerciales en la planta baja y con un precio establecido de 13 000 coronas suecas por m^2 de superficie útil; y, en último lugar, el *Kombohus Mini*, vinculado con edificios de dos a seis pisos y apartamentos de una (35 m^2) o de dos habitaciones (45 m^2) y precio de 14 000 coronas suecas por m^2 de superficie útil[43].

42. *Vid*. Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag (2021).
43. *Vid.* Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag (2015).

6.3
La protección sobre las personas sin hogar (*homeless*): el caso de Inglaterra

El modelo inglés de acceso a la vivienda pública dista mucho del que se conoce en España. Esto se basa en tres hechos como son la protección de los colectivos sociales más vulnerables, el ofrecimiento de viviendas en alquiler y, por último, la acción de las denominadas *housing associations*[44].

La configuración actual de las políticas de vivienda en Inglaterra es fruto de una evolución que se inicia a mediados del siglo XIX y que en su momento se asoció a la mejora de las condiciones sanitarias de la clase trabajadora, con la aprobación de diferentes normas centradas esencialmente en la habitabilidad de las viviendas y la regeneración de zonas degradadas e insalubres. Como se comprueba, la condición de beneficiario de estas políticas se vinculó en sus orígenes a las clases obreras y trabajadoras, hasta que, a finales de la década de los cuarenta, se abre a cualquier ciudadano.

En este proceso, las autoridades locales asumen un papel destacado en la puesta en marcha de las medidas sobre vivienda aprobadas, adoptando con ello el ofrecimiento de alojamiento. Sobre este aspecto, el modo de cesión utilizado ha sido el del alquiler, si bien el gran *stock* de vivienda social en propiedad y los importantes gastos de mantenimiento que suponía para las arcas públicas originaron en los años ochenta la implantación, por la *Housing Act* de 1980, del denominado *Right to Buy*, mecanismo destinado a la venta de viviendas públicas. Además, han surgido medidas privatizadoras de las autoridades locales, que podían traspasar todo o parte de su conjunto de viviendas sociales a las denominadas *housing associations (Large-Scale Voluntary Transfer)*, siendo estos entes de carácter privado los encargados de gestionarlas (*Housing Act* de 1988).

Como he señalado anteriormente, una pieza básica del sistema de vivienda inglés es la de los beneficiarios. En este sentido, el modelo actual parte del establecido por la *Housing (Homeless Persons) Act* de 1977, que introdujo la obligación de las autoridades locales de proporcionar alojamiento a ciertos grupos de personas sin acceso a un alojamiento, que presentaran una necesidad prioritaria de alojamiento y cuya conducta no hubiera incidido de manera negativa en haberse visto privados de residir en una vivienda. Con ello, apa-

44. Un estudio completo de la incidencia de estas políticas se puede encontrar en Tunstall y Pleace (2018); Guillén Navarro (2009). Sobre las *housing associations* también se puede consultar Lambea Llop (2022).

rece el reconocimiento de que la problemática de las personas sin hogar debía ser regulada por parte de las políticas de vivienda.

En los últimos años, las políticas de vivienda se han centrado esencialmente en el respaldo habitacional de las personas sin hogar a través de diversas normas aprobadas al respecto, como la *Homelessness Act* de 2002 y, más recientemente, la *Homelessness Reduction Act* de 2017, que han introducido importantes modificaciones en la Parte VII de la *Housing Act* de 1996.

Otro aspecto a destacar es el relativo a la gestión de viviendas sociales. A este respecto, cabe destacar la creación, en el marco de las autoridades locales, de las denominadas *Arm's Length Management Organisations* (ALMOs), las cuales se centran en la gestión y mejora de las viviendas sociales, pudiendo acceder a fondos públicos para estos objetivos. Además, en la aportación de alojamiento, las *housing asociations* asumen un papel fundamental, existiendo diversos entes estatales asociados a ellas. Así, con la *Housing Act* de 2008, la *Housing Corporation* (organismo gubernamental que regulaba el conjunto de *housing associations*) dio paso a dos nuevos entes: la *Tenant Services Authority* (TSA) y la *Homes and Communities Agency* (HCA). Esta última asumió mucha importancia, dado que era un ente estatal responsable de la financiación para la construcción de viviendas, infraestructuras y equipamientos comunitarios, si bien en enero de 2018 fue sustituida por dos entes: *Homes England* y *Regulator of Social Housing*.

Así, *Homes England* es un organismo público ejecutivo dependiente del *Department for Levelling Up, Housing and Communities*, centrado en implementar medidas que favorezcan el aumento de la oferta de viviendas a través de su construcción o rehabilitación. Por su parte, *Regulator of Social Housing* se define como un organismo público no departamental que regula a los proveedores privados registrados de vivienda social "para promover un sector de vivienda social viable, eficiente y bien gobernado capaz de entregar viviendas que satisfagan una gama de necesidades".

Desde hace ya unas décadas, el sistema de vivienda público inglés gira en torno a la figura del *homeless*. No obstante, la visión española de este término dista mucho de la realidad dada en este país. En este sentido, la *Housing Act* de 1996 recoge una definición en el artículo 175 que ha sido modificada en algunos aspectos a través de la *Homelessness Reduction Act* (HRA) de 2017, que entró en vigor el 3 de abril de 2018. Es preciso señalar que existe una distinción entre la persona considerada como *homeless* (persona sin hogar) y aquella que está en riesgo de serlo (*threatened with homelessness*).

En el primer caso, la Ley vincula el concepto *homeless* (persona sin hogar) con aquellas personas que no tienen alojamiento disponible para su ocupación, en el Reino Unido o en otro lugar, teniendo un derecho a su ocupación

o permanencia en él. A ello se añaden situaciones en las que una persona tiene alojamiento, pero no puede asegurarse la entrada a él, o casos de estructuras móviles, vehículos o embarcaciones habitables, pero que no cuentan con un lugar en donde instalarse para cumplir su función habitacional. Por su parte, a las personas en situación de convertirse en personas sin hogar se les asocia un periodo temporal. Con ello, una persona está amenazada con quedarse sin hogar si es probable que se quede sin hogar dentro de 56 días, cifra que varía de manera sustancial respecto a los 28 días existentes antes de la modificación de 2017.

El sistema de actuación de las autoridades locales sobre las personas sin hogar ha sufrido ciertos cambios a través de la *Homelessness Reduction Act* (HRA) de 2017, introduciéndose interesantes modificaciones en la Parte VII de la *Housing Act* de 1996 que básicamente se pueden sintetizar en la introducción de dos importantes obligaciones para las autoridades locales, como son el deber de prevenir la falta de vivienda y el deber de aliviar la falta de alojamiento.

En torno a estos dos elementos se estructura un sistema de protección sobre las personas sin hogar con diferentes medidas (arts. 179 y siguientes de la *Housing Act* de 1996). Así, conviene apuntar en primer lugar las referidas a la existencia de un deber de asesoramiento (*advisory duty*), por el cual todas las personas en el ámbito de una autoridad de vivienda local deben poder acceder a la información y al asesoramiento gratuitos acerca de la prevención sobre la falta de vivienda; acceso a un alojamiento en situaciones de sin hogarismo; derechos de las personas sin hogar o amenazadas de quedarse sin hogar y las obligaciones al respecto de las autoridades locales; ayudas existentes y cómo acceder a ellas.

Es preciso también mencionar lo relativo al seguimiento de la situación y evaluación de los solicitantes, ya sean sin hogar o amenazados con quedarse sin hogar, desarrollándose un plan personalizado a través de una evaluación que incluye el análisis de las causas que les han llevado a esa situación, qué tipo de alojamiento es necesario o si necesitan apoyo para el acceso o para mantener el mismo. Además, la autoridad de vivienda puede involucrar a otros servicios en el cumplimiento del Plan e incluso subcontratar las evaluaciones y la función de planes de vivienda personalizados a otras organizaciones.

Otra de las medidas viene relacionada con la coordinación entre instituciones para implementar medidas adecuadas de alojamiento. Así, los organismos públicos de Inglaterra tienen la obligación de remitir a la autoridad de vivienda información sobre la persona que se encuentre en estas situaciones, siempre y cuando se cuente con su consentimiento. Entre estos organismos públicos se incluyen prisiones, centros de menores, servicios sociales, hos-

pitales, urgencias, servicios de libertad condicional o el servicio público de empleo (*Jobcentre plus*).

Actualmente en Inglaterra se diferencian distintos grupos de personas sin hogar sobre los que se articulan varios niveles de obligaciones por parte de las autoridades locales, atendiendo a los criterios de prioridad e intencionalidad en la conducta. A ello se añade lo anteriormente comentado acerca de que, si la autoridad de vivienda local está convencida de que un solicitante es bien una persona sin hogar o amenazada de quedarse sin hogar, o bien es elegible para asistencia, la autoridad debe hacer una evaluación del caso del solicitante y elaborar con ello un plan de actuación personalizado (art. 189 de la *Housing Act* de 1996).

De todos modos, las actuaciones de las autoridades locales se vinculan a la tipología de persona sin hogar que nos encontremos. Así, el grupo principal se conforma por las personas sin hogar inintencionales con una necesidad prioritaria de alojamiento y que cuentan con un vínculo local, respecto de las cuales las autoridades locales tienen una tutela máxima que se traduce en la inmediata aportación de alojamiento y en una prioridad en las listas de espera de adjudicación de viviendas sociales. En contraposición a ellas se determina un segundo grupo que, aunque también se considera de personas sin hogar, no cuenta con los factores adicionales de prioridad. Dicha circunstancia comporta que la obligación sobre ellas solo sea de asesoramiento y asistencia, pudiéndose en ocasiones ofrecer alojamiento. Por último, existen ocasiones en que se manifiestan unas conductas voluntarias que conllevan que la persona termine siendo un sin techo. Estos casos son también considerados por la Ley al regular distintas obligaciones, dependiendo de si los solicitantes de la ayuda cuentan o no con un elemento de prioridad. Es importante señalar que las autoridades de vivienda tienen el deber de tomar medidas razonables para ayudar a prevenir las situaciones de sin hogarismo (*prevention duty*), independientemente del estado de necesidad prioritaria, la intencionalidad y si tiene una conexión local. Esto conlleva la adopción de medidas para ayudar a que la persona permanezca en un actual hogar o ayudar a que encuentre uno nuevo, estableciéndose un periodo temporal, al menos, de 56 días de protección. No obstante, si el solicitante ya no tiene hogar, o se queda sin hogar a pesar de la actividad durante la etapa de prevención, se establecen una serie de obligaciones (*relief duty*) por las cuales se deben adoptar medidas para ayudar al solicitante a disponer de alojamiento. Este deber tiene una duración de 56 días, pero si la autoridad de vivienda tiene razones para creer que un solicitante sin hogar puede ser elegible para recibir asistencia y tiene una necesidad prioritaria, se le debe proporcionar un alojamiento provisional.

Como digo, el grupo más importante son los que cuentan con una necesidad prioritaria. En este sentido, la *Housing Act* de 1996, en su artículo 189, define cinco grupos de personas que cuentan con una necesidad prioritaria de alojamiento: a) mujeres embarazadas; b) personas con menores a su cargo; c) personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad debido a su edad avanzada, incapacidad física o mental; d) personas sin hogar debido a una situación de emergencia o desastre, como puede ser un incendio o una inundación, y e) víctimas de violencia de género[45].

Teniendo presentes las mismas, si una persona sin hogar se encuentra dentro de alguna de las categorías antes mencionadas, y solicita ayuda, la autoridad local debe proporcionarle alojamiento lo antes posible. Esta obligación viene determinada por el artículo 193 de la Ley de 1996. A través de este, la autoridad local tiene la obligación de alojar al sin techo, un acomodo que se prolongará hasta que se le ofrezca uno conforme a los mecanismos de adjudicación de la Parte VI de la Ley. Asimismo, existe la posibilidad de que el solicitante sea remitido a otra autoridad local en el caso de que este tenga un vínculo con otra localidad. Si ocurre esto, las obligaciones de alojamiento vincularán también a esta última.

Es importante resaltar que estos derechos u obligaciones de proporcionar un alojamiento estable y seguro, exigibles bajo la esfera de protección de la Parte VII de la Ley de 1996, se articulan respecto a estas categorías. No obstante, hay una situación en la cual la autoridad local no tiene dicha obligación, y es la relativa a que la condición de sin techo se haya adquirido de manera intencional, aunque se trate de un solicitante con una necesidad prioritaria y con un vínculo de conexión con el ámbito de actuación de la autoridad local. Atendiendo a la regulación del artículo 191.1 de la *Housing Act* de 1996, la condición de sin techo por propia elección puede definirse como la situación en que la persona ha realizado deliberadamente una conducta activa o pasiva que ha conllevado el cese en la ocupación de la vivienda en donde residía. Igualmente se incluye dentro de esta denominación a las personas que, aunque todavía no han adquirido dicha condición, se vean obligadas por sus acciones u omisiones a abandonar el domicilio en un corto plazo de tiempo[46].

45. Como complemento, la *Homelessness* (*Priority Need for Accommodation*) (*England*) *Order* de 2002 cuenta con nuevas categorías respecto a las señaladas en la Ley, en virtud de la facultad ministerial atribuida por la Ley para realizar cualquier modificación o reforma sobre las mismas. En dicha normativa también se considera como sujetos con una necesidad prioritaria a los jóvenes que han estado bajo la protección de las autoridades locales, personas que acaban de salir de prisión o militares que han dejado de prestar su servicio.

46. Una de las situaciones más complicadas de delimitar es la relativa a los sin techo con problemas de drogadicción o alcoholismo que conllevan la pérdida de la vivienda. A este respecto, se plantean dudas de si realmente hay una conducta voluntaria, por lo que el sujeto

Como ya se indicó anteriormente, cuando se determina que no hay una intencionalidad en la conducta del sin techo y este se encuentra dentro de una de las categorías de prioridad, además de poseer un vínculo con la zona, la autoridad local tiene la obligación de aportarle un alojamiento conforme a los mecanismos recogidos en la Parte VI de la *Housing Act* de 1996 (*main housing duty*).

A través de este deber principal de vivienda, las autoridades locales de vivienda deben garantizar un alojamiento provisional, hasta que este derive, por regla general, en el ofrecimiento de un alojamiento estable. No obstante, esta obligación decae por una serie de motivos, como que el solicitante haya rechazado una oferta de alojamiento temporal o que ya no sea elegible para asistencia. Esta obligación termina con el ofrecimiento de un alojamiento, bien sea a través del arrendamiento de una vivienda de la autoridad local, de una *housing association*, o la oferta de un alquiler privado durante al menos 12 meses, concertado con la autoridad local. Por el contrario, cuando las personas tienen una necesidad prioritaria, pero están intencionalmente sin hogar, la autoridad debe proporcionar asesoramiento y asistencia para ayudarles a encontrar alojamiento por ellas mismas y asegurarles un alojamiento adecuado durante un período que les dará una posibilidad razonable de hacerlo.

6.4 Sistemas ampliados de respaldo habitacional: los casos de Estados Unidos y Australia

Si hay que identificar un sistema de vivienda integral que recoja variados programas en lo que a aportación habitacional se refiere, sin duda alguna puede hacerse mención a los Estados Unidos[47]. En dicho país, nos encontramos ya no solo la figura de las viviendas públicas (*public housing)*, sino también ayudas al alquiler como los programas de vales de elección de vivienda (*Housing Choice Voucher Program Section 8*) y de autosuficiencia familiar (*Family Self-Sufficiency Program*). Asimismo, hay que reseñar otras iniciativas, como los programas de fomento de la propiedad privada (*Public Housing Homeownership* y *HCV Homeownership Program*) y las acciones sobre las personas sin hogar, que incluyen a los veteranos de guerra y nativos americanos. Para la articulación de todos ellos, hay una intervención activa del Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de EE. UU. (HUD, por sus siglas en inglés) y las agencias locales de vivienda pública (PHA).

sería un sin techo por propia voluntad, o si por el contrario se debe considerar dicha situación como una enfermedad, lo que conllevaría una necesidad prioritaria de alojamiento.

47. *Vid.* Schwartz (2021) y Guillén Navarro (2011, 2012).

De entre todos los programas públicos de vivienda, se puede destacar, por su incidencia y desarrollo, el de vales de elección de vivienda (*Housing Choice Voucher Program*)[48]. Se trata de un programa del Gobierno federal, articulado a través de las PHA, destinado a ayudar a familias de muy bajos ingresos, ancianos y discapacitados a encontrar una vivienda mediante una ayuda económica que cubre buena parte del alquiler mensual de la vivienda del mercado privado. Estamos hablando de familias cuyos ingresos no pueden exceder del 50% del ingreso medio del condado o área metropolitana en que la familia elige vivir. De todos modos, en muchas ocasiones hay conformadas listas de espera como consecuencia de la existencia de más solicitantes que los recursos económicos disponibles.

Estos vales soportan la diferencia entre el alquiler a pagar y el 30% de los ingresos de la unidad familiar, siendo libre de elegir cualquier vivienda que cumpla con los requisitos del programa y no limitándose a unidades ubicadas en proyectos de vivienda social. Con ello, una familia a la que se le emite un vale de vivienda es responsable de encontrar una unidad de vivienda adecuada de su elección, siempre y cuando el propietario acepte alquilar bajo el programa y que estas unidades de alquiler cumplan con los estándares mínimos de salud y seguridad según determine la PHA. Con ello, la PHA paga directamente al propietario un subsidio de vivienda en nombre de la familia participante. La familia luego paga la diferencia entre el alquiler real cobrado por el arrendador y el monto subsidiado por el programa. Como se comprueba, este programa se articula a través de tres partes interesadas: el propietario, la PHA y la familia. A su vez, en su ejecución deben distinguirse dos elementos, como son el contrato de arrendamiento entre el propietario y la familia, y el contrato suscrito entre el propietario y la PHA, denominado *Housing Assistance Payments Contract* (*HAP Contract*). Estos dos acuerdos conforman las vías por las cuales el propietario recibe el pago íntegro del alquiler mensual de su vivienda.

Otras acciones importantes de las políticas de vivienda estadounidenses son las vinculadas con las personas sin hogar. Su regulación se articula a través de la Ley *McKinney-Vento Homeless Assistance*, modificada posteriormente por la *Homeless Emergency Assistance and Rapid Transition to Housing Act* de 2009, recogiéndose una interesante definición de persona sin hogar que se asocia a cuatro supuestos: a) situaciones de personas o su familia que, bien no tienen un sitio fijo y adecuado para dormir, bien su principal residencia es un lugar público o privado no diseñado para servir como alojamiento ordinario para los seres humanos; b) situaciones de pérdida de vivienda de forma inmediata (ya sea en propiedad, alquiler o por ocupación, alojamientos compartidos o habi-

48. Acerca de este programa, Guillén Navarro (2011, 2012) y Williamson *et al.* (2009).

taciones de hotel o motel) y falta de recursos suficientes para obtener un alojamiento permanente, sin tener otro lugar donde residir; c) jóvenes o familias con niños, que si bien no entran directamente en la definición legal, se les equipara siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos: estar largo tiempo sin poder residir independientemente en un domicilio fijo, no haber tenido anteriormente un domicilio estable debido a frecuentes cambios de residencia, y que exista previsión de que esta situación continúe por largo tiempo; y, por último, d) personas que han tenido que abandonar su hogar de forma forzosa por haber sido víctimas de abusos sexuales, violencia doméstica, ofensas o cualquier otro acto que suponga que la persona o familia se vea obligada a abandonar el domicilio o tenga miedo de volver a él y no disponga ni de otro lugar en donde residir, ni de recursos económicos suficientes para alojarse en otro.

Sobre las personas sin hogar se articulan diferentes programas, por ejemplo el *Emergency Solutions Grants (ESG) Program*, bloque de ayudas destinado a mejorar la cantidad y la calidad de los refugios de emergencia para personas y familias sin hogar, su gestión o la aportación de servicios sociales esenciales a los residentes de los albergues; y el *Homelessness Prevention and Rapid Re-Housing Program (HPRP)*, que facilita asistencia financiera y servicios para evitar que las personas y las familias se queden sin hogar y ayudar a las personas sin hogar a ser realojadas y estabilizarlas rápidamente. Además, hay programas concretos para veteranos de guerra en situación de sin hogarismo como los *VA Programs For Homeless Veterans*, en concreto el HUD-VASH, en el que hay una colaboración entre el Departamento de vivienda (HUD) y el Departamento de asuntos de veteranos (siglas en inglés, VA) por la que se combina el ofrecimiento de vales de vivienda con servicios de apoyo del VA para ayudar a los veteranos y sus familias a encontrar y mantener una vivienda permanente.

También en este contexto, hay que mencionar las acciones sobre colectivos concretos como son los nativos americanos, todo ello articulado a través de la Oficina de programas para nativos americanos (siglas en inglés, ONAP). Actualmente, se articulan diferentes programas de ayudas económicas para vivienda, como *Indian Housing Block Grant* (IHBG), *Section 184 Indian Home Loan Guarantee Program* o *Tribal HUD-VA Supportive Housing program (Tribal HUD-VASH)*, además de los destinados específicamente para Hawái, como el *Native Hawaiian Housing Block Grant* o el *Section 184A Native Hawaiian Housing Loan Guarantee*.

Cambiando de continente, el caso de Australia también presenta un amplio y variado panorama de programas públicos de vivienda[49]. En este sen-

49. Acerca de una visión más completa de las políticas de vivienda en este país se recomienda acudir a los estudios realizados por Pawson *et al.* (2020) y Martin *et al.* (2016).

tido, hay programas articulados por el Gobierno de Australia, los Estados y los Territorios, así como de organizaciones comunitarias. De entre todos los programas se pueden destacar el Plan nacional de asequibilidad de alquiler (*National Rental Affordability Scheme*), que se articula entre el Gobierno central y los Estados, por el que se ofrecen incentivos financieros anuales hasta 10 años para alquilar viviendas para ocupantes elegibles al 80% o menos del valor de mercado del alquiler; o el *Commonwealth Rent Assistance*, articulado por el Gobierno central, por el cual se permite que aquellas personas o familias con ingresos bajos o moderados que son arrendatarios dentro del mercado de alquiler privado puedan acceder a la asistencia del Gobierno. Ello supone una ayuda no sujeta a impuestos que se paga quincenalmente a los beneficiarios elegibles; en concreto se trata de 75 centavos por cada dólar por encima de un umbral mínimo de alquiler hasta que se alcanza una tasa máxima, conceptos que varían según el hogar, la situación familiar y el número de hijos.

Para finalizar, a estos programas de ayudas económicas se suman los de vivienda social, estructurados a través de cuatro bloques: vivienda pública (*public housing*) cedida en alquiler y administrada por los Gobiernos estatales y territoriales; vivienda comunitaria (*community housing*), la cual es administrada por organizaciones comunitarias y destinada a familias con ingresos bajos/moderados o con necesidades especiales; vivienda indígena de propiedad y administración estatal (*state owned and managed Indigenous housing*, en siglas, SOMIH), cuyos beneficiarios son hogares de ingresos bajos a moderados que tienen al menos un miembro que se identifica como aborigen y/o isleño del Estrecho de Torres[50]; y, por último, vivienda comunitaria indígena (*indigenous community housing*), que son viviendas que las comunidades indígenas poseen y/o administran para brindar servicios de vivienda a los indígenas australianos.

7
Conclusión

Como se ha podido apreciar a través de este estudio, el facilitar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna es un elemento con peso para los Estados, que lo articulan de una u otra manera ya sea por los recursos económicos de los que disponen o por el sistema político existente. En algunas ocasiones,

50. El SOMIH no está disponible para todo el territorio australiano, ya que únicamente se desarrolla en Nueva Gales del Sur, Queensland, Australia Meridional, Tasmania y el Territorio del Norte.

aunque hay una predisposición a una intervención activa de los poderes públicos, la situación económica no permite implementar políticas de vivienda activas. Es por ello por lo que el desarrollo económico lógicamente ayuda a sostener e impulsar un Estado de bienestar en el que se da cabida al acceso a la vivienda de los ciudadanos con una necesidad al respecto.

Por otra parte, también se ha podido comprobar a través de casos concretos que la materialización de estas políticas gira en torno a un elemento esencial como es el beneficiario, que, por regla general, es una persona o familia con una necesidad preferente de alojamiento ya sea por su condición económica o incluso étnica. No obstante, en otras situaciones las políticas de vivienda sirven a otros propósitos, como es el de cubrir un déficit de alojamiento y con ello favorecer la construcción de nuevas viviendas.

Por lo que respecta a las medidas de materialización, la figura del alquiler adquiere protagonismo, ya sea a través de la cesión de una vivienda social o pública por medio de este régimen, o bien con ayudas que favorezcan el acceso a viviendas privadas en alquiler mediante el pago de un porcentaje de la renta. Con ello, del estudio comparado de las políticas de vivienda se extrae el desequilibrio claro entre la apuesta que hubo en España por la vivienda protegida en propiedad, en beneficio del alquiler como sistema más adecuado. No obstante, una tarea pendiente es la de la configuración del beneficiario, con una apuesta clara sobre los colectivos más desfavorecidos, restringiendo con ello el acceso a las ayudas y evitando con ello que, paradójicamente, colectivos (véase las personas sin hogar) queden excluidos de las políticas de vivienda al remitirse a una intervención de servicios sociales.

8
Bibliografía

Acosta M., M.ª E. (2009). *Políticas de vivienda en Ecuador desde la década de los 70. Análisis, balance y aprendizajes*. Ecuador: Repositorio Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Alves Correira, F. y Gonçalves Moniz, A. R. (2010). Consideraciones sobre la promoción del derecho a la vivienda en Portugal. En F. López Ramón (coord.). *Construyendo el derecho a la vivienda* (pp. 137-164). Madrid: Marcial Pons.

Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (2019). *Wohngeldreform zum 1. Januar 2020*. Berlin: Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat.

— (2020). *Wohngeld 2020 Ratschläge und Hinweise*. Berlín: Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat.

Civitarese Matteucci, S. (2010). La Política de vivienda en Italia. En F. López Ramón (coord.). *Construyendo el derecho a la vivienda* (pp. 91-136). Madrid: Marcial Pons.

Durán, G., Bayón, M., Bonilla Mena, A. y Janoschka, M. (2020). Vivienda social en Ecuador: violencias y contestaciones en la producción progresista de periferias urbanas. *Revista INVI*, 35 (99), 34-56.

Fawaizul Umam (2021). Sharia Housing: Religious Commodification and the Urban Muslims' Politics of Space. *Tashwirul Afkar*, 40 (1).

Glocker, D. y Plouin, M. (2016). Overview of Housing Policy Interventions in Poland. *OECD Regional Development Working Papers 2016/07*. OECD Publishing: París.

Guillén Navarro, N. A. (2009). *La vivienda social en Inglaterra*. Barcelona: Atelier.

— (2011). La vivienda social en Estados Unidos: políticas públicas en la ciudad de San Antonio (Texas). *Revista de urbanismo y edificación*, 23, 233-245.

— (2012). Políticas públicas de vivienda en los Estados Unidos: de la gran depresión al gobierno Obama. *Revista de urbanismo y edificación*, 25, 413-439.

Hall, T. y Vidén, S. (2005). The Million Homes Programme: a review of the great Swedish planning project. *Planning Perspectives*, 20 (3), 301-328.

Hegedüs, J. y Teller, N. (2005). Development of housing allowance programmes in Hungary in the context of CEE transitional countries. *European Journal of Housing Policy*, 5 (2), 187-209.

Held, G. (2000). *Políticas de viviendas de interés social orientadas al mercado: experiencias recientes con subsidios a la demanda en Chile, Costa Rica y Colombia*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Inserguet-Brisset, V. (2010). La evolución del Derecho Francés en materia de vivienda. En F. López Ramón (coord.). *Construyendo el derecho a la vivienda* (pp. 27-64). Madrid: Marcial Pons.

Kärkkäinen, S.-L. (1999). Housing Policy and Homelessness in Finland. En D. Avramov (ed.). *Coping with Homelessness: Issues to be Tackled and Best Practices in Europe* (pp. 368-396). Aldershot: Ashgate Publishing.

Lambea Llop, N. (2022). *La gestión de la vivienda social en clave europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Martin, C., Pawson, H. y Van den Nouwelant, R. (2016). *Housing policy and the housing system in Australia: an overview Report for the Shaping Housing Futures Project*. Sidney: City Futures Research Centre, University of New South Wales.

Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung des Landes Nordrhein-Westfalen. (2022). *Wohngeld*. Disponible en: https://www.mhkbg.nrw/themen/bau/wohnen/wohngeld (mayo de 2022).

Odoyi, E. J. y Riekkinen, K. (2022). Housing Policy: An Analysis of Public Housing Policy Strategies for Low-Income Earners in Nigeria. *Sustainability*, 14, 2258.

Pawson, H., Milligan, V. y Yates, J. (2020). *Housing Policy in Australia: A Case for System Reform*. Singapore: Palgrave Macmillan.

Rahadi, R. A., Majid, R. N., Faturohman, T., Hasanah, E. N. y Rahmawati, D. (2021). Real Estate Developer Perception for Sharia Housing Products in Greater Bandung, Indonesia. *Journal of Emerging Economies and Islamic Research*, 9 (1), 54-67.

Scanlon, K., Fernández Arrigoitia, M. y Whitehead, C. (2015). Social housing in Europe. *European Policy Analysis*, 17, 1-12.

Schwartz, A. F. (2021). *Housing Policy in the United States* (Fourth Edition). New York: Routledge.

Sepúlveda, R. y Fernández, R. (2006). *Un análisis crítico de las políticas nacionales de vivienda en América Latina*. San José, Costa Rica: Centro Cooperativo Sueco.

Stébé, J.-M. (2009). *Le logement social en France*. París: Presses Universitaires de France.

— (2016). *Le logement social en France*. París: Presses Universitaires de France.

Sunesti, Y. y Putri, A. K. (2022). Sharia housing and millennials in Indonesia: Between religious andeconomic motives. *HTS Teologiese Studies/Theological Studies*, 78 (4).

Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag. (2015). *How SABOS kombohus affect local housing markets*. Stockholm: SABO. Swedish Association of Public Housing Companies.

— (2021). *The public housing sector moving towards 2030 – a concept programme*. Disponible en: https://www.sverigesallmannytta.se/in-english/concept-programme (abril de 2022).

Tunstall, R. K. y Pleace, N. (2018). *Social Housing: Evidence Review. Research Report*. York: University of York.

Williamson, A. R., Smith, M. T. y Strambi-Kramer, M. (2009). Housing Choice Vouchers, the Low-Income Housing, Tax Credit, and the Federal Poverty Deconcentration Goal. *Urban Affairs Review*, 45 (1), 119-132.

El Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda y la intervención local en la materia

Marcos Vaquer Caballería
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad Carlos III de Madrid

1. **La intervención local en materia de vivienda: una política falta de competencias**
2. **La intervención local en la ejecución de la Ley por el Derecho a la Vivienda**
   2.1. Preliminar. Referencias a las Administraciones públicas competentes en materia de vivienda
   2.2. Servicios de interés general
   2.3. Zonas de mercado residencial tensionado
   2.4. Determinaciones sobre suelo y urbanismo
   2.5. Parques públicos de vivienda
3. **Valoración conclusiva**
4. **Bibliografía**

Resumen

Pese a la escasa cobertura competencial con que cuentan en la materia, los municipios suelen desarrollar políticas propias de vivienda, en el marco de la legislación y planificación tanto estatal como autonómica. En este artículo se repasan algunos de los instrumentos típicos de dicha política, analizando el tratamiento que les da el Proyecto de nueva Ley estatal por el Derecho a la Vivienda.

Palabras clave: *municipios; política de vivienda; servicios de interés general; zonas de mercado residencial tensionado; patrimonios municipales de suelo; parques públicos de vivienda.*

Artículo recibido el 11/06/2022; aceptado el 22/06/2022.

State draft legislation on the right to housing and local public administration action

Abstract

Despite their lack of competences, municipalities develop their own housing policies under the state and Autonomous Communities legal frameworks and planification. This article addresses some of the typical instruments of such policies and it analyzes the solutions of the State legislation draft on the right to housing.

Keywords: municipalities; services of general interests; saturated urban market zones; municipal soil; public housing.

Al tiempo de escribir estas líneas, se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda. La ausencia de precedentes legislativos del Estado en esta materia, unida a la existencia de un *corpus* de leyes autonómicas ya bastante amplio y dictado en el ejercicio de la competencia exclusiva que les atribuyen los estatutos de autonomía, contribuye a explicar la polémica tanto jurídica como política generada, de la que son ejemplos el informe sobre el Anteproyecto aprobado por el Pleno del Consejo General de Poder Judicial el 27 de enero de 2022 o la presentación en el Congreso de más de 860 enmiendas al articulado.

Sea cual sea la suerte final del texto, esta iniciativa legislativa constituye una buena ocasión para analizar la intervención de los entes locales en la materia. Para ello, en la primera parte de este estudio se reflexiona sobre la política de vivienda que vienen desarrollando los municipios dentro de un marco competencial más bien parco y fragmentario, mientras que en la segunda se analiza la incidencia que algunas determinaciones del Proyecto de Ley pueden tener sobre ella.

1
La intervención local en materia de vivienda: una política falta de competencias

La legislación estatal reserva a los municipios competencias en materia de urbanismo, pero no de vivienda. En efecto, el artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) garantiza a los municipios la participación en todo el ciclo de las potestades urbanís-

ticas ("Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística"), mientras que en materia de vivienda solo les garantiza la "promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera". Esto último, en puridad, no es un título competencial para ejercer potestades en la materia, sino solo una habilitación para gastar y ejercer la iniciativa económica en el sector[1]. Una habilitación, además, innecesaria, habida cuenta de la capacidad de gasto de todas las Administraciones públicas (que no constituye una competencia)[2] y su habilitación general para ejercer dicha iniciativa contenida en el artículo 128.2 de la Constitución, desarrollada de forma asimismo general para las entidades locales en el artículo 86.1 LBRL[3]. En el marco de este precepto constitucional, todos los entes territoriales del Estado pueden entenderse habilitados para promover y gestionar vivienda, tanto de protección pública como libre. De hecho, así lo han hecho y lo siguen haciendo pacíficamente[4].

Sobre estas bases, el Tribunal Supremo ha declarado que "los Ayuntamientos carecen de capacidad, para ordenar, crear o regular un régimen de promoción pública de viviendas, y que las acciones que puedan intentar por la vía de fomento han de respetar y adecuarse a lo establecido al respecto por el Estado y las Comunidades Autónomas que son las que tienen competencia en la materia" (STS de 25 de mayo de 2004, cas. n.º 66/2002)[5]. Esto es, que

1. También Beltrán (2000: 67) rechaza que este título contenga una "competencia sustantiva". Por el contrario, Iglesias (2000: 407-409) sí lo considera como un verdadero título competencial, aunque expresado en términos extremadamente amplios y no precisados.
2. Sobre que la capacidad de gasto (*spending power*) de las Administraciones públicas no es una competencia, puede verse, por todas, la STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 4.º.
3. Para la iniciativa pública en la economía no se requiere un título competencial, pero sí un interés general, como en cualquier otra actuación o iniciativa administrativa: "mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos (art. 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los órganos de la Administración Publica deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el art. 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación" (STS de 10 de octubre de 1989), que deberá motivarse en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida a que se refiere el citado art. 86.1 LBRL.
4. No solo los entes locales, sino también el Estado, han promovido y/o gestionado viviendas pese a carecer de competencias en la materia, por ejemplo a través de la Entidad Pública Empresarial de Suelo (SEPES) o del Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (INVIED).
5. En términos similares se ha pronunciado el TSJ de Cataluña respecto de la distribución competencial en esta Comunidad Autónoma: "Distribución estatutaria de las competencias en materia de vivienda que, a su vez, resulta coherente con lo establecido hoy al respecto por el art. 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, tras su modificación operada por el art. 1.8 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionali-

los ayuntamientos califican suelo pero no vivienda. Deben atenerse a los tipos de vivienda protegida establecidos por el Estado y/o la comunidad autónoma, porque carecen de competencia tanto legislativa como ejecutiva en la materia. Solo disponen de capacidad promotora y gestora de su propio patrimonio de suelo y vivienda, que pueden programar mediante la aprobación de planes municipales de vivienda[6]. Pero tales planes carecen, pues, de la eficacia normativa *ad extra* que tienen los planes autonómicos de vivienda.

A ello se añade que, mientras que en la redacción original de la LBRL los municipios tenían reservada una competencia en la amplia materia de "prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social", que podía dar cobertura a la prestación de servicios sociales de carácter alojativo o residencial, desde su reforma de 2013 esta ha quedado muy mermada, pues ya solo se refiere a la "evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social".

Ahora bien, la Ley de Bases de Régimen Local fija un suelo para las competencias municipales, no un techo. Ni este marco legal básico (que solo garantiza un mínimo competencial a los municipios) ni esta jurisprudencia (que aplica el derecho vigente) impiden que una comunidad autónoma, en el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de vivienda o de las conexas en materia de ordenación del territorio y urbanismo, edificación o servicios sociales, atribuya competencias más amplias a los municipios y demás entes locales.

Por ejemplo, podrían atribuir cierta capacidad de innovación normativa a todos o algunos de los municipios o a las áreas metropolitanas, para establecer tipos adicionales de vivienda protegida o para adaptar a su realidad local las

zación y sostenibilidad de la Administración Local, que asimismo restringe las competencias propias de los municipios en materia de vivienda a la 'promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera', sin perjuicio de que, conforme a lo previsto al respecto por el art. 27 del mismo texto legal, asimismo modificado por la Ley 27/2013 antes citada, el municipio pueda recibir la delegación de sus respectivas competencias por parte del Estado y de la Comunidad Autónoma, lo que no consta acreditado en el proceso por referencia a lo que aquí principalmente interesa. Y siendo asimismo así que tal distribución estatutaria y legal de las competencias en materia de vivienda, que las asigna con carácter exclusivo en los términos antes ya señalados a la administración autonómica […]". Por todas, pueden verse las SSTSJ de Cataluña n.º 531/2017, de 30 de junio, y n.º 845/2017, de 17 de noviembre, por las que se declaran nulas sendas ordenanzas fiscales aprobatorias de una tasa municipal para la verificación de uso anormal de la vivienda en caso de desocupación permanente, por entender que carecen de competencia para ello.

6. Véanse, por ejemplo, los arts. 14 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda de Cataluña, 13 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, y 12 de la Ley 9/2010, de 30 de agosto, del Derecho a la Vivienda de la Comunidad de Castilla y León.

características de los tipos establecidos por las leyes o los planes de vivienda, elevando o reduciendo precios máximos, superficies máximas u otros parámetros, todo ello dentro de los límites establecidos en las leyes o los planes en la materia. Tal cosa podría ser aconsejable al menos en los municipios de áreas metropolitanas y los de mayor población, en los que el mercado inmobiliario presenta mayor complejidad y dinamismo. Bien arbitrada, esta flexibilidad podría contribuir a coordinar mejor las calificaciones de suelo y de vivienda y a hacerlas más eficaces y adaptables a la realidad socioeconómica local del tiempo y lugar en el que han de ser aplicadas. O también cabría atribuirles ciertas competencias ejecutivas de la legislación de vivienda, por ejemplo para determinar el ámbito subjetivo o territorial de aplicación de alguna previsión legal[7] o para vigilar su cumplimiento e inspeccionar las viviendas.

Mientras tal cosa no ocurra, la competencia sobre vivienda es exclusiva de las comunidades, por lo que los entes locales solo pueden cooperar con ellas (1.º) ejerciendo su esfera competencial propia –muy en particular sus competencias urbanísticas, que les permiten ordenar los diferentes usos residenciales del suelo, intervenir sobre la edificación y programar actuaciones de transformación urbanística y actuaciones edificatorias– y (2.º) ejerciendo su capacidad económica, esto es, utilizando sus medios propios –patrimoniales y presupuestarios– para promover y gestionar ayudas de vivienda, el patrimonio municipal de suelo y un parque municipal de vivienda.

La combinación de estas dos vías puede dotar a los municipios de una auténtica política propia de vivienda, aunque carezcan de competencias *stricto sensu* en la materia. En primer lugar, debemos tener presente que el planeamiento urbanístico es una potestad con una amplia capacidad ordenadora de la vivienda (de su ubicación, su intensidad y sus tipologías)[8]. En segundo lugar, los principales recursos de una política de vivienda son el suelo y el dinero necesarios para su edificación, y los municipios pueden disponer de bolsas de suelo y/o dinero idóneas para este fin, en virtud de las cesiones obligatorias y gratuitas de aprovechamiento destinadas a los patrimonios municipales de suelo, afectos a su vez a usos de interés social y, primigeniamente,

7. Así, por ejemplo, el art. 3.2 de la Ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda, atribuye la competencia para declarar las "áreas con mercado de vivienda tenso" al Ayuntamiento de Barcelona y al Área Metropolitana de Barcelona, además de la Generalitat.

8. El legislador y la jurisprudencia han ido reconociendo una capacidad creciente al planeamiento urbanístico para calificar y zonificar diferenciadamente los distintos usos residenciales del suelo. La jurisprudencia empezó negando que la vivienda protegida pudiera ser una calificación diferenciada del suelo, pero ahora esta tiene amplia cobertura legal y es pacífica. Veremos más adelante que el Tribunal Supremo ya acepta también la limitación de las viviendas de uso turístico.

a la promoción de vivienda protegida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU) aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, y preceptos concordantes de la legislación urbanística de las comunidades autónomas.

De hecho, como se ocupa de recordar la exposición de motivos del Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda, según los datos del Observatorio de Vivienda y Suelo del Ministerio, del exiguo parque de vivienda pública en alquiler, estimado en el entorno de 290 000 unidades, 110 000 viviendas son de titularidad de los ayuntamientos y sus entidades dependientes. Una cifra muy baja en términos absolutos, pero muy considerable en términos relativos.

2
La intervención local en la ejecución de la Ley por el Derecho a la Vivienda

El articulado del Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda no contiene ni una sola mención expresa a los ayuntamientos. Solo son mencionados en la exposición de motivos, como ya nos consta, y en la disposición adicional que modifica la Ley de Haciendas Locales a propósito de la tributación de las viviendas vacías. Sin embargo, el Proyecto contiene varias previsiones que pueden o bien afectar a las competencias urbanísticas de los entes locales, o bien ser ejecutadas por ellos como gestores de actuaciones de suelo y vivienda. En ellas nos detendremos a continuación.

2.1
Preliminar. Referencias a las Administraciones públicas competentes en materia de vivienda

El Proyecto utiliza frecuentemente la locución “Administraciones competentes en materia de vivienda” sin precisar el alcance de su significado. Como ya ha quedado advertido, la LBRL menciona la vivienda entre las materias en las cuales los municipios deben tener alguna competencia, pero, en puridad, no les garantiza ninguna competencia concreta, sino solo capacidad para promover y gestionar.

Así las cosas, ¿debemos entender que los preceptos que utilizan la locución mencionada se refieren tanto a las comunidades autónomas como a los municipios, o solo a las primeras?

En mi opinión, no puede responderse de forma general y uniforme a esta cuestión, sino que es preciso distinguir:

– Los preceptos del Proyecto de carácter habilitante, es decir, que atribuyen una genuina competencia a las Administraciones públicas (más allá de su capacidad de gasto y de iniciativa económica, que es estatutaria y no requiere de habilitación legal específica) no pueden interpretarse como preceptos distributivos de competencias: solo la legislación –autonómica– en materia de vivienda puede distribuir las competencias ejecutivas en la materia.
  Este es el caso de los artículos 11.2, que atribuye a las Administraciones competentes en materia de vivienda la declaración del incumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de la vivienda; 18.1, que las habilita para declarar zonas de mercado residencial tensionado; o 19.1, que las apodera para exigir a los grandes tenedores de vivienda en dichas zonas que colaboren y suministren información sobre el uso y destino de las viviendas de su titularidad. Tendrá que ser el legislador autonómico el que determine, llegado el caso, si y en qué medida pueden ejercer estas competencias los municipios u otros entes locales.
– En cambio, los preceptos que establecen deberes comunes para todas las Administraciones competentes en materia de vivienda sí podrían entenderse aplicables a los municipios, si se interpreta la alusión a las competencias en un sentido lato.
  Este es el sentido que se infiere del propio Proyecto: así, por ejemplo, cuando disciplina en sus artículos 27 a 29 los parques públicos de vivienda, determinando su composición y su destino y limitando tanto su uso y disfrute como su enajenación, parece querer extender el ámbito subjetivo de aplicación de dicha institución a todas las Administraciones que gestionan patrimonios inmobiliarios residenciales, incluidos desde luego los municipios. Ellos son, por ejemplo, quienes adquieren viviendas sociales en las actuaciones de regeneración o de renovación urbana de forma gratuita, en virtud del cumplimiento de los deberes y cargas urbanísticos correspondientes a los que alude el artículo 27.1.d) del Proyecto.

2.2
Servicios de interés general

El artículo 4 del Proyecto califica como servicios de interés general tanto (a) “la creación, ampliación, conservación y mejora del parque público de vivienda, […] así como la gestión del referido parque para asegurar su utilización efectiva”, como (b) “las actividades, públicas o privadas, cuyo fin sea

la construcción o rehabilitación de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública que fije un precio máximo de venta y alquiler".

De este modo, se extiende a todo el territorio nacional una declaración que, con alcance variable, ya habían hecho algunas leyes autonómicas, como la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda de Cataluña (art. 4), la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda del País Vasco (art. 5), la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la Función Social de la Vivienda de la Comunitat Valenciana (art. 3), la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la Vivienda de las Illes Balears (art. 7), o la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra (art. 3 bis) desde su modificación por la Ley Foral 28/2018, de 26 de diciembre.

Los efectos que extrae el propio Proyecto estatal de dicha declaración en el apartado 2.º del mismo artículo 4 son por completo inocuos: en efecto, nada innova el afirmar que las Administraciones públicas pueden gestionar directamente los servicios o bien optar por colaborar con propietarios, con entidades del tercer sector o del sector privado con sometimiento a la normativa aplicable según sea la naturaleza de dicha colaboración.

Y sin embargo, la calificación de tales actividades como servicios de interés general no es en absoluto ineficaz. Bien al contrario, puede afectar a su régimen jurídico, por lo que se refiere a su inserción en el mercado interior de la Unión Europea y su sujeción a la libre prestación de servicios, la libertad de establecimiento y el derecho de la competencia.

Como ha recordado nuestro Tribunal Supremo, "la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (artículo 128.2 de la Constitución) y de empresas privadas (artículo 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea, exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado. Por tanto, las empresas públicas que actúen en el mercado, se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado vulnerando el artículo 85 del Tratado de Roma, no pudiendo tampoco estas empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante ni subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (art. 86 del mismo Tratado); y no pueden por último estas empresas privadas de capital público recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase, con las solas salvedades que enumeran

los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado" (STS de 10 de octubre de 1989, FJ 3.º).

Que una actividad económica la ejerza la iniciativa privada o pública es indiferente a los ojos del derecho europeo de la competencia: como tiene reiterada una consolidada jurisprudencia, una Administración pública, un organismo público o una entidad sin ánimo de lucro pueden ser empresa a estos efectos (STJUE de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, STPI de 22 de octubre de 1997, *SCK y FNK*). El derecho europeo de la competencia no se rige por criterios estatutarios, sino funcionales.

Ahora bien, y por esa misma razón, cuando dicha actividad es un servicio de interés general, sigue en principio sujeta a las normas de la competencia, pero ya solo en la medida en que sean compatibles con la misión de interés general que cumple, apreciación que requiere un juicio de ponderación del que puede resultar una modulación o limitación de la competencia. En efecto, como dispone el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: "Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada".

Y si el servicio de interés general no es económico, entonces no es ya que pueda modularse su sujeción a la competencia, sino que los Estados miembros pueden lícitamente excluirlo de ella en el ejercicio de su soberanía. Como afirma el artículo 2.º del Protocolo n.º 26 anexo al TFUE: "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".

El interés general de los servicios incluidos en el artículo 4 del Proyecto parece difícilmente cuestionable. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya afirmó en su Sentencia de 1 de octubre de 2009 (asunto C-567/07, *Woningstichting Sint Servatius*) que "el fomento de la vivienda de protección oficial en un Estado miembro puede ser un interés fundamental de la sociedad" (§ 28) y que "las exigencias de la política de vivienda de protección oficial y su régimen de financiación en un Estado miembro pueden constituir igualmente razones imperiosas de interés general y, por ende, justificar restricciones" a los principios de libre circulación de capitales y libre prestación de servicios (§ 30), restricciones que, en todo caso, deberán ser necesarias y apropiadas para cumplir con los objetivos de interés general perseguidos. Y en la Sentencia de 8 de mayo de 2013 (as. ac. C 197/11 y 203/11, *Eric Li-*

bert) ha reiterado dicha doctrina (§ 67) y añadido que "teniendo en cuenta, en particular, la amplia facultad de apreciación de que disponen los Estados miembros, no se puede excluir que los servicios de vivienda social puedan calificarse de servicio público" (§ 88)[9].

Parece, asimismo, claro que hablamos de servicios sociales de interés general, pues el interés general perseguido por ellos es eminentemente social. Así lo declara expresamente, por ejemplo, la Ley Foral navarra ya citada: "cualquier actividad dirigida a posibilitar la satisfacción y protección del derecho a una vivienda digna y adecuada se considerará como un servicio social de interés general". Y en la misma idea abunda a nivel europeo la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (más conocida como *Directiva Bolkestein*), cuando su artículo 2.2 excluye de su ámbito de aplicación, entre otros, a "los servicios sociales relativos a la vivienda social […] proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado".

Ahora bien, como se ha ocupado de advertir la Comisión Europea (2006: 4, 7), los servicios sociales "no constituyen una categoría jurídica diferenciada dentro de los servicios de interés general", y pueden ser tanto económicos como no económicos a los efectos de los tratados, hasta el punto de afirmar que "la práctica totalidad de los servicios prestados en el ámbito social pueden considerarse 'actividades económicas' en el sentido de los artículos 43 y 49 del Tratado CE".

Esto supuesto, lo que no hace el Proyecto de Ley es determinar si los servicios de interés general (SIG) de que aquí se trata son servicios de interés económico general (SIEG) o servicios no económicos de interés general (SNEIG). Y hace bien, porque tal diferenciación no puede hacerse de forma abstracta y apriorística, sino de forma circunstanciada caso a caso (Comisión Europea, 2007: 5), según sea la configuración de la misión de interés general conferida a cada servicio concreto por su régimen jurídico particular (Vaquer, 2010).

Así, por ejemplo, la cesión gratuita del uso de alojamientos o viviendas dotacionales a personas en estado de necesidad o en situación de grave vulne-

9. Sobre estas bases, en el último caso por el que citamos el alto tribunal concluye que es compatible con el Tratado imponer una "carga social" que guarda cierta analogía con el derecho español, pues consiste en sujetar al parcelador o al promotor a destinar a vivienda social un porcentaje de entre el 10 % y el 20 % de la parcelación o urbanización y que puede prestarse en especie o en dinero, siempre que el órgano jurisdiccional remitente aprecie "que es necesaria y apropiada para el cumplimiento del objetivo que tiene por finalidad garantizar una oferta de vivienda suficiente para las personas con escasos ingresos o para otras categorías desfavorecidas de la población local".

rabilidad, no creo que haya mayor dificultad en calificarla como un SNEIG[10]. En consecuencia, las Administraciones públicas pueden gestionarlo y financiarlo en la forma que consideren más conveniente a la función de pura solidaridad que cumple.

Pero en el arrendamiento asequible de viviendas sociales es, lógicamente, más difícil descartar el carácter económico del servicio, por más que también sea social, por lo que probablemente se tratará de un SIEG, y eso implica que, si se quiere restringir el acceso a la gestión de tal servicio (por ejemplo, sometiéndolo a autorización administrativa previa y/o reservándolo a las entidades sin ánimo de lucro) o fomentar a sus prestadores con ayudas económicas, habrá que justificar, respectivamente, que dicha restricción es necesaria y proporcionada para garantizar la misión de interés general perseguida, y que las ayudas no exceden de la compensación a tales prestadores por las obligaciones de servicio público que se les impone[11].

Podemos ilustrar estos dos problemas trayendo a colación sendos casos: la Sentencia *Cali* del Tribunal de Justicia, que se pronuncia sobre las condiciones de acceso y prestación de la actividad de arrendamiento de vivienda, y la Decisión *wocos* de la Comisión, sobre el régimen de ayudas a la vivienda social.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre 2020 (as. ac. C 724/18 y C 727/18, *Cali Apartments*) se discutía la aplicación de la *Directiva Bolkestein* a una normativa nacional que sujetaba el arrendamiento de inmuebles amueblados a clientes de paso, de forma reiterada y durante breves periodos de tiempo, a un régimen de autorización previa en determinados municipios, y encomendaba a dichos municipios la determinación de las condiciones de concesión de las autorizaciones[12]. Como se ve, el asunto

10. La Comisión Europea (2006: 7, 2007: 5) sostiene que la característica esencial de un servicio económico es la remuneración.

11. Al amparo, esto último, de la Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011, sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público a empresas encargadas de la gestión de SIEG. La Decisión declara tales ayudas compatibles con el mercado interior y las exime de la obligación de notificación establecida en el art. 108.3 TFUE, sin límite máximo de cuantía en el caso de la "compensación por la prestación de servicios de interés económico general que atiendan necesidades sociales en lo referente a […] viviendas sociales" [art. 2.1.c)].

12. Se refiere al art. L 631 7 del *Code de la Construction et de l'Habitation* francés, que (1.º) sujeta a autorización previa el cambio de uso de los inmuebles destinados a vivienda en los municipios de más de 200 000 habitantes, (2.º) califica como cambio de uso su arrendamiento en las condiciones descritas, y (3.º) permite al alcalde supeditar dicha autorización a una compensación consistente en la transformación simultánea en vivienda de un inmueble con otro uso. Esta previsión fue desarrollada por Reglamento aprobado por la Junta Municipal de París en su sesión de 15, 16 y 17 de diciembre de 2008, que exige que "en las áreas sometidas a compensación cualificada" los inmuebles ofrecidos como compensación tengan el doble de superficie que los que son objeto de cambio de uso, a no ser que se conviertan en viviendas sociales.

versa sobre la capacidad de los municipios para ordenar urbanísticamente los diversos usos de vivienda, y es, por tanto, especialmente pertinente a los efectos de este trabajo. Pues bien, el Tribunal fija una interesante doctrina que podemos resumir en cinco puntos:

a) Que la actividad de arrendamiento ejercida a título individual por una persona jurídica o física está comprendida en el concepto de "servicio".

b) Que el hecho de que una normativa nacional sea aplicable a una actividad excluida del ámbito de aplicación de la Directiva (como el alquiler social) no puede implicar que esa misma normativa esté excluida de dicho ámbito de aplicación cuando regule asimismo otras actividades no excluidas (como el alquiler de mercado).

c) Que la exclusión de las normas relativas a la ordenación del territorio y el urbanismo del ámbito de aplicación de la Directiva debe entenderse referida a las que sean "aplicables indistintamente" a todos los particulares, no las que afectan "específicamente al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio", como, de hecho, ocurría en el caso de autos.

d) Que "una normativa nacional que, en aras de garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, somete determinadas actividades de arrendamiento […] a un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz".

e) Que la Directiva tampoco se opone a una normativa nacional que "encomienda a las autoridades locales la facultad de precisar, en el marco fijado por dicha normativa, las condiciones de concesión de las autorizaciones previstas por tal régimen, a la vista de objetivos de diversidad social y en función de las características de los mercados locales de vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de viviendas, acompañándolas, si fuera necesario, de una obligación de compensación en forma de transformación accesoria y concomitante en viviendas de inmuebles con otro uso, siempre que tales condiciones de concesión sean conformes con los requisitos estable-

cidos por esa disposición y que tal obligación pueda satisfacerse en condiciones transparentes y accesibles".

El Tribunal Supremo español ya se ha hecho amplio eco de esta doctrina en sus sentencias n.º 1550/2020, de 19 de noviembre de 2020, y n.º 75/2021, de 26 de enero de 2021, en las que ha confirmado la capacidad de los planes urbanísticos para regular las viviendas de uso turístico como un uso diferenciado del suelo y limitarlas territorialmente. A partir de los fundamentos de un nuevo urbanismo sostenible y centrado en la mejora de la ciudad existente, en ellas se afirma contundentemente "la posibilidad –y la necesidad– de intervención municipal en la materia, en uso y ejercicio de la potestad de planeamiento, que cuenta con un claro respaldo y legitimación democrática y que, además, se nos presenta como realizada por la Administración más cercana al ciudadano, y articulada con un mayor grado de participación y conocimiento de la concreta realidad local".

Resulta, asimismo, ilustrativo el caso resuelto por la Comisión Europea en su Decisión de 15 de diciembre de 2009 [C (2009) 9963 final], sobre las ayudas de los Países Bajos a las empresas de vivienda (*woningcorporaties* o "*wocos*")[13]. La Comisión resolvió sobre la queja de una asociación de inversores holandeses según la cual las "wocos" extendían sus actividades más allá de la vivienda social a la vivienda libre, donde competían con ventaja gracias a las ayudas del Estado que tienen reservadas. La Comisión decidió, por tales motivos y sobre la base expuesta en el párrafo anterior, que el régimen de vivienda social vigente en los Países Bajos no era compatible con el Tratado, pero que sí lo sería la reforma comprometida por el Gobierno holandés, que limitaba el colectivo de beneficiarios de la vivienda social a los individuos con rentas inferiores a 33 000 euros (el 43 % de la población), la renta arrendaticia a un máximo de 647,53 euros, y obligaba a las "wocos" a que alquilasen al menos el 90 % de sus viviendas a personas de ese público objetivo.

De no ser así, a juicio de la Comisión, podría excederse de la misión de servicio público cuya compensación mediante ayudas de Estado puede considerarse compatible con los tratados. Y, aunque los Estados miembros gozan de amplia discrecionalidad para definir el alcance de dicha misión y, por ende, para determinar en nuestro caso las características de los colectivos

13. Esta Decisión ha sufrido una azarosa suerte procesal: fue recurrida ante el Tribunal General, que primero inadmitió los recursos (asuntos C-414/15 y C 415/15) mediante autos de 16 de diciembre de 2011, que fueron anulados por sentencias de 27 de febrero de 2014, y después los desestimó por manifiestamente infundados mediante autos de 12 de mayo de 2015, también anulados por sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2017, que vuelven a devolver los asuntos al Tribunal General.

beneficiarios de la vivienda social, la Comisión se reserva la tutela de que no exista "error manifiesto" en tal definición.

2.3
Zonas de mercado residencial tensionado

El artículo 18.1 del Proyecto de Ley dispone que "las administraciones competentes en materia de vivienda podrán declarar, de acuerdo con su normativa reguladora, zonas de mercado residencial tensionado a los efectos de orientar las actuaciones públicas en materia de vivienda en aquellos ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población, en condiciones que la hagan asequible para su acceso en el mercado".

Como se observa, se trata de un precepto meramente dispositivo o habilitante a las Administraciones competentes en materia de vivienda, quienes "podrán" declarar –o no– tales zonas de conformidad con lo dispuesto en esta ley y en la normativa reguladora que eventualmente aprueben en su desarrollo. Y como he anticipado más atrás, esta habilitación no debiera interpretarse como una norma atributiva de competencias, sino como una remisión a dicha "normativa reguladora", que es la que deberá determinar las competencias para tal declaración y para ejecutar sus consecuencias jurídico-administrativas.

Y es que estas zonas están llamadas a desplegar efectos tanto de derecho administrativo (sobre las políticas de suelo y vivienda) y fiscal (sobre el IRPF) como de derecho civil (sobre los contratos de arrendamiento).

Entre los primeros, se encuentran:

a) La aludida orientación de las actuaciones públicas en materia de vivienda, en los términos que disponga la regulación en la materia. Para ello, "la Administración competente" debe redactar "un plan específico que propondrá las medidas necesarias para la corrección de los desequilibrios evidenciados en su declaración, así como su calendario de desarrollo para un periodo de referencia de tres años" (art. 18.4 del Proyecto). Y la Administración del Estado, por su parte, debe incluir en sus planes de vivienda "programas para promover la oferta de vivienda suficiente y adecuada para revertir la dificultad en el acceso a la vivienda" en estas zonas (art. 24.5), y orientar asimismo su gestión inmobiliaria a la oferta de vivienda asequible en ellas (disposición adicional 2.ª).

b) El deber de destinar "necesariamente a la construcción y gestión de viviendas sociales o dotacionales" –salvo que se acredite su necesi-

dad para otros usos de interés social– el suelo obtenido en cumplimiento del deber del artículo 18.1.b) TRLSRU "en los municipios en los que se hayan delimitado uno o más ámbitos como zonas de mercado residencial tensionado" [art. 15.1.e) del Proyecto], en el que me detendré brevemente en el siguiente epígrafe (*infra*, 2.4).

c) La habilitación a las Administraciones públicas competentes en la materia para exigir a los "grandes tenedores de vivienda" en estas zonas el cumplimiento de la obligación de colaboración y suministro de información sobre el uso y destino de las viviendas de su titularidad ubicadas en tales zonas, así como para incorporar "criterios adicionales", acordes a la realidad y características de la zona, en la definición de gran tenedor [arts. 11.1.e) y 19, en relación con el 3 k), del Proyecto].

d) El incremento de los incentivos fiscales en el IRPF por el arrendamiento de vivienda cuando esta se encuentre en zonas de mercado residencial tensionado, si bien este precepto ya no se refiere necesariamente a todas las zonas declaradas como tales por las Administraciones competentes, sino a las recogidas en una resolución ministerial (disposición final 2.ª del Proyecto).

Por su parte, las consecuencias jurídico-civiles de la declaración de estas zonas se producen *ope legis*, ya que el Proyecto modifica la Ley de Arrendamientos Urbanos para introducir una prórroga extraordinaria y determinadas limitaciones a los precios de los contratos cuando el inmueble se encuentre en una de estas zonas (disposición final primera del Proyecto). Conviene tener presente, a estos efectos, que el Tribunal Constitucional había cerrado el paso a las medidas autonómicas de contención de la renta a percibir en el contrato de arrendamiento de vivienda porque "se inserta[n] de forma natural en la materia de derecho civil y, dentro de la misma, en el ámbito de las obligaciones y contratos", por lo que corresponden a la competencia del Estado, siendo así que la legislación civil estatal, tanto general como especial en materia de arrendamientos urbanos, consagra un principio de libre estipulación de la renta que ha de considerarse una base de las obligaciones contractuales (STC 37/2022, de 10 de marzo, FJ 4.º). El Proyecto, haciéndose eco de esta doctrina constitucional, dispone ciertas excepciones locales a este principio, abriendo a los demás entes territoriales el campo para determinar su ámbito espacial de aplicación[14].

14. A la manera de las "cláusulas de apertura" que puede contener la legislación federal alemana (*Öffnungsklauseln in Bundesgesetzen*), de las que tiene declarado el Tribunal Constitucional Federal que son admisibles, pero no otorgan a los Estados más campo de juego que el abierto por ellas (por ejemplo, Decisión de 25 de marzo de 2021, § 83).

Pues bien, por su localismo intrínseco –hablamos de delimitar zonas de un municipio y de extraer de ello consecuencias, por ejemplo, sobre el régimen de participación de la comunidad en las plusvalías, del que suelen ser beneficiarios los ayuntamientos– parece lógico otorgar alguna participación a los entes locales en el ejercicio de esta competencia. Así, por ejemplo, el artículo 3.2 de la Ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda, atribuye la competencia para declarar las "áreas con mercado de vivienda tenso" al Ayuntamiento de Barcelona y al Área Metropolitana de Barcelona, además de la Generalitat[15]. Y en Francia, acabamos de comprobar que el legislador estatal habilitó a los municipios para desarrollar y ejecutar el sometimiento a autorización previa del cambio de uso de las viviendas para su destino a alquiler turístico o de corta duración, así como su sujeción a compensaciones y la posibilidad de aumentarlas en áreas determinadas.

2.4 Determinaciones sobre suelo y urbanismo

Las innovaciones que hace el Proyecto en materia de suelo y políticas urbanas también inciden, obviamente, sobre las competencias de los municipios. Me refiero en particular a:

a) La limitación a casos excepcionales, que deben ser expresamente motivados en el planeamiento urbanístico, de la descalificación de suelo destinado a vivienda protegida en virtud de la reserva establecida en el artículo 20.1.b) TRLSRU [art. 15.1.c)]. El tenor literal del precepto –que identifica la "calificación" que hace el plan con la "reserva" que hace la ley– suscita la duda de si el suelo calificado para vivienda protegida por encima de la reserva o el estándar legal mínimo sí podría –*inclussio unius, exclussio alterius*– ser discrecionalmente descalificado por el plan.

b) El destino a vivienda protegida en alquiler del porcentaje que fije el legislador territorial o urbanístico –y al menos el 50 %– de la mencionada reserva, salvo casos excepcionales que debe asimismo motivar expresamente el plan urbanístico [art. 15.1.d)].

c) El deber de destinar "necesariamente a la construcción y gestión de viviendas sociales o dotacionales", salvo que se acredite su necesi-

15. Téngase presente, no obstante, que la principal consecuencia de dicha declaración era la limitación de rentas en los contratos de arrendamientos, y fue declarada inconstitucional y nula por invasión de la competencia estatal sobre legislación civil por la STC 37/2022, de 10 de marzo.

dad para otros usos de interés social, el suelo obtenido en cumplimiento del deber del artículo 18.1.b) TRLSRU "en los municipios en los que se hayan delimitado uno o más ámbitos como zonas de mercado residencial tensionado" [art. 15.1.e)]. Dado que dicho suelo alimenta los patrimonios públicos de suelo, su destino normal ya es la vivienda protegida (arts. 51 y 52 TRLSRU), si bien con carácter general la legislación suele ser menos restrictiva con su destino a otros usos de interés social o su conversión en dinero. La redacción del proyecto es algo equívoca en este punto, por lo que convendría precisarla para saber:

(1.º) Si la aplicación de este rigor singular en el deber de destino se extiende a todo el municipio, o solo a las zonas de mercado residencial tensionado en él delimitadas.

(2.º) Qué pasa si la calificación del suelo en el ámbito de gestión de que se trate no es compatible con dicho destino: supongo que será aplicable la salvedad del precepto, aunque no sea tanto por la necesidad de destinarlo a otros usos de interés social como por la imposibilidad de destinarlo al de vivienda protegida.

(3.º) Por qué se manda destinar a un uso dotacional –en el caso de la vivienda dotacional– un suelo con aprovechamiento lucrativo, siendo así que el deber de ceder suelo dotacional se contiene en la letra a) del artículo 18.1 TRLSRU y no en su letra b), que es la que aquí nos ocupa. La letra a) ya incluye entre los suelos de cesión obligatoria y gratuita, "cuando deban formar parte de actuaciones de urbanización cuyo uso predominante sea el residencial, los que el instrumento de ordenación adscriba a la dotación pública de viviendas sometidas a algún régimen de protección, con destino exclusivo al alquiler, tanto en los supuestos en que así se determine por la legislación aplicable, como cuando de la memoria del correspondiente instrumento se derive la necesidad de contar con este tipo de viviendas de naturaleza rotatoria, y cuya finalidad sea atender necesidades temporales de colectivos con especiales dificultades de acceso a la vivienda"[16]. El Proyecto, que de inmediato comprobaremos que en

16. Y así, por ejemplo, la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco manda en sus arts. 17 y 81 al planeamiento de los municipios de 20 000 o más habitantes calificar unas determinadas superficies mínimas de suelo dotacional público con destino a alojamientos dotacionales, en los ámbitos de uso predominantemente residencial. Ahora bien, esta calificación de suelo dotacional para vivienda dotacional es íntegramente objeto de cesión a la Administración autonómica y al ayuntamiento, y se diferencia claramente de la calificación para vivienda protegida en virtud de su correspondiente reserva (arts. 16 y 82), que será, en su

otras partes se cuida de coordinar las calificaciones del suelo y la vivienda, aquí parece propiciar su desencuentro.

d) El mantenimiento de la calificación de la vivienda protegida mientras subsista la calificación del suelo destinado a dicho uso en cumplimiento del artículo 20.1.b) TRLSRU [art. 16.1.d)]. La inconsistencia temporal entre la calificación del suelo y la de la vivienda sobre él edificada es, sin duda, fuente de problemas (Vaquer, 2017: 73)[17]. Como en este caso el precepto no usa el término "reserva", sino "destino", tanto su interpretación literal como la finalista llevan a entender que incluye al suelo calificado para tal destino que supere la reserva legal aplicable.

e) La habilitación a los instrumentos de ordenación urbanística para "promover la puesta en el mercado de viviendas en régimen de alquiler durante periodos de tiempo determinados y a precios asequibles permitiendo incrementos de edificabilidad o densidad o la asignación de nuevos usos a una vivienda o a un edificio de viviendas, incluidos en ámbitos delimitados al efecto" (art. 17.3). El incremento del aprovechamiento urbanístico (ya sea por aumento de la edificabilidad o la densidad o los usos permitidos) es un incentivo público poderoso –a coste cero para la Hacienda– que ya se está utilizando para fomentar diversas actuaciones privadas de interés general. Es precisamente su potencial eficacia la que aconseja administrarlo con prudencia y mantener su excepcionalidad, porque, de lo contrario, su proliferación (para favorecer la vivienda asequible, la rehabilitación edificatoria y regeneración urbana, la eficiencia energética, la accesibilidad universal, la conectividad,…)[18] puede acabar desautorizando los estándares

caso, objeto de la cesión del 15% de edificabilidad ponderada (art. 27, es decir, edificabilidad para usos de carácter lucrativo: art. 35.3 y 4), hasta el límite de dicha cesión.

17. Para superar esta discordancia, el art. 6.1 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 ya anticipó esta medida, de forma similar a lo que han hecho algunas leyes autonómicas de vivienda, como el art. 79 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda de Cataluña, mientras que otras han hecho permanente la calificación de la vivienda protegida, como el art. 66 de la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la Vivienda de las Illes Balears.

18. Así, por ejemplo, el art. 1.2 de la Ley 1/2021, de 12 de febrero, de Simplificación Urbanística y Medidas Administrativas modifica el apartado 18 de la disposición preliminar del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, para permitir aumentar la superficie construida hasta un 10% respecto de la edificabilidad permitida por el planeamiento en los edificios con mayor eficiencia energética, siempre que se cumplan los demás parámetros urbanísticos. Y el art. 77.2 de la Ley vasca 2/2006, citada dos notas atrás, permite "prever excepcionalmente edificabilidades urbanísticas superiores" en ciertas operaciones de reforma y renovación urbana. Análogo es el caso del art. 36.4 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana, aprobado por Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio.

de edificabilidad, la ordenación de usos y el modelo territorial perseguido por la ordenación urbanística.

f) El críptico mandato dirigido a las Administraciones competentes en materia de urbanismo a arbitrar "los mecanismos de compensación pertinentes" para "alcanzar la reserva de suelo" para vivienda protegida establecida en el artículo 20.1.b) TRLSRU, que modifica a este efecto, "sobre suelo urbanizado no sometido a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización" (disp. final. 4.ª). Hasta ahora, esta reserva legal estatal se refería al suelo sometido a actuaciones de urbanización (de nueva urbanización o de reforma o renovación de la urbanización existente en el ya urbanizado). Ahora el legislador se propone el fin de alcanzarla en el resto del suelo urbanizado, lo que debe entenderse de forma meramente tendencial, por la forma en que se expresa el precepto. En esta categoría de suelo –incluso el sometido a lo que el artículo 7 TRLSRU denomina actuaciones de dotación– difícilmente se podrá alcanzar dicho estándar de vivienda protegida –salvo que no lo refiramos a toda la edificabilidad residencial ordenada por el plan, sino solo a su incremento–, por la consolidación preexistente de usos. Cuestión distinta es que en grandes áreas urbanas muy consolidadas y escasas de vivienda asequible se articulen otras técnicas para introducir vivienda protegida, por ejemplo condicionando el aumento de edificabilidad residencial o de densidad o el cambio de uso[19]. O que la legislación urbanística establezca un estándar o reserva propio para vivienda protegida en el suelo urbano "consolidado", cosa que ya ha hecho Cataluña[20] y que la Ley estatal en su versión vigente no impide (STC 16/2021, de 28 de enero, FJ 8.º). Por lo demás, dado que los "mecanismos de compensación pertinentes" a que alude el precepto parecen ser técnicas urbanísticas, y la compe-

19. Por eso, volviendo al ejemplo del País Vasco, en "suelo urbano consolidado" la Ley 2/2006 se limita en su art. 17.2 a habilitar al planeamiento a destinar a alojamientos dotacionales parcelas de equipamiento comunitario ya existentes, siempre que se acredite la disponibilidad para atender otras necesidades sociales que lo requieran.

20. En desarrollo de esta previsión legal del art. 57 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, la modificación del Plan General Metropolitano de Barcelona para la mejora urbanística y ambiental de los barrios de Gracia (DOGC de 4 de marzo de 2022) introduce en su art. 9 una reserva de un 30 % de vivienda protegida en las actuaciones edificatorias de nueva construcción o de ampliación, reforma general o gran rehabilitación de edificaciones que ocupen parcelas de más de 400 m² de techo para vivienda plurifamiliar (en el resto del municipio, es a partir de 600 m²) y condiciona el uso residencial de antiguas plantas bajas comerciales y las divisiones de grandes viviendas (las de 160 m² construidos o más) a que su destino sea total o parcialmente la vivienda protegida. Diversas organizaciones del sector han interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la reserva.

tencia para establecerlos es exclusiva de la legislación autonómica, estamos ante una remisión en blanco.

2.5
Parques públicos de vivienda

Los municipios suelen ser titulares de patrimonios municipales de suelo y vivienda. Son titulares habituales, por ejemplo, del suelo sobre el que hay construidas viviendas sociales y protegidas a que se refiere el artículo 27.1, letra b), del Proyecto, o de viviendas sociales adquiridas gratuitamente en actuaciones de regeneración o de renovación urbanas en cumplimiento de los deberes y cargas urbanísticos correspondientes, a las que se refiere su letra d). De ello parece seguirse que están incluidos en el ámbito de aplicación de la disciplina básica propuesta por el Proyecto para los parques públicos de vivienda, que en algunos casos se sumará y complementará a la disciplina legal de los patrimonios públicos de suelo.

Esta nueva disciplina incluye unos criterios básicos de gestión contenidos en el artículo 28, que cumplen una función antes pedagógica que prescriptiva, pues poco innovan sobre las formas ya posibles de gestión de los bienes y servicios locales: gestión directa o indirecta, posibilidad de otorgar derechos de superficie o concesiones administrativas, de asignar recursos públicos a entidades sin ánimo de lucro, o de enajenarlos "mediante los procedimientos admitidos por la legislación aplicable".

La principal novedad radica en la prohibición de enajenar los bienes patrimoniales integrantes de estos parques a personas distintas de "otras Administraciones públicas, sus entes instrumentales o a personas jurídicas sin ánimo de lucro, dedicados a la gestión de vivienda con fines sociales" a que se refiere la letra d) del artículo 28. Consecuentemente, el artículo 29.2 solo contempla la ocupación y el disfrute de las viviendas "en régimen de alquiler, cesión de uso, o cualesquiera otras formas legales de tenencia temporal".

La finalidad del precepto es impedir que la gestión de los parques públicos de vivienda sea puesta al servicio de fines ajenos a los de la política de vivienda, aunque sean de interés general como los hacendísticos, lo que ha dificultado históricamente la consolidación de estos parques en España, pese a las instituciones jurídicas concebidas para alimentarlos, como las cesiones obligatorias y gratuitas de aprovechamiento urbanístico[21]. Para no defraudar esta finalidad,

21. En un trabajo anterior, critiqué la enajenación onerosa de los terrenos adquiridos gratuitamente para su destino a vivienda protegida u otros fines de interés social, y propuse que solo pudieran cederse mediante negocios jurídicos temporales, para estabilizar los patrimonios públicos de suelo y superar el "complejo de Pandora" que sufren (Vaquer, 2017: 79).

la posibilidad de enajenar los bienes a entidades sin ánimo de lucro debería complementarse con la imposición a estos –ya sea por ministerio de la ley o por disposición del negocio jurídico que la perfeccione– de la limitación de solo poder enajenarlos a otra de las personas previstas en él.

3
Valoración conclusiva

La vivienda de los vecinos de un municipio forma parte, sin duda alguna, de los intereses locales, por más que también pueda trascender a ellos y requerir una perspectiva territorial superior para abordarse con eficacia, desde que las migraciones de la población son masivas. Por esta razón, los municipios deben tener una política de vivienda y también alguna participación en las competencias supralocales sobre vivienda.

La vivienda, además, está íntimamente conectada con el suelo y el urbanismo. Así es lógicamente, porque la vivienda no solo es un uso del suelo, sino que es un uso estructurante del medio urbano y condicionante de cualquier otro. La vivienda hace a las ciudades: sin ella, no podemos hablar de *ciudad* o *urbe*, sino solo de *urbanización*. Ya lo advirtió, de forma tan elegante como sencilla, Cerdá (1867: 404-407): la urbe es "un conjunto de habitaciones enlazadas por una economía viaria", por lo que la casa es "la urbe elemental". Pero, a su vez, la aglomeración de viviendas sin las dotaciones, los equipamientos y los demás usos que les dan servicio tampoco nos permite hablar de *urbe*, sino de asentamiento o, todo lo más, de *suburbio*.

A estas alturas, conocemos bien el daño que pueden hacer las políticas de vivienda generadoras de suburbios (*banlieues*) sin calidad ni funcionalidad urbana. Por esta y otras razones, necesitamos superar el histórico distanciamiento entre urbanismo y vivienda (Vaquer, 2017).

La Constitución Española entendió bien su vinculación, tanto en su parte dogmática (al conectar la efectividad del derecho a la vivienda con la regulación de los usos del suelo en su artículo 47) como en la organizativa (al tratar como un continuo competencial la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda en su artículo 148.3.ª). Falta esperar a que le dé el debido desarrollo el legislador, tanto estatal como autonómico.

La medida del Proyecto, de un lado, es más amplia y ambiciosa, por su generalización a los suelos y viviendas adquiridos onerosamente, lo que sin embargo podría tener algún efecto inhibidor de la inversión pública en estos parques (por las dificultades para hacer líquidas dichas inversiones en caso necesario). Pero, de otro lado, se aplica a las viviendas sociales y protegidas construidas sobre suelo de titularidad pública, pero no a dicho suelo, lo que podría propiciar su venta antes de la construcción de la vivienda.

4
Bibliografía

Arias Martínez, M.ª A. (2019). Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 11.

Beltrán de Felipe, M. (2000). *La intervención administrativa en la vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*. Valladolid: Lex Nova.

Cerdá, I. (1867). *Teoría general de la urbanización* (tomo I). Madrid: Imprenta Española.

Comisión Europea. (2006). Comunicación *Servicios sociales de interés general en la Unión Europea* [COM(2006) 177 final].

— (2007). Comunicación *Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo* [COM(2007) 725 final].

Fernández-Rubio Hornillos, G. (2008). La capacidad de innovación jurídica de las ordenanzas municipales: especial referencia a la regulación de la vivienda tasada municipal mediante ordenanzas municipales en la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo de la CAPV. *Revista Vasca de Administración Pública*, 80, 111-143.

Iglesias González, F. (2000). *Administración pública y vivienda*. Madrid: Montecorvo.

Ponce Solé, J. (2007). La autonomía local ante la planificación territorial, urbanística y de vivienda. En T. Font i Llovet (dir.). *Anuario del Gobierno Local 2007*. Fundación Democracia y Gobierno Local / Institut de Dret Públic.

— (2019). *El Derecho de la Unión Europea y la vivienda. Análisis de experiencias nacionales e internacionales*. Madrid: INAP.

Sola Teyssiere, J. (2020). La competencia municipal para la ordenación urbanística de las viviendas turísticas. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 340, 137-192.

Vaquer Caballería, M. (2010). De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: Los problemas para definir la familia de los servicios sociales y su aplicación en materia de vivienda. *Revista General de Derecho Administrativo*, 25.

— (2017). Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 7, 68-85.

Zafra Víctor, M. (2013). La concertación en la formulación y desarrollo de las políticas de vivienda autonómicas y locales. *Revista de Estudios Políticos*, 161, 279-308.

II. Sección general

La gestión segregada de los biorresiduos y su aplicación en la *Smart City*[1]

Juan Alejandro Martínez Navarro
Doctor en Derecho.
Universidad de Almería

1. De los residuos municipales
1.1. Concepto, naturaleza jurídica y clasificación
1.2. Grupo normativo regulador
1.3. Las competencias de las entidades locales en materia de gestión de residuos
2. De los biorresiduos
2.1. Concepto, naturaleza jurídica y clasificación
2.2. Grupo normativo regulador
2.3. La separación en origen, reciclado o recogida separada
2.4. Gestión y tratamiento. La jerarquía de los biorresiduos
2.4.1. Reducción de residuos alimentarios
2.4.2. Tratamiento y reciclado: el compostaje
2.5. Los biorresiduos en la contratación del sector público
3. La gestión de los residuos en la *Smart City*. La aplicación de las nuevas tecnologías en la recogida de los biorresiduos
3.1. Una aproximación al fenómeno de la *Smart City*
3.2. Las nuevas tecnologías aplicadas a la gestión de residuos
4. Conclusiones
5. Bibliografía

Artículo recibido el 11/04/2022; aceptado el 26/04/2022.
1. Esta colaboración ha sido elaborada en el seno del Proyecto de Investigación P18-RT-2327, titulado *Enabling interdisciplinary COllaboration to FOster Mediterranean foREST sustainable management and socio-ECOnomic valuation (ECO2-FOREST)*, de la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad – Dirección General de Investigación y Transferencia del Conocimiento, Junta de Andalucía (España).

Resumen

La Unión Europea ha diseñado un marco de actuación medioambiental donde las políticas en materia de residuos han adquirido un papel esencial y, a su vez, la gestión de residuos municipales, en atención a su incidencia y repercusión, destaca sobremanera.

En línea con las políticas comunitarias, en España, a través de la reciente Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, se pretende adoptar como mandato legal la recogida separada de la fracción orgánica y la fracción verde.

Sobre este contexto jurídico se está diseñando un progresivo y complejo sistema de políticas de gestión de los residuos municipales, donde los biorresiduos que hasta hace poco tiempo representaban un papel secundario, ahora centran el foco de atención de disposiciones normativas y de la contratación pública local.

En consecuencia, en el presente estudio se pretende poner de relieve cuál es la situación jurídica de los biorresiduos, y cómo se puede implementar el nuevo mandato legal de recogida separada de estos desechos, dedicando un especial tratamiento a su aplicación en la *Smart City*, y en atención a los recientes sistemas tecnológicos de recogida de residuos.

Palabras clave: *derecho ambiental; biorresiduos; residuos municipales; Smart City; compostaje.*

The segregated management of biowaste and its application in the Smart City

Abstract

The European Union (EU) has designed an environmental action framework where waste policies have acquired an essential role and, in turn, municipal waste management, in view of its incidence and repercussion, stands out.

In line with EU policies, in Spain through the recent Law nº 7/2022, of April 8, on waste and contaminated soils for a circular economy, it is intended to adopt as a legal mandate the separate collection of the organic fraction and the fraction green.

In this legal context, a progressive and complex development of municipal waste management policies is being designed, where bio-waste, which until recently represented a secondary role, now focuses the attention of regulatory provisions and local public procurement.

Consequently, this article highlights the current and future legal status of bio-waste, and how the new legal mandate for separate collection of this waste can be implemented, paying special attention to its application in the Smart City considering recent technological waste collection systems.

Keywords: environmental law; biowaste; municipal waste; Smart City; composting.

1
De los residuos municipales

La creciente generación de residuos se ha posicionado como uno de los retos medioambientales más relevantes de nuestra sociedad. En efecto, los nuevos sistemas de producción y los niveles de consumo actuales han provocado un continuo aumento en la generación de residuos con especial intensidad en los entornos urbanos.

Frente a la creciente generación de residuos, la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 sobre los residuos adoptó un sistema de jerarquía donde se prioriza la prevención, reutilización y reciclado frente a la eliminación de los residuos, desalentando el depósito en vertederos, práctica que todavía se emplea en gran medida en algunos países de Europa y especialmente en países en fase de desarrollo.

El mencionado sistema de jerarquía impulsa las nuevas políticas de gestión de residuos orientando sus principales objetivos en la recogida separada y el tratamiento de los residuos municipales de acuerdo también con los principios inspiradores de la economía circular[2]. Ciertamente, la incidencia de los residuos municipales en los objetivos fijados por los países europeos es de extraordinaria relevancia.

La importancia de la gestión de los residuos municipales es patente. Los niveles de generación mundial de estos residuos en 2010 eran de aproximadamente 1300 millones de toneladas por año. Con un crecimiento constante, se estima que para el año 2025 la cifra puede aproximarse a 2200 millones

2. Véase Fernández de Gatta Sánchez (2021).

de toneladas por año[3]. Estas cifras representan un aumento en las tasas de generación de desechos per cápita de 1.2 a 1.42 kg por persona al día[4].

Ahora bien, este crecimiento es dispar en Europa. Aunque la generación de residuos tiende a crecer en territorio europeo, existen algunos países que han conseguido disminuir o estabilizar sus cifras entre 2005 y 2018, como es el caso de España u otros países como Bulgaria, Hungría, Rumanía y Países Bajos[5].

En Europa, los residuos municipales representan menos de una décima parte del total de residuos generados anualmente. No obstante, son residuos muy visibles, dispares y complejos, debido a su composición, múltiples fuentes y vínculo con patrones de consumo. Al respecto, la Unión Europea ha fijado ambiciosos objetivos como el incremento de preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales en un 65 por ciento para el año 2030; y la limitación gradual de los vertidos de residuos municipales en un 10 por ciento de aquí a 2030.

El fin de estas nuevas reglas es avanzar hacia un modelo más sostenible que pivote sobre los principios de la economía circular. En 2020, la Comisión Europea publicó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva", que busca disminuir la producción de residuos a partir de una gestión de los recursos más eficaz.

En España, los datos más recientes muestran una gestión deficiente. El 56,7 por ciento de los residuos municipales son depositados en vertederos; el 13,5 por ciento se destinan a valorización energética; solo el 18,3 por ciento son reciclados; y apenas el 11,5 por ciento se utilizan para compostaje y digestión[6]. Unas cifras muy alejadas de la media europea, donde la tasa de reciclaje es del 46 por ciento y la tasa de depósito en vertederos es de apenas el 24 por ciento.

En todo caso, las políticas actuales llegan con retraso. Recientes avances manifiestan que la gestión de residuos orientada al reciclaje es el pasado. El enfoque actual debe transitar a través de las denominadas "Ciuda-

3. Alonso Suárez (2021: 115). Actualmente, un 55 por ciento de la población mundial vive en ciudades, y las tendencias apuntan a que en el año 2025 alrededor del 70 por ciento de la población vivirá en espacios urbanos.
4. Seguí *et al.* (2018: 7).
5. Gestión de residuos en la UE: hechos y cifras (Infografía). *Noticias Parlamento Europeo*, 4 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20180328STO00751/gestion-de-residuos-en-la-ue-hechos-y-cifras-infografia (última consulta, 5 de abril de 2022).
6. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2018).

des Inteligentes" (*Smart Cities*) que apuesten por políticas de residuo cero (*zero waste*). Avanzar a una sociedad sin residuos implica un cambio del sistema productivo y de las tendencias de consumo, es decir, modificar el modelo económico lineal actual (comprar-usar-tirar) por el modelo que implica el sistema de economía circular de uso y reutilización más eficiente de los recursos.

1.1
Concepto, naturaleza jurídica y clasificación

Uno de los grandes déficits atribuibles a la Directiva 2008/98/CE es la escasa repercusión que se concede a los residuos municipales. Esta deficiencia quedó solventada mediante la aprobación de la Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos.

En la Directiva 2018/851, el legislador reconoce que la gestión de residuos en la Unión Europea debe mejorarse y transformarse en una gestión sostenible de las materias con miras a proteger, preservar y mejorar la calidad del medio ambiente, así como a proteger la salud humana, garantizar la utilización prudente, eficiente y racional de los recursos naturales y promover los principios de la economía circular.

El flujo de los residuos municipales se encuentra, no obstante, entre los de gestión más compleja, y la forma de gestionarlos ofrece por lo general una buena indicación de la calidad del sistema de servicios de un país[7]. Los retos que plantea radican en la gran diversidad y heterogeneidad de su composición, en su proximidad directa a los ciudadanos, en su muy marcada visibilidad pública y en su repercusión en el medio ambiente y la salud humana. En consecuencia, la gestión de los residuos municipales requiere de un sistema de gestión de residuos estructurado y complejo que comprenda un régimen eficiente de recogida, un sistema eficaz de clasificación y trazabilidad adecuada de los flujos de residuos, el compromiso activo de los ciudadanos y las empresas, unas infraestructuras adaptadas a la composición específica de los residuos y un sistema de financiación elaborado[8].

La Directiva (UE) 2018/851 incluye nuevas definiciones de residuo no peligroso, residuos municipales, residuos de construcción y demolición, residuos alimentarios, valorización de materiales, relleno y régimen de responsabilidad ampliada del productor, que aclaran el alcance de estos conceptos.

7. Directiva 2018/851, considerando 6.
8. Directiva 2018/851, considerando 6.

En concreto, el artículo 3.2.*ter* de la Directiva 2018/851 define "residuos municipales" como "los residuos mezclados y los residuos recogidos de forma separada [ ], incluidos papel y cartón, vidrio, metales, plásticos, biorresiduos, madera, textiles, envases, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, residuos de pilas y acumuladores, y residuos voluminosos, incluidos los colchones y los muebles [ ]". De la misma manera, se incluyen también "los residuos mezclados y los residuos recogidos de forma separada procedentes de otras fuentes, cuando esos residuos sean similares en naturaleza y composición a los residuos de origen doméstico".

En cuanto a su clasificación, los residuos municipales abarcan y, a la vez, se pueden agrupar en residuos de "origen doméstico"[9] o, por otro lado, aquellos "procedentes de otras fuentes, como pueden ser el comercio minorista, la administración, el sector de la educación, los servicios sanitarios, el alojamiento y los servicios alimentarios, y otros servicios y actividades, que por su naturaleza y composición son similares a los residuos de origen doméstico"[10].

Los residuos peligrosos de origen doméstico, como los residuos peligrosos de pinturas, barnices, disolventes o productos de limpieza, también deben ser recogidos por separado, a fin de evitar la contaminación de los residuos municipales con las fracciones de residuos peligrosos que podrían disminuir la calidad del reciclado, y de garantizar la gestión ambientalmente correcta de esos residuos peligrosos. A ese respecto, ya existen obligaciones específicas

9. La Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 2.at), define "residuos domésticos" como aquellos "residuos peligrosos o no peligrosos generados en los hogares como consecuencia de las actividades domésticas. Se consideran también residuos domésticos los similares en composición y cantidad a los anteriores generados en servicios e industrias, que no se generen como consecuencia de la actividad propia del servicio o industria. Se incluyen también en esta categoría los residuos que se generan en los hogares de, entre otros, aceites de cocina usados, aparatos eléctricos y electrónicos, textil, pilas, acumuladores, muebles, enseres y colchones, así como los residuos y escombros procedentes de obras menores de construcción y reparación domiciliaria. Tendrán la consideración de residuos domésticos, los residuos procedentes de la limpieza de vías públicas, zonas verdes, áreas recreativas y playas, los animales domésticos muertos y los vehículos abandonados".

10. Directiva 2018/851, considerando 10: "El concepto de residuos municipales incluye, por lo tanto, entre otros, los residuos procedentes del mantenimiento de parques y jardines, tales como las hojas, la hierba cortada y los restos de la tala de árboles, y los procedentes de servicios de limpieza de calles y mercados, como, por ejemplo, el contenido de las papeleras y los residuos del barrido de calles, excepto materiales como arena, roca, fango o polvo. Los Estados miembros deben garantizar que los residuos procedentes de grandes superficies comerciales e industriales que no son similares a los residuos de origen doméstico no estén incluidos en el ámbito de los residuos municipales. Los residuos de la producción, la agricultura, la silvicultura, la pesca, la construcción y demolición, las fosas sépticas y la red de alcantarillado y plantas de tratamiento, y los vehículos al final de su vida útil están excluidos del ámbito de los residuos municipales".

en materia de recogida para los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, así como los residuos de pilas y acumuladores de origen doméstico[11].

La Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular incluye, de forma novedosa, dentro de los residuos municipales a los "residuos peligrosos del hogar"[12].

Por el contrario, los residuos municipales "no comprenden los residuos procedentes de la producción, la agricultura, la silvicultura, la pesca, las fosas sépticas y la red de alcantarillado y plantas de tratamiento de aguas residuales, incluidos los lodos de depuradora, los vehículos al final de su vida útil ni los residuos de construcción y demolición".

En lo referente a su naturaleza jurídica, los residuos municipales son aquellos cuya gestión y tratamiento corresponde a las entidades locales o, cuando procede, a las diputaciones forales. Se constituyen como un "servicio obligatorio, en todo su ámbito territorial, de recogida, transporte y tratamiento [ ] en la forma en que establezcan sus respectivas ordenanzas, e instrumentos de planificación que, en su caso, aprueben las comunidades autónomas y en la normativa sectorial en materia de responsabilidad ampliada del productor"[13].

1.2 Grupo normativo regulador

La experiencia adquirida en materia de gestión de residuos nos permite afirmar que las entidades locales tienen una gran responsabilidad y un papel esencial para la consecución de los objetivos fijados por los distintos programas de acción. Este protagonismo se está afianzando a través de importantes disposiciones normativas de reciente desarrollo.

El grupo normativo regulador de los residuos municipales se desarrolla en torno a la Ley 7/1985, Reguladora de Bases de Régimen Local, y la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. De este modo, la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local obliga a los municipios a prestar los servicios de recogida de residuos [artículo 26.1.a)] y su tratamiento [artículo 26.1.b)]. Mientras, la Ley de residuos y suelos contaminados fija el contenido esencial en las políticas de gestión y tratamiento de los residuos.

11. Directiva 2018/851, considerando 54.
12. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 2.av).
13. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 12.5.

Sobre esto, la actual Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular presenta un conveniente cambio de tendencia. Si hasta ahora la política en gestión de residuos se ha caracterizado por un carácter tibio y poco ambicioso, la reciente Ley recoge los objetivos de reutilización del Plan de Acción de Economía Circular de la UE: "para 2035, se aumentará la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 65 por ciento en peso; al menos un 15 por ciento corresponderá a la preparación para la reutilización, fundamentalmente de residuos textiles, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, muebles y otros residuos susceptibles de ser preparados para su reutilización"[14].

La Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular cede a las comunidades autónomas la responsabilidad de garantizar la consecución de los objetivos establecidos, otorgando una posición secundaria a las entidades locales. De tal modo que, para el cumplimiento de los objetivos de los residuos municipales, las comunidades autónomas podrán determinar la contribución de las entidades locales, de forma independiente o asociada.

Adicionalmente, el Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la Eliminación de Residuos mediante Depósito en Vertedero transpone a nuestro ordenamiento interno la Directiva (UE) 2018/850 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018[15]. El fin de la norma es garantizar una reducción progresiva de los residuos depositados en vertedero, especialmente de aquellos que son aptos para la reutilización, reciclado y valorización[16]. Para ello, la norma se sustenta sobre el principio elemental de la economía circular, que no es otro que situar el vertido de residuos como "la opción de gestión de residuos menos deseable". Nuevamente fija los objetivos de reducción de vertido de residuos municipales[17]: reducir al 40 por ciento para el año 2025; al 20 por ciento para 2030; y al 10 por ciento o menos para el 2035[18].

14. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 26.1.e).
15. Véase Lozano y Poveda (2021).
16. Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero, artículo 1.b).
17. Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero, artículo 8.
18. Revuelta Pérez (2020). El RD 646/2020 incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2018/850, por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos, que adopta, entre otros criterios, las conclusiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la sentencia Malagrotta (Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2014, en el asunto C-323/13), donde confirma el principio de la Directiva sobre vertidos que exige que todos los residuos susceptibles de ser sometidos a tratamiento previo sean tratados previamente a su depósito en vertedero. Además, aclaró que las entidades locales no pueden aplicar cualquier tratamiento previo; al contrario, deben emplear la opción de tratamiento

Del contenido del Real Decreto 646/2020 se pueden extraer importantes novedades que tienen como principal objetivo reducir el depósito en vertederos, bien a través de incentivos económicos, bien a través del incremento de costes o limitaciones para el depósito.

Por un lado, en el artículo 4 del Real Decreto 646/2020 el legislador establece un mandato a las entidades locales para que hagan uso de los instrumentos económicos o de otras medidas al objeto de incentivar la aplicación del principio de jerarquía de residuos, y relegar el vertido a la última opción en la gestión de residuos municipales. Ahora bien, esta consigna no trae aparejada ninguna herramienta económica o financiera específica; por el contrario, se anima a emplear las herramientas contempladas en la Ley 22/2011 de residuos y suelos contaminados.

Por el contrario, otra de las novedades más interesantes del Real Decreto 646/2020 radica en la obligación de fijar el precio que la entidad explotadora cobra por la eliminación de los residuos. Para ello, se tendrán en consideración, por lo menos[19]: los costes de explotación; los gastos de seguros; los costes de clausura y mantenimiento del establecimiento; los costes de fianzas constituidas; y –lo más interesante– los costes ligados a la emisión de gases[20].

Por otro lado, el Real Decreto 646/2020 prohíbe la admisión en vertederos de aquellos residuos aptos para la preparación, reutilización, y reciclado u otro tipo de valorización, en particular para los residuos municipales[21]. Es decir, todo aquel residuo que pueda ser reutilizado o reciclado, no podrá ser depositado en vertedero. La concreción de este tipo de residuos queda en manos del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, que deberá identificarlos a través de una orden ministerial antes del 1 de enero de 2023[22].

más adecuada para reducir en la medida de lo posible los efectos negativos sobre el medio ambiente y la salud humana.

19. Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero, artículo 9.1.e).

20. Las cantidades recaudadas en concepto de costes de emisión serán destinadas con carácter exclusivo a la implantación de programas de refuerzo y mejora de los sistemas de recogida y tratamiento de gases. Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero, disposición final tercera: "El método de cálculo del coste de emisión de gases de efecto invernadero señalado en el artículo 9.1.e) se establecerá por orden ministerial en el plazo de 2 años desde la entrada en vigor de este real decreto, previa consulta a la Comisión de coordinación en materia de residuos".

21. Esta restricción se regula de conformidad con lo estipulado en la Directiva 2018/851, artículo 3 bis: "Los Estados miembros se esforzarán por garantizar que, a partir de 2030, todos los residuos aptos para el reciclado u otro tipo de valorización, en particular los residuos municipales, no sean admitidos en vertederos, con excepción de los residuos para los cuales el depósito en un vertedero proporcione el mejor resultado medioambiental, de conformidad con el artículo 4 de la Directiva 2008/98/CE".

22. Lozano y Poveda (2021: 55).

Finalmente, queda prohibida la dilución o mezcla de residuos cuando su finalidad sea cumplir los criterios de admisión de los residuos en vertedero[23].

1.3 Las competencias de las entidades locales en materia de gestión de residuos[24]

La gestión de los residuos es una materia que ha de incluirse dentro de la protección del medio ambiente[25]. Por ende, el reparto de competencias entre las Administraciones públicas territoriales se configura según lo estipulado en los artículos 149.1.23.ª y 148.1.9.ª de la Constitución Española (CE)[26].

En su virtud, corresponde al Estado aprobar la legislación básica, y a las comunidades autónomas desarrollarla y completarla. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha concretado esta distribución, en primera instancia, al permitir al legislador estatal regular la protección del medio ambiente con el grado de detalle que estime necesario[27]; para, posteriormente, reconfigurar el esquema competencial de residuos al sistema ordinario de "bases" y "desarrollo"[28] que atañe a la mayoría de las materias[29].

Para determinar la atribución de competencias de las entidades locales en el sistema español debemos acudir nuevamente, en primer lugar, a la Ley 7/1985, Reguladora de Bases de Régimen Local, y, en segundo lugar, a la legislación sectorial, en concreto la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular[30].

En la Ley 7/1985, Reguladora de Bases de Régimen Local, los residuos aparecen como título material específico, junto al genérico de la protección ambiental y a otros que pueden incidir en materia de residuos, como la salubridad, el urbanismo, o el tratamiento de aguas residuales[31]. Con carácter general, la Ley cede importantes competencias a los municipios sobre medio ambiente urbano, en particular parques y jardines públicos, gestión de

23. Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero, artículo 6.2.
24. Arana y Conde (2009).
25. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 102/1995, de 26 de junio. RTC 1995\102.
26. Montoro i Chiner (2000). También López Ramón (2018).
27. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 149/1991, de 4 de julio. RTC 1991\149.
28. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 102/1995, de 26 de junio. RTC 1995\102.
29. Menéndez Rexach *et al.* (2011: 22-23).
30. Alenza García (2018: 275).
31. Alenza García (2018: 275).

los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas[32]. La recogida de residuos es una competencia que deberán asumir todos los municipios. Aquellos con una población superior a 5000 habitantes, además, deberán asumir el servicio de tratamiento de residuos[33].

Por su parte, la Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular desarrolla este mandato y establece como servicio obligatorio para las entidades locales "la recogida, el transporte y el tratamiento de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios en la forma en que establezcan sus respectivas ordenanzas"[34]; asimismo, el ejercicio de la potestad de vigilancia e inspección, y la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias.

En cualquier caso, las competencias descritas se aplican en exclusividad a los residuos municipales: papel y cartón, vidrio, metales, plásticos, biorresiduos, madera, textiles, envases, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, residuos de pilas y acumuladores, y residuos voluminosos, incluidos los colchones y los muebles.

Con independencia de las competencias en sentido amplio, las entidades locales pueden elaborar programas de prevención y de gestión de los residuos; gestionar los residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados en las industrias en los términos que establezcan sus respectivas ordenanzas; u obligar al productor o a otro poseedor de residuos peligrosos domésticos o de residuos cuyas características dificultan su gestión a que adopten medidas para eliminar o reducir dichas características o a que los depositen en la forma y el lugar adecuados.

2
De los biorresiduos

2.1
Concepto, naturaleza jurídica y clasificación

Los biorresiduos domésticos son los residuos orgánicos biodegradables de origen vegetal y/o animal, susceptibles de degradarse biológicamente, generados en el ámbito domiciliario y comercial.

32. Ley 7/1985, Reguladora de Bases de Régimen Local, artículo 25.1.b)
33. Ley 7/1985, Reguladora de Bases de Régimen Local, artículo 26.
34. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 12.5.

Durante décadas, en España se han empleado multitud de términos para referirse de modo más o menos amplio a los biorresiduos: Fracción Orgánica de los Residuos Urbanos (FORU), Fracción Orgánica de los Residuos Municipales (FORM), residuo orgánico biodegradable, materia orgánica compostable o materia orgánica putrescible, entre otros[35].

Justamente, los mencionados términos muestran que estamos ante un concepto muy impreciso. No fue hasta la aprobación de la Directiva 2008/98/CE cuando se precisó de un modo exhaustivo la definición de "biorresiduo", que integra los términos anteriormente referenciados, como aquel "residuo biodegradable de jardines y parques, residuos alimenticios y de cocina procedentes de hogares, restaurantes, servicios de restauración colectiva y establecimientos de consumo al por menor, y residuos comparables procedentes de plantas de transformación de alimentos" (artículo 3.4)[36]. Posteriormente, a través de la Directiva (UE) 2018/851, artículo 3.b), se amplía la definición, abarcando otros lugares de generación de biorresiduos, como "oficinas, restaurantes, mayoristas, comedores, servicios de restauración colectiva y establecimientos de consumo al por menor"[37].

Asimismo, la Directiva (UE) 2018/851 incorpora un elemento complementario como son los "residuos alimentarios", definidos en el artículo 3.c) como "todos los alimentos [ ] que se han convertido en residuos".

Los biorresiduos, según su naturaleza, se dividen en "residuos orgánicos" de origen alimentario y de cocina (se incluyen los de transformación de alimentos), y "residuos vegetales" o "Fracción Vegetal" (FV) procedentes de las zonas verdes y vegetación privadas y públicas.

De este modo, el origen del biorresiduo determina su naturaleza. Al objeto del presente estudio, los biorresiduos se analizan atendiendo a su origen urbano. Como tal, son residuos recogidos de forma separada, con una consideración similar al papel y cartón, vidrio, metales, plásticos, madera, textiles, envases, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, residuos de pilas y acumuladores, y residuos voluminosos, incluidos los colchones y los muebles. Es decir, "son residuos recogidos de forma separada procedentes de

35. Ansorena Miner (2016: 3).
36. Misma definición en la anterior Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, artículo 3.g).
37. La Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, en su artículo 2.g) recoge una definición de "biorresiduo" en los mismos términos: "residuo biodegradable vegetal de hogares, jardines, parques y del sector servicios, así como residuos alimentarios y de cocina procedentes de hogares, oficinas, restaurantes, mayoristas, comedores, servicios de restauración colectiva y establecimientos de consumo al por menor, entre otros, y residuos comparables procedentes de plantas de transformación de alimentos".

otras fuentes, cuando esos residuos sean similares en naturaleza y composición a los residuos de origen doméstico"[38].

Desde una perspectiva de la gestión de los biorresiduos, estos se pueden clasificar en las siguientes fracciones[39 40]:

- Fracción Orgánica (F.O.), conformada por restos de la preparación de la comida o manipulación y elaboración de los productos alimentarios, restos sobrantes de comida, alimentos en mal estado y excedentes alimentarios que no se han comercializado o consumido (separados de su envase o embalaje);
- Fracción Verde (F.V.), que a su vez se puede dividir en:
  - De un lado, fracción de restos vegetales de pequeño tamaño y de tipo no leñoso procedentes de jardinería y poda (ramos de flores mustios, malas hierbas, césped, pequeñas ramas de poda, hojarasca, etc.). Esta fracción vegetal puede gestionarse también *in situ* o de forma independiente a los restos de comida, según la configuración de los servicios de recogida y los niveles de generación.
  - De otro lado, fracción de restos de poda constituida por la fracción vegetal en forma de restos vegetales de jardinería y poda de mayor tamaño y de tipo leñoso. Por sus características requiere una gestión específica por cuestiones relacionadas con logística de recogida, el tratamiento y la temporalidad de generación (frecuencia y periodo).

2.2
Grupo normativo regulador

Los biorresiduos carecen de una regulación específica que configure su concepto, gestión y tratamiento. Por el contrario, nos situamos ante una figura con escaso desarrollo normativo, cuyas limitadas referencias son exclusivas de la regulación básica en materia de residuos.

Así, en el ámbito comunitario, el marco legislativo en materia de gestión de biorresiduos viene conformado por las principales normas de cabecera: la Directiva (UE) 2018/850 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE relativa al

38. Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero, artículo 2.b).
39. https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/prevencion-y-gestion-residuos/flujos/biorresiduos/ (última consulta, 5 de abril de 2022).
40. Ansorena *et al.* (2011: 17-18).

vertido de residuos; y la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos (modificada por la Directiva –UE– 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018)[41].

En España, los biorresiduos son objeto de regulación con carácter novedoso a partir de la recientemente derogada Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados[42]. A través de esta norma se incluye en nuestro ordenamiento el concepto de biorresiduo y se prevé su gestión separada. La reciente Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular cede el artículo 28 para su regulación en referencia al artículo 22 de la Directiva 2008/98/CE.

Una vez presentado el grupo normativo regulador de los biorresiduos, conviene analizar su contenido, los elementos que configuran su gestión y tratamiento.

2.3
La separación en origen, reciclado o recogida separada

Como punto de partida, cabe recordar que son muchos los municipios en toda Europa y también en España que, desde hace años, vienen implementando con éxito la recogida separada de los biorresiduos[43]. En el fondo, el objetivo que se persigue es parecido al de los otros flujos de residuos (vidrio, papel-cartón, envases, etc.), el aprovechamiento de los recursos presentes en los residuos y la reducción de los impactos que los residuos puedan tener en el medio, especialmente cuando no se gestionan adecuadamente[44].

La separación en origen, reciclado o recogida separada de los biorresiduos supone un importante paso en la gestión municipal de residuos. Aunque no es una novedad, lo cierto es que la gestión separada de los biorresiduos se ha configurado como un mandato legal de reciente concepción, y a través de diversos y confusos instrumentos jurídicos.

La Directiva Europea (UE) 2018/851 establece que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los residuos sean objeto de preparación para la reutilización, de reciclado o de otras operacio-

41. Con independencia de las mencionadas disposiciones normativas, cabe citar el Libro Verde sobre la gestión de los biorresiduos en la Unión Europea, de 2008.
42. La Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, previa a la actual regulación, no hace mención a los biorresiduos ni a los residuos biodegradables.
43. Ansorena Miner (2011: 67). Se reconoce a Cataluña como la Comunidad Autónoma que ha conseguido una mayor implantación de la recogida separada de los biorresiduos.
44. Rodríguez *et al.* (2013: 46).

nes de valorización"[45]. Así, "a más tardar el 31 de diciembre de 2021, los Estados miembros presentarán a la Comisión un informe sobre la aplicación del presente artículo en lo que se refiere a los residuos municipales y los biorresiduos, en particular sobre la cobertura material y territorial de la recogida separada y las posibles excepciones"[46].

De modo complementario, la Directiva fija como fecha máxima el 31 de diciembre de 2023 para que los Estados miembros establezcan un sistema mediante el cual los biorresiduos se separen y reciclen en origen, o bien se recojan de forma separada y no se mezclen con otros tipos de residuos[47]. Esto incluye:

"a) la recogida separada de biorresiduos con vistas al compostaje y la digestión de los mismos;

b) el tratamiento de biorresiduos, de tal manera que se logre un alto grado de protección del medio ambiente;

c) el uso de materiales ambientalmente seguros producidos a partir de biorresiduos".

Asimismo, la actual regulación comunitaria va más allá. En relación con el principio orientador de la economía circular, la nueva regulación incorpora elementos como el compostaje, la biodegradación y la valorización de los biorresiduos:

"2. Los Estados miembros adoptarán medidas [ ] para:

a) incentivar el reciclado, incluido el compostaje y la digestión, de los biorresiduos de una forma que asegure un elevado nivel de protección medioambiental y genere un resultado que cumpla las normas de alta calidad pertinentes;

b) incentivar el compostaje doméstico; y

c) fomentar el uso de materiales producidos a partir de biorresiduos".

En suma, se pasa de un mandato inicial donde se requiere la recogida separada de los biorresiduos, a una nueva regulación donde, además, se orienta sobre la reutilización y valorización de estos residuos mediante compostaje y biodegradación.

Finalmente, la reciente Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular adopta el mandato y establece una fecha límite para la recogida separada de los biorresiduos más ambiciosa a nivel nacional. En el artículo 25.2.b) se establece que las entidades locales con población superior a cinco mil habitantes deben implementar la recogida separada de los biorre-

45. Directiva 2018/851, artículo 10.1.
46. Directiva 2018/851, artículo 10.6.
47. Directiva 2018/851, artículo 22.: "Los Estados miembros garantizarán que, a más tardar el 31 de diciembre de 2023 [ ] los biorresiduos, bien se separen y reciclen en origen, o bien se recojan de forma separada y no se mezclen con otros tipos de residuos".

siduos antes del 30 de junio de 2022; el resto de las entidades locales disponen hasta el 31 de diciembre de 2023.

En resumen, para el cumplimiento de lo establecido en el artículo 25, las entidades locales deben adoptar las medidas necesarias para posibilitar la separación y el reciclado en origen de los biorresiduos mediante su compostaje doméstico y comunitario, o su recogida separada y posterior transporte y tratamiento en instalaciones específicas de reciclado, prioritariamente de compostaje y digestión anaerobia o una combinación de ambas, y que no se mezclen a lo largo del tratamiento con otros tipos de residuos.

2.4
Gestión y tratamiento. La jerarquía de los biorresiduos

La Directiva 2008/98/CE define la gestión de residuos como la "recogida, el transporte, la valorización y la eliminación de los residuos, incluida la vigilancia de estas operaciones, así como el mantenimiento posterior al cierre de los vertederos, incluidas las actuaciones realizadas en calidad de negociante o agente"[48]. La gestión de los residuos entra en juego cuando el principio de prevención en la generación no consigue evitar su producción[49].

La Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular establece en su artículo 28 que "las entidades locales, para el cumplimiento de lo establecido en el artículo 25, adoptarán las medidas necesarias para la separación y el reciclado en origen de los biorresiduos mediante su compostaje doméstico y comunitario, en especial en entidades locales cuya población sea inferior a 1000 habitantes, o su recogida separada y posterior transporte y tratamiento en instalaciones específicas de reciclado, prioritariamente de compostaje y digestión anaerobia o una combinación de ambas, y que no se mezclen a lo largo del tratamiento con otros tipos de residuos"[50].

48. Directiva 2008/98/CE, artículo 3.9).
49. Ruiz de Apodaca Espinosa (2014: 311).
50. Continúa la Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, en su artículo 28.1, indicando:

> "las entidades locales, cuando así lo establezcan sus respectivas ordenanzas, podrán recoger conjuntamente con los biorresiduos, los residuos de envases y otros residuos de plástico compostable que cumplan con los requisitos de la norma europea EN 13432:2000 'Envases y embalajes. Requisitos de los envases y embalajes valorizables mediante compostaje y biodegradación. Programa de ensayo y criterios de evaluación para la aceptación final del envase o embalaje', así como otros estándares europeos y nacionales sobre compostabilidad de plásticos, y en sus sucesivas actualizaciones, siempre y cuando las entidades locales puedan asegurar que la instalación de tratamiento biológico donde son tratados estos residuos cumple con las condiciones señaladas en las normas anteriores para lograr su tratamiento adecuado.

Los biorresiduos se caracterizan por una gestión y un tratamiento de menor protagonismo en comparación con otros tipos de residuos. No obstante, según diferentes estudios, hasta un 40 por ciento de los residuos de origen domiciliario son biorresiduos, una cantidad muy relevante en comparación con los residuos de envases de plástico, latas, los residuos de papel y cartón o los residuos de envases de vidrio, residuos sobre los cuales ya existen sistemas de recogida separada[51].

De un modo especialmente destacable, la fracción de orgánicos se caracteriza por contener una alta humedad y biodegradabilidad, por lo que es la principal fuente de impactos y riesgos ambientales adversos en los vertederos tradicionales (olores, incendios, COV, contaminación del agua subterránea por lixiviados, cambios climáticos globales, etc.)[52].

El cuerpo normativo comunitario y, consecuentemente, el estatal y autonómico llevan largo tiempo poniendo en el centro del foco una política de residuos en la que se define una jerarquía de gestión con la prevención como concepto fundamental. A través de la jerarquía de residuos, las Administraciones competentes, en el desarrollo de las políticas y de la legislación en materia de prevención y gestión de residuos, aplicarán el siguiente orden de prioridad[53]: prevención[54]; preparación para la reutilización[55]; reciclado[56];

En esos casos, mantendrán informados a los productores de los residuos para que puedan realizar la correcta separación de los mismos.
Cuando los biorresiduos se destinen a compostaje doméstico y comunitario, solo podrán tratarse conjuntamente con los mismos, los envases y otros residuos de plástico compostable que cumplan con los estándares europeos o nacionales de biodegradación a través de compostaje doméstico y comunitario".

51. Rico Vallejo (2021: 36-37).
52. González-Jiménez y Villalobos-Morales (2021: 13).
53. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 8.
54. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 2.z): "conjunto de medidas adoptadas en la fase de concepción y diseño, de producción, de distribución y de consumo de una sustancia, material o producto, para reducir: 1.º La cantidad de residuo, incluso mediante la reutilización de los productos o el alargamiento de la vida útil de los productos. 2.º Los impactos adversos sobre el medio ambiente y la salud humana de los residuos generados, incluyendo el ahorro en el uso de materiales o energía. 3.º El contenido de sustancias peligrosas en materiales y productos".
55. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 2.y): "la operación de valorización consistente en la comprobación, limpieza o reparación, mediante la cual productos o componentes de productos que se hayan convertido en residuos se preparan para que puedan reutilizarse sin ninguna otra transformación previa y dejen de ser considerados residuos si cumplen las normas de producto aplicables de tipo técnico y de consumo".
56. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 2.af): "toda operación de valorización mediante la cual los materiales de residuos son transformados de nuevo en productos, materiales o sustancias, tanto si es con la finalidad original como con cualquier otra finalidad. Incluye la transformación del material orgánico, pero no la valorización energética ni la transformación en materiales que se vayan a usar como combustibles o para operaciones de relleno".

otro tipo de valorización[57], incluida la valorización energética; y eliminación de los residuos[58].

Indudablemente, la jerarquía de residuos ha reconfigurado los sistemas de gestión de residuos. Más aún, autores de referencia como Alenza García consideran la jerarquía de residuos como un principio elemental y trascendental del derecho de los residuos[59].

Como principio tiene esencialmente un carácter orientador e informador de los procesos y las prioridades de gestión de residuos. De este modo, los gestores deben priorizar políticas de prevención y reutilización, o en su defecto de reciclado, frente a tratamientos de eliminación de residuos. Y, en todo caso, el sistema de jerarquía implica que, para pasar al siguiente nivel, el gestor ha debido hacer todo lo posible para alcanzar el objetivo situado en el nivel superior[60].

Por lo que se refiere a los biorresiduos, presentan multitud de posibilidades de adaptación a la jerarquía de residuos, especialmente a través de múltiples acciones de prevención que eviten que los alimentos acaben siendo residuos desechados. Por ejemplo: reducir desperdicios alimentarios y excedentes en los sistemas de producción, transformación y comercialización de alimentos; redistribuir alimentos a través de donaciones a bancos de alimentos o comedores sociales; el abaratamiento de alimentos próximos a la caducidad; etc.[61] Por otro lado, los biorresiduos presentan, también, importantes posibilidades de valorización y reciclado. A modo de ejemplo: el uso de desperdicios para la alimentación de animales; determinados usos industriales como el desarrollo de aceites, grasas, biocombustibles, jabones o cosméticos; o compostaje doméstico o industrial[62].

57. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 2.bb): "cualquier operación cuyo resultado principal sea que el residuo sirva a una finalidad útil al sustituir a otros materiales, que de otro modo se habrían utilizado para cumplir una función particular o que el residuo sea preparado para cumplir esa función en la instalación o en la economía en general. En el anexo II, se recoge una lista no exhaustiva de operaciones de valorización".

58. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 2.l): "cualquier operación que no sea la valorización, incluso cuando la operación tenga como consecuencia secundaria el aprovechamiento de sustancias o materiales, siempre que estos no superen el 50 % en peso del residuo tratado, o el aprovechamiento de energía. En el anexo III se recoge una lista no exhaustiva de operaciones de eliminación".

59. Alenza García (2018: 271).

60. Alenza García (2018: 272).

61. Está en auge el desarrollo de aplicaciones móviles con el objetivo de disminuir las cifras de desperdicio de alimentos; existe una aplicación que conecta a establecimientos que pueden tener un excedente de comida, como restaurantes o supermercados, con personas que pueden consumirla a un precio reducido: https://toogoodtogo.es/es/movement.

62. El Proyecto de Ley de Prevención de las Pérdidas y el Desperdicio Alimentario prevé en su artículo 5 que "los agentes de la cadena alimentaria deben adaptar sus actuaciones a la siguiente jerarquía de prioridades: a) Prevención de las pérdidas y el desperdi-

Definitivamente, las entidades locales deben asumir un papel orientador de formación, información y guía en materia de seguridad alimentaria, así como de lucha frente al desperdicio de alimentos en los hogares, comercios e industria local[63]. Ello se puede implantar a través de políticas y acciones informativas integradas, entre otros medios, en la contratación del sector público asociada a la gestión de los residuos municipales.

2.4.1
Reducción de residuos alimentarios[64]

Las pérdidas y el desperdicio de alimentos son señal de un funcionamiento deficiente de los sistemas alimentarios. A lo largo de toda la cadena alimentaria se producen niveles significativos de pérdidas y desperdicio, desde la producción hasta el consumo[65]. Indudablemente, estas deficiencias suponen un irreparable quebranto en términos de justicia social, de protección ambiental y de crecimiento económico.

Este hecho se ha convertido en objetivo prioritario de las políticas internacionales. Así, en la Agenda 2030, el Objetivo de Desarrollo Sostenible 12 dispone, en su meta 3, que para 2030 hay que "reducir a la mitad el desperdicio de alimentos por habitante correspondiente a los niveles de la venta al por menor y el consumidor y reducir la pérdida de alimentos a lo largo de las cadenas de producción y suministro". Este objetivo aparece muy vinculado a otros como el ODS 2 ("Hambre cero"), el ODS 11 ("Ciudades y comunidades sostenibles") o el ODS 13 ("Acciones para el clima"), y conforma un elemento transversal a la actuación internacional en la materia.

cio alimentario. b) Utilización para la alimentación humana incluida la donación y otros tipos de redistribución para consumo humano. c) Transformación de los productos que no se han vendido pero que siguen siendo aptos para el consumo. d) Uso de los alimentos como subproductos destinándolos a la alimentación animal y fabricación de piensos. e) Uso como subproducto en otra industria f) Valorización material mediante la obtención de compost de calidad y digerido para su uso en agricultura. g) Valorización energética mediante la obtención de biogás u otros tipos de valorización energética mediante la obtención de combustibles".

63. Consejería de Desarrollo Sostenible de Castilla-La Mancha (2021: 27). En términos generales, el desperdicio alimentario está asociado a cuatro grandes grupos generadores. En el estudio *Preparatory Study On Food Waste Across Eu 27*, elaborado en 2010 por la Comisión Europea y por BIO Intelligence Service, se asignaron los siguientes porcentajes de generación: consumidores (42 por ciento); restauración (14 por ciento); distribución (5 por ciento); fabricación y transformación (39 por ciento).

64. Salamero Teixidó (2020).

65. Bourges (2016).

Por su parte, la Unión Europea, con inicio en 2010, ha ido diseñando un profuso conglomerado de iniciativas para luchar contra estas prácticas[66]. Podemos destacar la Resolución sobre la "Iniciativa sobre el uso eficiente de los recursos: reducir el desperdicio alimentario y garantizar la seguridad alimentaria" de 2017 como el primer hito en la lucha frente al desperdicio de alimentos. A través de esta iniciativa se fija un objetivo de reducción del desperdicio de alimentos en la Unión Europea del 30 por ciento para 2025 y del 50 por ciento hasta 2030[67].

Seguidamente, la Directiva (UE) 2018/851 adopta la definición de "residuo alimentario", "como todos los alimentos que se han convertido en residuos", y se incentiva "la recogida de productos alimentarios no vendidos en todas las fases de la cadena de suministro de alimentos y para su redistribución segura, también a organizaciones de beneficencia"[68]. Estas metas quedan complementadas por la Decisión delegada (UE) 2019/2587 sobre una metodología común, requisitos mínimos de calidad para la medición uniforme de los residuos alimentarios, donde se establece la obligación de medir todos los años la cantidad total de residuos alimentarios generados en cada uno de los eslabones de la cadena de suministro de alimentos, entre otras cuestiones[69].

En España, la "Estrategia Española de Economía Circular, España Circular 2030" sienta las bases para impulsar un nuevo modelo de producción y consumo. Para ello prevé reducir la generación de residuos de alimentos en

66. Por ejemplo, en 2010 la Comisión elaboró el pionero "Estudio preparatorio de los residuos alimentarios en la UE-27". Posteriormente, se aprueba la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2012, sobre cómo evitar el desperdicio de alimentos: estrategias para mejorar la eficiencia de la cadena alimentaria en la UE.

67. Estos objetivos son posteriormente recogidos en la Directiva (UE) 2018/851, considerando 31: "los Estados miembros deben aspirar a alcanzar un objetivo indicativo de reducción de los residuos alimentarios a escala de la Unión del 30 % para 2025 y del 50 % para 2030. Habida cuenta de los beneficios ambientales, sociales y económicos de la prevención de residuos alimentarios, los Estados miembros deben establecer medidas específicas al respecto, incluyendo entre ellas campañas de concienciación para demostrar cómo se pueden prevenir los residuos alimentarios, en sus programas de prevención de residuos. Los Estados miembros deben medir los avances logrados en la reducción de los residuos alimentarios. Para medir estos avances y facilitar el intercambio de buenas prácticas a nivel de la Unión, tanto entre Estados miembros como entre operadores del sector alimentario, debe establecerse una metodología común para tales mediciones. A partir de dicha metodología, la comunicación de datos sobre los niveles de residuos alimentarios debe tener lugar con periodicidad anual".

68. Directiva (UE) 2018/851, considerando 32.

69. En el marco de la Estrategia "Más alimento, menos desperdicio", se contabiliza el desperdicio alimentario en los hogares mediante el "Panel de desperdicio alimentario". De acuerdo con los datos de 2018, los hogares españoles tiraron a la basura 1339 millones de kg o litros de alimentos y bebidas (dependiendo de su naturaleza). Estos datos muestran un aumento del volumen de alimentos desperdiciados del 8,9 por ciento de 2017 a 2018.

toda cadena alimentaria: un 50 por ciento de reducción per cápita a nivel de hogar y consumo minorista; y un 20 por ciento en las cadenas de producción y suministro a partir del año 2020[70].

La Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular prevé en su artículo 18 multitud de medidas para la prevención de residuos. En relación con los biorresiduos se establece el mandato para:

- Reducir la generación de residuos alimentarios en la producción primaria, en la transformación y la fabricación, en la venta minorista y otros tipos de distribución de alimentos, en restaurantes y servicios de comidas, así como en los hogares. Se pretende una reducción del 50 por ciento de los residuos alimentarios per cápita en el plano de la venta minorista y de los consumidores, y una reducción del 20 por ciento de las pérdidas de alimentos a lo largo de las cadenas de producción y suministro para 2030, respecto a 2020, como contribución a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas[71].
- Fomentar la donación de alimentos y otros tipos de distribución para consumo humano, priorizándolo frente a la alimentación animal y a la transformación en productos no alimenticios[72].

El mandato va dirigido a la Administración estatal para incluir las mencionadas medidas en el Programa estatal de prevención de residuos, así como a las Administraciones autonómicas para su previsión en los programas autonómicos. Por el contrario, las entidades locales quedan fuera de esta consigna, por lo menos en su carácter obligatorio, puesto que se les anima a establecer también medidas para favorecer la reducción de los residuos alimentarios, en su caso, en colaboración con los establecimientos de restauración y distribución de alimentos.

En definitiva, al objeto de dar cumplimiento al artículo 18.1.h), y contribuir a la consecución de los objetivos del artículo 18.1.g), las empresas de la producción primaria, las industrias alimentarias, y las empresas de distribución y de restauración colectiva, deberán priorizar, por este orden, la donación de alimentos y otros tipos de distribución para consumo humano, o la transformación de los productos que no se han vendido, pero que siguen siendo aptos para el consumo; la alimentación animal y la fabricación de

70. Subdirección General de Economía Circular y Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental (2022: 28).

71. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 18.1.g).

72. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 18.1.h).

piensos; su uso como subproductos en otra industria; y en última instancia, ya como residuos, el reciclado y, en particular, la obtención de compost y digerido de máxima calidad para su uso en los suelos con el objetivo de producir un beneficio a los mismos, y, cuando no sea posible lo anterior, la obtención de combustibles[73].

En lo que respecta a la reducción del residuo alimentario en las empresas de distribución alimentaria y de restauración, se anima a las entidades locales a establecer, en las correspondientes ordenanzas sobre la financiación de los servicios de recogida de residuos, bonificaciones en las tasas o, en su caso, en las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario que graven la prestación de dichos servicios de recogida[74].

Más aún, el Consejo de Ministros ha aprobado en primera lectura el Proyecto de Ley de Prevención de las Pérdidas y el Desperdicio Alimentario. Esta norma plantea una regulación novedosa a nivel estatal, no tanto así a nivel autonómico, donde se han aprobado disposiciones con carácter previo, por ejemplo la Ley 3/2020, de 11 de marzo, de prevención de las pérdidas y el despilfarro alimentarios de Cataluña.

El Proyecto estatal fija como objetivo "la prevención y reducción de las pérdidas y desperdicio de alimentos por parte de todos los agentes de la cadena alimentaria; establecer una jerarquía de prioridades, facilitar la donación de alimentos y contribuir a satisfacer las necesidades alimentarias de la población más vulnerable así como una producción y consumo más sostenible; y sensibilizar, formar, movilizar a todos los agentes de la cadena en una gestión adecuada de los alimentos así como en materia de información alimentaria"[75].

Todo ello, a través de numerosas obligaciones y buenas prácticas dirigidas a los agentes de la cadena alimentaria, empresas de hostelería, proveedores de servicios alimentarios, entidades de iniciativa social y otras organizaciones sin ánimo de lucro y Administraciones públicas[76]. Mandatos que, con

73. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 19.2.

74. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 19.4.

75. Proyecto de Ley de Prevención de las Pérdidas y el Desperdicio Alimentario, artículo 1.

76. Actualmente, existen varias *apps* en todo el mundo que permiten reducir los residuos que se generan. El modelo es muy sencillo: en lugar de tirar alimentos en buen estado que acabarían en la basura, antes de que caduquen, haya que retirarlos o haya que tirar porque no se han consumido, esta *app* ofrece dichos productos con grandes descuentos para que los usuarios los adquieran en las tiendas o restaurantes: https://www.trendencias.com/tecnologia/7-apps-para-comprar-comida-a-punto-pasarse-comer-a-mitad-precio (última consulta, 5 de abril de 2022).

carácter general, priorizan las políticas de sensibilización y formación del consumidor y del personal; sistemas de donación y distribución de excedentes de alimentos; uso racional de los recursos; fomentar la entrega a proyectos de compostaje de los restos alimentarios conforme a la normativa de residuos; etcétera.

2.4.2
Tratamiento y reciclado: el compostaje[77]

En Europa, el sistema de compostaje se inicia en la década de los años setenta mediante plantas de compostaje de gran escala, las cuales estaban proyectadas para tratar aproximadamente el 35 por ciento de los residuos sólidos municipales. Sin embargo, prevalecía el procesamiento de biorresiduos sin separación en la fuente y productos de baja calidad que dificultan su uso en agricultura. Esto derivó en el cierre de un considerable número de plantas en los años 80 y en el desarrollo de plantas de separación en la fuente[78].

La correcta separación de los biorresiduos en el origen es el primer paso para su adecuada gestión. Es la etapa clave que condiciona tanto la recogida como su posterior tratamiento. El proceso de separación pasa por evitar al máximo la cantidad de residuos impropios que se integran con los biorresiduos, es decir, no mezclar plásticos, cartones, vidrios o cualquier otro residuo que no sea de origen orgánico.

Mediante la Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, la preparación de la reutilización y el reciclado de calidad permite "establecer reglamentariamente el porcentaje máximo de impropios presente en cada una de las fracciones para su consideración como recogida separada". Igualmente, este porcentaje podrá ser reducido mediante orden ministerial. No obstante, la propia Ley prevé que el porcentaje máximo de impropios permitido sea del 20 por ciento desde 2022 y del 15 por ciento desde 2027[79].

Esta es una cifra muy alejada de la recomendada en la propia Guía para la implantación de la recogida separada y tratamiento de la fracción orgánica, elaborada desde el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en el año 2013, en la cual se concluye que los residuos impropios no deben

77. La Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular define "compost" en el artículo 2.i) como la "enmienda orgánica obtenida a partir del tratamiento biológico aerobio y termófilo de residuos biodegradables recogidos separadamente".

78. Oviedo-Ocaña *et al.* (2012: 69-70).

79. Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, artículo 25.4.

superar el 5 por ciento del total de residuos depositados (aunque lo ideal es que haya menos de un 2 por ciento de impropios).

Cuando el nivel de impropios en la fracción orgánica de recogida separada supera este porcentaje, se producen transferencias de contaminantes, perceptibles (vidrios, plásticos, etc.) o no (metales pesados), que afectan a la calidad de estos biorresiduos, además de complicar y encarecer su tratamiento para poder aprovecharlos[80].

Para alcanzar los objetivos de separación en origen, son las entidades locales las que deben establecer mecanismos de control, mediante caracterizaciones periódicas, y reducción de impropios para cada flujo de recogida separada.

En cuestión, las entidades locales deben adaptar las ordenanzas municipales, de manera que se garantice el cumplimiento de las nuevas obligaciones relativas a la recogida y gestión de los residuos de su competencia en los plazos fijados en la Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular. Para la adecuada gestión de los biorresiduos, la disposición final séptima permite fijar tasas o prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario, que promuevan "la diferenciación o reducción en el supuesto de prácticas de compostaje doméstico o comunitario o de separación y recogida separada de materia orgánica compostable".

La cantidad de residuos municipales biodegradables que se someta a tratamiento aerobio o anaerobio podrá contabilizarse como reciclada cuando ese tratamiento genere compost, digerido u otro resultado con una cantidad similar de contenido reciclado en relación con el residuo entrante, que vaya a utilizarse como producto, material, o sustancia reciclada. Ahora bien, a partir del 1 de enero de 2027 se podrán contabilizar como reciclados los biorresiduos municipales que se sometan a un tratamiento aerobio o anaerobio solo si han sido recogidos de forma separada o separados en origen.

En municipios con amplias zonas rurales se puede promover el compostaje doméstico, que es un proceso sencillo que puede ser complementario al servicio de recogida habitual, puesto que permite tratar los biorresiduos en origen.

2.5
Los biorresiduos en la contratación del sector público

La recogida selectiva de los biorresiduos ha adquirido un evidente protagonismo en la actividad de contratación del sector público. De este modo, cada

80. Rodríguez *et al.* (2013: 46).

vez es más frecuente el diseño de pliegos donde se integra la recogida separada de fracción orgánica y verde.

La forma de integrar el sistema de recogida es diversa y variada. Para ello, las entidades locales con mayores dificultades técnicas y organizativas han optado por integrar la recogida separada de los biorresiduos de forma paulatina, iniciando los contratos sin este sistema e implantando el operativo durante el transcurso del mismo y de modo progresivo en su territorio.

De modo habitual, las entidades locales suelen iniciar la implantación del compostaje de biorresiduos con los residuos verdes de parques y jardines, por la mayor sencillez que presenta su recogida y tratamiento, así como la comercialización del compost resultante. De cualquier modo, es imperativo gestionar separadamente los residuos de fracción orgánica (cocina) y fracción verde, porque dichas fracciones presentan propiedades muy diferentes[81].

Otras entidades locales han gestionado contratos públicos de recogida de biorresiduos de forma específica. Incluso se pueden localizar contratos exclusivamente sobre campañas informativas y de sensibilización con motivo de la implantación de la recogida diferenciada de biorresiduos.

A través del nuevo mandato legal, las empresas licitadoras deberán tener en cuenta la integración de la recogida selectiva de los biorresiduos en el diseño del servicio propuesto, tanto para los usuarios domiciliarios como para las actividades comerciales.

Las condiciones técnicas para la prestación del servicio no serán muy distintas a las empleadas para el resto de las fracciones. A su vez, es recomendable que cuando la recogida de la fracción orgánica sea implantada por primera vez, la Administración pública responsable valore la previsión de una campaña de formación y difusión a la ciudadanía para promover el adecuado conocimiento de la tipología de residuos que considera esta fracción y los beneficios de implantar su recogida separada.

A la hora de implantar la recogida separada de los biorresiduos, la Administración pública debe prever y valorar diversos factores, a saber: el sistema a implantar, la frecuencia de recogida, y el tratamiento y reciclado.

Con carácter previo la entidad local debe considerar dos aspectos esenciales: en primer lugar, los factores demográficos y socioeconómicos, como el número de habitantes, agregación familiar, número de hogares y viviendas, estacionalidad y flujos poblacionales, nivel de renta y empleo, y movilidad laboral. A nivel comercial debe identificar las tipologías de actividades comerciales, sectores económicos y número de establecimientos.

81. Ansorena Miner (2016: 87).

En segundo lugar, los aspectos urbanísticos, geográficos y climáticos, como la superficie del núcleo urbano y del término municipal (zonas urbanas y rurales), la tipología de viviendas (edificación vertical u horizontal) y la circulación urbana (longitud y anchura de calles, sentidos de circulación, pendientes, etcétera).

– *El sistema de recogida:*

Los sistemas de recogida de residuos utilizados, con carácter general, son el modelo de recogida puerta a puerta o el modelo de aportación mediante contenedores de superficie, contenedores soterrados o recogida neumática. De cualquier modo, es posible que en un mismo municipio coexistan diferentes sistemas de recogida en zonas diferenciadas, especialmente cuando cada una de ellas presente un conjunto de características (urbanísticas, socioeconómicas, etc.) homogéneas que lo permitan.

En España, el sistema más extendido de recogida de biorresiduos es la recogida a través de contenedores, para su posterior tratamiento en instalaciones específicas de reciclado[82]. No obstante, el modelo de recogida puerta a puerta es un sistema muy extendido en Europa y de reciente incorporación en la península. Este sistema consiste en la entrega de los residuos (domiciliarios o comerciales, selectivos o mezclados) por parte del generador en cada puerta, portal, patio interior u otras zonas accesibles del edificio o vivienda, de acuerdo con un calendario y horario preestablecidos[83].

El valor del modelo de recogida puerta a puerta viene dado por la importancia que tiene la adecuada separación en origen para el correcto tratamiento de los biorresiduos. Si para cualquier residuo es importante la separación en origen para el éxito final en su reciclaje, para la recogida de biorresiduos esta separación es fundamental. De esta manera, el digerido obtenido en las plantas de tratamiento de residuos mezclados no se considera compost, sino material bioestabilizado, y su utilización posterior como materia prima es casi residual, obligando a las entidades locales incluso a pagar para encontrar empresas que lo quieran utilizar.

– *Frecuencia de recogida:*

La frecuencia de recogida de las diversas fracciones de los residuos de competencia municipal es un claro indicador de la calidad del servicio pres-

82. Ansorena Miner (2016: 88). Según los datos obtenidos en el Programa de gestión de residuos de Cataluña, los costes totales del sistema de recogida puerta a puerta son de 120 euros por tonelada, frente a los 100 euros por tonelada correspondientes al sistema de cinco contenedores.

83. Subdirección General de Economía Circular y Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental (2022: 61).

tado y, al mismo tiempo, es el principal indicador de los costes asociados a la recogida.

En los biorresiduos, la fracción que requiere una mayor frecuencia de recogida es la fracción orgánica (por encima de la fracción verde), ya que por sus características es difícil mantenerla tanto en los domicilios como en las calles. Con carácter general, las frecuencias utilizadas para la recogida separada de la fracción orgánica son entre 3-7 veces a la semana.

La frecuencia varía dependiendo del sistema de recogida elegido. El sistema de recogidas puerta a puerta requiere del establecimiento de un calendario de recogida mediante el cual se pautan los días de la semana en que los usuarios deben aportar cada una de las diversas fracciones (que obviamente coincide con el día en que el servicio las acepta y recoge). En algunas ocasiones, en el caso de grandes municipios, pueden llegarse a establecer diversos calendarios de recogida para los diversos barrios o distritos[84].

Por el contrario, para los sistemas de contenedores no se estipula qué días los usuarios deben depositar los residuos, pero sí que se suele recomendar una franja horaria para su aportación. Es decir, los usuarios pueden depositar los residuos cualquier día, aunque el servicio internamente sigue un calendario de recogida.

– *Tratamiento y reciclado:*

El tratamiento y reciclado de los biorresiduos es una fase de la cadena de gestión considerablemente dependiente de la recogida segregada del desecho en origen, dado que, si el nivel de impropios en el residuo es elevado, las instalaciones se encuentran con graves problemas y con rendimientos que no justifican su coste ni su instalación[85].

En términos generales, las instalaciones de tratamiento de biorresiduos de competencia municipal de gran capacidad combinan tratamientos anaerobios y aerobios, con la finalidad de aprovechar las ventajas energéticas del biogás generado en la fase anaerobia y facilitar el tratamiento aerobio que revalorice el residuo en compostaje.

Ahora bien, las entidades locales deben tener presente que la digestión anaerobia, en condiciones óptimas, tiene un balance energético más favorable que el compostaje, pero es más costosa, tanto desde el punto de vista económico (instalación y mantenimiento) como de control, es menos robusta que el

84. Subdirección General de Economía Circular y Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental (2022: 56).

85. Subdirección General de Economía Circular y Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental (2022: 104).

compostaje y, en caso de ser aplicada a los residuos de competencia municipal, ambos sistemas coinciden en los problemas que generan los impropios[86].

3
La gestión de los residuos en la *Smart City*. La aplicación de las nuevas tecnologías en la recogida de los biorresiduos

3.1
Una aproximación al fenómeno de la *Smart City*

La sociedad contemporánea se caracteriza por la existencia de dos tendencias inevitables que están alterando todos los aspectos de la vida de su ciudadanía: por una parte, la creciente urbanización a escala mundial; y por otra, la revolución digital. En este contexto surge el concepto de "ciudad inteligente" o *Smart City*[87].

La Comisión de Ciudades Digitales y del Conocimiento de CGLU reconoce que el desarrollo y el auge de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) han generado un nuevo modelo de ciudad, donde la tecnología se posiciona como una herramienta esencial para hacer de las ciudades un lugar funcional, moderno y habitable[88]. De la necesidad de modificar los modelos de organización de las ciudades surge el concepto anglosajón de *Smart City*; un concepto que está en constante cambio y revisión[89]. En suma, como acertadamente expone Simou, "el concepto de la ciudad inteligente nace, en un entorno de plena revolución tecnológica, como un concepto extrajurídico abierto, evolutivo y, de momento, vago que está en proceso de construcción y depuración"[90]. Así, la configuración clásica del municipio está siendo objeto de un proceso de actualización para dar paso a la *Smart City*, con el fin estructural de hallar soluciones innovadoras a los problemas y retos que tienen que afrontar las ciudades de hoy en día[91].

Como acertadamente expone Zamora Roselló, las entidades locales "son competentes para la gestión de sus residuos y, por tanto, se encuentran en el eje para la transformación de un modelo que se encuentra obsoleto"[92].

86. Subdirección General de Economía Circular y Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental (2022: 106).
87. Fuentes i Gasó (2021: 127): "Se prevé que para el año 2020 el 60 % de la población será urbana, pero esta cifra seguirá aumentando hasta el 70 % en el año 2050; concretamente, se proyecta un crecimiento de 3,5 billones a 5 billones en 2030, lo que va a incrementar las necesidades de residentes, como, por ejemplo, el consumo energético".
88. Font i Llovet (2021).
89. Olmedo y López (2015: 42).
90. Simou (2021: 78).
91. Barrio Andrés (2016: 1).
92. Zamora Roselló (2018: 33).

El concepto de "*Smart City*" es un elemento novedoso y poco consensuado en la doctrina administrativa. Como indica Martínez Gutiérrez, se trata de un concepto todavía sometido a debate, y en proceso de construcción[93]. Desde la perspectiva jurídica, los elementos que pueden integrar una *Smart City* dificultan concretar una definición precisa. Asimismo, cada área doctrinal ha aportado su propio concepto.

Por su parte, Barrio Andrés define "*Smart City*" como "aquel municipio en el cual las inversiones contribuyen al desarrollo económico sostenible y a una alta calidad de vida con una adecuada gestión de los recursos naturales mediante un gobierno abierto"[94]. A su vez, García Rubio define este término como "un fenómeno de implantación en el entorno urbano de una serie de avances tecnológicos y disposiciones técnicas, que permiten una mejor relación con el entorno de la ciudadanía"[95].

De un modo más amplio, el *EIP-SC European Innovation Partnership on Smart Cities and Communities* concluye que "las Ciudades Inteligentes deben ser consideradas como sistemas de personas que interactúan y usan flujos de energía, materiales, servicios y financiación para catalizar el desarrollo económico sostenible, la resiliencia, y una alta calidad de vida; estos flujos e interacciones se hacen 'inteligentes' mediante el uso estratégico de infraestructuras y servicios de TICs en un proceso de planificación urbana y gestión transparentes que responda a las necesidades sociales y económicas de la sociedad".

Para el derecho administrativo, la *Smart City* supone la integración de las nuevas tecnologías, como las Tecnologías de la Información y la Comunicación, en las Administraciones locales, con carácter especial para la mejora en la aplicación de los servicios municipales. Este binomio que se origina de la unión de la Administración local y sus servicios, de un lado, y las nuevas tecnologías, de otro, está también sometido a desarrollos tecnológicos como el *big data*[96]. Más aún, la *Smart City* integra elementos de innovación económica y productiva (*smart economy*); de gestión de servicios (*smart governance*); de mejoras tecnológicas en la ciudad (*smart citizens*); de aplicaciones medioambientales y del entorno (*smart environment*); y de bienestar, aplicables a educación, cultura, sanidad y turismo (*smart living*)[97].

De cualquier modo, España se encuentra todavía lejos de albergar una ciudad inteligente. En todo caso, y siguiendo las conclusiones de Almeida Cerreda y Santiago Iglesias, "podríamos hablar de comunidades inteligentes pilo-

93. Martínez Gutiérrez (2021: 35).
94. Barrio Andrés (2016: 2).
95. García Rubio (2014: 50).
96. Simou (2021: 78); Capdeferro Villagrasa (2021: 125).
97. Olmedo y López (2015: 44).

to, es decir, aquellas en cuyo ámbito espacial se han diseñado e implementado acciones específicas relativas a una o, incluso, más dimensiones –como, por ejemplo, la introducción de sistemas inteligentes de movilidad o de recogida de residuos–, pero cuyas iniciativas son administradas de forma aislada, tratándose, en la mayoría de los casos, de soluciones a un problema concreto"[98].

3.2
Las nuevas tecnologías aplicadas a la gestión de residuos

Una de las finalidades más destacables de la *Smart City* es el empleo de la tecnología y los datos disponibles para prestar servicios más proactivos, participativos, de calidad y eficientes relacionados con la movilidad y el transporte, la gestión de los residuos, la seguridad de los asentamientos urbanos, el alumbrado público, la gestión de la energía y del agua en las ciudades[99].

Las nuevas tecnologías se han convertido en una herramienta esencial para la gestión de determinados servicios municipales, donde destaca la recogida de residuos, especialmente, pudiendo ayudar a los responsables técnicos a incrementar la recogida selectiva y realizar un mayor control del servicio. La implantación de determinadas tecnologías permite realizar una gestión integrada de los elementos y servicios ofrecidos para mejorar y optimizar su prestación; identificar la participación ciudadana en los sistemas de recogida selectiva y tratamiento de residuos u ofrecer otros incentivos, impulsar sistemas de pago por generación, etc.

Desde hace algunos años, la integración de las nuevas tecnologías en los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos está en constante auge, aunque conviene aclarar que esta unión se viene desarrollando desde hace aproximadamente veinte años, con especial intensidad, en los municipios del norte de la península.

Al respecto, la Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, en su artículo 25.2, anima a implantar "entre los modelos de recogida de las fracciones que establezcan las Entidades locales [...] los modelos de recogida más eficientes, como el puerta a puerta y el uso de contenedores cerrados o inteligentes".

La tecnología empleada ha variado durante los últimos años, desde tarjetas de apertura y acceso a los contenedores, pasando por códigos QR, y, actualmente, sistemas NFC. A continuación, se procede a analizar los prin-

98. Almeida y Santiago (2021: 48).
99. Simou (2021: 80).

cipales sistemas tecnológicos empleados en la recogida separada de residuos municipales en general, y los biorresiduos, en particular:

❖ *La tarjeta magnética*:[100]

El dispositivo tecnológico más extendido en la recogida separada de biorresiduos son las tarjetas magnéticas. Mediante el uso de esta herramienta se permite programar la frecuencia y el sujeto que puede abrir los contenedores. Para ello, la entidad local tiene la capacidad de programar mediante un *software* informático qué días quiere que el contenedor se pueda abrir, en función de las necesidades y objetivos que se quieran conseguir. Asimismo, la tarjeta permite la identificación de los usuarios mediante el lector instalado en el contenedor. Esto establece un sistema de recogida que evita el anonimato del usuario y, a la vez, adopta un control sobre quién utiliza el contenedor, con qué frecuencia e incluso qué residuos deposita.

El sistema de apertura de los contenedores mediante tarjeta magnética requiere de los siguientes elementos: un cierre electrónico que lee la tarjeta del usuario y que integra los permisos para abrir el contenedor; un software informático de gestión de los permisos de apertura de los contenedores y control de usuarios; y las tarjetas inteligentes que contienen los perfiles de acceso de los usuarios autorizados y la información de los contenedores, horarios, etc.

100. A modo de ejemplo, la Mancomunidad de Servicios de Txingudi incorporó en 2013 el contenedor marrón para la recogida de la fracción orgánica. Inicialmente, la recogida se realizaba a través de contenedores de apertura con llave, sistema que se cambió a finales del 2016 pasando a contenedores con apertura electrónica. La Mancomunidad Sasieta presta el servicio de recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos generados en el ámbito de los 22 municipios. La apertura de los contenedores se realiza mediante una tarjeta inteligente que los ciudadanos deben solicitar al Ayuntamiento. En julio de 2014, San Sebastián (186 370 habitantes) implantó el quinto contenedor para la recogida de la fracción orgánica. Estos contenedores, ubicados en la vía pública, están dotados con una cerradura electrónica y solo se pueden abrir con la tarjeta, que los ciudadanos deben solicitar al Ayuntamiento. La Mancomunidad Urola Kosta presta el servicio de recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos generados en el ámbito de los 5 municipios. A partir del 1 de febrero de 2018, entró en funcionamiento un nuevo sistema de recogida de residuos, que incluye el uso de una tarjeta electrónica para abrir los contenedores de las fracciones materia orgánica y resto. La Mancomunidad Comarcal de Debabarrena presta el servicio de gestión integral de los residuos urbanos y asimilables y de limpieza viaria pública en el ámbito de los 8 municipios que la integran: Deba, Eibar, Elgoibar, Ermua, Mallabia, Mendaro, Mutriku y Soraluze. A partir del 2014, se cambió el sistema sustituyendo la apertura con llave por contenedores con apertura electrónica, empleando la tecnología RFID. En el municipio de Sevilla, en diciembre de 2018 se instalaron los primeros contenedores inteligentes de fracción orgánica en los hogares y comercios de determinados barrios. Se instalaron un total de 150 contenedores con sistema de apertura electrónica personalizada en la vía pública. Se prevé que en el año 2023 el nuevo sistema de recogida de la fracción orgánica esté instalado en todos los barrios de la ciudad. Más información en el siguiente enlace: https://www.sostenibilidadresiduos.es/incorporacion-de-sistemas-de-apertura-con-tarjeta– (última consulta, 5 de abril de 2022).

Este complejo sistema permite identificar a los usuarios que participan en los esquemas de recogida selectiva, que en muchos municipios y en determinados residuos (como los biorresiduos o la fracción orgánica) suele ser a través de una participación de naturaleza voluntaria.

Las tarjetas magnéticas se pueden vincular a un determinado domicilio o comercio y permiten realizar lecturas en tiempo real. En este contexto, esta tecnología permite mejorar la eficiencia del servicio de recogida, con la posibilidad de introducir y consultar las incidencias asociadas al servicio en tiempo real y, por tanto, resolver las incidencias de una forma más rápida y ágil; realizar un seguimiento de los hogares y comercios que participan de forma activa en los esquemas de recogida selectiva; otorgar bonificaciones y/o imponer sanciones gracias a la posibilidad de identificar a su propietario; e implantar sistemas de pago por generación[101].

❖ *La tecnología QR (siglas en inglés, Quick Response)*:[102]

La tecnología QR no representa una herramienta de especial novedad; sin embargo, las amplias limitaciones generadas por la pandemia ocasionada por el SARS-CoV2 han extendido en gran medida la implantación de esta herramienta en multitud de ámbitos. Particularmente, su empleo a través de *smartphone* facilita el uso, prescindiendo de otros elementos como la tarjeta magnética. Por tanto, mediante la colocación de adhesivos QR y *smartphone* o dispositivos *Tablet* se pueden conectar los elementos de la ciudad con usuarios, trabajadores y gestores.

101. Ecovidrio. Utilización de la tecnología RFID en la recogida de residuos: https://www.sostenibilidadresiduos.es/media/files/Actuaciones/Codigo_06/Codi_06.pdf (última consulta, 5 de abril de 2022).

102. A modo ejemplo, en el municipio de Usurbil (6165 habitantes) en 2014 se implantó un sistema de pago por generación, circunstancia que provocó la introducción de cambios en el sistema de recogida de residuos puerta a puerta. Concretamente, se modificó el modo de depositar la fracción resto que, en vez de sacarse con una bolsa, se saca a través de un cubo gris de 10 litros que el Ayuntamiento de Usurbil repartió en cada barrio de forma gratuita. Cada cubo dispone de una etiqueta identificativa de la vivienda (código QR y código de barras), posibilitando, así, que se desarrolle un sistema de pago por generación para calcular el importe de la tasa de residuos. La Mancomunitat d'Escombraries de l'Urgellet presta el servicio de recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos generados en el ámbito de los 11 municipios; a finales de 2017, impulsó una prueba piloto para incentivar la recogida selectiva mediante el uso de la tecnología QR. El proyecto, que contó con la participación de 200 familias voluntarias durante cuatro meses, consistía en la identificación de los usuarios mediante una aplicación para *smartphones* y el uso de un adhesivo QR colocado en todos los contenedores, manteniéndolos siempre abiertos. Finalmente, Logroño (150 979 habitantes) y Palma (406 492 habitantes) participan en el proyecto TagItSmart, que implica la utilización de la tecnología QR en la recogida de residuos. Más información en el siguiente enlace: https://sostenibilidadresiduos.es/utilizacion-de-la-tecnologia-qr-para-incrementar-l (última consulta, 5 de abril de 2022).

Del mismo modo, este sistema permite identificar a los usuarios que participan en la recogida selectiva, aplicar bonificaciones o implementar sistemas de pago por generación. El sistema también se puede utilizar para recoger las incidencias del servicio, tanto por parte de los operarios de la recogida como por los servicios de inspección y control.

Asimismo, el sistema permite implantar adhesivos QR en las bolsas que se pueden disponer de modo específico en determinados comercios con cierta incidencia en la producción de residuos. Estas bolsas se pueden utilizar en municipios con un sistema de recogida de residuos con contenedores en la vía pública, aun cuando su aplicación es especialmente interesante en municipios con un sistema de recogida puerta a puerta.

❖ *La tecnología NFC (siglas en inglés, Near Field Communication)*:[103]

La tecnología NFC es un sistema de comunicación inalámbrico integrado en los *smartphones* y dispositivos *Tablet*, que se utiliza para múltiples aplicaciones, principalmente para realizar pagos con tarjeta de crédito o débito, transferir archivos digitales, etcétera.

Esta tecnología implica un funcionamiento similar a los códigos QR. Requiere la colocación de chips NFC en los contenedores, que identifican al usuario simplemente con acercar el *smartphone*. Esto permite la apertura del contenedor, con el consiguiente rastreo de los residuos depositados, frecuencia y peso.

Aunque en la práctica los códigos QR y la tecnología NFC implican sistemas de funcionamiento similares, ciertamente existen algunas diferencias entre ambas herramientas:

- La tecnología NFC es más sencilla e intuitiva. Es suficiente con acercar un dispositivo *Tablet* o *smartphone* al chip del contenedor. Por otro lado, los códigos QR necesitan aplicar la cámara del móvil para leer el contenido.
- La tecnología NFC permite una lectura más rápida. Los códigos QR precisan del enfoque de la cámara.

103. En 2017, Mollet del Vallès (51 128 habitantes) inició una prueba piloto con la implantación de 1500 chips NFC en los contenedores de recogida de residuos, con el objetivo de mejorar la gestión de la recogida y ganar en eficiencia. El Consell Comarcal de la Segarra presta el servicio de recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos generados en el ámbito de los municipios que lo integran. Tras constatar el estancamiento de los niveles de recogida selectiva, a finales de 2017, se apostó por la innovación, incorporando la tecnología NFC en el modelo de gestión. Esta tecnología se ha extendido de manera progresiva en los municipios de Guissona (7014 habitantes), Torà (1223 habitantes) y Sant Guim de Freixenet (1028 habitantes). Más información en el siguiente enlace: https://www.sostenibilidadresiduos.es/utilizacion-de-la-tecnologia-nfc-en-la-recogida-de (última consulta, 5 de abril de 2022).

– Por otro lado, los códigos QR son algo más sencillo y barato de implementar en comparación con la tecnología NFC y sus etiquetas. Además, se pueden aplicar también a las bolsas de basura.
– Finalmente, la tecnología NFC requiere dispositivos que permitan su uso. Al contrario que los códigos QR, en la actualidad esta tecnología no está suficientemente extendida.

❖ *Los contenedores inteligentes con sensor de nivel de llenado FLS (por sus siglas en inglés, Filling Level Sensor)*:[104]

Es una tecnología muy extendida en los servicios municipales de recogida de residuos sólidos urbanos. Se trata de un sensor ultrasónico que se instala en la tapa del contenedor, con independencia de si se trata de un contenedor soterrado, semisoterrado o de superficie. Gracias a la transmisión de datos en tiempo real, permite conocer toda la información sobre el nivel de llenado y el estado del contenedor. Esta información optimiza rutas de recolección, y genera horarios de vaciado adaptados, además de reducir la contaminación acústica y las emisiones de carbono de los camiones de recogida.

4
Conclusiones

– En las políticas ambientales es cada vez más habitual dedicar un espacio a la gestión de los residuos. A su vez, en cómputos globales, la producción de residuos municipales abarca entre el 7-10 por ciento de los residuos totales generados en el territorio de la Unión Europea[105]. Suficiente muestra de la relevancia que adquieren las entidades locales para la consecución de los distintos objetivos ambientales.

  Ello supone el desarrollo de políticas locales orientadas esencialmente sobre el principio de jerarquía de residuos y los valores que inspiran la economía circular. Sin embargo, en España (donde se generan 23 millones de toneladas de residuos municipales al año) el vertido de residuos alcanza un 53,6 por ciento sobre el total[106]. Todo

104. Santander (171 951 habitantes) participa en dos proyectos: OrganiCity y UrbanWaste. En 2018, en el marco del proyecto OrganiCity, Santander ha empezado a probar un sistema de control de llenado de contenedores mediante la instalación de pulsadores en los contenedores de recogida de vidrio.
105. Fernández y Oteiza (2020).
106. Eurostat. *Statistics Explained. Municipal waste statistics*. Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics– explained/index.php?title=Municipal_waste_statistics#Further_Eurostat_information (última consulta, 5 de abril de 2022).

ello, con políticas muy residuales y poco eficientes de valorización y reciclado de desechos. En conjunto, la gestión de residuos municipales en España muestra unos resultados claramente deficientes, especialmente en la comparativa con el resto de los Estados miembros de la Unión Europea.

– La nueva Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular llega para extender los sistemas de segregación en origen y de mejora de la gestión de la fracción orgánica. No obstante, como ha sido expuesto, en la práctica muchos municipios ya disponen de mecanismos de recogida segregada de estos residuos, por lo que no cabe esperar una mejora destacable en cuanto a su vertido y gestión.

  En lo referente a los biorresiduos, el gran reto para aquellos municipios que se inicien en su gestión es conseguir una eficiente recogida segregada en origen, evitando la mezcla de residuos impropios. Este reto es distintivo de los biorresiduos frente a otros residuos municipales como el plástico o el papel. Para ello, es fundamental una adecuada organización y previsión del servicio de recogida.

– En España se evidencia un cierto retraso en las políticas locales de gestión de residuos, donde se continúan diseñando políticas para alcanzar objetivos de valorización y reciclaje de desechos, sin alcanzar los objetivos fijados. Mientras en otros países europeos, donde se ha superado la gestión de residuos mediante su depósito en vertederos, centran sus políticas actuales en el objetivo "cero residuos".

  En consecuencia, parece evidente que las entidades locales deben centrar sus esfuerzos no solo en la segregación de origen, sino con carácter especial en la disminución de la generación de residuos. El modelo que pretende implantar la *Smart City*, a través del cual se utilizan las nuevas tecnologías para la gestión de servicios públicos, parece la respuesta evidente. Para ello, hay que valorar el uso de sistemas interoperables, tecnología *big data* y otras herramientas tecnológicas que permitan una gestión inteligente de los residuos.

– La contratación pública se estima como un instrumento esencial para alcanzar las mejoras necesarias. Por ello, las entidades locales deben valorar las siguientes acciones: utilizar los pliegos como mecanismos de configuración de servicios eficientes, y adaptados a las características del municipio; incentivar los servicios de calidad y respeto medioambiental por encima de los valores económicos; promover servicios con un amplio desarrollo tecnológico y herramientas vanguardistas; emplear la contratación pública para mejorar los

mecanismos de información y formación ciudadana; y aprovechar la experiencia del sector privado para aportar mejoras técnicas, tecnológicas y de gestión en los servicios de recogida de residuos.

5
Bibliografía

Alenza García, J. F. (2018). Los municipios ante los retos de la prevención, el aprovechamiento y la eliminación segura de los residuos. En M.ª R. Alonso Ibáñez (dir.). *Retos del desarrollo urbano sostenible e integrado* (pp. 269-296). Valencia: Tirant lo Blanch.

Almeida Cerreda, M. y Santiago Iglesias, D. (2021). Las *smart communities*: un instrumento para alcanzar, de forma planificada y concertada, el equilibrio en la distribución espacial de la población. *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), 56, 14-54.

Alonso Suárez, L. (2021). La aplicación de la tecnología blockchain en las ciudades inteligentes: hacia una gestión urbana descentralizada e inteligente. *European Review of Digital Administration & Law*, 2 (1), 107-126.

Ansorena, J., González, A. y Moreno, A. (2011). La gestión de los biorresiduos en el marco de la legislación comunitaria (I). Recogida selectiva. *Residuos: Revista Técnica*, 121, 16-23.

Ansorena Miner, J. (2011). El compost de biorresiduos en la legislación española: luces y sombras. *Residuos: Revista Técnica*, 122, 66-71.

— (2016). *El compost de biorresiduos. Normativa, calidad y aplicaciones*. Ediciones Mundi-Prensa.

Arana García, E. y Conde Antequera, J. (2009). Residuos municipales. En D. J. Vera Jurado y E. M. Álvarez González (dirs.). *Competencias ambientales de las entidades locales en Andalucía* (pp. 493-576). Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI).

Barrio Andrés, M. (2016). La *smart city*: versión 2.0 del municipio. *Documentación Administrativa, Nueva Época*, 3.

Bourges, L. (2016). Calidad y seguridad alimentarias europeas: ¿lujo y necesidad o un enfoque global extendido? *REDUR*, 14, 17-29.

Capdeferro Villagrasa, O. (2021). Planeamiento urbanístico inteligente para la construcción de la *smart city* y el *smart campus*. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 343, 117-154.

Consejería de Desarrollo Sostenible de Castilla-La Mancha (2021). *Guía metodológica para la implantación de la recogida selectiva de la materia orgánica*.

Fernández de Gatta Sánchez, D. (2021). Avances en la economía circular. Nueva legislación sobre residuos y plásticos. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 108, 5-50.

Fernández Homar, Á. y Oteiza Fernández-Llebrez, J. M.ª (2020). Diagnóstico y escenario de cumplimiento de los objetivos de residuos municipales 2025-2030-2035. *CONAMA 2020. Congreso Nacional del Medio Ambiente*. Madrid. Disponible en: http://www.conama11.vsf.es/conama10/download/files/conama2020/CT%202020/5299.pdf.

Font i Llovet, T. (2021). La ciudad inteligente como actor global. *European Review of Digital Administration & Law*, 2 (1), 19-32.

Fuentes i Gasó, J. R. (2021). Patrimonio cultural y *smart city*: la transformación integral de la ciudad. *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), 57, 124-171.

García Rubio, F. (2014). Planeamiento, movilidad y sostenibilidad urbana. Un análisis desde las Smart cities. *Práctica Urbanística*, 131, 38-53.

González-Jiménez, Y. y Villalobos-Morales, J. (2021). Manejo ambiental de residuos orgánicos: estado del arte de la generación de compostaje a partir de residuos sólidos provenientes de sistemas de trampas de grasa y aceite. *Revista Tecnología en Marcha*, 34 (2), 11-22.

López Ramón, F. (2018). La construcción del ordenamiento ambiental español. *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), 46, 14-31.

Lozano Cutanda, B. y Poveda Gómez, P. (2021). Real Decreto 646/2020 sobre la eliminación de residuos mediante depósito en vertederos: principales novedades. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 108, 52-64.

Martínez Gutiérrez, R. (2021). *Smart cities* y protección del medio ambiente. *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), 57, 33-60.

Menéndez Rexach, Á., Ortega Bernardo, J. y De Marcos Fernández, A. (2011). Marco jurídico de la gestión de los residuos. En Á. Menéndez Rexach y J. Ortega Bernardo (dirs.). *Competencias y coordinación en la gestión de residuos por las distintas Administraciones públicas* (pp. 21-54). Madrid: Consejo Económico y Social.

Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (2018). *Memoria anual de generación y gestión de residuos de competencia municipal*. Disponible en: https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/publicaciones/memoriaresiduosmunicipales2018_tcm30-521965.pdf.

Montoro i Chiner, M.ª J. (2000). El Estado ambiental de derecho. Bases constitucionales. En F. Sosa Wagner (coord.). *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (tomo III, pp. 3437-3466). Valencia: Tirant lo Blanch.

Olmedo Moreno, E. M.ª y López Delgado, A. (2015). De la Smart City a la Smart Human City. Inclusión digital en aplicaciones. *Revista Fuentes*, 17, 41-65.

Oviedo-Ocaña, R., Marmolejo-Rebellón, L. y Torres-Lozada, P. (2012). Perspectivas de aplicación del compostaje de biorresiduos provenientes de residuos sólidos municipales. Un enfoque desde lo global a lo local. *Revista Ingenierías Universidad de Medellín*, 11 (20), 67-76.

Revuelta Pérez, I. (2020). Jurisprudencia al día. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Italia. Residuos. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 11 junio 2020.

Rico Vallejo, C. (2021). La recogida de biorresiduos es una realidad en Getafe. *Equipamiento y Servicios Municipales*, primer trimestre 2021.

Rodríguez, A., Ruiz, M. y Rueda, S. (dirs.). (2013). *Gestión de biorresiduos de competencia municipal. Guía para la implantación de la recogida separada y tratamiento de la fracción orgánica*. Madrid: Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Ruiz de Apodaca Espinosa, A. (2014). La intervención establecida por la Ley sobre la producción y gestión de residuos, los biorresiduos y el restablecimiento de la legalidad ambiental. En F. García-Moreno Rodríguez (dir.). *Comentarios sistemáticos a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados* (pp. 229-378). Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.

Salamero Teixidó, L. (2020). Nuevo reto medioambiental en la Unión Europea. La prevención y gestión de los residuos alimentarios según la directiva marco de residuos tras su última modificación. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 203, 249-280.

Seguí, L., Medina, R. y Guerrero, H. (2018). *Gestión de residuos y economía circular*. EAE Business School. Disponible en: http://marketing.eae.es/prensa/SRC_Residuos.pdf.

Simou, S. (2021). Instrumentos jurídicos locales en materia de cambio climático y su relación con las "smart cities". *European Review of Digital Administration & Law*, 2 (1), 77-106.

Subdirección General de Economía Circular y Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental (2022). *Estrategia Española de Economía Circular. España Circular 2030*. Madrid: Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

Zamora Roselló, M.ª R. (2018). Administración Local y residuos: desafíos ambientales y energéticos. *Revista Administrativa de la Abogacía*, 1, 21-34.

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de marzo a 1 de junio de 2022)[1]

Víctor Escartín Escudé

Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (Sala Tercera). Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza

1. Consideraciones previas

2. Régimen local

2.1. Sometimiento de una entidad local al régimen jurídico de acceso a la información pública

2.2. Requisitos para la modificación de estatutos de una mancomunidad de municipios a la luz de la normativa local

2.3. Imputación de deuda en el marco del Protocolo de Déficit Excesivo en el ámbito local (contrato de concesión para la construcción, mantenimiento y explotación de la Línea 1 del Tranvía de Murcia)

2.4. Cómputo del plazo para recurrir en sede contencioso-administrativa una resolución (de un ente local) notificada en el mes de agosto

2.5. Asunción de la limpieza del viario público y los consumos del alumbrado por una Entidad Urbanística de Conservación

2.6. Validez de las Instrucciones para la gestión del padrón municipal de los habitantes de Melilla

3. Función pública

3.1. Temporalidad en el empleo público. Adscripción provisional y consolidación del grado personal

3.2. Indemnización por la asistencia a pruebas selectivas para el ingreso en cuerpos o escalas mediante pruebas de promoción interna

3.3. Revisión de oficio de las bases por la que se rige un proceso selectivo

3.4. Naturaleza de los incentivos a la jubilación anticipada de los empleados públicos municipales acordados por las corporaciones locales

1. Crónica realizada sobre la base de las sentencias publicadas en el fondo documental del CENDOJ a fecha de 7 de junio de 2022. En caso de existir algún pronunciamiento de interés, correspondiente a los últimos días de mayo, que no haya sido publicado a la fecha de entrega de esta crónica, se incorporará a la crónica del próximo número de la revista.

3.5. Efectos de exclusión de un aspirante al proceso selectivo que fue declarada no conforme a derecho

3.6. Posibilidad de licencia por enfermedad en situación administrativa de suspensión de funciones

3.7. Procesos selectivos de ingreso en la Administración pública. Necesaria publicación previa de los criterios de calificación de los ejercicios que los integran

3.8. Incumplimiento del plazo de subsanación tras la solicitud de participación en el proceso selectivo. Interpretación del artículo 68.1 de la Ley 39/2015

3.9. Reconocimiento de los servicios previos prestados como personal laboral ante despido improcedente

3.10. Incentivos a la jubilación anticipada de los empleados públicos municipales –policías locales–

4. Contratación del sector público

4.1. Resolución y liquidación de concesión en caso de concurso del concesionario

4.2. Resolución de contratos sin liquidación. Prescripción para solicitar el pago de las obras realizadas

4.3. Plazo de prescripción de la acción de reclamación de intereses de demora en la contratación

4.4. Efectos de la declaración de nulidad de un contrato administrativo

4.5. Inclusión del IVA en el cálculo de los intereses de demora por retraso de la Administración en el pago de facturas derivadas del contrato administrativo

4.6. Resolución de contrato de obras. Oposición del contratista

4.7. Resolución de un contrato mixto de obra y explotación de un servicio municipal

4.8. Infracción del deber de secreto en los procedimientos de contratación. Valoración del principio de proporcionalidad a la hora de proceder a la expulsión de la empresa adjudicataria

4.9. Sobre la caducidad en la liquidación de contratos

5. Tributos

5.1. ICIO. Liquidación tributaria tras la anulación de una anterior. Plazo de prescripción

5.2. Aprovechamiento especial de bienes del dominio público. Tipo de gravamen aplicable

5.3. Impugnación de liquidaciones del impuesto sobre bienes inmuebles y valoración catastral del inmueble

5.4. Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. Exención. Propietario del inmueble y dueño de la obra

5.5. Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. Solicitud de devolución de ingresos indebidos

5.6. Tasa local por prestación de servicios en galerías municipales. Aplicabilidad de la exención del artículo 21.2 TRLHL

5.7. Definición del hecho imponible por Ordenanza reguladora de guardería rural

5.8. Entrada y registro en domicilio efectuados por la Administración en virtud de autorización judicial posteriormente declarada nula

6. Otras materias (subvenciones, urbanismo, expropiación forzosa, medio ambiente)

6.1. Reintegro de una subvención por incumplimiento de la obligación de justificación. Determinación de la cuantía a reintegrar. Posible aplicación del principio de proporcionalidad

6.2. Relevancia del Plan Estratégico de Subvenciones en el procedimiento de otorgamiento de subvenciones aprobado por una Administración local. Planteamiento de cuestión de ilegalidad

6.3. Determinación de la fecha de justificación de una subvención cuando el gasto ha sido abonado mediante talón nominativo

6.4. Determinación del justiprecio por el método residual estático. Los gastos que han de considerarse para el cálculo del coeficiente K y los que sirven para calcular el Vc

6.5. Evaluación ambiental estratégica en la modificación de planes urbanísticos

1
Consideraciones previas

En la presente crónica se ha tratado de compilar, con vocación sistemática, la principal doctrina jurisprudencial emanada de las distintas secciones de Enjuiciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa al régimen jurídico y de funcionamiento de las entidades locales. Por ello, además de incluirse los principales pronunciamientos en los que, por estrictos motivos subjetivos, se hallan implicadas entidades locales (en los que, por lo común, se interpretan, directamente, aspectos del régimen jurídico local), también se incluye el análisis de otras sentencias que fijan doctrina jurisprudencial en materias generales que afectan a la praxis administrativa habitual de las entidades locales, ya sea en materia de contratos del sector público, ya en materia tributaria, en empleo público, urbanismo, medio ambiente o en la actividad subvencional, entre otras.

La crónica se presenta, por tanto, estructurada en epígrafes que agrupan pronunciamientos del Tribunal Supremo sistematizados por razón de la materia, enunciándose cada uno estos pronunciamientos con un título-resumen representativo de su contenido, sus antecedentes fácticos, la cuestión de interés casacional planteada, la normativa interpretada y, finalmente, la doctrina jurisprudencial que se fija en respuesta a la cuestión suscitada.

2
Régimen local

2.1
Sometimiento de una entidad local al régimen jurídico de acceso a la información pública

Mediante sentencia de 5 de abril de 2022 (rec. 3060/2020, ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat), el Tribunal Supremo resuelve un relevante asunto en el que se dilucida el sometimiento o no, a tenor de la normativa estatal y autonómica vigente, de una entidad local al régimen jurídico de acceso a la información pública en la Región de Murcia.

En el supuesto de hecho, la sentencia impugnada, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, declara la conformidad a derecho de una resolución del Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia que inadmite la reclamación formulada de acceso a la información pública frente al Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas por falta de competencia y legitimación pasiva, de conformidad con las facultades atribuidas a dicho organismo de control por el artículo 5 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en cuanto entiende que dicho organismo no puede ejercer más competencias que las determinadas en la referida ley autonómica. Previsión sobre la que la recurrente aduce una infracción del artículo 2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que establece el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa estatal, que incluye a las entidades que integran la Administración local.

En este sentido, la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en "aclarar el régimen jurídico de las reclamaciones frente a resoluciones expresas o presuntas de los entes locales de la Región de Murcia en materia de acceso a la información pública, y, a tal efecto, precisar si resulta posible una interpretación integradora de lo dispuesto en los artículos 2, 24 y Disposición adicional cuarta de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno y de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Región de Murcia de la ley autonómica de transparencia, por la vía del artículo 149.3 CE; o si, por el contrario, existen fundadas dudas sobre la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley autonómica que obliguen a plantear una cuestión de inconstitucionalidad".

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos en la sentencia, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y da respuesta a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declarando lo siguiente:

> "1.– La normativa reguladora del derecho de acceso a la información pública establecida en la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en lo referente al ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, la estructura del procedimiento de impugnación y, específicamente, del procedimiento de reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o ante los Consejos de Transparencia que instituyan las Comunidades Autónomas, así como las reglas de colaboración entre estos organismos de control, por su carácter de legislación básica, al adoptarse al amparo del artículo 149.1.1 y 1.18 de la Constitución, en cuánto persiguen garantizar un tratamiento común de los administrados ante todas las Administraciones Públicas en esta materia, condiciona de forma vinculante la normativa de desarrollo que adopten las Comunidades Autónomas.
>
> 2.– El artículo 5 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la norma autonómica, debe integrarse, de conformidad con la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal contenida en el artículo 149.3 de la Constitución, con el artículo 2 de Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de modo que el Consejo de Transparencia de la Región de Murcia debe conocer de las reclamaciones formuladas contra resoluciones expresas o presuntas denegaciones del derecho de acceso a la información pública dictadas por las Entidades que integran la Administración local radicadas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Murcia, a salvo que la Comunidad Autónoma acuerde mediante ley atribuir la competencia de resolución al Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno estatal, en los términos del apartado 2 de la disposición adicional cuarta de la citada ley estatal".

2.2
Requisitos para la modificación de estatutos de una mancomunidad de municipios a la luz de la normativa local

En la sentencia de 4 de abril de 2022 (rec. 7312/2018, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez) se responde a la cuestión de interés casacional relativa a si la modificación parcial de los estatutos de la Mancomunidad de Muni-

cipios de la Costa del Sol Occidental debió ser sometida a la aprobación por los plenos de todos los ayuntamientos afectados, o si la regulación de esta materia recogida en la Ley andaluza 5/2010 ha suprimido ese requisito, que anteriormente resultaba exigible.

No obstante, dadas las dudas de constitucionalidad que planteaba la resolución del supuesto, el Tribunal Supremo planteó cuestión de inconstitucionalidad, que se resolvió mediante STC de 9 de febrero de 2022, declarando la inconstitucionalidad y anulando el inciso "y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal" del artículo 74.2 de la Ley andaluza 5/2010, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA).

Este pronunciamiento lleva a que el Tribunal Supremo declare que "esta Sala no puede ni debe añadir nada a lo que, con absoluta claridad, se desprende de la arriba mencionada sentencia del Tribunal Constitucional. Es incuestionable que, tras la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente anulación del mencionado inciso del art. 74.2 de la LAULA, el presente recurso de casación no puede prosperar. En efecto, dicho inciso establecía qué órgano era competente para la aprobación de las modificaciones de los estatutos de las mancomunidades de municipios y, por ello mismo, desaparecido dicho inciso del ordenamiento desaparece también la base normativa de la modificación estatutaria aquí discutida. La única conclusión posible es así que dicha modificación estatutaria es ilegal, de manera que elfallo de la sentencia impugnada debe ser confirmado. Dicho esto, es conveniente hacer dos observaciones adicionales. La primera es que las alegaciones de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental y del Ayuntamiento de Marbella acerca de la razón determinante de la declaración de inconstitucionalidad del inciso 'y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal' del art. 74.2 de la LAULA son, en este momento, irrelevantes. Es cierto que el Tribunal Constitucional no ha afirmado que la legislación autonómica de régimen local deba introducir, para la aprobación de las modificaciones de los estatutos de las mancomunidades de municipios, una norma idéntica a la establecida por el art. 44.3 de la LBRL para su aprobación inicial: 'similar' no es necesariamente lo mismo que 'igual'. El legislador autonómico dispone de cierto margen al respecto, siempre según el Tribunal Constitucional; margen cuya amplitud depende del grado de incidencia en los intereses municipales de la modificación estatutaria que se pretenda aprobar. Pero todo ello no deja de ser una mera consideración pro futuro, que habrá de ser tenida en cuenta por el legislador autonómico a la hora de elaborar una nueva regulación de esta materia. En este momento, la única realidad es que la norma legal en que se basó la modificación estatutaria aquí discutida ha dejado de existir; lo que arrastra al acto de aplicación que es objeto del litigio. Cualesquiera conside-

raciones sobre la mayor o menor importancia objetiva del contenido de dicha modificación estatutaria son, así, irrelevantes. La otra observación adicional es que, tal como se indicó en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, esta Sala no comparte necesariamente la argumentación de la sentencia impugnada, según la cual debe estarse al marco normativo vigente en el momento en que los ayuntamientos prestaron su consentimiento de adhesión a una mancomunidad de municipios. Pero, cualquiera que sea el juicio sobre ese extremo, ello no obsta a que –en ausencia del inciso del art. 74.2 de la LAULA ahora anulado– hay que aplicar la regulación anterior; y ésta, según explica la sentencia impugnada, preveía la intervención de los plenos de todos los ayuntamientos mancomunados".

2.3
Imputación de deuda en el marco del Protocolo de Déficit Excesivo en el ámbito local (contrato de concesión para la construcción, mantenimiento y explotación de la Línea 1 del Tranvía de Murcia)

La sentencia de 23 de mayo de 2022 (rec. 7547/2019) desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Murcia y fija una interesante doctrina jurisprudencial sobre la imputación de deuda en el marco del Protocolo de Déficit Excesivo en el ámbito local.

En este sentido, la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión se centraba en aclarar el órgano competente y el procedimiento que debía seguirse para la imputación de una deuda en el marco del Protocolo de Déficit Excesivo (en el supuesto tratado, en el ámbito local), con especial atención a las funciones y el alcance de las decisiones del Comité Técnico de Cuentas Nacionales.

En respuesta a dichas cuestiones, la Sala señala que, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, que crea el Comité Técnico de Cuentas Especiales (disposición adic. primera), "corresponde a dicho Comité la valoración e imputación de las operaciones efectuadas por las diferentes unidades del sector público, lo que incluye las Corporaciones Locales, de acuerdo con los criterios establecidos en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010)".

No obstante, y a pesar de que, como señala el Tribunal Supremo, el funcionamiento y la organización del Comité están pendientes de regulación por el reglamento de régimen interior previsto en el *apartado 2 de la citada disposición adicional 1.ª de la Ley 6/2013*, sí que se puede afirmar que, por previsión de la citada *disposición adicional primera de la Ley 6/2013*,

corresponden al Comité "las funciones de valoración e imputación de operaciones económicas efectuadas por las diferentes unidades del sector público, de acuerdo con los criterios del SEC 2010", entre las que debe incluirse la imputación de la deuda derivada del contrato que se examinó en el recurso *–contrato de concesión para la construcción, mantenimiento y explotación de la Línea 1 del Tranvía de Murcia-*. Afirma igualmente que, para el cumplimiento de sus funciones, el Comité "tiene facultades para efectuar actuaciones directamente encaminadas a la verificación y contraste de la información suministrada por las unidades institucionales pertenecientes a los subsectores de Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, clasificadas de acuerdo a los criterios del Sistema Europeo de Cuentas".

De todo lo razonado en esta sentencia, el Tribunal Supremo deduce que la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) no es el órgano autor de la imputación de la deuda controvertida en este recurso, señalando que, de acuerdo con el *artículo 2 de la Ley 6/2013* de creación de este ente de derecho público, la AIReF "tiene por objeto garantizar el cumplimiento efectivo por las Administraciones Públicas del principio de estabilidad presupuestaria previsto en el artículo 135 de la Constitución Española, mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público, y el análisis de las previsiones económicas".

2.4
Cómputo del plazo para recurrir en sede contencioso-administrativa una resolución (de un ente local) notificada en el mes de agosto

En la sentencia de 10 de mayo de 2022 se procede a completar la jurisprudencia sentada, entre otras, por la STS de 20 de julio de 2020 (rec. 3780/2019) y por las SSTS de 25 de octubre de 2016 (rec. 1512/2015) y de 21 de marzo de 2017 (rec. 1553/2016), bajo el objetivo concreto de precisar *cuál es el día final del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo en los casos en que, al haber sido notificada la resolución administrativa en el mes de agosto, el día inicial del cómputo se traslada al 1 de septiembre, y el plazo de dos meses vencería el 1 de noviembre, que es festivo*. Ello implica, evidentemente, llevar a cabo una interpretación del plazo previsto en el artículo 46.1 de la LJCA a los efectos de determinar el *dies ad quem* en estos supuestos.

Para comprender mejor esta cuestión de interés casacional formulada resulta preciso relatar, de forma breve, los antecedentes fácticos del supuesto.

El Ayuntamiento de Nerja, con fecha de 31 de julio de 2017, confirma en reposición una resolución anterior que acordaba el reintegro de una subven-

ción concedida a una asociación deportiva. Dicha resolución es notificada el 23 de agosto de 2017 y el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la asociación deportiva se presenta el día 2 de noviembre de 2017, pasadas las 15 h.

Pues bien, la sentencia, una vez analizada la doctrina ya existente de la Sala sobre el cómputo del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo cuando el *dies a quo* es el 1 de septiembre, como consecuencia de la aplicación del mandato del artículo 183 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ("[s]erán inhábiles los días del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales…"), lleva a cabo una interpretación armonizadora del artículo 46.1 de la LJCA, en relación con lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución y con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, estimando el recurso interpuesto por la asociación y concluyendo que el referido precepto de la LJCA debe interpretarse en el siguiente sentido:

> "cuando el acto expreso que ponga fin a la vía administrativa que se recurre fuere notificado en el mes de agosto, el computo del plazo de dos meses, previsto en dicha disposición legal para interponer el recurso contencioso-administrativo, se inicia el 1 de septiembre, debiendo considerarse que dicho plazo vence el 1 de noviembre, que, por ser inhábil, se entiende prorrogado al día siguiente, que son los términos dentro de los que puede ejercerse el derecho a recurrir ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa".

2.5
Asunción de la limpieza del viario público y los consumos del alumbrado por una Entidad Urbanística de Conservación

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de mayo de 2022 (rec. 3646/2021, ponente Inés Huerta Garicano), estima los recursos de casación y apelación interpuestos por el Ayuntamiento de Murcia, y, consecuentemente, procede a la anulación de las sentencias de instancia y apelación, al entender que resulta jurídicamente viable que una Entidad Urbanística de Conservación (EUC) pueda asumir la limpieza del viario público y los consumos del alumbrado de la urbanización.

En este sentido, la sentencia determina –con interpretación de los arts. 67 y 68 RGU– que "es legalmente posible que los Estatutos de una Entidad Urbanística de Conservación prevean que tal Entidad asuma la limpieza del viario público de la urbanización y los consumos de energía eléctrica del alumbrado público, pues al tener como cobertura planes y proyectos de ur-

banización de iniciativa privada sus costes de conservación y mantenimiento (art. 68 RGU) no pueden comprometer la economía municipal, condicionando así la aprobación de la urbanización a la asunción por los propietarios de las obligaciones pactadas en los Estatutos de la EUC, aprobados por esos mismos propietarios".

Con arreglo a esta doctrina, y al estar acreditado en el caso que el Plan Parcial aprobado por el Ayuntamiento de Murcia imponía la obligación de conservación y la creación de una Entidad Urbanística de Conservación (EUC), en cuyos Estatutos –art. 4– se preveía expresamente tal obligación, la sentencia considera que "es claro que los propietarios han de asumir la limpieza del viario público de la urbanización y los consumos de energía eléctrica del alumbrado público, si que nada obste, como ya ha dicho este T.S., a que, por vía estatutaria se asuma, en todo o en parte, los servicios de titularidad municipal previstos en el *art. 35 LBRL*".

2.6
Validez de las Instrucciones para la gestión del padrón municipal de los habitantes de Melilla

La sentencia de 25 de abril de 2022 (rec. 4787/2021, ponente Celsa Pico Lorenzo) resuelve el recurso de casación deducido por Cáritas Española contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de Melilla por el que se aprueban Instrucciones para la gestión del padrón municipal de los habitantes de esa ciudad autónoma.

En el auto por el que se admitió el recurso de casación se consideró que las cuestiones que, en el supuesto, presentaban interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia eran las atinentes a:

> "1º Determinar si la exigencia de visado a los menores provenientes de Nador para poder hacer efectivo su empadronamiento en la Ciudad Autónoma Melilla, derivada de la previsión contenida en el último apartado del Acuerdo dictado por el Consejo de Gobierno de esa ciudad autónoma, de 13 de mayo de 2019, por el que se procede a la aprobación de las Instrucciones para la gestión del padrón municipal de los habitantes de Melilla, constituye un trato discriminatorio tanto en relación con los menores españoles como respecto de menores extranjeros de otras procedencias.
>
> 2º Y, en caso negativo, determinar la compatibilidad del referido acuerdo con la previsión contenida en el art. 16.2 f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, considerado lo instituido tanto en nuestro Texto Constitucional como en los Convenios

y Tratados Internacionales en materia de protección de la infancia de los que España es parte".

En la sentencia se interpreta el "art. 16.2 f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, puesto en relación con las distintas previsiones legales referidas a los derechos de los menores que contempla nuestro ordenamiento, así como con los compromisos asumidos por España en materia de Convenios y Tratados Internacionales de protección de la infancia y de los menores y, específicamente, con relación a lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla, de 13 de mayo de 2019, por el que se aprueban las instrucciones para la gestión del padrón municipal de habitantes de Melilla".

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión de interés casacional determinando que "la exigencia de visado a los menores provenientes de Nador para hacer efectivo su empadronamiento en la Ciudad Autónoma de Melilla, derivada de la previsión contenida en el último apartado del acuerdo dictado por el Consejo de Gobierno de esa Ciudad Autónoma, de 13 de mayo de 2019, por el que se procede a la aprobación de las 'Instrucciones para la gestión del padrón municipal de los habitantes de Melilla', carece de cobertura legal y constituye un trato discriminatorio tanto en relación con los menores españoles como respecto de menores extranjeros de otras procedencias".

3
Función pública

3.1
Temporalidad en el empleo público. Adscripción provisional y consolidación del grado personal

El Tribunal Supremo aborda en sus sentencias de 20 de abril (rec. 3395/2020) y de 26 de abril de 2022 (rec. 3632/2020) una cuestión de notable interés e indiscutiblemente en boga, como es la de los efectos de la temporalidad en la regulación del empleo público, aunque, en esta ocasión, lo hace desde una perspectiva un tanto particular y, hasta cierto punto, sorprendente. La sentencia trata de determinar si la denegación de la consolidación del grado personal a los funcionarios de carrera que desempeñan de forma prolongada las tareas del puesto al que están adscritos provisionalmente, sin que la Administración haya convocado la provisión definitiva del puesto que ocupan, ni de ningún otro (sea mediante libre designación o concurso), conculca el principio de no discriminación y la prohibición de evitar el uso abusivo de la temporalidad previstos en los artículos 4 y 5 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y

el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, contenido en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999.

Para ello, se interpretan las cláusulas 2, 3, 4 y 5 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, integrado en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, todo ello en relación con los artículos 9.3, 14 y 23.2 de la Constitución Española.

Pues bien, la sentencia desestima el recurso interpuesto y confirma la doctrina ya contenida en la STS de 6 de abril de 2022 (rec. 1483/2020), concluyendo que el Acuerdo Marco incorporado en la Directiva 1999/70/CE no es aplicable a aquellas situaciones y relaciones relativas –desde el inicio hasta el fin– a funcionarios de carrera. Conclusión que entiende que no resulta discriminatoria respecto de los funcionarios interinos, ya que tal "pretendida discriminación nunca podría reputarse prohibida por el Acuerdo Marco incorporado en la Directiva 1999/70/CE", al no resultar aplicable a este supuesto; y, en segundo lugar, porque entiende que "dista de ser evidente que las vicisitudes en que puede encontrarse un funcionario de carrera sean –siempre y necesariamente– comparables o asimilables a las de un funcionario interino, que por definición no goza de estabilidad en su relación de servicio. Y si el punto de comparación no es indiscutible, el reproche de discriminación es difícilmente justificable".

3.2
Indemnización por la asistencia a pruebas selectivas para el ingreso en cuerpos o escalas mediante pruebas de promoción interna

En la sentencia de 20 de abril de 2022 (rec. 2480/2020, ponente Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo), se plantea ante el Tribunal Supremo la cuestión de si el artículo 7 del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, ampara el reconocimiento de indemnizaciones a los empleados públicos, por la asistencia a las pruebas selectivas previas a los cursos selectivos para el ingreso en cuerpos o escalas mediante la superación de procesos de promoción interna con carácter general, o si, por el contrario, únicamente en el supuesto de pruebas selectivas previas al curso de promoción para el ascenso por antigüedad de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Junto al artículo 7 del Real Decreto, la sentencia interpreta el artículo 28 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Este pronunciamiento ha venido a confirmar la doctrina emanada de la sentencia de 2 de diciembre de 2021 (rec. 1940/2020) y, por tanto, a fijar

jurisprudencia en la cuestión, afirmando que el artículo 7 del Real Decreto 462/2002 sí que ampara el reconocimiento de indemnización por la asistencia a pruebas selectivas para el ingreso en cuerpos o escalas mediante la superación de pruebas de promoción interna, entendiendo que se acomoda al contexto del precepto la realización de pruebas selectivas, en lugar de cursos selectivos como refiere el tenor literal de la norma reglamentaria, al responder ambos al mismo objeto: seleccionar a los mejores mediante pruebas de promoción interna.

3.3
Revisión de oficio de las bases por la que se rige un proceso selectivo

Aunque referenciados al ámbito estatutario-sanitario, los efectos de la doctrina que genera la sentencia de 7 de abril de 2022 (rec. 4234/2021, ponente Celsa Pico Lorenzo) son perfectamente extrapolables a cualquier ámbito del empleo público, pues se centra en los condicionantes y la validez de las bases que rigen un proceso selectivo.

Si bien es verdad que el supuesto presenta algún rasgo de casuismo, se trata de una situación de gran complejidad jurídica. En ella, el Tribunal Supremo trata de determinar si resulta conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad la revisión general acordada por la Administración (en virtud de la anulación de una base de la convocatoria de un proceso selectivo) que da lugar al reconocimiento del derecho a ser incluidos en la lista de aprobados, a los aspirantes que superen la nota que resulta de ese proceso de revisión y con respeto a los que en la lista inicial habían superado el proceso. Y, como consecuencia inevitable de lo anterior, también reflexiona sobre cuál debe ser la nota de referencia, tras obtener por vía de revisión de actos nulos la posibilidad de superar la fase de oposición y pasar a la fase de méritos, que hay que tener en cuenta cuando se trata de adjudicar una plaza al aspirante en un proceso selectivo, si la del último aprobado en su día o la nueva nota que resulta del proceso de revisión. Todo ello, evidentemente, de acuerdo con el número máximo de plazas convocadas y sin perjuicio de terceros de buena fe.

El auto de admisión del recurso identifica como normas objeto de interpretación las contenidas en los artículos 23.2, 14 y 103.3 de la Constitución Española, al tratarse de un proceso selectivo en el que se ven en juego los relevantes principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Resumidamente, el Tribunal Supremo resuelve estimando la pretensión de la parte recurrente y afirmando que en un supuesto como el de autos “ninguna solución es buena pues, a estas alturas, por todas las circunstancias que

exponen la sentencia impugnada y los votos particulares, solamente cabe aspirar, tal como sugieren, a la que menos se aleje de los principios constitucionales en juego". Por ello, determina como doctrina general que la revisión de oficio que pueda emprender la Administración de las bases por las que se rige un proceso selectivo ya realizado y de sus actos de aplicación no puede conducir a resultados contrarios al principio de seguridad jurídica, lo que implica, en el supuesto analizado, que la nota de corte a aplicar a quienes se encuentren en las circunstancias del recurrente es la inicialmente fijada (y no la valorada tras la revisión del acto nulo).

3.4 Naturaleza de los incentivos a la jubilación anticipada de los empleados públicos municipales acordados por las corporaciones locales

La sentencia de 5 de abril de 2022 (rec. 850/2021, ponente María del Pilar Teso Gamella) viene a consolidar una línea jurisprudencial de conformación progresiva y cuyo máximo exponente anterior era la sentencia de 16 de marzo de 2022 (rec. 4444/2020), cuya doctrina ahora se refrenda.

La cuestión de interés casacional que se plantea se centra en determinar la naturaleza de los incentivos a la jubilación anticipada de los empleados públicos municipales acordados por las corporaciones locales, que tienen reconocidos un coeficiente reductor de la edad de jubilación por razón de su actividad (en el caso concreto, se enjuicia la medida contenida en el Plan Estratégico de Generación de Empleo en el Ayuntamiento de Bilbao). Se interpretan, para ello, los artículos 67.2, 3 y 4 del TREBEP, y los artículos 206.1 y 208 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, así como –para el caso concreto– el artículo 2 del Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de bomberos al servicio de Administraciones y organismos públicos.

El Tribunal Supremo, tras determinar la naturaleza de la jubilación que sirvió de presupuesto para la solicitud del cobro de incentivos (afirmando que "la jubilación no ha sido anticipada por la voluntad del afectado, ha sido la fijación de la edad de jubilación lo que ha resultado anticipada por la norma reguladora de ese colectivo"), establece como criterio jurisprudencial que "las gratificaciones –cualquiera que sea su denominación en cada caso– por jubilación anticipada previstas en acuerdos de entidades locales tienen naturaleza de retribución y, por consiguiente, sólo pueden considerarse ajustadas a Derecho en la medida en que tengan fundamento en alguna norma legal de alcance general, relativa a la

remuneración de los funcionarios de la Administración local". En este sentido, al igual que en los anteriores precedentes que han conformado esta línea interpretativa, el Tribunal Supremo considera que en ninguno de los casos resueltos hasta la fecha se ha identificado norma alguna de cobertura para tal previsión, pues "la disposición adicional 21ª de la Ley 30/1984, aun previendo medidas de incentivación de la jubilación anticipada, no hizo una regulación precisa para el supuesto de que dichas medidas tuvieran carácter retributivo y, por ello, no satisface la exigencia de que las gratificaciones por jubilación anticipada tengan cobertura en una norma legal de alcance general". De ahí que el Tribunal Supremo alcance la conclusión de que los acuerdos de las entidades locales que contienen tal previsión resultan inválidos.

3.5
Efectos de exclusión de un aspirante al proceso selectivo que fue declarada no conforme a derecho

Sin duda, podemos calificar de consolidada la jurisprudencia que analiza los efectos jurídicos que determinan la anulación de la exclusión de un aspirante que concurre en un proceso selectivo.

En la sentencia de 10 de mayo de 2022 (rec. 4517/2020) se ahonda en esta línea interpretativa, incluyendo una importante matización respecto de la eficacia retroactiva de los actos que finalizan el proceso selectivo a los efectos del artículo 39.3 de la Ley 30/2015. Para ello, junto al referido precepto, se interpretan los artículos 14 y 23.2 de la CE, en relación con el artículo 55.1 del TREBEP.

El Tribunal Supremo, tras repasar la doctrina jurisprudencial ya fijada sobre la materia –y que condensa la sentencia de 31 de marzo de 2020, dictada en el recurso de casación núm. 2346/2021–, concluye, en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, que "los actos administrativos que ponen fin a un proceso selectivo declarando derechos en favor de los interesados, dictados en sustitución y desarrollo de otros previos anulados judicialmente y que determinaron la exclusión de aspirantes de aquél, comportan eficacia retroactiva a los efectos del *artículo 39.3 de la Ley 30/2015, de 1 de octubre, Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*". De esta conclusión principal, se desprenden dos conclusiones accesorias, de manera que, en primer lugar, puede entenderse que en esos aspirantes concurren los supuestos de hecho necesarios ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto; y, en segundo lugar, estima el Tribunal Supremo que estos aspirantes deben tener la misma posición jurídica que los demás aspirantes que superaron el mismo proceso selectivo.

3.6
Posibilidad de licencia por enfermedad en situación administrativa de suspensión de funciones

La sentencia de 4 de mayo de 2022 (rec. 6859/2020, ponente Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo) fija una interesante doctrina jurisprudencial en materia de situaciones administrativas de los funcionarios públicos.

En este caso, se plantea, como cuestión de interés casacional, si resulta posible "la baja por enfermedad de los funcionarios que se encuentren en situación administrativa de suspensión de funciones". Para ello, se identifican como normas jurídicas a interpretar los *artículos 98.3* y *98.4 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.*

El Tribunal Supremo, recordando que la misma cuestión ha sido resuelta por *las sentencias de 2 de febrero de 2021 (recurso de casación n.º 3882/2019), de 3 de noviembre de 2021 (recurso de casación n.º 1280/2020) y de 29 de marzo de 2022 (recurso de casación n.º 7291/2020)*, respecto de las denegaciones de partes de baja, declara como doctrina jurisprudencial que "no es posible otorgar la licencia por enfermedad al funcionario que se encuentra en situación administrativa de suspensión de funciones, por corresponder a una situación administrativa, la de servicio activo, en la que no se encuentra el funcionario en suspensión de funciones por la aplicación de una medida cautelar en un procedimiento disciplinario", reforzando la vinculación existente entre las situaciones de servicio activo e incapacidad temporal –y, por ende, licencia por enfermedad-.

3.7
Procesos selectivos de ingreso en la Administración pública. Necesaria publicación previa de los criterios de calificación de los ejercicios que los integran

En la sentencia de 28 de marzo de 2022 (rec. 6160/2020, ponente Celsa Pico Lorenzo) se dilucida la cuestión relativa a "si los criterios de calificación de los ejercicios de procesos de selección en la Administración Pública, deben ser previos a la calificación, y deben ser publicados para conocimiento de todos los aspirantes antes de la realización de los ejercicios".

En este sentido, se identifican como normas jurídicas a interpretar los *artículos 1* y *55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre*, por el que se regula el Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con los principios de seguridad jurídica (9.3 CE), publicidad, transparencia y motivación; el *artículo 35 i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento*

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como las *SSTS de 20 de octubre de 2014* y *21 de enero de 2016*.

La sentencia, estimando el recurso de casación interpuesto, y sobre la base de una nutrida jurisprudencia que se cita, fija como doctrina jurisprudencial que "los criterios de calificación de los ejercicios de procesos de selección en la Administración Pública, deben ser previos a la calificación, y deben ser publicados para conocimientos de todos los aspirantes antes de la realización de los ejercicios".

3.8 Incumplimiento del plazo de subsanación tras la solicitud de participación en el proceso selectivo. Interpretación del artículo 68.1 de la Ley 39/2015

La sentencia de 22 de marzo de 2022 (rec. 4644/2020, ponente María del Pilar Teso Gamella) resuelve una cuestión de interés casacional en la que el Tribunal Supremo interpreta el artículo 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, siguiendo la doctrina jurisprudencial establecida en relación con el artículo 71 de la Ley 30/1992 –tras su reforma por la Ley 4/1999–, en un supuesto de incumplimiento del plazo de subsanación tras la solicitud de participación en el proceso selectivo.

Así, se plantea como cuestión de interés casacional:

> "[...] aclarar si la subsanación de documentación incompleta presentada para la acreditación de un mérito valorable en un proceso de ingreso en la función pública, puede ser admitida cuando ha sido presentada fuera del plazo concedido para ello, pero antes de ser notificada la resolución expresa que declare transcurrido el plazo otorgado omitiendo la valoración del mérito cuya justificación se pretendía subsanar".

Cuestión que se responde fijando la siguiente doctrina jurisprudencial:

> "De modo que el vigente artículo 68.1, siguiendo lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/1992 tras su reforma por Ley 4/1999, exige que ante el incumplimiento del plazo de subsanación tras la solicitud de participación en el proceso selectivo, conferido por 10 días, la consecuencia que se anuda a dicha circunstancia es que se le tendrá por desistido de su petición, pero dicha declaración ha de hacerse mediante la correspondiente resolución. En definitiva, el desistimiento que presume la base novena de la convocatoria, en relación con el citado artículo 68.1, por el transcurso del plazo de 10 días, precisa para su validez que sea declarado, por razones de seguridad jurídica y como garantía de la igualdad, mediante 'previa resolución' de la Administración. En caso de no hacerlo, como

en el supuesto examinado, la posterior denegación al tiempo de realizar la valoración definitiva no puede dar cobertura a la denegación de la subsanación ya formalizada, aunque haya sido extemporánea pero acaecida antes de declararse ese desistimiento.

Nuestra respuesta, por tanto, no extiende la subsanación con carácter general, como postula la recurrente, hasta el momento de la valoración definitiva, sino hasta que la Administración dicte la correspondiente resolución previa inmediatamente posterior a la expiración del plazo, teniendo por desistido a quien no subsanó de modo temporáneo".

3.9
Reconocimiento de los servicios previos prestados como personal laboral ante despido improcedente

En la interesante sentencia de 17 de marzo de 2022 (rec. 1677/2020, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez), que cuenta con voto particular del magistrado Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, se resuelve un supuesto en el que se plantea como cuestión de interés casacional si "resulta procedente, en el caso de reconocimiento de servicios previos prestados como personal laboral como consecuencia de sentencia judicial que declara el despido improcedente, el cómputo del período transcurrido hasta la notificación de la sentencia dictada en el procedimiento de despido o, por el contrario, dicho cómputo debe tener lugar hasta la fecha de cese".

Son objeto de interpretación el *artículo 1, apartado 1, y la disposición adicional primera de la Ley 70/1978*, de reconocimiento de servicios previos en la Administración pública, y el *artículo 1 del Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio*, por el que se dictan normas de aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre; todo ello en relación con el *artículo 268.6 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

La sentencia, reproduciendo –y, por tanto, consolidando– la doctrina jurisprudencial fijada por la sentencia de 17 de marzo de 2022 (rec. 1676/2020), establece lo siguiente:

"[...] Ciertamente, el cómputo de los servicios previos en las Administraciones Públicas como personal laboral, que suscita la cuestión de interés casacional que determinó la admisión de este recurso, se regula, específicamente, en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, y en el Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio, por el que se dictan las normas de aplicación de la indicada Ley 70/1978.

La expresada Ley 70/1978 reconoce a los funcionarios de carrera la totalidad de los 'servicios indistintamente prestados' por los mismos con anterioridad en las Administraciones Públicas (artículos 1.Uno y 2.Uno). Teniendo en cuenta que esos servicios previos prestados han de ser, además, 'servicios efectivos' según dispone en artículo 1.Dos de la misma Ley. Siendo indiferente, a estos efectos, que se hayan prestado en calidad de funcionario de empleo, eventual o interino, o en régimen de contratación administrativa o laboral, que es el caso examinado, toda vez que la funcionaria de carrera de la Administración autonómica pretende que se reconozcan sus servicios prestados con anterioridad como personal laboral en dicha Administración y antes de adquirir la condición de funcionaria de carrera.

Pues bien, esta exigencia sobre la cualificación de los servicios, que hayan sido prestados y que se trate de servicios efectivos, se ve también confirmada por la disposición adicional primera de la misma Ley 70/1978, al advertir que la justificación de dicha prestación debe acreditarse mediante 'certificación acreditativa de los servicios prestados, que deberán extender las autoridades competentes haciendo constar los años, meses y días de servicios prestados'. No se trata de servicios, por tanto, que hubieran debido prestarse o no, se trata de los servicios efectivamente prestados.

Esta insistencia de la Ley en relación con los servicios que han sido prestados, de modo que no puedan presumirse ni extenderse sin previsión legal expresa, también se reitera en el Real Decreto 1461/1982, que tiene la decidida finalidad, según expresa en su preámbulo, de resolver las 'dudas en la aplicación de la citada Ley 70/1978', por lo que se establecen unos criterios uniformes para el cómputo y valoración de los servicios que se han de reconocer. Criterios que, aunque no contemplan el caso examinado sobre el tiempo de duración del procedimiento judicial posterior ante la jurisdicción social, no puede interpretarse de modo contradictorio con la expresada Ley.

En definitiva, los servicios en la Administración Pública, a tenor de la indicada Ley 70/1978 y Real Decreto 1461/1982, deben de haberse prestado de forma efectiva, y se prolongan hasta que se produce el cese de la relación de servicios, que tiene lugar, en este caso, por el cese por despido, en cualquiera de sus modalidades, con independencia de las actuaciones posteriores que se hayan podido seguir ante la jurisdicción social y del resultado de las mismas.

Ni que decir tiene que lo relevante a los efectos examinados es que el cómputo que diseñan la Ley 70/1978, y el Real Decreto de aplicación, tiene por finalidad valorar la experiencia de aquellos que ya hayan pres-

tado servicios ante la Administración Pública, con independencia de la concreta Administración y del tipo de vinculación que, en este caso, fue como personal laboral. Y lo cierto es que esta experiencia únicamente se adquiere mediante el desempeño efectivo de la función, mediante esa prestación de servicios efectivos.

Por lo demás, la regulación contenida en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS), que constituye la 'ratio decidendi' de la sentencia que se impugna, no proporciona cobertura, a los efectos del reconocimiento de los servicios previos ante la Administración, cuando tales servicios ya concluyeron, pues su prestación no fue más allá del cese de la relación. De modo que si no se han prestado tales servicios mal pueden ser considerados como servicios 'efectivos'. Por tanto, las normas contenidas en el citado texto refundido, y en concreto en el artículo 268.6, lo que pretenden es la protección completa del trabajador, en este caso mediante la cobertura en la cotización durante el periodo en el que se abonan los salarios de tramitación que terminan con la decisión de la jurisdicción social. Se considera, en definitiva, que dicho periodo es una ocupación cotizada a todos los efectos relativos y previstos en el TRLGSS, mediante una cotización que comprende todos los conceptos.

Pero desde luego dicho TRLGSS no deroga, ni desplaza, ni interfiere en la aplicación de una Ley específica prevista precisamente para regular el reconocimiento a los funcionarios públicos de los servicios previos prestados con anterioridad en las Administraciones Públicas, como es la Ley 70/1978, cuya finalidad es tomar en consideración, como antes señalamos y ahora insistimos, la experiencia adquirida anteriormente que se deriva de los servicios previos prestados ante la Administración, y que tiene su correspondiente traducción económica a los efectos del cómputo de la antigüedad.

Por cuanto antecede, procede estimar el recurso de casación, y desestimar el recurso contencioso administrativo, por entender, respecto de la cuestión de interés casacional, a tenor de la Ley 70/1978 de tanta cita, que no resulta procedente incluir, en el cómputo sobre el reconocimiento de los servicios previos prestados como personal laboral, el período transcurrido desde el cese por despido hasta la notificación de la sentencia de la jurisdicción social dictada en el procedimiento judicial seguido por dicha causa. [...]".

En su voto discrepante, el magistrado Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo considera, sin embargo, que la respuesta a la cuestión de interés casacional debió ser la siguiente:

"en el caso de solicitud de reconocimiento de servicios previos, formulada en relación con los prestados como contratado laboral por quien fue objeto de un despido improcedente y, finalmente indemnizado por ello, debe ser computado el tiempo trascurrido entre la fecha del despido y la fecha de la notificación de la sentencia que declaró la improcedencia del despido.

Por ello, el pronunciamiento de la sentencia debió ser el de desestimar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 7 de Málaga en el recurso contencioso administrativo núm. 236/2018, con confirmación de la sentencia, y sin hacer imposición de costas".

3.10
Incentivos a la jubilación anticipada de los empleados públicos municipales –policías locales–

La sentencia de 16 de marzo de 2022 (rec. 4444/2020, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez) resuelve la cuestión de interés casacional por la que se trata de determinar "la naturaleza de los incentivos a la jubilación anticipada de los empleados públicos municipales acordados por las Corporaciones Locales, que tienen reconocidos un coeficiente reductor de la edad de jubilación por razón de su actividad y si, en el caso concreto, ha lugar a su percepción".

Se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en la *disposición adicional 21.ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública*; el *art. 206.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local, y el *art. 3.1 del Código Civil*.

La sentencia se limita a reiterar el criterio jurisprudencial claramente establecido por el que se entiende que "las gratificaciones –cualquiera que sea su denominación en cada caso– por jubilación anticipada previstas en acuerdos de entidades locales tienen naturaleza de retribución y, por consiguiente, sólo pueden considerarse ajustadas a Derecho en la medida en que tengan fundamento en alguna norma legal de alcance general, relativa a la remuneración de los funcionarios de la Administración local. Dado que en los casos resueltos hasta la fecha no se había identificado ninguna norma de cobertura,

la conclusión fue que dichos acuerdos de las entidades locales eran inválidos. Véanse a este respecto, entre otras, nuestras sentencias nº 2747/2015, nº 2717/2016, nº 459/2018 y nº 1183/2021".

4
Contratación del sector público

4.1
Resolución y liquidación de concesión en caso de concurso del concesionario

En la sentencia de 21 de abril de 2022 (rec. 4167/2020, ponente José María del Riego Valledor) se plantea la cuestión de interés casacional consistente en determinar si "la interposición por el acreedor de un recurso contencioso-administrativo en sustitución del concursado debe siempre y necesariamente sujetarse al régimen del artículo 54.4 Ley Concursal (actual artículo 122 del TRLC), incluso para solicitar la resolución de un contrato administrativo, en el que de manera que si la administración concursal o el concursado hubieran decidido no ejercitar derechos que beneficien al acreedor hipotecario–, este no puede ejercer acciones para defenderlos".

Por cuestiones de derecho transitorio, al contrato de concesión de obra pública enjuiciado se le aplica el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), en la redacción dada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que insertó en el citado TRLCAP un nuevo título (el Título V, con los artículos que van del 220 al 266), sobre el régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas.

En respuesta a la cuestión planteada, el Tribunal Supremo argumenta lo siguiente:

> "de conformidad con el artículo 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos administrativos celebrados por el deudor con las Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial, y ii) bajo la vigencia del TRLCAP, en la redacción dada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la apertura de la fase de liquidación en un concurso determina por ministerio de la ley la resolución del contrato administrativo. De lo anterior se sigue que la interposición por el acreedor hipotecario de un recurso contencioso administrativo para solicitar la resolución de un contrato administrativo, una vez declarada la apertura de la fase de liquidación, no debe sujetarse al régimen del artículo 54.4 de la Ley Concursal".

4.2
Resolución de contratos sin liquidación. Prescripción para solicitar el pago de las obras realizadas

Mediante su sentencia de 19 de abril de 2022 (rec. 6677/2018, ponente Diego Córdoba Castroverde), el Tribunal Supremo despeja las dudas sobre cuál es el *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones del contratista para reclamar el importe de las obras ejecutadas cuando no hay liquidación definitiva del contrato. Todo ello tomando como objeto un contrato mixto de "gestión del matadero municipal y de ejecución de obras de mejora" resuelto por el Pleno del Ayuntamiento de La Bañeza (León).

La cuestión de interés casacional se centra en determinar si en el caso de que la Administración resuelva el contrato, pero no realice la liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes en favor o en contra del contratista, comienza o no el computo del plazo para que el contratista reclame el importe de las obras ejecutadas o los servicios prestados. Plazo de prescripción aplicable que –aclara con carácter previo el Tribunal Supremo– no es el civil de 15 años, previsto en el artículo 1964 del Código Civil, sino el de cuatro años previsto en el artículo 25.1.a) de la LGP 47/2003, para reclamar el derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda pública de toda obligación que no se hubiese solicitado con la presentación de los documentos justificativos.

Y en respuesta a la cuestión de interés casacional formulada, concluye el Tribunal Supremo que, "en los supuestos de resolución del contrato en los que no se haya practicado la liquidación, el *dies a quo* para computo del plazo de prescripción de la acción que tiene el contratista para reclamar el importe de las obras realizadas con arreglo al proyecto empieza con la conclusión o extinción de la relación contractual". Como veremos a continuación, esta doctrina jurisprudencial se completará mediante la sentencia de 20 de abril de 2022, que también versa sobre el ámbito de la prescripción en la contratación del sector público.

4.3
Plazo de prescripción de la acción de reclamación de intereses de demora en la contratación

Ahondando en los criterios vistos en la sentencia precedente, en la sentencia de 20 de abril de 2022 (rec. 3905/2020, ponente Ángel Ramón Arozamena Laso) se fija una interesante doctrina jurisprudencial sobre el plazo de prescripción de la acción de reclamación de intereses de demora en la contratación del sector público. En concreto, el Tribunal Supremo responde a dos

cuestiones de interés casacional centradas en la interpretación del artículo 25 de la Ley General Presupuestaria, en su vinculación con la contratación pública (en el caso concreto, un contrato de obras).

En primer lugar, se dilucida si "el 'dies a quo' del plazo previsto en el artículo 25 de la Ley General Presupuestaria en el ámbito del pago de los intereses por certificaciones de obra, viene determinado por la fecha en la que se procede a la liquidación definitiva del contrato de obras y no desde ningún momento anterior a ésta, vinculada con el plazo de garantía y la devolución de las fianzas prestadas". El Tribunal Supremo, confirmando la doctrina fijada por las sentencias de 10 de febrero de 2020 (RCA 416/2018), 10 de junio de 2020 (RCA 3291/2017), 25 de octubre de 2021 (RCA 8243/2019), 29 de noviembre de 2021 (RCA 7680/2019) y 19 de abril de 2022 (RCA 6677/2018) –con los distintos matices que estas incluyen–, concluye que el "dies a quo" no se produce cuando "se liquida la última certificación obra", sino cuando se lleva a cabo "la liquidación definitiva del contrato de obras, vinculada con el plazo de garantía y la devolución de las fianzas prestadas".

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la cuestión de determinar el supuesto "de una reclamación de un contratista frente a la Administración por intereses de demora derivados del retraso en el pago de certificaciones de obras ya liquidadas, en el que la Administración ha omitido dictar y notificar resolución sobre aquella reclamación, el plazo de prescripción extintivo de la acción previsto en el artículo 25 de la LGP que ha quedado interrumpido por la presentación de la reclamación, no se reinicia de nuevo ni puede considerarse transcurrido definitivamente si no se acude a la vía jurisdiccional hasta una fecha posterior a los 4 años desde la citada reclamación"; el TS confirma, de nuevo, su doctrina ya fijada por la sentencia de 29 de noviembre de 2021 (RCA 7680/2019) y concluye lo siguiente:

> "'El artículo 25 de la ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en relación con lo dispuesto en los artículos 42 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debe interpretarse en el sentido de que procede declarar extinguida por prescripción la acción de reclamación de intereses de demora, derivada del retraso en el cumplimiento del pago por parte de la Administración pública contratante, por el transcurso del plazo de 4 años, computados desde la fecha de la liquidación definitiva del contrato de obras hasta el momento en que se interponga el correspondiente recurso contencioso-administrativo (teniendo en cuenta, en su caso, las interrupciones que se hubieren producido en vía administrativa), sin que a ello sea

óbice el hecho de que la Administración haya desestimado por silencio la reclamación formulada'.
Y el día inicial, o 'dies a quo' para computar el plazo de cuatro años, es, conforme al artículo de la LGP antes citado, 'desde el día en que el derecho pudo ejercitarse'".

4.4
Efectos de la declaración de nulidad de un contrato administrativo

Centrándose en los efectos de la declaración de nulidad de un contrato administrativo –en el supuesto fáctico, un contrato de concesión de la gestión de servicios municipales de agua potable y alcantarillado, del término municipal de Silla (Valencia), suscrito en su momento por HIDRAQUA y el Ayuntamiento de Silla–, la sentencia de 8 de abril de 2022 (rec. 4111/2020, ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat) aclara si procede indemnización en concepto de lucro cesante en los supuestos de la nulidad del contrato, siendo objeto de interpretación el artículo 35 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actual artículo 42 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) y los artículos 1255, 1258 y 1303 del Código Civil.

Así, complementando la doctrina jurisprudencial expuesta en la sentencia de 11 de enero de 2013 (rec. 5082/2010), el Tribunal Supremo sostiene que la *invalidez* y el *incumplimiento del contrato* suponen dos instituciones contractuales diferenciadas "a la luz de la regulación establecida en la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con la legislación contractual contenida en el Código Civil", lo que implica que no resulta posible "equiparar los efectos de la declaración de nulidad de un contrato administrativo con los derivados de la resolución del contrato por incumplimiento, ya que se desnaturalizaría el carácter sinalagmático de las obligaciones contractuales si la parte perjudicada por la nulidad del contrato percibiera de la contraria, en concepto de lucro cesante, el mismo beneficio que si el contrato hubiere sido declarado válido, sin la carga que representa el cumplimiento de las prestaciones contraídas".

Bajo la anterior matización, concluye el Tribunal Supremo que el artículo 35 de la Ley 30/2007 (actual art. 42 LCSP) debe interpretarse en el sentido de que, "en los supuestos en que se declare la nulidad del acto de adjudicación de un contrato administrativo, la obligación de indemnizar los perjuicios que haya sufrido el adjudicatario no comporta que se incluya en el quantum indemnizatorio los perjuicios derivados en concepto de lucro cesante".

4.5
Inclusión del IVA en el cálculo de los intereses de demora por retraso de la Administración en el pago de facturas derivadas del contrato administrativo

La sentencia de 7 de abril de 2022 (rec. 83/2020, ponente Eduardo Calvo Rojas) resuelve un asunto en el que se vincula la contratación del sector público con la tributación relativa al impuesto sobre el valor añadido (IVA).

Así, en el auto de admisión del recurso se plantean las siguientes cuestiones de interés casacional:

> "Primera, si ha de incluirse o no la cuota del impuesto sobre el valor añadido (IVA) en la base de cálculo de los intereses de demora por el retraso de la Administración en el pago de determinadas facturas de un contrato administrativo, en este caso, de un contrato de servicios;
>
> Segunda, si para atender dicho pago del IVA ha de acreditarse por el contratista que ha realizado efectivamente el pago o ingreso de dicho impuesto en la Hacienda Pública y si puede darse por probado que el IVA ya está ingresado al presentar la factura al cobro teniendo en cuenta el certificado emitido por la AEAT de estar al corriente del pago de las obligaciones tributarias.
>
> Tercera, si el *dies a quo* para calcular los intereses de demora sobre la partida del IVA se debe computar desde la fecha del ingreso efectivo del IVA en la Hacienda Pública o desde el transcurso del plazo de 60 días desde la presentación de la factura en los registros correspondientes de la Administración contratante".

Asimismo, se identifican como normas jurídicas que han de ser objeto de interpretación "las contenidas en el artículo 5 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y el artículo 75 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido".

Precisa el Tribunal Supremo que las cuestiones señaladas en el auto de admisión del recurso de casación ya habían sido objeto de examen "en diversas ocasiones, siendo muestra de ello nuestras sentencias nº 427/2021, de 24 de marzo (casación 6689/2019), nº 37/2022, de 19 de enero (casación 4188/2020) y nº 120/2022, de 2 de febrero (casación 1540/2020), que citan, a su vez, pronunciamientos anteriores". Consecuentemente, el Tribunal Supremo reseña la respuesta dada a tales cuestiones en aquellas ocasiones, a la vez que destaca los elementos diferenciadores que concurren en el caso enjuiciado.

De forma sintética, "en lo que se refiere a la inclusión del IVA en la base para el cálculo de los intereses de demora por facturas derivadas de contratos

administrativo de servicios, el criterio de la Sala es el de considerar procedente incluir la cuota del IVA en la base para el cálculo de los intereses de demora; y ello por las razones que expresa la STS 427/2021, de 24 de marzo (casación 6689/2019. F.J. 4º) –y reitera la STS 37/2022, de 19 de enero (casación 4188/2020, F.J. 2º)".

Así, conforme a lo expuesto y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA respecto de la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, se concluye que "debe incluirse la cuota del IVA en la base de cálculo de los intereses de demora por el retraso de la Administración en el pago de la factura derivada del contrato administrativo. Para ello es preciso que el contratista acredite que ha ingresado el impuesto antes de cobrar la factura; a su vez, para el cálculo de los intereses sobre la cuota del IVA, el *dies a quo* será el del pago o ingreso de la misma".

De la misma manera, se afirma que "[e]sos mismos pronunciamientos de esta Sala a los que nos venimos refiriendo señalan también que el previo ingreso de impuesto en la Hacienda Pública es un requisito necesario para la inclusión de la cuota del IVA en la base de cálculo de los intereses de demora, y que dicha acreditación corresponde al contratista".

Y, por último, se señala que, "en lo que se refiere al *dies a quo* para el cómputo de los intereses sobre la cuota del IVA, que es la tercera de las cuestiones de interés casacional que plantea el auto de admisión, la posición de la Sala, recogida en las sentencias precedentes, consiste en señalar que el cómputo de los intereses de demora sobre la cuota del IVA ha de iniciarse el día del pago de dicha cuota".

4.6
Resolución de contrato de obras. Oposición del contratista

En la sentencia de 4 de abril de 2022 (rec. 944/2020, ponente Ángel Ramón Arozamena Laso) se plantea la cuestión de interés casacional de "qué ocurre con la presentación de las alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato fuera de plazo pero antes de dictarse la resolución por lo que se acuerda resolver el contrato". No obstante, esta simple cuestión trasciende a un plano interpretativo superior, pues en la sentencia se trata de valorar la posible aplicación subsidiaria o, en su caso, supletoria de la legislación reguladora del procedimiento administrativo respecto de la contractual.

En este sentido, tal y como ya reconoció la sentencia de 14 de marzo de 2022 (rec. 2137/2020), desde la perspectiva de la aplicación de la institución de la caducidad a los procedimientos de liquidación de contratos, cabe la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 (hoy Ley 39/2015) en materia de

contratación administrativa. Así lo establece, por ejemplo, la disposición final cuarta, apartado 1, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Admitida esta posibilidad, el Tribunal Supremo resuelve que puede entenderse formulada la oposición del contratista, prevista en el artículo 109.1.d) del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, una vez transcurrido el plazo otorgado por la Administración, pero antes de la notificación de la resolución del contrato, aplicándose, en este sentido, la previsión contenida en el artículo 73.3 de la Ley 39/2015, al establecer que "se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo".

4.7
Resolución de un contrato mixto de obra y explotación de un servicio municipal

En la sentencia de 9 de mayo de 2022 (rec. 7652/2019), el Tribunal Supremo resuelve tres cuestiones de interés casacional vinculadas a un contrato mixto de obra y explotación de un servicio municipal; en concreto, el celebrado por el Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig para la "Construcción de Nuevo Equipamiento Municipal y Concesión de Obra Pública de Aparcamiento subterráneo de vehículos".

En la primera de ellas, el Tribunal Supremo trata de determinar si, "en un contrato mixto de obra y explotación de un servicio municipal, se debe abonar la inversión realizada por el contratista con exclusión del beneficio industrial correspondiente a la ejecución de la obra o por el contrario, debe ser incluido ese beneficio industrial de la obra ejecutada que revierte al Ayuntamiento como mayor valor de la inversión no amortizada". No obstante, en el supuesto fáctico concurrente, en el que existe una identificación material o confusión entre las figuras de la concesionaria y la constructora, no puede sostenerse con éxito que la cantidad económica que deba abonar la Administración a la concesionaria por la ejecución de las obras deba ser incrementada por el beneficio industrial, en aplicación del artículo 266 TRLCAP, atendidas las peculiaridades del caso, tal y como se argumentaba en la Sentencia de 22 de diciembre de 2011 (rec. 5846/2010).

En la segunda cuestión de interés casacional, se plantea ante el Tribunal Supremo si "resulta aplicable el principio del enriquecimiento sin causa, en los casos de resolución de un contrato mixto de ejecución de obra y explotación de un servicio municipal, cuando está prevista que, a cargo de la explotación del

servicio, se retribuya además de la ejecución de la obra, la parte del precio no satisfecho por la ejecución de otras obras objeto del contrato mixto de obra y concesión (como la urbanización de la plaza que se ubican en la parte superior del aparcamiento, la ejecución de un centro de transformación y una línea subterránea de media tensión) y que pasan a ser propiedad del Ayuntamiento". El Tribunal Supremo, sin embargo, desmiente el punto de partida de la cuestión de interés casacional, ya que afirma que en el supuesto concreto "no se aprecia la existencia del enriquecimiento sin causa que alega la recurrente", lo que le lleva a concluir que "no es necesario dilucidar la forma en que ese supuesto enriquecimiento injusto habría de ser compensado o corregido".

Y, en tercer y último lugar, se trata de determinar "cuál es alcance que ha de atribuirse a la expresión legal 'daños y perjuicios', en el sentido de si, resuelto el contrato por causa imputable al concesionario, su responsabilidad se mantiene vigente por el tiempo que restare de vigencia de la concesión, si la Administración decidiera continuar con la explotación de la infraestructura; si resultan indemnizables las pérdidas meramente posibles o probables derivadas de la futura explotación de la infraestructura por la Administración, o por un tercero, distinto del contratista al que se le imputa la resolución del contrato, y si puede tener la condición legal de 'daño y perjuicio' la depreciación por el uso que la Administración hace de las instalaciones y bienes que le revierten a causa de la resolución, sin infringir con ello la obligación legal de abonar al contratista el importe de esas mismas inversiones por la parte no amortizada". Resuelve el Tribunal Supremo esta cuestión indicando que la procedencia de la indemnización de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento "parte de la premisa de que nos encontramos en un caso de resolución del contrato por causa imputable al concesionario; encontrando tal indemnización respaldo normativo directo en el *artículo 266.4 TRLCAP*". Por ello, indica que "las concretas partidas indemnizables y su cuantificación, debe estarse a los datos y pruebas que ya fueron tomados en consideración por el Ayuntamiento, cuya valoración por el Juzgado, ratificada luego en la sentencia que resolvió el recurso de apelación, no puede ser revisada ahora en casación".

A la vista de las respuestas formuladas por el Tribunal Supremo a las cuestiones de interés casacional formuladas, y aunque en el auto de admisión del recurso se identificaron como normas jurídicas que en principio iban a ser objeto de interpretación los *artículos 113.4*, *266.1* y *4 del TRLCAP*, aprobado por el RDL 2/2000 de 16 de junio, y 113 del RLCAP (cuyo contenido coincide con los vigentes arts. 213 y 280 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público), el carácter casuístico del supuesto lleva a concluir al Tribunal Supremo que no procede en este caso la formulación de doctrina jurisprudencial, "pues las cuestiones planteadas en el auto de admi-

sión del recurso de casación están tan apegadas a las concretas circunstancias del caso que las respuestas de esta Sala no resultan reconducibles a formulaciones de alcance general".

4.8
Infracción del deber de secreto en los procedimientos de contratación. Valoración del principio de proporcionalidad a la hora de proceder a la expulsión de la empresa adjudicataria

Tomando como punto de partida la adjudicación, por parte de la Junta de Gobierno Local de Cuenca, del contrato para la prestación de los servicios de "Recogida y transporte de residuos urbanos, licencia viaria, limpieza de parques– jardines y gestión del punto limpio del municipio de Cuenca", la sentencia de 4 de mayo de 2022 (rec. 4421/2020, ponente Eduardo Espín Templado) lleva a cabo la interpretación de los *artículos 145.2* y *150.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el *artículo 57.4 i) de la Directiva 2014/24, del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 26 de febrero, y el *artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público*, con el objeto de responder a las dos siguientes cuestiones de interés casacional que se le plantean:

> "1º. Si la apreciación de la infracción del deber de secreto en los procedimientos de contratación, más concretamente en las proposiciones de los licitadores, requiere de un test jurídico de proporcionalidad para valorar si tiene –la infracción– entidad suficiente para incidir en la adjudicación o, por el contrario, si la mera constatación formal de la infracción debe conducir a la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria.
> 2º. En caso de que quepa la exclusión automática, si es necesario –por aplicación del principio de buena administración, tal y como sucede con las bajas temerarias– otorgar trámite previo de audiencia al licitador afectado".

En atención a la primera cuestión de interés casacional, el Tribunal Supremo declara lo siguiente: "de acuerdo con las consideraciones expresadas en el anterior fundamento de derecho, que la apreciación de la infracción del debe de confidencialidad en las propuestas de los licitadores en la contratación pública deber efectuarse con atención al principio de proporcionalidad, esto es, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma".

Contestada de esta manera la primera cuestión de interés casacional, entiende el Tribunal Supremo que queda sin contenido la segunda cuestión

formulada en el auto de admisión sobre si, "de ser procedente la exclusión automática del licitador que infringiera el deber de secreto, resultaba preciso darle trámite de audiencia".

4.9
Sobre la caducidad en la liquidación de contratos

La sentencia de 14 de marzo de 2022 (rec. 2137/2020, ponente José María del Riego Valledor) responde a la siguiente cuestión de interés casacional:

> "determinar la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos de liquidación de contratos, y en particular, a aquellos procedimientos en los que se incluya la determinación de los daños y perjuicios irrogados a la Administración como consecuencia de la resolución del contrato por causa imputable al contratista".

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los "artículos 42.3 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ('LRJPAC'), cuyo contenido se recoge actualmente en los artículos 21.3 y 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas".

La sentencia fija la siguiente doctrina jurisprudencial en respuesta de la cuestión de interés casacional planteada:

> "el criterio de la Sala en relación con la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión, es que el instituto de la caducidad resulta aplicable a los procedimientos de liquidación de contratos en los que se incluya la determinación de los daños y perjuicios irrogados a la Administración como consecuencia de la resolución del contrato por causa imputable al contratista".

5
Tributos

5.1
ICIO. Liquidación tributaria tras la anulación de una anterior. Plazo de prescripción

Resolviendo el recurso de casación deducido por el Ayuntamiento de Madrid, la sentencia de 11 de abril de 2022 (rec. 3500/2020, ponente José Antonio Montero Fernández) interpreta los artículos 66 y 104 y 104.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre) ("LGT") y el

artículo 66.2 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa ("RGRVA").

La cuestión de interés casacional planteada pretende determinar si "la emisión de una liquidación tributaria tras la anulación de una anterior que fue revocada en vía económico-administrativa por haber sido dirigida al contribuyente en lugar de a su sustituto legal y obligado al pago, es un acto que se ha de entender realizado en el seno de un procedimiento de ejecución de la resolución económico-administrativa y que se encuentra sujeto al plazo del artículo 104 LGT o, por el contrario, la única limitación temporal a la que queda sometida la administración liquidadora es la consagrada en el artículo 66 LGT, esto es, el plazo de cuatro años de prescripción".

Como aclara el Tribunal Supremo, con carácter general, esta cuestión de interés casacional objetivo formulada en el auto de admisión "ha sido ya despejada vía jurisprudencial". Así, cita como ejemplo de dicha jurisprudencia las sentencias de 15 de junio de 2015, rec. 1551/2014, y 23 de junio de 2020, rec. 5086/2017, recaídas "en supuestos de ejecución de sentencias pero que en tanto desarrollan la base dogmática de general aplicación sirven en lo que ahora interesa, parte de la distinción entre vicio formal y vicio material".

Así, y previo desarrollo de esta doctrina, el Tribunal Supremo concluye que "la emisión de una liquidación tributaria tras la anulación de una anterior que fue revocada en vía económico administrativa por haber sido dirigida al contribuyente en lugar de a su sustituto legal y obligado al pago, es un acto que se ha de entender realizado en el seno de un procedimiento de liquidación provisional distinto del original anulado, sin que para el sustituto legal se haya interrumpido el plazo de prescripción, siendo la única limitación temporal a la que queda sometida la administración liquidadora el plazo de cuatro años de prescripción del artº 66 de la LGT".

No obstante, una vez resuelta la cuestión de interés casacional, el Tribunal Supremo dedica el FJ 4.º de la sentencia a hacer un análisis sobre la especial estructura y dinámica del gravamen objeto de enjuiciamiento (el ICIO), cuya lectura resulta altamente recomendable.

5.2
Aprovechamiento especial de bienes del dominio público. Tipo de gravamen aplicable

El Tribunal Supremo resuelve, en diversos pronunciamientos –más de una decena–, los recursos de casación interpuestos por Red Eléctrica de España, S.A.U. cuyo objeto era la impugnación directa de una serie de liquidaciones

de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a través de instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica, e, indirectamente, de las ordenanzas fiscales de varios ayuntamientos –Aitona (Lérida), Atarfe (Granada), Barcelona, Cuenca…–, reguladoras de la citada tasa.

La cuestión de interés casacional, coincidente en todos ellos, consiste "en matizar, precisar o revisar la jurisprudencia establecida, concretando si en los supuestos de aprovechamiento especial de bienes del dominio público es lícito imponer un tipo de gravamen del 5% sobre la base de la tasa que tomará, a su vez, como referencia, la utilidad que reporte el aprovechamiento, partiendo de que, a juicio de la sala, estamos irrefutablemente ante un caso de aprovechamiento especial, no de uso privativo y, en su caso, cuál debería ser el tipo de gravamen aplicable a éste que debería reflejar la ordenanza".

Son objeto de interpretación los *artículos 24* y *25 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, el *artículo 20.1 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos del Estado*, el *artículo 85 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, y el *artículo 64 de la Ley 25/1998, de 13 de julio*, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público (BOE, 14 de julio).

Recuerda, no obstante, el Tribunal Supremo que sobre la cuestión con interés casacional seleccionada en el auto de admisión ha habido numerosos pronunciamientos, *y la doctrina fijada al respecto ya se recogía en la sentencia de 3 de diciembre de 2020, rec. cas. 3099/2019, y en la sentencia de 21 de diciembre de 2021*, *rec. cas. 1695/2020*.

Si bien varias de las sentencias proceden a desestimar el recurso presentado, por haberse suscitado la cuestión de interés casacional únicamente en el seno del propio recurso y no haber supuesto objeto de la controversia en la instancia (SSTS de 11 de mayo –rec. cas. 3552/2020– y de 12 de mayo –rec. cas. 3959/2020–, ambas de 2022), otras, como la STS de 10 de mayo de 2022, rec. cas. 1823/2020, confirman la doctrina jurisprudencial ya existente y proceden a declarar la nulidad de pleno derecho de las ordenanzas enjuiciadas, en cuanto estas "fijaban un tipo de gravamen anual único del 5 por 100, sin distinguir el tipo de aprovechamiento del demanio efectuado por el contribuyente (aprovechamiento especial o uso privativo)". Recuerda, además, la sentencia de 18 de mayo de 2022 (rec. 3874/2021) que la ordenanza en cuestión –siempre que se den en la actividad el aprovechamiento especial y uso privativo– deberá justificar la intensidad o relevancia de cada uno para cuantificar la tasa conforme a la legislación vigente (esto es, el artículo 64 de

la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público).

5.3
Impugnación de liquidaciones del impuesto sobre bienes inmuebles y valoración catastral del inmueble

La STS de 9 de mayo de 2022 estima el recurso de casación 4716/2020 interpuesto por la Diputación de Alicante y confirma la doctrina ya fijada, en un asunto análogo, por la sentencia de 18 de mayo de 2020, dictada en el recurso de casación 5665/2018.

En ambos pronunciamientos, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre sendas cuestiones de interés casacional que versan sobre "(i) qué trascendencia y efectos tienen sobre la impugnación de la liquidación del IBI los pronunciamientos judiciales contradictorios efectuados por la Audiencia Nacional y la Sala de Valencia y (ii) qué efectos proyecta sobre esa impugnación de la liquidación del IBI la sentencia de la Audiencia Nacional que declara ajustada a derecho la Ponencia de Valores del municipio en cuestión y que estima que existe estudio de mercado debidamente motivado". Se descartan, no obstante, otras dos cuestiones de interés casacional objetivo formuladas en el auto de admisión, pues aunque el propio Tribunal destaca su relevancia interpretativa, el órgano judicial competente para enjuiciar (directamente) la Ponencia de Valores del municipio (la Audiencia Nacional) ha declarado dicha ponencia ajustada a derecho por sentencia firme, descartando, precisamente, los motivos de nulidad tenidos en cuenta por la Sala de Valencia para anular las valoraciones catastrales derivadas de esa ponencia[2].

La doctrina fijada por el Tribunal Supremo, en la interpretación de los artículos 4, 65 y 77 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, es la siguiente (FJ 3.º):

2. Las dos cuestiones sobre las que el TS no se pronuncia son las siguientes: (i) determinar si, con ocasión de la impugnación de liquidaciones del impuesto sobre bienes inmuebles y para obtener su anulación, el sujeto pasivo puede discutir la valoración catastral de su inmueble, cuando no lo hizo (o haciéndolo dejó que alcanzara firmeza) al tiempo en que le fue notificado individualmente el valor catastral del bien inmueble sujeto a tributación por dicho impuesto; (ii) determinar si la anulación judicial de un acuerdo de asignación de valores catastrales individualizados por falta de constancia, defectos o cualquier otro vicio del estudio de mercado del expediente de aprobación de la ponencia de valores, efectuada por un Tribunal respecto a otro propietario, resulta extensible al resto de sujetos pasivos del municipio en cuestión, con ocasión de la impugnación de las liquidaciones del IBI, aunque no hubieran recurrido la ponencia de valores o la asignación de valores catastrales individualizados.

"a) Carece de eficacia de cosa juzgada material respecto de liquidaciones del Impuesto sobre Bienes Inmuebles posteriores (como la que constituye el acto enjuiciado en este proceso) la decisión anterior, adoptada por el tribunal competente para enjuiciar la gestión tributaria, por la que se anula una liquidación de dicho impuesto por defectos formales de la Ponencia Valores.
b) Tal decisión no impide que el órgano judicial competente para enjuiciar esa misma Ponencia de Valores determine en el recurso dirigido frente a la misma –con plena cognición– si ésta es o no conforme a Derecho, incluida, lógicamente, la concurrencia o no de aquellos defectos formales.
c) No es posible anular la liquidación del Impuesto sobre Bienes Inmuebles por defectos de la Ponencia de Valores –constatados en procesos referidos a otros contribuyentes– cuando, como sucede en el caso que analizamos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha declarado ajustada a derecho dicha Ponencia en sentencia firme".

5.4
Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. Exención. Propietario del inmueble y dueño de la obra

En la sentencia de 30 de marzo de 2022 (rec. 5658/2020, ponente José Antonio Montero Fernández), las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

"1º. Esclarecer si, a efectos de la aplicación la exención en el ICIO a favor de construcciones, instalaciones y obras directamente destinadas a carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales de las que sea dueño el Estado, las Comunidades Autónomas o las entidades locales –cuando no coincidan la condición de propietario del inmueble y la de dueño de la obra–, lo relevante es tomar en consideración quién va a ser finalmente el propietario de ésta o, por el contrario, lo es atender a quién soporta los gastos de su realización.
2º. Determinar si la exención es aplicable no sólo cuando la ejecución de la obra se lleva a cabo por un organismo autónomo sino también cuando se trata de una empresa pública".

Para ello, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los *artículos 100.2* y *101.1 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

El Tribunal Supremo, en respuesta a las cuestiones de interés casacional planteadas, se remite a sus precedentes pronunciamientos, en concreto a la "sentencia núm. 875/2020, de 24 de junio, dictada en el recurso de casación núm. 6043/2017, a la que siguen las de 23 de septiembre y 16 de diciembre de 2020 (recursos de casación nº 3030/2019 y 4468/2019) y la última de las dictadas en idéntico sentido de fecha 6 de mayo de 2021, recurso de casación 2886/2020", fijando la siguiente doctrina:

> "1) En las obras de infraestructura mencionadas en el artículo 100.2 del TRLHL, no existe la posibilidad de diferenciar el dueño de la obra como persona separada de la Administración pública titular del dominio público en que se manifiestan aquéllas.
>
> 2) Tampoco cabe establecer que es sujeto distinto del titular demanial quien, en el ejercicio de las atribuciones que le otorga la ley respecto de tales bienes, promueve las construcciones, instalaciones u obras, porque no soporta los gastos que comporta su realización en calidad distinta de la del titular demanial.
>
> 3) Tratándose de las construcciones, instalaciones u obras que se destinen a las obras de infraestructura numerus clausus mencionados en el artículo 110.2 TRLHL y, en particular, las obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales, lo relevante es atender a quién va a ser finalmente el propietario de la obra, en los términos ya expuestos en relación con los bienes demaniales.
>
> 4) Por lo que respecta a la segunda pregunta, la forma de personificación como organismo autónomo –como categoría conceptual formalmente extinguida– se refiere a la gestión ulterior y, además, ha de conciliarse con las reglas autoorganizativas de la Administración de que se trate. En el caso de la recurrente, tales normas favorecen la exención. Basta con el hecho de que la ley autonómica le confiere competencias y funciones administrativas para promover la construcción de obras públicas como las señaladas, así como gestionar los servicios públicos resultantes, con atribución de facultades y competencias públicas [...]".

5.5
Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. Solicitud de devolución de ingresos indebidos

La sentencia de 22 de marzo de 2022 (rec. 3124/2020, ponente Francisco José Navarro Sanchís) resuelve el recurso deducido por el Ayuntamiento de l'Aldea

(Tarragona) contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Se plantean, como cuestiones de interés casacional para la formación de jurisprudencia, las siguientes:

> "[...] 2.1 Determinar quién tiene derecho a solicitar y obtener la devolución de ingresos indebidos –instada al no haberse realizado el hecho imponible–, en supuestos en el que el dueño de una construcción, instalación u obra ha abonado la liquidación provisional por el concepto de ICIO, pero, posteriormente ha vendido o transmitido la construcción, instalación u obra que pasa a ser propiedad de un nuevo titular, siendo éste el que insta la devolución.
>
> 2.2 En el caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea el primer dueño de la construcción, instalación y obra, aclarar si en el caso en que el Ayuntamiento hubiera ordenado la devolución al nuevo dueño de la construcción, instalación u obra estaríamos en presencia de un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquiría un derecho careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición que habilitaría la declaración de la nulidad de pleno derecho [...]".

El Tribunal Supremo, resolviendo el recurso en sentido desestimatorio, fija la siguiente doctrina:

> "1) A la segunda pregunta, la consistente en aclarar si concurre causa legal anulatoria radical (art. 217.1.f) LGT), por haber ordenado el Ayuntamiento la devolución al nuevo dueño de la construcción, instalación u obra, esto es, si estaríamos en presencia de un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquiría un derecho careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición que habilitaría la declaración de la nulidad de pleno derecho, la respuesta es clara y rotundamente negativa. No se da ninguno de los requisitos del precepto invocado a los que nos hemos ido refiriendo.
>
> Es más, aun cuando fuera discutible esa facultad, abstractamente considerada, su determinación dependería de muchas incógnitas de hecho y de derecho, concurrentes en el asunto, por lo que resulta claramente improcedente la apreciación de la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 217.1.f) LGT.
>
> 2) Pese a que la segunda pregunta carece ya de sentido, pues la sentencia, por ser acertada, debe ser confirmada, ASECAT tenía derecho a reclamar la devolución que en un primer momento obtuvo, por ser sujeto pasivo del impuesto al tiempo del devengo sin que, por lo demás, estemos ante un caso de no acaecimiento del hecho imponible, como sugiere el auto de admisión, sino más bien ante

el desistimiento de la obra comenzada y no terminada. En tal caso, se produce ope legis una sucesión en la situación jurídica tributaria derivada de la transmisión de la licencia, con conocimiento y aprobación municipal.

3) No hay oposición, en este punto, entre la normativa general de la devolución de ingresos indebidos y la que deriva de la técnica bifásica propia del ICIO, entre liquidación provisional y definitiva, pues desde ambas perspectivas tenía derecho el dueño de la obra a obtener la devolución de lo abonado en exceso, como el Ayuntamiento acordó en su día, accediendo e esta devolución, en acto correcto y ajustado a derecho, que luego incomprensiblemente y sin una explicación aceptable, revisa de pleno derecho con muy escaso fundamento".

5.6
Tasa local por prestación de servicios en galerías municipales. Aplicabilidad de la exención del artículo 21.2 TRLHL

En la sentencia de 16 de marzo de 2022 (rec. 3212/2020, ponente Isaac Merino Jara) se plantea como cuestión de interés casacional si "las tasas cobradas por el Ayuntamiento de Madrid por servicios públicos tales como la vigilancia, conservación o reparación prestados en relación con galerías municipales y que afecten a los usuarios de las mismas pueden o no resultar exentas conforme a lo dispuesto en el artículo 21.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, referido a las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, así como por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente y por todos los que inmediatamente interesen a la seguridad ciudadana o a la defensa nacional".

Son objeto de interpretación *los artículos 20 y 21 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; el artículo 2 de la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid reguladora de la Tasa por Prestación de Servicios en Galerías Municipales, de 9 de octubre de 2001; los artículos 12 y 14 LGT; y el artículo 133.3 de nuestra Constitución.*

El Tribunal Supremo, en respuesta a la cuestión de interés casacional, fija el siguiente criterio: "El Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales están obligados al pago de las tasas por el Ayuntamiento de Madrid por la prestación de servicios públicos tales como la vigilancia, conservación o reparación prestados en relación con galerías municipales y que afecten a los usuarios de las mismas".

5.7
Definición del hecho imponible por Ordenanza reguladora de guardería rural

La sentencia de 14 de marzo de 2022 (rec. 721/2020, ponente Isaac Merino Jara) responde a la siguiente cuestión de interés casacional:

> "Determinar si, una vez constatado que no pueden constituir el hecho imponible, alguno de los supuestos descritos por la ordenanza reguladora de una tasa por la prestación del servicio de guardería rural en favor de fincas rústicas, como el de vigilancia general, dicha circunstancia puede ser enervada, no dando lugar, por ende, a pronunciamiento alguno de nulidad, por la circunstancia de preverse, además, algunos supuestos susceptibles de ser gravados por referirse a tareas específicas de colaboración y vigilancia concreta en el ámbito rural".

Son objeto de interpretación, además de la norma jurídica concernida ("artículo 2 de la Ordenanza Reguladora de la Tasa por Servicio de Agro-Guardería Rural del Ayuntamiento de Monterrubio de la Serena"), los "artículos 20.1.B), 20.2 y 20.4.d) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (BOE de 9 de marzo) ['TRLHL'], en relación con el 21.1, y los artículos 24.2 y 25 del mismo texto legal".

En respuesta a la cuestión planteada, el Tribunal Supremo fija la siguiente doctrina jurisprudencial:

> "La doctrina que fijamos, por tanto, es que resulta insuficiente definir el hecho imponible con una mera referencia a la guardería rural, pues es necesaria una delimitación más precisa, como la llevada a cabo en la Ordenanza recurrida, cuyo artículo 2 define el hecho imponible describiendo tal servicio en diez apartados que han de ser valorados conjuntamente, o bien, remitirse a la Ordenanza del servicio en la que se definen las funciones propias de la guardería rural con la misma claridad y nitidez".

5.8
Entrada y registro en domicilio efectuados por la Administración en virtud de autorización judicial posteriormente declarada nula

En la sentencia de 12 de mayo de 2022 (rec. 6453/2020) se analiza si la declaración de nulidad de la autorización judicial de entrada y registro en domicilio priva de cobertura jurídica a las actuaciones de la Administración (en este caso, la AEAT), y si ello comporta el deber de la Administración de devolver "toda la documentación e información obtenida en la entrada y registro". Esta

cuestión de interés casacional es coincidente con la resuelta, en su momento, por la sentencia de 27 de septiembre de 2021 (rec. 4393/2020). Por ello, se fija la doctrina jurisprudencial en los mismos términos ya establecidos por el anterior pronunciamiento, de tal forma que la declaración de nulidad de la autorización judicial de entrada y registro en domicilio priva de cobertura jurídica a las actuaciones de la Administración e implica el deber de devolver toda la documentación incautada, así como de destruir cualesquiera copias de ella que obren en poder de la Administración.

No obstante, y en atención a la pretensión deducida por la parte recurrente, el Tribunal Supremo argumenta sobre una cuestión complementaria, y es si la información obtenida durante un registro domiciliario carente de una válida autorización judicial es utilizable como medio de prueba en otros procedimientos administrativos o jurisdiccionales, distinguiendo los conceptos de "información" y "material incautado". En este sentido, la Administración no podrá utilizar ese material (documentos, soportes informáticos, etc.), pero el conocimiento de la información que se deriva del mismo se entiende como algo consumado y que no puede suprimirse. De ahí que se concluya, matizando la doctrina jurisprudencial, que la posibilidad o imposibilidad de utilizar la información así obtenida a efectos probatorios debe ser decidida, llegado el caso, en el procedimiento administrativo o jurisdiccional en que la Administración, u otra persona, pretenda hacer uso de ella.

6
Otras materias (subvenciones, urbanismo, expropiación forzosa, medio ambiente)

6.1
Reintegro de una subvención por incumplimiento de la obligación de justificación. Determinación de la cuantía a reintegrar. Posible aplicación del principio de proporcionalidad

Se plantea ante el Tribunal Supremo un interesante supuesto relativo al reintegro de las subvenciones por incumplimiento del beneficiario de la obligación de justificación, aduciendo este que se había llevado a cabo, en su integridad, la acción subvencionada. Así, la sentencia de 17 de mayo de 2022 (rec. 246/2021, ponente Eduardo Espín Templado) trata de determinar si la *superación del plazo establecido para pagar los gastos objeto de la subvención lleva irremisiblemente al reintegro de aquellos gastos no pagados en plazo, o si cabe aplicar el principio de proporcionalidad en atención al mayor o menor periodo temporal de la superación del plazo legal establecido*.

Para ello, lleva a cabo una interpretación de los *artículos 17.3.n) y 31.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones*, de forma concordada con el *artículo 1170, párrafo segundo, del Código Civil,* pues en el supuesto de hecho el pago se había efectuado mediante cheques bancarios entregados en el plazo de justificación, pero no hechos efectivos hasta después de finalizado el referido plazo. Interpretación que, conforme a la doctrina sentada por la sentencia de 7 de abril de 2022 (rec. 5133/2020), le lleva a la estimación del recurso de casación. No obstante, concluye el Tribunal Supremo que, en supuestos como el enjuiciado, para la aplicación del principio de proporcionalidad respecto al pago en plazo de las actividades subvencionadas es preciso estar a las circunstancias concurrentes en cada caso, dado que se trata de un ámbito esencialmente casuista, sin que se pueda ofrecer una respuesta a la cuestión de interés casacional que fije una doctrina jurisprudencial general y predeterminada.

6.2
Relevancia del Plan Estratégico de Subvenciones en el procedimiento de otorgamiento de subvenciones aprobado por una Administración local. Planteamiento de cuestión de ilegalidad

El Tribunal Supremo, mediante su relevante sentencia de 9 de mayo de 2022 (rec. 2317/2020, ponente José María del Riego Valledor), estima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado en relación con la cuestión de ilegalidad, planteada en la instancia, sobre la Ordenanza del Ayuntamiento de Aduna (Gipuzkoa) reguladora de subvenciones individuales para gastos de transporte por visitas a personas internas en centros penitenciarios.

En la sentencia se plantean dos cuestiones de interés casacional de naturaleza diferenciada. La primera, de carácter sustantivo, sobre el papel determinante del Plan Estratégico de Subvenciones de una Administración en el procedimiento subvencional. Y la segunda, de naturaleza claramente procesal, sobre el planteamiento de la cuestión de ilegalidad en sede judicial.

El Tribunal Supremo, en respuesta a ambas cuestiones de interés casacional, fija la siguiente doctrina:

> "1.– El artículo 8.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, debe ser interpretado en el sentido de que la aprobación de un Plan Estratégico de Subvenciones, con carácter previo al establecimiento de cualquier subvención, constituye un requisito esencial del procedimiento subvencional, de modo que el incumplimiento de esa obligación, por parte de la Administración pública o Ente público convocante de las ayudas públicas, determina la nulidad de la Orden de convocatoria de la subvención.

2.– A través del planteamiento de una cuestión de ilegalidad, cuya regulación procedimental se establece en los artículos 27 y 123 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el juez o tribunal promovente puede aducir todas aquellas infracciones del ordenamiento jurídico que pudieran determinar la invalidez de la disposición general por ser disconforme a Derecho, sin que la circunstancia de que el recurso contencioso administrativo, entablado contra un acto de aplicación de una disposición general, se interponga por una Administración Pública, que tenga atribuidas funciones de control de la legalidad de la actuación de otra Administración pública, cualifique la posición jurídica de aquella en el proceso jurisdiccional".

6.3
Determinación de la fecha de justificación de una subvención cuando el gasto ha sido abonado mediante talón nominativo

La sentencia de 7 de abril de 2022 (rec. 5133/2020, ponente Eduardo Calvo Rojas) resuelve la cuestión de interés casacional objetivo consistente en "determinar la fecha que se debe tomar en consideración para entender justificada en plazo la subvención recibida cuando el gasto subvencionable ha sido abonado a través de un talón nominativo". Para ello, identifica como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 31.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y 1170, párrafo segundo, del Código Civil.

La doctrina que fija la sentencia, en respuesta a la cuestión de interés casacional, es que "cuando el gasto para el que se concede la subvención se abona a través de un talón nominativo, la realización del gasto puede entenderse realizada en la fecha en que se produce la entrega del efecto si hay constancia de que los sujetos intervinientes atribuyeron a dicha entrega efectos liberatorios, con independencia de que, por causas ajenas a la voluntad de quien ha entregado el efecto, el acreedor que lo recibe tarde luego en presentarlo al cobro".

6.4
Determinación del justiprecio por el método residual estático. Los gastos que han de considerarse para el cálculo del coeficiente K y los que sirven para calcular el Vc

La sentencia de 23 de marzo de 2022 (rec. 2136/2021, ponente Octavio Juan Herrero Pina) resuelve un supuesto controvertido en relación con una valoración de suelo urbanizado no edificado, conforme al TRLS, mediante método residual estático, en la expropiación de una parcela por parte del Ayuntamien-

to de Almazora a resultas de la expropiación por ministerio de la ley instada por los recurrentes.

Las cuestiones de interés casacional para la formación de jurisprudencia planteadas consisten en determinar: "i) si existe concurrencia de conceptos entre los gastos que han de considerarse para el cálculo del coeficiente K y los gastos que sirven para calcular el Vc, o, por el contrario, unos y otros responden a finalidades o criterios de valoración distintos; y, ii) si, tras la entrada en vigor del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, es procedente la aplicación de la Orden ECO/805/2003".

Se identifican, para ello, como normas jurídicas objeto de interpretación el *artículo 22.2 del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre*, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo, y la *disposición transitoria tercera, apartado tercero, del TRLS 2/2008*.

La sentencia concluye, en relación con la primera de las cuestiones planteadas en el auto de admisión, que "no existe concurrencia de conceptos entre los gastos que han de considerarse para el cálculo del coeficiente K y los gastos que sirven para calcular el Vc, y que por el contrario, unos y otros responden a finalidades y criterios de valoración distintos".

Y, en relación con la segunda de las cuestiones, determina que, "tras la entrada en vigor del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, no es procedente la aplicación de la Orden ECO/805/2003 en la determinación del justiprecio por el método residual estático previsto al efecto".

6.5 Evaluación ambiental estratégica en la modificación de planes urbanísticos

Nuevamente, el Tribunal Supremo se pronuncia, en su sentencia de 16 de marzo de 2022 (rec. 95/2021, ponente Wenceslao Francisco Olea Godoy), al hilo de la aprobación definitiva de la modificación del PGOU de Motril, sobre si "la evaluación ambiental estratégica es preceptiva en todos los supuestos de innovación de planes generales que afecten a la ordenación estructural, y, en su caso, las eventuales consecuencias de su omisión".

Se interpretan, entre otros preceptos, los *artículos 6* y *9 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre*, de evaluación ambiental y el *artículo 15.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo*, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (actual *artículo 22.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana).

Como respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, el Tribunal Supremo concluye que "deben someterse a evaluación ambiental, bien ordinaria o simplificada, según los casos, aquellos instrumentos de planificación que comporten una ordenación estructural que afecten significativamente al medio ambiente y hayan de servir para la ejecución de proyectos con esa misma trascendencia; así como las modificaciones de dichos instrumentos, siempre que éstas tengan esas mismas exigencias".

CRÓNICA CONSULTIVA

La responsabilidad patrimonial de la Administración frente al ruido generado por terceros: la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía[1]

María Jesús Gallardo Castillo

Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía.
Catedrática de Derecho Administrativo
de la Universidad de Jaén

1. **Proemio**
2. **El supuesto de hecho**
3. **Normativa aplicable y competencias municipales**
4. **El necesario recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**
5. **La rezagada traslación de la doctrina del TEDH a la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo**
6. **Especialidades en la causalidad y en el rigor probatorio. La cuestión indemnizatoria**
   - 6.1. Una cuestión previa: cuando la inactividad de Administración constituye título de imputación
   - 6.2. La prueba del daño y su relación causal con la inactividad del Ayuntamiento
   - 6.3. La indemnización económica
7. **Otra posible vía distinta de la resarcitoria: el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad material de la Administración por incumplimiento de una disposición general no precisada de actos de aplicación: la llamada "acción de inejecución"**
8. **Bibliografía**

1. Este estudio se realiza en el marco del grupo de investigación "Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho Civil" (SEJ-235) adscrito a los centros de investigación CIDES y CEIA3.

1
Proemio

No descubro nada nuevo si comienzo este comentario afirmando que son cada vez menos infrecuentes las resoluciones judiciales y los dictámenes de los órganos consultivos que reciben con favorable acogida las reclamaciones patrimoniales formuladas por ciudadanos que postulan indemnización a causa de los daños ocasionados por otros sujetos particulares a consecuencia de la contaminación acústica producida por estos o por la actividad de la que son titulares.

No es posible abordar en este comentario el análisis de la poliédrica problemática que el tema suscita, pues se excedería en mucho de su objeto[2], que no es otro que poner de relieve la cada vez más creciente concienciación por el respeto que merecen los derechos de aquellos que se ven concernidos por acciones y actividades generadoras de ruidos susceptibles de alterar la vida y afectar a la salud, por cuya vulneración sus titulares terminan no solo por exigir a los ayuntamientos, en primera instancia, el ejercicio efectivo de las competencias y potestades administrativas que el ordenamiento les confiere a tal fin, sino también la reparación de los daños ocasionados por su inactividad o por la insuficiente actividad para evitarlos.

No es esta, desde luego, la única vía de reacción contra la contaminación acústica, ni el ordenamiento jurídico público el único que lo regula. La respuesta clásica al ruido ha venido determinada por una evolución sintetizable en la secuencia privado/público local, de lo que nuestro ordenamiento ha dejado cumplida constancia. En lo que respecta a la vía civil, lo ha hecho en diversos preceptos del Código Civil reguladores de las relaciones de vecindad (art. 590 CC), la responsabilidad por culpa *aquiliana* (art. 1902), y en la Ley de Enjuiciamiento civil con los interdictos de retener o recobrar la posesión (arts. 1631 a 1685 LEC de 1881, actual art. 250 de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil), al considerar el ruido como una perturbación del estado posesorio[3].

En vía contenciosa la acción natural y más rápida en su resolución se sustancia a través del proceso especial de tutela de derechos fundamentales (arts. 114 a 122 LJCA) y posterior recurso de amparo contra la inacción de la Administración frente a la contaminación acústica, si bien para ello no basta

2. Para ello deben consultarse, entre otros, Martín-Retortillo Baquer (2003a); Blasco Esteve (2000); Alenza García (2013); Lozano Cutanda (2004); López Ramón (2002); García Álvarez (2011); Herrera del Rey (2010); Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial (2002); Macías Castillo (2004); Ortuño Rodríguez (2008); Vacas García-Alós (2005).
3. Jordano Fraga (2017).

con que se hayan superado los niveles reglamentariamente permitidos, ni son invocables infracciones de legalidad ordinaria, sino que se requiere que se haya producido una vulneración efectiva de derechos fundamentales, específicamente, en este caso, del derecho a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad personal o familiar o a la integridad física y moral. Y para ello es necesario que las mediciones practicadas alcancen tal magnitud que sean por sí mismas lo suficientemente acreditativas de la existencia del menoscabo de dichos derechos fundamentales.

Naturalmente, si no se invoca violación de tales derechos no tendría cabida este remedio procesal, sino que procedería acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa una vez agotada la vía administrativa. Esta protección frente a la inmisión acústica podría canalizarse a través de varios cauces, cada uno de distinto alcance y longitud.

En primer lugar, formulando la correspondiente denuncia (que no solicitud) ante la Administración por inactividad en el ejercicio de sus funciones en cuanto a vigilancia, control y protección. No obstante, como es bien sabido, ha de tenerse en cuenta que la denuncia carece de virtualidad para iniciar el procedimiento, y que no otorga la condición de interesado a quien la formula, quien, como mero testigo cualificado, no tiene *derecho al procedimiento*, por lo que difícilmente podría impugnar la decisión de archivar las actuaciones o recurrir su acto terminal (SSTS de 23 de junio de 1987, y de 16 de febrero y 2 de marzo de 2015).

En segundo lugar, formulando solicitud con parecida pretensión, pero en la que el instante no se limite a poner en conocimiento de la Administración la existencia de unos hechos que, según su criterio, debieran dar lugar al inicio de las correspondientes medidas correctoras –como sucede con la denuncia–, sino invocando en su condición de interesado su derecho a que el ayuntamiento ejerza sus competencias de control sobre las licencias de actividades calificadas y de policía ambiental, pudiendo en caso de que no hayan sido satisfechas sus pretensiones, una vez agotada la vía administrativa, acudir a la vía contencioso-administrativa, cuyo recurso podrá tener por objeto:

a) la impugnación de la inactividad por vía del artículo 29 LJCA;

b) la pretensión de la sola anulación de los actos autorizatorios por considerarlos contrarios a derecho, con la finalidad de que, una vez anulados, se produzca el cese de la actividad molesta;

c) acompañar a tal pretensión, simultánea o sucesivamente, la de resarcimiento por los daños ocasionados, y

d) sin solicitar anulación alguna, instar la correspondiente indemnización por daños generados por los ruidos provenientes de la actividad autorizada.

Cuando la pretensión es anulatoria de una autorización previamente otorgada, como medio para lograr el cese de la actividad generadora del ruido, la acción se dirige directamente frente a la actividad administrativa, por entender el reclamante que la causa eficiente del daño invocado se encuentra en la acción –no en la omisión ni en la inactividad material– de la Administración.

Un matiz diferente, sin embargo, presenta el supuesto en que la reclamación por daños encuentre su fundamento en la inacción de la Administración, esto es, en la falta de ejercicio de las potestades de vigilancia o control, no ya solo de actividades autorizadas por ella, sino de *ruidos generados por terceros*. La cuestión no es baladí y debe repararse en ello, puesto que a las dificultades inherentes a la prueba respecto de la trascendencia de la inacción administrativa se une el hecho de que no deja de tratarse de un supuesto de responsabilidad por un acto (la generación de ruido continuo y grave) *imputable a un tercero*, lo que ha motivado que la doctrina haya alzado, no sin razón, algunos reparos que invitan a la reflexión y a la prudencia. Así, Martín-Retortillo Baquer[4] ha dejado afirmado sin ambages que ello supone para la institución de la responsabilidad patrimonial un auténtico desbordamiento "profundamente antisocial" que comporta un doble castigo a los vecinos, quienes han de soportar "un alcalde incompetente" y pagar por "el enriquecimiento de algunos desaprensivos", con lo que el ciudadano paga dos veces: el coste de la ineptitud y el coste de la indemnización. En esta misma línea, González-Varas Ibáñez[5] ha afirmado que "la reparación de daños ambientales no puede hacerse a costa de buscar en la Administración un pagador seguro, como dice ejemplarmente la STS de 17 de marzo de 1993 (Sala 3.ª), al exigir que ha de actuarse con prudencia en los casos en que los daños se achacan a la pura inactividad de la Administración […] ya que podría alcanzar una expansión gigantesca si se admitiera que nace [responsabilidad] en todos aquellos casos en que la Administración no cumple con eficacia los fines que le señala el ordenamiento jurídico". En definitiva, como asevera Aguirre i Font[6], es ciertamente paradójico que hayamos articulado un sistema que premia a los denunciantes pero ignora a los responsables.

En este contexto, el Consejo Consultivo de Andalucía ha tenido recientemente ocasión de abordar esta última posibilidad en su dictamen 389/2021 (ponente: Gallardo Castillo, María Jesús) al intervenir en un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a instancia de un particular que dirigió su reclamación al Ayuntamiento.

4. Martín-Retortillo Baquer (2003b).
5. González-Varas Ibáñez (1998).
6. Aguirre i Font (2016).

En su análisis el dictamen examina los requisitos cuya concurrencia resulta exigible en estos singulares casos en que lo relevante no es tanto la acción desplegada por la Administración, que también, porque habrá de determinarse si esta ha sido suficiente o no para repeler la actividad trasgresora, y porque solo valorando el grado de diligencia desplegada por la Administración en esta dirección podrá colegirse –y aquí es donde está el *quid* de la cuestión– si el nivel de inactividad u omisión ha sido de tal relevancia como para anudar causalmente a ella los efectos lesivos invocados.

La cuestión no es de fácil alcance. Bien sabemos que la omisión se compadece mal con la causalidad y que la prueba de su trascendencia lesiva puede resultar diabólica para quien ha de asumir la carga de acreditarla. Pero también es sabido que, cuando la Administración tiene encomendada la realización de funciones de policía, asume una posición de garante que comporta que le puedan ser atribuidos los daños originados por la falta de ejercicio de aquellas facultades de inspección y control. Como afirmara la emblemática STSJ de Valencia de 7 de marzo de 1997, concurre en el caso un comportamiento responsable activo ("la apertura del establecimiento") y un comportamiento pasivo ("no adoptar las medidas adecuadas"). Por ello, como bien asevera el dictamen, ni tan siquiera se precisa una absoluta inactividad administrativa, sino que basta con que la actuación haya sido insuficiente o incompleta, es decir, que no haya garantizado el umbral exigido por los estándares legales a partir de los cuales se origina un daño que quien lo sufre no tiene obligación de soportar.

Pero no es esta la única cuestión que aborda el dictamen. Para determinar si ha existido pasividad en el cumplimiento de las obligaciones preexistentes por parte de la Administración, analiza primeramente cuáles son el título competencial y las potestades que han dejado de ejercitarse en detrimento del derecho invocado. Y para acompasar la doctrina consultiva con la jurisprudencia tan reiterada como constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el dictamen parte de su análisis y posterior aplicación al caso concreto.

2
El supuesto de hecho

Los hechos de que trae causa el citado dictamen son los siguientes: en mayo de 2016, los ahora reclamantes presentaron denuncia ante el Ayuntamiento poniendo en su conocimiento los ruidos provenientes de un pub próximo a su domicilio y que les impedía descansar. Puesto que a esta denuncia se le sumó la de otros vecinos, la Policía Local se personó en el pub en varias ocasiones

(5 de noviembre de 2016 y 15 de enero de 2017), pudiendo verificar que el establecimiento estaba haciendo uso de un aparato reproductor de música para el que no contaba con habilitación, puesto que la licencia era de café bar sin música. El 9 de diciembre de 2016 los mismos reclamantes reiteraron su primera denuncia y solicitaron la adopción de medidas que dieran solución a dicho problema. Tras la realización de algunas inspecciones oculares y comprobar la persistencia de la actividad originadora de la molestia acústica, el 8 de marzo de 2018 se inició procedimiento sancionador, ordenando retirar la caja acústica, el ordenador y los altavoces, y se emitió resolución que imponía la sanción de 1500 euros. Las denuncias hubieron de reiterarse con fecha 17 de mayo y 11 de septiembre de 2017 por cuanto persistían los ruidos, ahora no solo provenientes del elevado volumen de la música, sino también de algunos televisores y de la terraza. La falta de respuesta del Ayuntamiento motivó que los denunciantes, con fecha 15 de marzo de 2018, dirigieran una queja al defensor del pueblo, quien solicitó informe al alcalde, que emitió el 2 de julio de 2018.

A resultas de tales hechos, el reclamante presentó reclamación por alteración del descanso nocturno desde el día 5 de noviembre de 2016 al 5 de noviembre de 2018 (dos años exactos), fecha en que el Ayuntamiento ordenó la clausura del pub, fijando la cuantía indemnizatoria en 21 900 euros, a razón de 30 euros por cada día. La propuesta de resolución, desestimatoria a la pretensión indemnizatoria, fue dictaminada desfavorablemente por el citado dictamen, que fijó la indemnización por daño moral en 30 000 euros (10 000 por cada uno de los miembros de la unidad familiar).

3
Normativa aplicable y competencias municipales

Nuestro ordenamiento jurídico exige a las Administraciones públicas una actitud de vigilancia activa frente a la perturbación del medio ambiente. Así lo ordena, en primer lugar, el principio rector de la política social y económica que consagra el artículo 45 de la Constitución, que establece en su primer apartado lo siguiente: “Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona […]”. Y aunque esa disposición constitucional no reconoce un derecho fundamental (o si se quiere, un derecho constitucional, creado o reconocido directamente por la Constitución), sí que contiene un mandato a los poderes públicos para velar por el medio ambiente, que debe encaminarse, como establece su apartado segundo, al fin de “proteger y mejorar la calidad de la vida […]”. Una actividad de los poderes públicos que, también por imperativo de esta misma disposición constitucional, establecida ahora por

su apartado tercero, debe incluir "sanciones penales o, en su caso, administrativas" frente a los que vulneren las normas protectoras del medio ambiente.

En el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía este mandato constitucional se reafirma por lo establecido por el artículo 10.3.7.º de su Estatuto de Autonomía, que consagra como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía "la mejora de la calidad de vida de los andaluces y andaluzas, mediante la protección […] del medio ambiente". Y en cumplimiento de ese objetivo el Estatuto dedica uno de sus títulos, el VII, al medio ambiente, refiriéndose una de sus disposiciones, el artículo 201, específicamente a la contaminación acústica como una forma de contaminación frente a la cual los poderes públicos andaluces deben establecer medidas de protección. Así, el apartado primero de esta disposición estatutaria dispone que "los poderes públicos de Andalucía promoverán políticas que mejoren la calidad de vida de la población mediante la reducción de las distintas formas de contaminación y la fijación de estándares y niveles de protección", mientras que su apartado segundo establece que "dichas políticas se dirigirán, especialmente en el medio urbano, a la protección frente a la contaminación acústica, así como al control de la calidad del agua, del aire y del suelo".

Pues bien, las normas que atribuyen a las distintas Administraciones públicas títulos competenciales que les habilitan, al tiempo que les obligan, a cumplir los mandatos constitucionales y estatutarios que se acaban de mencionar, permiten identificar al municipio como la Administración competente para actuar frente a la perturbación del medio ambiente, debiendo, en consecuencia, ocuparse de la gestión diaria de los intereses ambientales de los ciudadanos, derivado de las distintas normas que regulan sus actividades.

No resulta extraño, por tanto, que el artículo 25.2.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) configure la protección del medio ambiente como materia de competencia propia de los municipios, bajo el marco, como establece el artículo 2 del mismo cuerpo legal, de "las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión a los ciudadanos", y determine que la protección ambiental sea uno de los asuntos que afecten directamente al ámbito de intereses municipales.

En consonancia con todo lo anterior, las competencias municipales en esta materia aparecen determinadas por la legislación autonómica si el ámbito territorial excede del término municipal, o, en caso contrario, recaen en su exclusiva responsabilidad, como determina el artículo 4.4 de la Ley 37/2003, del Ruido, que atribuye a los ayuntamientos el conjunto de potestades esenciales en el ejercicio de la protección de la contaminación acústica y, entre ellas, la aprobación

de las ordenanzas locales en desarrollo del objeto de la citada Ley (artículo 6), la creación de nuevas infracciones y sanciones además de las ya previstas en la norma (artículo 28), o la imposición de las sanciones, con carácter general, ante emisiones que superen los límites establecidos por las normas (artículo 30). Ordenanzas que deberán acomodarse, como mínimo, a los límites fijados por el Estado para todo el territorio nacional, sin que, en ningún caso, puedan permitirse inmisiones y emisiones mayores que las fijadas en la Ley 37/2003.

De todo ello se desprende el papel tan fundamental que la Administración local, a través de los ayuntamientos, juega en la protección de la salud de sus ciudadanos frente a la contaminación acústica. Y, lo que es más importante a los efectos de dar respuesta a la pretensión indemnizatoria postulada por el reclamante, no se trata de una habilitación genérica, sino de un deber legal de actuar del que deriva un conjunto de potestades de naturaleza funcional y cuya actividad no solo no es discrecional, sino que constituye un auténtico poder-deber que sirve de parámetro para declarar la legalidad o no de la actuación o la falta de ella, así como para determinar la existencia del deber de resarcimiento por los daños que dicha inejecución es susceptible de generar.

Así pues, con entera independencia de quien sea el emisor acústico que la origine o que esté implicado en la generación de la molestia, riesgo o daño para las personas, es claro el deber de actuar de la autoridad municipal en el ejercicio de sus competencias y potestades sobre medio ambiente, que le son propias de conformidad con lo previsto por el artículo 25.2.f) de la LRBRL.

Tan notoria es esta creciente sensibilización ciudadana sobre el problema de la contaminación acústica, que ha calado no solo en la legislación sobre ruido, sino que se refleja en el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, cuyo artículo 5.a) dispone que todos los ciudadanos tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados.

4
El necesario recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La jurisprudencia en la materia ha avanzado de forma lenta pero progresiva desde que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) dictó su conocida sentencia de 21 de febrero de 1990 (asunto *Powell y Rayner*

contra Reino Unido) en la que admitió la posibilidad de que determinadas inmisiones sonoras lesionaran los derechos al respeto de la vida privada y a la inviolabilidad del domicilio, reconocidos en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que sucede cuando alcanzan un determinado grado de gravedad, se prolongan en el tiempo e impiden a los afectados el libre ejercicio de su personalidad. Y lo que es singularmente relevante a los efectos de determinar la responsabilidad del Estado en estos casos: que no obsta que el causante directo no sea el Estado sino un particular –lo que no deja de ser una matizada responsabilidad por acto de tercero–, puesto que el derecho a la intimidad impone, también, obligaciones positivas a los Estados en orden a garantizarlo.

En esta misma línea se pronunciaron también las sentencias de 9 de diciembre de 1994 (caso *López Ostra contra España*), 19 de febrero de 1998 (caso *Guerra y otros contra Italia*), 2 de octubre de 2001 (caso *Hatton y otros contra Reino Unido*) y 22 de mayo de 2003 (asunto *Kyrtatos contra Grecia*). La sensibilidad del TEDH sobre los problemas del ruido y su incidencia sobre el domicilio y la vida privada se manifiesta, asimismo, en su sentencia de 16 de noviembre de 2004 (asunto *Moreno Gómez contra España*), en la que el Tribunal reconoce que las circunstancias del caso evidencian la violación de los derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Del mismo modo, la sentencia de 27 de septiembre de 2011 (asunto *Martínez Martínez contra España*)[7] examina un supuesto en el que el demandante alega la violación de sus derechos fundamentales por contaminación acústica. En concreto, su derecho a la vida privada en su domicilio y el derecho a la protección de la integridad física y psicológica, por exceso de ruido provocado por un bar musical que dispone, además, de una amplísima terraza con barra de música, situado a pocos metros de su casa. En este caso el TEDH estimó la demanda y condenó a España por violación del artículo 8 del citado Convenio, al entender que existió una actitud pasiva y obstaculizadora por parte de la Administración para proteger los derechos del recurrente. La sentencia recuerda (apdo. 47) que la problemática examinada es similar a la del asunto *Moreno Gómez* (ruidos e incidentes de alboroto nocturno provocados por las discotecas instaladas cerca del domicilio del demandante) y considera que el nivel, la duración y la nocturnidad del ruido justifican la apreciación de una violación del derecho del demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada, al amparo del artículo 8 del Convenio (apdo. 54). La sentencia reitera la doctrina que reconoce que "el individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, con-

7. *Vid.* Requena López (2005); García Ureta (2011).

cebido no sólo como el derecho a un simple espacio físico sino también para el disfrute, con toda tranquilidad, de dicho espacio" (apdo. 39).

El 11 de junio de 2013 el TEDH dictó la sentencia en el caso *Bor contra Hungría*, en la que analiza el ruido de los trenes en una estación que se encuentra cercana al domicilio del demandante, y concluye que se produjo violación del artículo 8 CEDH por pasividad de la Administración en la ejecución de las medidas que adoptó, puesto que considera que las sanciones impuestas no resultaron suficientes, al no aplicarse de forma efectiva y en plazo razonable (se había tardado dieciséis años en adoptar las medidas adecuadas), lo que provocó que el demandante sufriera una carga individual que calificó de desproporcionada.

En el caso *Udovičić contra Croacia*, la STEDH de 24 de abril de 2014 condena a Croacia por una violación del artículo 8 CEDH, al considerar que el bar situado debajo de la casa de la demandante y el barullo de los clientes ebrios excedían los límites legales permitidos, y que la Administración no había adoptado medidas para solucionarlo.

Más recientemente, el TEDH, en su sentencia de 16 de enero de 2018, asunto *Cuenca Zarzoso*, reitera su jurisprudencia en esta materia y, una vez más, corrige jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, más en concreto la STC 150/2011, de 29 de septiembre[8], que había declarado inexistente la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar como compensación de las obras realizadas en su vivienda para insonorizar los ruidos provenientes de la calle, por falta de acreditación de la relación directa entre el ruido y la merma relevante en la salud o en la intimidad personal o familiar por acción u omisión imputable a un poder público. Esta STEDH constituye un cambio en la doctrina tradicional porque reforzaba los presupuestos para estimar la vulneración de estos derechos, desde el carácter tasado de los derechos fundamentales hasta el rigor y reforzamiento en el régimen de prueba en el recurso de amparo. Los requisitos exigidos vuelven a ser los mismos que se establecieran en las sentencias precedentes: que los ruidos alcancen el "umbral mínimo de gravedad" y que afecten a alguno de los bienes protegidos por el artículo 8 del Convenio, esto es, "respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". Pero, en este caso, se exonera a los demandantes –por ser excesivamente formalista– de la carga de demostrar la existencia de un ruido excesivo y que esa intensidad del ruido alcanzaba y afectaba al interior de su vivienda, como solicitaba el Gobierno. Entiende el TEDH que no es necesario exigir a un individuo que vive en una zona acústicamente saturada que aporte pruebas de un hecho que ya ha sido reconoci-

8. A mayor abundamiento debe consultarse Ruiz-Rico Ruiz (2013).

do oficialmente y, en consecuencia, exonerado de tal carga probatoria de los demandantes así como de la relación de causalidad con el daño invocado. En consecuencia, declara que el Estado demandado ha incumplido su obligación positiva de garantizar el derecho del demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada, vulnerando así el artículo 8 del Convenio.

En cuanto a la insuficiencia de las medidas preventivas adoptadas por el Ayuntamiento, es especialmente significativo el apartado 51 de dicha sentencia, en el que se establece lo siguiente:

> "[…] el Tribunal señala que dichas medidas fueron insuficientes en este caso concreto. La normativa para proteger los derechos garantizados sirven de poco si no se ejecutan apropiadamente y el Tribunal insiste en que el Convenio trata de proteger derechos efectivos, no teóricos. El Tribunal ha destacado repetidamente que la existencia de un procedimiento sancionador no es suficiente si no se aplica de una manera eficaz y oportuna (ver Bor v. Hungría, nº 50474/08, § 27, 18 de junio de 2013). En este asunto, no pueden considerarse suficientes las medidas respecto a la reducción en el número de veces en que los niveles legales de decibelios descendieron diariamente y las sanciones administrativas impuestas por el Ayuntamiento. Los hechos demuestran que el demandante sufrió una grave violación de su derecho a respetar el domicilio como resultado de la inactividad por parte de las autoridades en resolver el problema de las molestias nocturnas (ver Moreno Gómez, anteriormente citado, § 61)".

La sentencia viene a compendiar la doctrina del TEDH, cifrándola en los siguientes principios:

- El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no solo como el derecho a un simple espacio físico, sino también como el derecho a disfrutar con toda tranquilidad de dicho espacio. Así pues, las vulneraciones del derecho de respeto al domicilio no son solamente las de índole material, sino también los ruidos, emisiones, olores u otras injerencias (ver *Hatton y otros c. Reino Unido*, anteriormente citado, § 96).
- El artículo 8 no solo tiene por objeto esencial el proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, sino que también puede implicar la adopción por parte de los poderes públicos de medidas encaminadas al respeto de los derechos garantizados por el mismo en las relaciones de las personas entre sí (ver, entre otros, *Stubbings y otros c. R. Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1996, compilación de las sentencias y decisiones 1996-IV, pp. 1505, § 62; *Surugiu c. Rumania*, anteriormente citado, § 59).

– El Convenio apunta a proteger unos "derechos concretos y efectivos", y no "teóricos o ilusorios" (ver *Papamichalopoulos y otros c. Grecia*, sentencia de 24 de junio de 1993, serie A, n.º 260-B, § 42).
– El elemento clave consiste en determinar si la molestia producida por el ruido alcanzaba el nivel mínimo de gravedad requerido para constituir una vulneración del art. 8 (ver Moreno Gómez, § 58).

5
La rezagada traslación de la doctrina del TEDH a la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo

El Tribunal Constitucional ha abordado también el problema de la protección de los derechos fundamentales frente a la contaminación acústica, si bien no puede afirmarse que su doctrina haya sido precisamente pionera al respecto. Una de las primeras fue la STC 199/1996, de 3 de diciembre, en la que se percibe cierta reticencia a la hora de incorporar la citada doctrina del TEDH, puesto que valora el riesgo que podría generar la incorporación de la tutela frente a inmisiones en el derecho a la intimidad, en cuanto que podría terminar por convertir en derecho fundamental el derecho a un medio ambiente adecuado, que en nuestra Constitución es un principio rector que, como tal, carece de eficacia directa y de tutela en amparo.

A ella siguió la STC 119/2001, de 24 de mayo[9], dictada en respuesta a un recurso de amparo en el que el demandante denunciaba el sistemático incumplimiento de la ordenanza dictada por el Ayuntamiento de Valencia en lo concerniente al volumen de los ruidos y los horarios de cierre, considerando que las medidas adoptadas ni resultaron eficaces ni suficientes. En línea con lo expuesto por el TEDH, esta sentencia parte de una concepción amplia de la noción de "domicilio inviolable", de modo que el objeto específico de protección de este derecho fundamental es "tanto el espacio físico en sí mismo como también lo que en él hay de emanación de la persona que lo habita". Y en este sentido el Tribunal Constitucional constata que "el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos" (FJ 5).

Igualmente, con cita de la STC 35/1995, de 6 de febrero, el Tribunal recuerda el valor que por virtud del artículo 10.2 de la CE ha de reconocerse a la doctrina del TEDH en su interpretación y su tutela de los derechos fundamentales (FJ 6), así como el criterio manifestado en las citadas SSTEDH

9. A mayor abundamiento *vid.* Egea Fernández (2001).

de 9 de diciembre de 1994 (*López Ostra contra España*) y 19 de febrero de 1998 (*Guerra y otros contra Italia*), según el cual "en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del art. 8.1 del Convenio de Roma (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, § 51, y de 19 de febrero de 1998, § 60)". Y finalmente recuerda que, "habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a la injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada" (doctrina que se reitera en las SSTC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 3, y 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6, que se traen a colación *mutatis mutandis*).

No obstante, en el FJ 6 se reconoce que esta incorporación de la doctrina del TEDH no supone "una traslación mimética del referido pronunciamiento, que ignore las diferencias entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos". Aun así, y aunque con un apoyo excesivo en conceptos jurídicos indeterminados de difícil concreción, el Tribunal Constitucional admite: a) "Que cuando niveles intensos de ruido pongan en peligro la salud de las personas", ello puede implicar una vulneración del derecho a la intimidad física o moral (art. 15 CE); b) "Que una exposición prolongada a determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, en la medida que impidan gravemente el desarrollo de la personalidad".

Sin embargo, aunque no desconoce tales pronunciamientos y su relevancia jurídica, termina denegando en este caso el amparo solicitado, al no considerar acreditado que se haya producido una lesión real y efectiva de los derechos fundamentales aducidos como imputables al Ayuntamiento. En efecto, el Tribunal Constitucional no encuentra infracción del derecho a la integridad personal debido a la situación de insomnio producida. Tampoco considera suficientemente probado el daño a la salud ni encuentra, en su posición de garante último de los derechos fundamentales, "una relación directa entre ruido, cuya intensidad no se ha acreditado, y la lesión a la salud". En lo que concierne al derecho a la intimidad en su proyección domiciliaria, tampoco halla lesión alguna debida a la falta o al menoscabo real del derecho fundamental.

Pese a su fallo denegatorio a la pretensión formulada, de dicha sentencia resulta destacable la siguiente doctrina, por lo que tiene de alcance general:

> "cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE (FJ 6 de la citada sentencia; doctrina que se reitera en las SSTC 16/2004, de 23 de febrero, FJ 4, y 150/2011, de 29 de septiembre, FJ 6)".

La STC 16/2004, de 23 de febrero, en línea con la STC 191/2003, incardina ese mismo elemento patógeno que constituye el ruido como una vulneración de los derechos a la integridad física y moral y contra la intimidad personal y familiar y como una vulneración a la inviolabilidad del domicilio: "[…] cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo, cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato a la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE. […] como ya se dijo en la STC 119/2001, F. 6º, una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida".

En la doctrina del Tribunal Supremo, una de las sentencias que mejor ha reflejado la doctrina del TEDH fue la de 12 de marzo de 2007. En ella se afirma que es domicilio inviolable el espacio en el cual el individuo vive sin estar necesariamente sujeto a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima, por lo que el objeto específico de protección en este derecho fundamental es tanto el espacio físico en sí mismo como lo que hay en él de emanación de la persona que lo habita. Por ello, resulta imprescindible asegurar la protección de este derecho fundamental no solo frente a las injerencias de terceras personas, sino también frente a los riesgos que surgen

en una sociedad tecnológicamente avanzada, como el factor perturbador y psicopatógeno que puede representar la exposición prolongada a un exceso de ruido. Por ello se censura que no es suficiente con que la Administración haya tomado medidas de todo tipo si estas han sido claramente insuficientes, lo que ocurre cuando "de su efectividad no hay constancia" y "ha denegado sin justificación alguna, mediante el silencio, la petición de inicio del procedimiento para la declaración de zona acústicamente saturada", pese a que tal reclamación venía respaldada por datos y mediciones que no han sido rebatidos y que justifican cuando menos la incoación de tal expediente. Por su parte, la STS de 26 de noviembre de 2007 llegó a calificar como "estado de crispación" aquel al que puede llegar el ser humano por efecto de la persistencia durante dos años de los ruidos periódicos de superación de los decibelios permitidos, tanto en el exterior como en el interior de las viviendas, con la consiguiente alteración psíquica y obvias repercusiones físicas por la imposibilidad del disfrute de su domicilio y la dificultad de mantener unas mínimas condiciones para el desarrollo de la intimidad personal y material, pese a lo cual el Ayuntamiento no ha corregido dicha situación.

La STS de 2 de junio de 2008 reconoce que la inmisión en el domicilio de ruidos por encima de los niveles establecidos supone una lesión del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, en la medida en que impida o dificulte gravemente el libre desarrollo de la personalidad, lo que, conforme a la citada doctrina del Tribunal Constitucional, puede suponer la lesión del derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE. Y, lo que es más importante, que estas vulneraciones son imputables a los poderes públicos que con su *acción* u *omisión* han dado lugar o no han impedido esa contaminación. Es lo que denominó "complicidad *ex silentio*" e incapacidad municipal para lograr el cumplimiento de las normas sobre emisiones acústicas y horarios de apertura y cierre de establecimientos de hostelería y ocio, que implicaban "no sólo la obligación de tomar las medidas necesarias sino, también, la de resarcir mediante indemnizaciones los daños sufridos por quienes han padecido el estruendo originado por las emisiones incontroladas de aquéllos".

Antes de estas sentencias, el Tribunal Supremo había tenido ocasión de pronunciarse al respecto y de hacerlo con singular contundencia. Así, por ejemplo, en su sentencia de 7 de noviembre de 1990 reconocía la competencia de un Ayuntamiento para limitar el número de decibelios y censuraba su inactividad, afirmando que "lo único que hay que lamentar es que todavía haya poderes públicos que manifiesten una cierta pasividad en la adopción de medidas eficaces en defensa contra las múltiples agresiones al medio ambiente que se dan todos los días y en todas partes".

Pero en la práctica, como ya he avanzado, alcanzar resultados eficaces contra la inactividad administrativa frente a la contaminación acústica no es tarea fácil. Bien se sabe que esta inactividad se manifiesta en múltiples formas: puede tratarse de falta de respuesta del ente local competente a las solicitudes de visita de inspección del establecimiento público que genera el ruido excesivo, por incumplir la obligación de llevar a cabo un control continuo y con medios técnicos adecuados habiendo mediado denuncia en tal sentido; de falta de emisión de acuerdo expreso que, con la suficiente motivación jurídica, determine las razones por cuya virtud se desestima la adopción de medidas provisionales o el inicio de un procedimiento sancionador; o de falta de ejecución de la medida adoptada (cierre provisional o definitivo, etc.) o haber adoptado medidas insuficientes para remediar la situación.

Pero en todo caso, insisto, no basta con que se haya alcanzado un nivel de ruido que exceda el umbral permitido por la ordenanza correspondiente, ni tampoco con que la actividad en cuestión cuente con la correspondiente autorización. Es necesario que se esté en presencia de un deber legal expresa e inequívocamente impuesto a las entidades locales y que se haya puesto de manifiesto la contumaz resistencia por su parte al cumplimiento de tales obligaciones y competencias, con claro menoscabo de los derechos del reclamante.

Destacan en este sentido dos sentencias del Tribunal Supremo que merecen resaltarse. La primera es de 10 de abril de 2003, que condenó al Ayuntamiento a abonar una indemnización por daños y perjuicios, por haber ignorado la petición de incoación de expediente sancionador por exceso en la emisión de ruidos en una discoteca y adopción de medida cautelar de paralización de actividad: "El razonamiento de la sentencia recurrida no coincide con la más reciente doctrina jurisprudencial sobre la protección que ha de dispensarse con fundamento en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y uno de cuyos elementos más significativos es el de tutelar también el espacio físico domiciliario frente a los atentados medioambientales que dificulten gravemente su normal disfrute […]. Por eso […] no resulta admisible una inacción de las Administraciones pública que conlleve una exposición prolongada a determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, en la medida que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad […]. La consecuencia de todo lo anterior ha de ser, por tanto, declarar que se vulneró el derecho fundamental del recurrente a la inviolabilidad de su domicilio que se reconoce en el artículo 18.2 CE. Esa declaración debe completarse con un pronunciamiento dirigido al pleno y eficaz restablecimiento del derecho fundamental vulnerado, que debe consistir en una indemnización de daños y perjuicios hasta tanto el Ayuntamiento no

tome las medidas que eficazmente hagan desaparecer las molestias causantes de la vulneración".

La segunda, es la de 29 de mayo de 2003. En ella se declara que "la pasividad municipal es reprochable al Ayuntamiento […], por cuanto supone una dejación de la competencia y responsabilidad que en materia de medio ambiente es asignada a los ayuntamiento en la normativa estatal". Y tras recordar los preceptos reguladores de la competencia municipal en la materia y dejar constatado su incumplimiento, se condena al Ayuntamiento a que "mantenga la clausura o cierre de la actividad de la discoteca litigiosa hasta tanto no se compruebe por los técnicos municipales que dispone de medidas eficaces para impedir totalmente que sus ruidos y vibraciones afecten a las viviendas próximas y colindantes; y a que se indemnice al demandante por los daños sufridos como consecuencia de la vulneración de su derecho fundamental a la inviolabilidad de su domicilio".

6
Especialidades en la causalidad y en el rigor probatorio. La cuestión indemnizatoria

6.1
Una cuestión previa: cuando la inactividad de Administración constituye título de imputación

Se ha apuntado más arriba que la causalidad en la inactividad no opera del mismo modo que en el supuesto de comportamiento activo. En este último caso, basta con que la lesión sea consecuencia directa de aquella. Sin embargo, tratándose de una omisión o inactividad administrativa, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación causal, puesto que, si así fuera, cualquier lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada para intentar evitarla le resultaría imputable causalmente. Ello, como afirma la STS de 31 de marzo de 2009 (Sala 3.ª), "conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar". Hablamos, pues, de inactividad o de pasividad de la Administración frente al cumplimiento de obligaciones cuando estas son preexistentes, esto es, cuando deriva de la omisión en el cumplimiento de una obligación, de dar o de hacer, o de una potestad que previamente

está conferida por el ordenamiento jurídico de una forma terminante y clara, y ello produce lesión directa de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Esto es, cuando existiendo tal obligación de actuar o una actividad material debida, la Administración no despliega la actividad fáctica o jurídica que conduzca a buen término la función otorgada y a la que está obligada. Siendo así, este incumplimiento o esta resistencia al correcto, completo y eficaz cumplimiento vulnera las reglas de la juricidad, puesto que no ejerce las potestades, que constituyen auténticos poderes-función, que dimanan del ordenamiento jurídico.

Así pues, para hablar de inactividad y para desprender de ella los efectos favorables a la pretensión indemnizatoria por esta causa, no solo ha de concurrir el daño, su antijuricidad y la relación causal, sino que han de verificarse previamente las condiciones o los elementos básicos que la integran, y que Gómez Puente[10] sintetiza en tres: (a) la existencia de un deber legal de actuar; (b) la omisión, total o parcial, de la actividad jurídica o material debida, y (c) que la actividad debida sea materialmente posible. En fin, "debe tratarse de una inactividad imputable a la Administración de acuerdo a las funciones que tiene asignadas desde el control del inicio de la actividad ruidosa, desarrollo y finalización. La actividad debida debe ser material y efectiva. Debe ser integral y no fragmentaria. Además, debe ser suficiente y adecuada a controlar y evitar el ruido antijurídico. Por último, debe tratarse de una actividad efectiva desde un punto de vista temporal"[11].

Todas ellas concurrían en el supuesto que dio lugar al dictamen 389/2021 objeto de este comentario. En primer lugar, deja constancia expresa de que, con entera independencia de quien sea el emisor acústico que la origine implicando molestia, riesgo o daño para las personas, es clara la competencia de la autoridad municipal en el ejercicio de sus competencias y potestades sobre medio ambiente, que le son propias de acuerdo con la normativa de la que ya se dio cuenta más arriba.

En segundo lugar, el dictamen parte de que para considerar la posibilidad de que se produzca responsabilidad patrimonial por inactividad administrativa debe tenerse en cuenta que, a efectos de modular dicha responsabilidad, deben valorarse algunos factores, tales como si se trata de una omisión total o relativa, es decir, si estamos en presencia de un incumplimiento consistente en una radical pasividad de la Administración (omisión absoluta) o si se trata de un cumplimiento deficiente o insuficiente que impide satisfacer en su integridad cuantitativa y cualitativa el contenido del deber impuesto (omisión

10. Gómez Puente (1994).
11. Domínguez Martínez (2014: 421).

relativa), o si a la actividad de la Administración ha seguido un contumaz incumplimiento de un tercero o una abierta resistencia al cumplimiento de las medidas de corrección acordadas oportunamente por ella.

En el caso sometido a consulta no se puede hablar de una inactividad total por parte de la Administración. De hecho, las diversas actuaciones seguidas por el Ayuntamiento constituyen una muestra al respecto: tras la denuncia de 6 de mayo de 2016 la Policía Local se personó y cesaron las molestias; tras las denuncias de 5 de noviembre de 2016 y 15 de enero de 2017 se propició la actuación correspondiente de la Policía Local; tras la denuncia de 9 de diciembre de 2016 se realiza inspección ocular, y el 20 de abril de 2017 se impone una sanción; en julio de 2018 se levantan varias actas de denuncia por ocupar la vía pública sin autorización municipal.

Constan otras actuaciones posteriores al día en que los reclamantes dan por finalizado el evento lesivo, que se producen con la incoación de procedimiento para cese de la actividad y que, por tanto, no pueden tenerse en cuenta, pues lo que se trata de valorar es el proceder de la Administración hasta ese momento y no el posterior.

Pues bien, a la vista de estas actuaciones –concluye el dictamen–, la actividad desplegada por la Administración ha de calificarse de insuficiente, como así se infiere del hecho de que solo tras aproximadamente dos años desde la primera denuncia se hiciera cesar la actividad contaminante para los reclamantes. Los largos lapsos temporales que median entre las sucesivas denuncias y las actuaciones seguidas a ellas, son suficientemente demostrativas de este hecho: la denuncia se formula el 5 de noviembre de 2016 y no es hasta el 8 de marzo de 2017 (4 meses) cuando se requiere al titular del establecimiento para que retire los elementos que permitían la emisión de música sin estar autorizado al efecto, no llevándose a efecto entretanto actuación alguna; y finalmente, tras la imposición de sanción, el establecimiento siguió siendo un foco de ruido sin que la entidad local hubiera hecho nada para evitarlo, pues no adoptó medida alguna hasta octubre de 2018 (dos años desde la primera denuncia).

De todo ello no puede sino colegirse que, aunque el Ayuntamiento ha desplegado cierta actividad, es claro que esta “ha sido insuficiente e ineficaz para impedir la emisión de la contaminación sonora” que ha perjudicado a los reclamantes, y puede, pues, concluirse que la Administración contra la que se reclama “no actuó con suficiente intensidad y diligencia”, y que esa deficiente actividad, si bien no fue la causante directa del daño causado, sí coadyuvó a que los reclamantes hayan soportado durante ese tiempo “un daño que no estaban obligados a soportar”.

6.2
La prueba del daño y su relación causal con la inactividad del Ayuntamiento

Es bien sabido que para fundamentar jurídicamente una reclamación con pretensión indemnizatoria se requiere no solo la invocación, sino también la prueba de un daño, ya sea material o corporal, físico o psíquico, pues puede haber responsabilidad extracontractual sin culpa, como la que diseña el artículo 106.2 de la Constitución Española y desarrolla la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), pero no puede haber responsabilidad sin daño. En dicho daño, además, deben concurrir las consabidas características de efectividad, evaluación económica e individualización, y que este encuentre un título de imputación adecuado que lo convierta en antijurídico (art. 34.1), y, por supuesto, la concurrencia de la indispensable relación de causalidad, pues lo contrario equivaldría a crear una suerte de "presunción de causalidad" (y, en derecho, la causalidad no se presume), y, sobre todo, hacerlo con base en conjeturas o apreciaciones que no revisten el grado de certeza o verosimilitud aceptable.

En este punto debe subrayarse que los reclamantes se limitan a aludir a las molestias y a la afectación del descanso, entre otros, pero no han acreditado lesión de su integridad física, pues no aportan informe médico ni prueba alguna que lo acredite. Esta circunstancia no obsta para que pueda considerarse, siguiendo la jurisprudencia del TEDH (dictámenes 197/2008 y 538/2011, entre otros), que "la existencia de un ruido calificado técnicamente como 'intolerable' produce *per se* daños, aunque éstos sean sólo morales, a todas aquellas personas físicas cuya vida o actividad se desenvuelva en el lugar del ruido […] y afecta, sin ningún género de duda, al derecho a la intimidad domiciliaria, no requiriéndose a tales efectos prueba alguna, sino la de la existencia de ese ruido intolerable".

En el caso sometido a consulta resulta evidente que el local producía niveles de ruido inadmisibles en franjas horarias de significación específica para el descanso, lo que hace aplicable al caso la doctrina del TEDH examinada más arriba, la cual viene a poner de relieve la evidencia lesiva cuando se ha acreditado un nivel de ruido superior al permitido. En efecto, para el Tribunal de Estrasburgo no es necesaria una especial prueba de la intensidad del ruido para considerar acreditada la existencia de un daño (que concreta, como hemos visto, en la afectación del "derecho a la inviolabilidad del domicilio"), ni una prueba individualizada del nivel de ruido en el interior de la vivienda, sino una demostración de contaminación acústica de la zona, un entorno rui-

doso en conexión con la vivienda, esto es, basta con el hecho de que se tratase de una zona acústicamente saturada.

Siguiendo esa línea, el Consejo Consultivo de Andalucía viene declarando en constante doctrina (dictámenes 197/2008, 538/2011, 616/2016, 568/2018 y 377/2019, entre otros) que "la existencia de un ruido calificado técnicamente como *intolerable* produce *per se* daños, aunque éstos sean sólo morales, a todas aquellas personas físicas cuya vida o actividad se desenvuelva en el lugar contaminado por el ruido y afecta, sin ningún género de duda, al derecho a la intimidad domiciliaria, no requiriéndose a tales efectos prueba alguna, sino la de la existencia de ese ruido intolerable".

Por todo ello, aunque no constara en este caso una medición del ruido, derivar de tal conclusión que no existe responsabilidad patrimonial no se compadece con las circunstancias del caso que revela el expediente: En efecto, "las diferentes actuaciones que se han incorporado al expediente de responsabilidad patrimonial son un ejemplo palmario de que ha existido contaminación acústica, aunque no se conozca su nivel o grado. El hecho de que por ello no se haya acreditado la lesión de la intimidad domiciliaria ni de la integridad física, no significa que no exista responsabilidad, pues esta no solo procede cuando se lesionen derechos fundamentales, sino siempre que el funcionamiento de un 'servicio público', en el sentido en que se entiende tal expresión en el instituto de la responsabilidad patrimonial, ha sido el determinante de un daño, tenga éste el alcance que sea".

En consecuencia, el Consejo Consultivo considera que, aunque no pueda cifrarse en la lesión de los derechos fundamentales referidos, sin lugar a dudas ha existido un daño, y que este resulta indemnizable en los términos que después se examinarán. Cosa distinta es la concreción del mismo, pero negar su existencia, como hace la propuesta de resolución del Ayuntamiento, que en este caso se dictamina desfavorablemente, no parece razonable a la luz del expediente. Así pues, la responsabilidad de la Administración indudablemente concurre en este caso, al haberse conseguido probar que esta "no ha desplegado una actividad suficiente para poner fin a la misma", pues en otro caso la responsabilidad sería imputable en exclusiva a los causantes de la contaminación.

6.3
La indemnización económica

En cuanto a la cuantía indemnizatoria procedente –afirma el dictamen–, resulta pacíficamente admitido por la jurisprudencia que las molestias generadas por la percepción de inmisiones acústicas superiores a los niveles de tolerancia constituyen en sí mismas un daño moral o extrapatrimonial indemnizable,

derivado del desasosiego, el sufrimiento o la incomodidad que originan, por la merma de la calidad de vida que imponen, etc.

Siendo esto así, la dificultad estriba en su cuantificación, lo que requiere una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes y su comparación con supuestos similares.

Las cuantías establecidas por los tribunales superiores de justicia o por el Tribunal Supremo para los casos similares son dispares y consisten en una cantidad a tanto alzado, sin desglose mínimo y en contemplación de la totalidad de los daños alegados, correspondiente a las características de cada caso y "al uso de la libertad estimativa que todo Tribunal de Justicia tiene para casos en que no hay una norma legal que expresamente regule el supuesto o la que hubiere no puede ser directamente aplicada" (STS de 30 de octubre de 2000). Partiendo de esta base y reconociendo la dificultad de plasmar en expresión cifrada la indemnización correspondiente a los daños causados, que se resisten a ser medidos o baremados con los cánones propios del saber matemático, conforme a la sana crítica y teniendo en cuenta el tiempo alegado por los reclamantes de duración del efecto lesivo (unos dos años), que no se han acreditado la lesión de derechos fundamentales ni daños a la integridad física, y el importe solicitado por ellos, se considera que prudencialmente procede una indemnización de 30 000 euros, 10 000 para cada uno de los afectados.

7
Otra posible vía distinta de la resarcitoria: el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad material de la Administración por incumplimiento de una disposición general no precisada de actos de aplicación: la llamada "acción de inejecución"

Otro mecanismo para viabilizar la exigencia del cumplimiento efectivo de la obligación de la Administración de ejercer sus competencias para poner fin a las inmisiones acústicas es la "acción de inejecución". Es bien sabido que los artículos 29 y 30 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) prevén dos técnicas para provocar que la Administración abandone su inactividad: el artículo 29, que exige formular reclamación previa a la Administración (que es obligatoria), y el artículo 30, que prevé la posibilidad de formular un requerimiento (que es potestativo) para que cese en la actuación material lesiva de los intereses del particular.

La acción que prevé el artículo 29.1.º LJCA permite que no haya necesidad de provocar el "acto previo" para así poder impugnarlo ante tal jurisdicción, pues basta con que se presente una reclamación que, si no es re-

suelta en el plazo de tres meses, abre directamente el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa con la pretensión de obtener una condena de la Administración para que realice la prestación a la que está obligada por virtud de disposición general. Ahora bien, debe advertirse que, contrariamente a lo que suele afirmarse, la inactividad de la Administración no es propiamente el objeto del proceso, sino que solo es su presupuesto[12]. Por esta razón resulta enteramente indiferente que exista o no causa que explique la inactividad (p. ej., falta de medios, de presupuesto para dar cumplimiento a la prestación que es debida o cualquier otra causa), ya que el proceso no versa sobre la inactividad ni el juzgador habrá de declarar si esta es ajustada o no a derecho, sino si el demandante tiene el derecho a obtener la prestación cuya satisfacción reclama.

Debe hacerse advertencia también de que la reclamación cuya presentación previa exige formular el artículo 29.1 antes de entablar demanda contra la Administración en caso de persistir con su incumplimiento no es una forma de provocar el silencio administrativo. Por eso la ley no otorga significado alguno, ni positivo ni negativo, a la falta de actividad de la Administración, porque lo que se pretende no es otra cosa que obtener una prestación de la Administración que esta se resiste a realizar. Por ello, insisto, la reclamación previa no es así forma de provocar el silencio formal para que este sea el elemento impugnable. La reclamación (a semejanza de la conciliación o cualquier actuación prejudicial exigida en el ámbito civil) es solo una forma de evitar el proceso a lo que puede ser resuelto fuera de él; una forma, por tanto, de dar oportunidad a la Administración para que realice la prestación a que viene obligada, con posibilidad de evitar así la contienda judicial. Además, como finalidad adicional, la reclamación previa sirve también para ofrecer a la Administración un conocimiento anticipado de la pretensión que un ciudadano decida interponer contra ella, adquiriendo de esta manera el conocimiento suficiente de lo que se le requiere para, mediante la oportuna preparación, garantizar una correcta defensa en juicio[13].

Por eso a la falta de respuesta no se la dota de ningún sentido especial ni este se requiere para que prosiga la acción emprendida por el reclamante. No se trata, en definitiva, de provocar un acto presunto que después sea el impugnable, porque la falta de respuesta en sí misma es elocuente y no hace más que constatar que la Administración insiste en no realizar la prestación a que está obligada, por lo que el recurrente, desde su derecho a obtenerla, pretenderá que se condene a la Administración a realizarla en su beneficio. De esta

12. De la Quadra-Salcedo (1998: 308 y ss.).
13. Beltrán Aguirre (2010: 26).

forma, tanto la reclamación como su falta de respuesta por la Administración no convierten al recurso contencioso en un proceso contra la desestimación, en su caso, por silencio. Como bien reconoce el Auto del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2000, si la Administración no da cumplimiento a lo reclamado en el plazo de tres meses, no por ello el recurso ha de entenderse dirigido contra un acto presunto en virtud del silencio administrativo, sino contra la inactividad material de la Administración, de manera que "la denegación expresa o presunta de la reclamación no transforma el objeto del proceso, que continúa siendo la inactividad administrativa".

Tampoco la falta de estimación, total o parcial, a lo exigido en dicha reclamación es un auténtico acto administrativo que constituya el objeto del recurso. Es más, la mejor doctrina[14] entiende que el cauce a seguir en el caso de que la Administración dé una respuesta expresa negativa a la reclamación formulada, aduciendo que no tiene el deber legal de dar la prestación, es el de impugnar, no contra ese acto denegatorio, sino contra la inactividad de la Administración, ya que la contestación negativa no altera la situación de incumplimiento de lo solicitado.

Lo que se persigue es sencillamente dar a la Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial. De no conseguirse (y no se consigue cuando la Administración no atiende la reclamación), lo que se impugna sin más trámite es, directamente, la inactividad o actuación material correspondiente, cuyas circunstancias delimitan el objeto material del proceso. Nos encontramos, por tanto, ante una pretensión de condena contra la Administración para que cumpla las obligaciones "en los concretos términos en que están establecidas" (art. 32.1 LJCA), lo que constituye su objeto.

En definitiva, lo que el precepto contempla es la no necesidad de acto expreso o presunto para impugnar la inactividad material de la Administración, pudiéndose impugnar aquella directamente sin su intermediación, sencillamente porque la pasividad de la Administración es objeto de tratamiento en sí misma, dando paso a la acción judicial contra el incumplimiento frente al que se reclamó.

Por todo lo expuesto hasta el momento, de cuantas vías de defensa cuentan los concernidos frente al ruido generado por un tercero, entiendo que la fórmula del artículo 29 LJAC es técnicamente una de las más eficaces, ya que, existiendo –como en este caso existe– un derecho reconocido por el ordenamiento y su correlativa obligación de la Administración de satisfacerlo, este se erige como elemento clave, en lugar del acto previo

14. De la Quadra-Salcedo (1998).

que podría provocar la solicitud iniciadora de un procedimiento con similar pretensión. No olvidemos que, de optar por la solución de la formulación de la solicitud, esta y la correspondiente resolución que le diera contestación y pusiera fin al procedimiento condicionarían y restringirían en cierta medida la cognición procesal al acto mismo. También es técnicamente más correcta, al configurar con mayor precisión lo que constituye el núcleo esencial de la pretensión de la parte; núcleo que no consiste en que se declare válido o inválido un acto, sino en que se condene a la Administración a que actúe, ejerciendo eficazmente las competencias que tiene conferidas para que lo haga frente al ruido excesivo.

Y una última advertencia: es la falta de cumplimiento de lo reclamado lo que habilita para deducir la acción, salvo que ese cumplimiento sea sustituido por un acuerdo que dé un contenido distinto a lo pedido o suponga una novación, en cuyo caso no procederá la reclamación, por haber quedado ya satisfecha la pretensión.

Problema distinto es que el Ayuntamiento conteste que no procede atender la reclamación porque entiende que el reclamante no tiene derecho a la prestación cuya satisfacción reclama. En este caso la cuestión a dilucidar es determinar si se puede seguir el cauce del artículo 29.1 LJCA, o si lo que procede es seguir el procedimiento común de impugnación del acto administrativo por el que la Administración afirma no estar obligada a atender la reclamación. Pero en puridad, si bien se mira, no se trata de optar por una u otra vía –la de anulación o la de condena–, puesto que en realidad no se trata de acciones, sino de pretensiones diferentes, ya que el artículo 29.1 LJCA parte de que lo importante no es lo que resuelva la Administración sobre la prestación que se pide, sino lo que disponga la norma que establece la obligación (o, en su caso, el acto, contrato o convenio, que son la única fuente de obligaciones de la Administración). La razón es obvia: la obligación de realizar una prestación no deriva de la contestación de la Administración a la reclamación, sino de las fuentes indicadas; razón por la que no es preciso esperar a que se produzca un acto presunto o por silencio, porque no se trata de impugnar ese acto, sino de reclamar el cumplimiento de una obligación preexistente. Cuestión distinta es que asista la razón o no al reclamante, que será lo que deberá dilucidar la sentencia que se dicte, para lo cual no se requiere acto previo alguno, pues el Tribunal determinará si existe o no la obligación en los términos que exige el artículo 29.1 LJCA y si procede condenar a la Administración a cumplir con el contenido de la prestación a que está obligada.

En definitiva, el artículo 29.1 LJCA lo que crea es una acción que no se dirige contra acto alguno, sino contra la no satisfacción de un derecho dentro un plazo de tres meses. En consecuencia, al no iniciarse ni dirigirse contra

acto administrativo alguno, no cabe reconducirla después hacia una acción de anulación que, esta sí, precisa de un acto administrativo. Por esta razón, en el hipotético supuesto en que el Ayuntamiento conteste la reclamación denegando lo solicitado por ella, debe seguirse la acción del artículo 29.1 LJCA, es decir, recurrir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa la inactividad constatada, para lo que basta que en el plazo de tres meses la Administración no haya dado cumplimiento a lo solicitado. Es por ello por lo que la contestación expresa a la reclamación negándose a realizar la prestación que se solicita no altera la situación de incumplimiento de lo solicitado, puesto que justamente sigue sin realizarse la prestación a que se cree tener derecho. Con acto administrativo expreso o sin él, lo cierto es que no se obtiene una prestación a que se tiene derecho y de la que se continúa sin obtener cumplida satisfacción.

8
Bibliografía

Aguirre i Font, J. M. (2016). Ruido: estado de la cuestión y retos pendientes en el derecho administrativo. En F. López Ramón (coord.). *Observatorio de Políticas Ambientales 2016* (pp. 769-805).

Alenza García, J. F. (2013). *El derecho contra el ruido*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, Civitas, Thomson Reuters.

Beltrán Aguirre, J. L. (2010). La inactividad en las Administraciones Públicas de Navarra. Medios jurídicos de reacción del ciudadano. *Revista Jurídica de Navarra*, 49, 11-46.

Blasco Esteve, A. (2000). Idas y venidas en la lucha contra el ruido. *Revista de Administración Pública*, 153, 267-300.

De la Quadra-Salcedo, T. (1998). Artículo 29. *REDA*, 100, 293-314.

Domínguez Martínez, P. (2014). El medio ambiente acústico y el derecho a la inviolabilidad del domicilio. *Derecho Privado y Constitución*, 28, 401-446.

Egea Fernández, J. (2001). Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedentes de una zona de ocio nocturno. Recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo). *Derecho Privado y Constitución*, 15, 69-105.

Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. (2002). *La tutela frente al ruido. Cuadernos de Derecho Judicial*.

García Álvarez, G. (2011). La evolución del régimen jurídico del ruido. *Revista de Administración Pública*, 186, 389-424.

García Ureta, A. (2011). El ruido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Otra llamada de atención a la jurisdicción contencioso-administrativa (y también al Tribunal Constitucional): Comentario a Martínez Martínez v. España, sentencia del TEDH de 18 de octubre de 2011. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 7, 15-26.

Gómez Puente, M. (1994). Responsabilidad por inactividad de la Administración. *Documentación Administrativa*, 237-238, 139-204.

González-Varas Ibáñez, S. (1998). El ruido: la sentencia del TSJ de Valencia de 7 de marzo de 1997. *REALA*, 276, 233-241.

Herrera del Rey, J. J. (2010). El Ruido: estado de la cuestión. *Diario La Ley*, 7326.

Jordano Fraga, J. (2017). Entidades locales y contaminación acústica. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 38, 381-411.

López Ramón, F. (2002). La ordenación del ruido. *Revista de Administración Pública*, 157, 27-56.

Lozano Cutanda, B. (dir.). (2004). *Comentario a la Ley del Ruido*. Madrid: Thomson-Civitas.

Macías Castillo, A. (2004). *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*. Madrid: La Ley.

Martín-Retortillo Baquer, L. (2003a). El ruido: una pesadilla del Justicia. *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, 58, 3-13.

— (2003b). El ruido: una pesadilla del Justicia. En AA. VV. *Tercer encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón: Zaragoza, 24 de mayo de 2002* (pp. 161-172).

Ortuño Rodríguez, A. E. (2008). La responsabilidad objetiva por daños al medio ambiente. *QDL (Cuadernos de Derecho Local)*, 16, 83-101.

Requena López, T. (2005). El ruido y las nueces: la sentencia del TEDH Moreno Gómez *versus* España. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 4, 587-600.

Ruiz-Rico Ruiz, G. (2013). La tutela constitucional y europea ante el ruido (a propósito de la STC 150/2011, de 29 de septiembre). En J. F. Alenza García (coord.). (2013). *El derecho contra el ruido*. Pamplona: Aranzadi.

Vacas García-Alós, L. (2005). Aspectos constitucionales de la defensa jurídica contra el fenómeno del ruido. *Revista de Derecho Político*, 62, 147-185.

Doctrina del Consejo Jurídico de la Región de Murcia sobre la inadmisión de la revisión de oficio: comentarios al Dictamen 84/2022 del Consejo Jurídico y a la doctrina casacional fijada en la STS 694/2021, de 24 de febrero

Manuel M.ª Contreras Ortiz
Letrado – secretario general del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Con cierta recurrencia se plantea ante los Consejos la posibilidad de inadmitir una solicitud de revisión de oficio haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 106.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Incluso tal posibilidad aparece de manera circunstancial en algunos expedientes sin que sea objeto propiamente de la propuesta de resolución a dictaminar y, en otras ocasiones, se puede plantear a través de consulta facultativa.

Lo cierto es que, al establecerse en el precepto citado que la inadmisión hace innecesario el dictamen, las decisiones que así se adoptan quedan extramuros de la actividad consultiva, y son los tribunales los órganos que afrontan el examen de la inadmisión marcando la doctrina al respecto.

Una reflexión previa y de carácter general sobre la inadmisión, relativa a todos los procedimientos, se hizo por el Consejo Jurídico de la Región de Murcia en el Dictamen 332/2019, advirtiendo que la inadmisión *a limine* debe ser contemplada como una decisión inusual en cuanto que representa una excepción a la regla general que es la de la tramitación regular de los procedimientos en aplicación del principio *pro actione*, que opera como garantía del ejercicio de los derechos que a los ciudadanos reconoce el ordenamiento.

Solo en los casos en que la evidencia demuestre la falta de los requisitos que la ley exige para poder tramitar el procedimiento podría plantearse la posibilidad de su inadmisión de inicio. Pero ha de entenderse que el vicio de que adolezca la solicitud del interesado debe ser palmario, evidente y manifiesto, sin necesidad de realizar prolijos razonamientos jurídicos. La Administración debe hacer uso de la facultad de trasladar al solicitante la posibilidad de subsanar el defecto (artículo 68 LPACAP). Solo si, como decimos, ya en una primera aproximación se revela la existencia de un vicio insubsanable, podría disponerse la inadmisibilidad. La consecuencia es que al no admitirse la solicitud en el mismo momento inicial no habrá habido realmente instrucción, fase en la que se integraría la actuación del Órgano Consultivo, cerrando el paso a su intervención. Situación diferente es aquella en la que, después de la tramitación del procedimiento, la propuesta de resolución se decante por la inadmisión de la solicitud. En este caso la intervención del Consejo cobra su pleno sentido en cuanto órgano garante de la rectitud del procedimiento instruido y de la resolución que la propuesta sugiere.

La LPACAP no establece con carácter general dos fases en la tramitación del procedimiento, una de admisión y otra de decisión sobre el fondo del asunto. Solo para supuestos concretos y de manera específica, para evitar la tramitación innecesaria de procedimientos, se prevén dos fases. La primera, de admisión de la solicitud, en la que se examina la misma para constatar que no carece manifiestamente de fundamento ni adolece de vicios insubsanables. Solo si concurren los defectos expresados se podría declarar *a limine* su inadmisibilidad. Pero si no es esa la situación, la Administración está obligada a tramitar el procedimiento y resolver la solicitud. Esos supuestos concretos son los previstos para el procedimiento administrativo común en los artículos 88.5, 106.3 y 116 LPACAP. El principio antiformalista inspirador de los procedimientos administrativos conduce a una interpretación muy restrictiva de la inadmisión *a limine* y solo, como hemos dicho, para los concretos supuestos para los que se prevea expresamente.

El tema cobró actualidad a través de la publicación de la STS 694/2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de febrero de 2021 (recurso de casación 8075/2019), de la que se hace eco el Dictamen 84/2022, de 20 de abril, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en el que se examinó una propuesta de inadmisión de revisión de oficio que, sin embargo, la autoridad llamada a resolver quiso consultar.

El acto sobre el que versaba la solicitud de anulación era una diligencia de embargo dentro de un expediente recaudatorio de deudas tributarias y, por tanto, el soporte normativo de la misma era el apartado 3 del artículo 217 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), se-

gún el cual: "Se podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del órgano consultivo, cuando el acto no sea firme en vía administrativa o la solicitud no se base en alguna de las causas de nulidad del apartado 1 de este artículo o carezca manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales".

Es decir, se trata del mismo texto que el artículo 106.3 LPACAP y, en cualquier caso, la disposición adicional primera de esta última Ley ("Especialidades por razón de materia") establece su supletoriedad en cuanto a los procedimientos tributarios.

En el examen de la propuesta de inadmisión *ab initio* de la solicitud de revisión de oficio y del procedimiento instruido, el Consejo comenzó el Dictamen 84/2022 recordando lo ya dicho en el anterior Dictamen 115/2009 sobre el rigor en el examen de la cuestión:

> "La posibilidad de rechazar de plano la solicitud, sin una mínima instrucción y con la consecuencia inmediata de impedir la tramitación del correspondiente procedimiento de declaración de nulidad, exige una interpretación estricta de los requisitos legales, de forma que sólo cuando sea de todo punto evidente la absoluta inconsistencia de la impugnación podrá decidirse la inadmisión a trámite. Y ello no sólo porque así lo exija la mayor garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que podrían verse defraudados por una interpretación administrativa excesivamente laxa de los referidos condicionantes de la inadmisión, en contra del principio pro actione, sino también porque la especial gravedad que revisten los vicios que la Ley configura como causas de nulidad, aconsejan instruir los correspondientes procedimientos, aun cuando únicamente exista una mínima posibilidad de prosperabilidad de la impugnación o un mero atisbo de duda acerca de la realidad y trascendencia de los vicios de que pudiera adolecer el acto, interpretación que para el Tribunal Supremo (sentencia de 19 de diciembre de 2001, Sala Tercera) 'se aviene bien con la propia caracterización dogmática de los vicios de nulidad de pleno derecho, que reclaman una interpretación de las normas de procedimiento que favorezca su depuración'".

Apeló después el Dictamen a la identidad de razón existente entre la regulación contenida en el ámbito tributario y la del procedimiento administrativo común, ya tratada en el Dictamen 438/19 destacando la finalidad que con la inadmisión se persigue:

> "Ha de considerarse una línea jurisprudencial ya clásica del Tribunal Supremo (vid por todas, STS de 5 de diciembre de 2012, recurso de

casación 6.076/2009, que reitera lo ya establecido por la Sala de lo Contencioso de dicho Tribunal en sentencias de 27 de noviembre de 2009, 26 de noviembre de 2010 y 28 de abril de 2011) que ha estudiado los requisitos exigibles para la inadmisión a limine de la solicitud de revisión de oficio, y que en relación con la apreciación de la carencia manifiesta de fundamento afirma que supone un 'juicio adelantado' sobre la aptitud de la solicitud cuando anticipadamente se conozca que la misma en ningún caso va a ser estimada. Se trata de no proceder a la tramitación que establece el propio artículo 102 [de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, hoy 106 LPACAP], y antes de recabar el correspondiente dictamen del órgano consultivo, cuando se sabe, de modo ostensible y palmario, la falta de viabilidad y aptitud de la acción de nulidad entablada. Supone, en fin, poner a cubierto este tipo de procedimientos de solicitudes inconsistentes por temerarias".

Es decir, que el precepto legal ha de examinarse con el rigor que requiere una medida que desatiende una solicitud sin procedimiento siquiera, en una vía revisoría especialmente diseñada para depurar los vicios más graves que pueda sufrir un acto administrativo.

En esa misma línea, en la Memoria del año 2018, apartado 4.2 de Observaciones y Sugerencias, y ante la percepción entonces de vacilaciones en la forma de aplicar la posible inadmisión, el Consejo Jurídico dio unas concretas pautas extraídas del contexto jurisprudencial y doctrinal, señalando entonces que constituye un límite a la inadmisión el llamado "derecho al procedimiento" que tiene el particular al instar la revisión de oficio (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de mayo de 1992 –recurso núm. 14/1991, Sala Especial del art. 61 LOPJ, dictada en unificación de doctrina–), derecho que se particulariza en que "siempre que el solicitante esgrima una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62 de la propia Ley procedimental y lo haga en los términos contemplados en el artículo 102 del mismo cuerpo legal, dicha solicitud deberá ser tramitada por la Administración" (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2005, recurso de casación núm. 3957/1999).

Se debe partir, por tanto, del siguiente aserto: el particular instante de la revisión de oficio tiene derecho al procedimiento, a que se instruya, puesto que se trata de una auténtica acción de nulidad. Así lo expresa la doctrina, por ejemplo García de Enterría, al afirmar que del precepto legal deriva una acción de nulidad para excitar la actividad de la Administración, provocando la incoación del oportuno expediente que ha de ser ineludiblemente resuelto por el órgano interpelado. También se ha afirmado, en esta línea argumental,

que la Administración no cuenta con una potestad discrecional para decidir si incoa o no el procedimiento, por lo que la inadmisión solo es posible en los supuestos en que es más ostensible y evidente el vicio que se invoca.

En concordancia con la doctrina y jurisprudencia expuesta, no puede resultar extraño –añadía la citada Memoria– que la posición del Consejo Jurídico sea contraria a la inadmisión *a limine* de la solicitud de revisión de oficio cuando exista una mínima posibilidad de prosperabilidad de la impugnación, o un mero atisbo de duda acerca de la realidad y trascendencia de los vicios de que pudiera adolecer el acto, ya que de proceder a la inadmisión en estos casos se estaría faltando a la necesidad de rigor y de interpretación estricta de los requisitos legales, y se podría estar afectando a la garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que podrían verse defraudados por una interpretación administrativa excesivamente laxa de los referidos condicionantes de la inadmisión, en contra del principio *pro actione*. La especial gravedad que revisten los vicios que la Ley configura como causas de nulidad aconseja instruir los correspondientes procedimientos, aun cuando únicamente exista una mínima posibilidad de prosperabilidad de la impugnación o un mero atisbo de duda acerca de la realidad y trascendencia de los vicios de que pudiera adolecer el acto, interpretación que para el Tribunal Supremo (sentencia de 19 de diciembre de 2001, Sala Tercera, Recurso de Casación núm. 6803/1997) "se aviene bien con la propia caracterización dogmática de los vicios de nulidad de pleno derecho, que reclaman una interpretación de las normas de procedimiento que favorezca su depuración" (dictámenes 102/2007 y 115/2009, entre otros, citados en el Dictamen 32/2014).

Y se citaba el ejemplo del Dictamen 38/2016, del Consejo Jurídico, que trató un procedimiento en el que, inadmitida la solicitud de revisión de oficio presentada por la interesada ante un ayuntamiento, fue interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a dicho acto; el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Murcia dictó la Sentencia 163/2013, de 5 de julio, que estima parcialmente el recurso, anulando el acto impugnado por no ser conforme a derecho y declarando procedente la admisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio, asunto tratado finalmente en el expresado Dictamen.

En parecidos términos, la Memoria del año 2019, en el apartado 5.10 de Observaciones y Sugerencias, volvía a destacar de la jurisprudencia que cita lo siguiente:

> "[…] la apreciación de la carencia manifiesta de fundamento supone un juicio adelantado sobre la aptitud de la solicitud cuando anticipadamente se conozca que la misma en ningún caso va a ser estimada. Se trata de no proceder a la tramitación que establece el propio artículo 102 [de la

derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, hoy 106 LPACAP], y antes de recabar el correspondiente dictamen del órgano consultivo, cuando se sabe, de modo ostensible y palmario, la falta de viabilidad y aptitud de la acción de nulidad entablada. Supone, en fin, poner a cubierto este tipo de procedimientos de solicitudes inconsistentes por temerarias (Dictámenes 20/2019 y 438/2019, citados en la indicada Memoria)".

Por tanto, en sentido positivo la inadmisión está pensada para casos en los que es posible hacer un juicio adelantado de la notoria y evidente falta de viabilidad de la pretensión anulatoria, en el que no solo queda exento el procedimiento del dictamen del Consejo, sino que, además, queda exenta la Administración de tramitar ese mismo procedimiento; en sentido negativo no es posible aplicarla cuando hay una mínima posibilidad de prosperabilidad de la impugnación o un mero atisbo de duda acerca de la realidad y trascendencia de los vicios de que pudiera adolecer el acto.

Sobre este panorama doctrinal es donde ha venido a incidir la ahora comentada Sentencia número 694/2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2021, la cual tenía encomendado pronunciarse como materia de interés casacional sobre los siguientes extremos:

1.º– Si es de aplicación alguno de los supuestos del artículo 106 de la Ley 30/1992 (actual artículo 110 de la LPACAP) como justificación de la inadmisión a trámite de una revisión de oficio, o si su aplicación solo es posible, como causa de desestimación, una vez tramitado dicho procedimiento de revisión de oficio.

2.º– Si la mera alegación de una causa de nulidad de pleno derecho, sin necesidad de ulterior fundamentación, conlleva automáticamente la admisión a trámite la solicitud de revisión de oficio, y

3.º– Si el trámite de subsanación recogido en el artículo 71 de la Ley 30/1992 (artículo 68 de la LPACAP) es de aplicación al procedimiento de revisión de oficio (en particular, en el caso en que el solicitante sea una Administración pública, cuestión esta sin relevancia para este comentario).

Respecto a la primera cuestión de interés casacional, al hilo del argumentario de los recurrentes y de las observaciones que de ello derivan, realiza la sentencia un esfuerzo aclaratorio en torno a una circunstancia que, aunque parece obvia, es adecuada a este debate, y es que no es aceptable que las causas que se contemplaban en el artículo 106 de la Ley de 1992 (hoy 110 LPACAP) puedan servir de justificación a una declaración de inadmisibilidad del procedimiento de revisión, porque el legislador no lo autoriza. Es decir,

ratifica el criterio preexistente en la jurisprudencia y en la doctrina consultiva de interpretación estricta de los supuestos de inadmisibilidad, de tal manera que para apreciar que una revisión de oficio es contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, debe emitirse una resolución de fondo del asunto tras la incoación del correspondiente procedimiento administrativo, de conformidad con los principios generales que al respecto se establecen en la Ley de Procedimiento Administrativo.

La tercera de las cuestiones que se suscitan en la sentencia como de interés casacional objetivo se resuelve concluyendo que es aplicable el trámite de subsanación de solicitudes a las peticiones de revisión de oficio, tema que, como antes se ha dicho, parecía no ser controvertido, dado que la LPACAP no regula completamente tal procedimiento, y es necesario acudir a las reglas del común. No obstante, la novedad que se introduce es que tal trámite de subsanación "no abarca a los elementos esenciales que la norma exige para su tramitación y habilitan la inadmisión del procedimiento". Y lo explica el Tribunal Supremo desde la óptica del carácter especial y extraordinario del procedimiento de revisión, que conduce a tener en cuenta que el trámite, aunque comporta la posibilidad de subsanar deficiencias en la petición, en modo alguno habilita para corregir sus posibles defectos esenciales, objetivo que excedería de su finalidad. Y así –dice el TS–, difícilmente podría pretenderse la subsanación de la omisión de invocar, en una petición de esta naturaleza, la expresión de concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho, que es donde se funda la argumentación del debate y que constituye el elemento central de la controversia planteada y resuelta.

Así, la segunda de las cuestiones que se suscitan en la sentencia como de interés casacional objetivo consiste en determinar si es suficiente la mera alegación de la concurrencia de una causa de nulidad, sin necesidad de mayor fundamentación, para que sea necesaria la iniciación del procedimiento de revisión de oficio; o, de otro modo dicho, si la no alegación de una causa de nulidad por el solicitante permite aplicar la inadmisión. Obsérvese que de las tres posibilidades que recoge el artículo 106.3 LPACAP, la sentencia centra la atención en la primera de ellas, esto es, que habiéndose invocado una concreta causa de nulidad, la petición se limitase a la mera cita.

Delimitada la cuestión objetivamente para sentar doctrina, la sentencia dice que el debate que se suscita, al articularse en sentido positivo, obliga a referirlo a la manifiesta falta de motivación, exigencia que deberá vincularse a la motivación de la petición que deberá no solo fundarse en la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho, sino que también deberá razonarse –explicarse, eso es motivar– el por qué aplicando al caso de autos esa

exigencia concurre la causa de nulidad que se invoca. E inmediatamente a continuación de ello, en un alarde de finura, es donde se precisa lo siguiente:

> "[…] En cuanto el canon que impone el precepto no es la del contenido de la motivación, sino que ésta no sea manifiestamente infundada, deberá concluirse que no se requiere una motivación exhaustiva, que es lo que parece pretenderse por la parte apelante en casación, sino que no existe una palmaria, ostensible, apreciable sin esfuerzo alguno, ausencia de razonamiento, de falta de explicación, sobre la concurrencia al supuesto de autos, de la causa invocada, lo cual requiere no sólo invocar el derecho, la causa de nulidad, sino de manera trascendente, los hechos en que se funda dicha causa en el caso concreto".

Es decir, que para que opere la inadmisión por esta causa es preciso examinar la argumentación del interesado con el fin de descartar que sea manifiestamente infundada, aunque sin que se requiera una motivación exhaustiva, siendo la declaración de la sentencia respecto al motivo de interés casacional al que trata de responder la siguiente:

> "[…] las solicitudes de revisión de oficio han de contener con claridad la invocación de una causa concreta de nulidad de las establecidas legalmente, así como los hechos en que se funda dicha causa, los fundamentos para considerar aplicable la causa de nulidad invocada y la petición concreta de iniciar el procedimiento de revisión de oficio".

Como apoyo de esta forma de entender el precepto la sentencia invoca su clara redacción y, además, el paralelismo del procedimiento de revisión de oficio con el común, dentro del cual el artículo 70 de la Ley 30/1992 (hoy se debe remitir al 66.1, c LPACAP) impone, ya con carácter general, la claridad como presupuesto de las solicitudes, y con ese presupuesto, han de expresarse en las solicitudes de revisión los hechos en que se funda la causa de nulidad invocada, la explicación de las razones por las que esos hechos constituyen la infracción y la petición, añadiendo el artículo 102 de la Ley 30/1992 (hoy 106.3 LPACAP) como exigencia de carácter jurídico invocar la causa de nulidad, que no deja de ser una motivación jurídica, y todavía añade, sobre el vicio formal de la ausencia de cita de la causa de nulidad, "que nuestra jurisprudencia ha venido declarando de forma inconcusa que los defectos formales, también de quienes hacen peticiones a las Administraciones, deben examinarse con carácter restrictivo, debiendo evitar declarar la ineficacia de las peticiones de parte por excesivo rigor formal, siempre y cuando de lo existente quede patente la finalidad pretendida".

El Dictamen del Consejo Jurídico 84/2022, del que ahora se trae noticia, afrontó el examen de la cuestión partiendo de los presupuestos expuestos ya aquí y, contrastadas las actuaciones practicadas en el pro-

cedimiento del expediente remitido, con tal doctrina jurisprudencial y consultiva, resultó que, entre otros extremos, el escrito de solicitud invocaba como causas de la nulidad de pleno derecho las consignadas en las letras a) y e) del artículo 217.1 LGT, argumentando respecto al primero los hechos que acreditarían la falta de notificación y la jurisprudencia contencioso-administrativa que apoyaría el que la misma habría de tenerse por no hecha, y la afección al derecho fundamental del artículo 24 CE que ello ha producido, con invocación de las SSTC que resultan, en su criterio, pertinentes; respecto a la segunda causa invocada, de manera más sucinta expone los motivos por los que se ha vulnerado un trámite esencial, según se dice, del procedimiento.

Los fundamentos casacionales de la sentencia comentada en cuanto a la restrictiva interpretación del artículo 106.3 LPACAP casan mal con el planteamiento de la propuesta de resolución que en el Dictamen se examinaba, y más teniendo en cuenta que a la argumentación de tal escrito la propuesta de resolución opuso unos densos fundamentos en los que, a partir de los hechos que acreditarían que el interesado ha tenido pleno conocimiento del apremio, razonaba que no se ha producido indefensión de alcance constitucional, todo ello con cita de dictámenes de este Consejo Jurídico que, a su vez, recogen doctrina del Consejo de Estado; igual ocurría con la segunda causa de nulidad, cuya concurrencia rebatía la propuesta de resolución aduciendo para ello la doctrina de este Consejo Jurídico expresada en diversos dictámenes, concluyendo que "las alegaciones en las que fundamenta este recurso el interesado no son encuadrables en alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho del art. 217 de la Ley 58/2013", de lo que deriva como propuesta la "inadmisión a trámite del recurso de revisión de oficio […] al carecer manifiestamente de fundamento […]".

En lógica consecuencia, el Consejo apreció con claridad que esa propuesta de resolución, además de otros defectos, adolecía de incongruencia interna, en la medida en que, por una parte, considera que la resolución objeto de revisión no incurre en las causas de nulidad esgrimidas por el interesado, llegando a tal conclusión después de haber analizado profusamente el derecho positivo y la doctrina jurisprudencial y consultiva, y, al mismo tiempo, entendía que la consecuencia administrativa debía conducir a la inadmisión, es decir, a la evidencia ostensible y sin esfuerzo dialéctico de que no concurren esas causas de revisión y de que, por tanto, ni es necesario instruir procedimiento alguno ni recabar el Dictamen de este Consejo Jurídico. Se dedujo de forma natural que la propuesta de resolución carecía de la necesaria correlación entre la *ratio decidendi* y lo que proponía resolver en la parte

dispositiva, es decir, que no reflejaba una adecuada conexión entre esta última y los argumentos jurídicos utilizados.

A la vista de ello –concluyó el Dictamen–, la consecuencia que se extrae sin esfuerzo es que la propuesta de inadmisión carecía de los requisitos que el artículo 217.3 LGT en concordancia con el 106.3 LPACAP establece para que sea viable legalmente, ya que, a tenor de la doctrina jurisprudencial cristalizada en la STS 694/2021, la solicitud de revisión no era manifiestamente infundada en el sentido señalado por el Tribunal Supremo, siendo muestra de ello que la propuesta de inadmisión había necesitado entrar en el fondo del asunto mutando desde el plano material a una auténtica propuesta de desestimación y que, por tanto, el Dictamen del Consejo Jurídico, al concurrir el supuesto contemplado por el artículo 12.6 LCJ en relación con el 217.4 LGT, era de carácter preceptivo.

Y hasta aquí la crónica del tema, que, sin duda, seguirá dando motivos para el debate, quedando apuntados sucintamente dos de ellos antes de exponer una sugerencia. El primero es que la sentencia, aunque viene referida solo a la primera de las tres posibilidades que recoge el artículo 106.3 LPACAP, es decir, que las solicitudes "no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1", razona que ello debe entenderse en el sentido de que el canon que impone el precepto no es el del contenido de la motivación, "sino que esta no sea manifiestamente infundada", forma de entendimiento que en realidad está invadiendo el campo de la segunda de las causas de inadmisión del tan citado 106.3, es decir, la referida a las solicitudes que "carezcan manifiestamente de fundamento". A su vez, y este es el segundo motivo para debatir, el encaje de la interpretación con la regulación del procedimiento administrativo no es fácil desde otro punto de vista, y es que impone que "las solicitudes de revisión de oficio han de contener con claridad la invocación de una causa concreta de nulidad de las establecidas", lo que lleva a dar máxima importancia a un presupuesto formal, cuando, como es principio y práctica del procedimiento administrativo, los escritos se califican conforme a su verdadera naturaleza siempre que esta se deduzca de la solicitud, lo cual no debería impedir que se admitiesen solicitudes de revisión en las que no se invocase la concreta causa legal de nulidad, pero se dedujese del escrito, conforme inspira el principio *pro actione*, que aquí resulta atenuado, a diferencia de lo que ocurre con los escritos de recurso administrativo (art. 115.2 LPACAP).

Para finalizar, parece conveniente apuntar que la decisión de inadmitir no siempre será fácil de adoptar ateniéndose a los elementos que han de servir de base a la interpretación del precepto, ya que entran en juego conceptos generales necesitados de apreciación en el caso concreto (fundamentos *manifiestos*, ausencia *de razonamiento, principio pro actione*) que se compadecen

mal con una decisión apresurada y *a limine*, sin procedimiento. Y especialmente ha de enfocarse la decisión desde la óptica de los derechos que los ciudadanos ostentan ante las Administraciones públicas, respecto a los que el procedimiento juega un papel fundamental para delimitarlos en su justa proporción.

Tampoco se deben perder de vista las consecuencias de una inadmisión posteriormente anulada por resolución judicial que aprecie su improcedencia porque, si bien persiste en la jurisprudencia el criterio que presenta como consecuencia de ello la retroacción de actuaciones y la tramitación del procedimiento de revisión, lo cierto es que, en ocasiones, se entiende que, además de acordar la nulidad del acto de inadmisión, el tribunal puede entrar en el fondo del asunto y estimar la solicitud de revisión con el fin de que el particular no tenga que soportar una nueva dilación en el examen de su pretensión, dilación que pudiera estimarse lesiva de su derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de noviembre de 2006 –rec. cas. 6535/2001– y de 8 de abril de 2008 –rec. cas 711/2004–).

Junto a esa dificultad para apreciar la inadmisión debe observarse que esta no es una consecuencia ineluctable de la LPACAP, ya que aparece configurada como una facultad, una posibilidad ("[…] podrá acordar motivadamente la inadmisión […]"), por lo que también motivadamente y para despejar las posibles dudas es posible acordar la admisión y tramitar el expediente de revisión de oficio, o bien formular una consulta facultativa al Consejo consultivo competente sobre la concurrencia o no de los presupuestos legales que permiten la inadmisión.

La naturaleza y el régimen jurídico de los consorcios en el ámbito local. La posición del Consejo Consultivo de las Illes Balears

Maria Ballester Cardell

Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional. Universitat de les Illes Balears

1. **Introducción**
2. **Enfoque y planteamiento de la cuestión**
3. **Posición adoptada por el Consejo Consultivo de las Illes Balears**
4. **Consideraciones jurídicas sobre el fondo del asunto**
5. **Conclusiones**

1 Introducción

En general, la actividad consultiva se plantea como una función de garantía o como un instrumento de control sobre los poderes activos, con el fin de comprobar que los procesos decisorios encajen en la legalidad vigente. En ocasiones, el ordenamiento jurídico dispone que se formule la consulta de forma preceptiva, para asegurar la intervención de los órganos consultivos en aquellos asuntos que sean de especial relevancia. En otros supuestos, se opta por habilitar la solicitud de dictamen con carácter puramente facultativo. Y también se dan casos en los que la solicitud de consultas facultativas queda sujeta a ciertos condicionantes. Sea como fuere el carácter del dictamen emitido, la intervención de un superior órgano asesor contribuye a aportar conocimiento jurídico de cara a mejorar el proceso de decisión del Gobierno o de las Administraciones.

El artículo 19 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo, contempla diferentes supuestos de consulta facultativa (proyectos y proposiciones de ley sujetos a debate y aprobación del Parlamento, todos los anteproyectos de ley elaborados por el Gobierno que no sean de consulta

preceptiva, convenios o acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas, o conflictos de competencia entre la Administración autonómica y otras Administraciones públicas de las Illes Balears). El precepto en cuestión finaliza con una cláusula más abierta (contenida en la letra *f*), según la cual también podrá solicitarse dictamen con carácter facultativo en "cualquier otro asunto cuando su especial trascendencia lo requiera a juicio del presidente o presidenta de las Illes Balears o de los presidentes o presidentas de los consejos insulares en los casos a que hace referencia el artículo 21.*d* de esta Ley". Por su parte, este último precepto dispone que pueden solicitar el dictamen del Consejo Consultivo: "[...] *d*) Con carácter facultativo, los presidentes o presidentas de los consejos insulares, a iniciativa propia o por acuerdo del pleno, cuando se trate de asuntos de relevancia notoria que puedan afectar directamente al ámbito respectivo de competencias".

La habilitación legal a los presidentes de los consejos insulares para solicitar dictámenes facultativos resulta coherente con la regulación contenida en la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, que refuerza la estructura organizativa y el régimen competencial de los consejos insulares. A partir de aquel momento, los consejos se definen como "instituciones de gobierno de las islas" (artículo 8 EAIB) y se consideran integrados, junto con el Parlamento, el Gobierno y el presidente de la Comunidad Autónoma, en "el sistema institucional autonómico" (artículos 39 y 61.3 EAIB). Además, se confiere rango estatutario al modelo organizativo mixto (corporativo y burocrático), con la previsión de la existencia necesaria del Consejo Ejecutivo, junto con el Pleno y el Presidente (artículo 63.1 EAIB). En el plano competencial, la reforma estatutaria pone de manifiesto una carga importante de atribuciones a los consejos insulares –que asumen como "propias" las facultades conferidas por el legislador estatal y las que les da el propio Estatuto–, que justifica una organización específica para cumplir con el principio constitucional de eficacia.

La doctrina del superior órgano asesor de las Illes Balears en las consultas facultativas ha permitido perfilar la afectación de las competencias de los consejos insulares como uno de los elementos fundamentales en este tipo de dictámenes. Así, en el Dictamen 52/2020 decimos:

> "Es bien conocido que los consejos insulares están dotados hoy, de conformidad con el Estatuto de Autonomía de 2007, de un amplio régimen de competencias y que, en el caso de resultar estas afectadas por asuntos de relevancia notoria, los presidentes de estas entidades locales están facultados para solicitar, con carácter facultativo, la emisión de dictamen. Este es el criterio establecido en los dictámenes 10/2009, 73/2010, 48/2013 y 42/2015, entre otros.

Por lo tanto, la primera cuestión que se debe analizar es si resulta procedente, en vista de la normativa reguladora de las funciones del Consejo Consultivo, la emisión del dictamen que se solicita con carácter facultativo. En concreto, se deberá examinar si el asunto objeto de dictamen afecta directamente al ámbito de competencias del Consejo Insular y si concurre, también en este caso, la especial trascendencia o relevancia notoria de la cuestión sometida a discusión".

Por otro lado, y por lo que se refiere al aspecto procedimental en relación con estos asuntos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.4 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 38/2020, de 28 de diciembre, en el caso de que los presidentes de los consejos insulares pidan facultativamente un dictamen, la consulta, "además de los antecedentes del asunto, si los hay, debe incluir: a) un informe sobre la consulta y, en su caso, una propuesta de acuerdo o de resolución; b) la motivación específica tanto de la relevancia notoria del asunto sometido a consulta como de la afectación directa del ámbito competencial del consejo insular consultante". Todo ello, con el fin de que en el expediente se puedan argumentar y justificar la especial trascendencia de la materia y su incidencia en el régimen de distribución competencial, entre la Comunidad Autónoma y los entes insulares.

2
Enfoque y planteamiento de la cuestión

En el marco de la competencia facultativa descrita en los preceptos antes señalados, la presidenta del Consejo Insular de Menorca sometió a dictamen del Consejo Consultivo una consulta jurídica en relación con la naturaleza y el régimen jurídico aplicable a los consorcios locales. Dicha petición fue atendida y dio lugar al Dictamen 12/2022, aprobado en la sesión del día 16 de marzo.

La consulta se centra en la naturaleza jurídica de los consorcios, que, conforme a la legislación autonómica, tienen la consideración de entidades locales, y en el régimen normativo que les es aplicable. Si bien la petición se plantea en un plano general, en realidad trae causa de un caso concreto, vinculado a la determinación del régimen aplicable al Consorcio de Residuos y Energía de Menorca (CREM). Principalmente, ante la necesidad de adaptar los Estatutos del CREM al marco normativo vigente, la motivación de la cuestión parte de la repercusión que han podido tener las novedades que se han incorporado al ordenamiento jurídico desde la importante reforma del consorcio interadministrativo articulada, primero, mediante la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), y la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización

del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (LRSP); y consolidada, posteriormente, con la aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Se adjunta con la consulta el informe jurídico de 12 de noviembre de 2021 suscrito por la asesora jurídica del Consorcio de Residuos y Energía de Menorca, con la conformidad de la secretaria del Consejo Insular de Menorca y del Consorcio de Residuos y Energía de Menorca (CREM). El citado documento se centra en la *desigual consideración del régimen jurídico de los consorcios locales en la legislación estatal y en la legislación propia de las Illes Balears*, y en él se hace una mención específica a los artículos 2 y 45 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears. Ambos preceptos sitúan a los consorcios dentro de la categoría de entes locales. En el mismo informe se esbozan y desarrollan las dudas sobre la posición de los consorcios locales en el ámbito de la Administración local a partir de la vigencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Se invoca la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 9 de octubre de 2019) en la que se sostiene que los consorcios locales no quedan incardinados en el ámbito de la Administración local, sino que forman parte del sector público instrumental. Pero también se apunta la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, contenida en la Sentencia 103/2020, de 28 de mayo, según la cual la legislación autonómica de régimen local pueda reconocer la consideración de ente local a los consorcios en ejecución de la competencia prevista en el artículo 148.1.2.ª de la Constitución Española.

Este informe incorpora el contenido básico, con cita expresa en algunos casos, del informe jurídico intitulado *El Consorci de Residus i Energia de Menorca, és o no una entitat local?*, encargado por el mismo Consorcio a una abogada experta en derecho ambiental y emitido el 11 de noviembre de 2021. En este segundo informe, que también se adjunta con la consulta, después de presentar la cuestión, se analiza la desigual consideración del régimen jurídico del consorcio local en la legislación estatal y en la de las Illes Balears, con referencia al marco normativo, la jurisprudencia y la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía. Además, se plantean las sugerencias doctrinales para la resolución de la cuestión. Para acabar, se refiere a las competencias del Consejo Insular como propias de un ente local. El informe concluye que el Consorcio de Residuos y Energía de Menorca puede ser considerado ente local.

Se adjuntan, igualmente, los Estatutos del CREM (BOIB núm. 174, de 20 de diciembre de 2014); el certificado del Acuerdo de la Junta de Gobierno del CREM de 21 de julio de 2016, sobre el inicio del procedimiento para la modificación de los Estatutos para incluir en el objeto social aquellas accio-

nes o actividades necesarias para la gestión del agua en la isla de Menorca, y la adecuación del resto del texto a la normativa vigente; y el certificado del Acuerdo de la Junta de Gobierno del CREM de 14 de noviembre de 2019, referido al inicio del procedimiento para la modificación de los Estatutos para adaptar el objeto social a las necesidades y los objetivos de recogida separada de residuos en la isla de Menorca.

El núcleo de la cuestión jurídica radica en determinar, de conformidad con la legislación vigente, cuál es el régimen jurídico de los consorcios locales –que según la normativa balear de régimen local pueden ser considerados entes locales– y, en su caso, el alcance de sus concretas potestades.

A la vista de los datos contenidos en la documentación aportada, el Consejo Consultivo se propone dar respuesta a la consulta formulada al considerar que se cumplen las previsiones contenidas en el artículo 21.*d* de la Ley 5/2010, de 16 de junio, en relación con el artículo 19.*f* de la misma Ley. El superior órgano asesor contextualiza la controversia planteada en torno a un debate jurídico "que se ha reavivado a partir de las regulaciones mencionadas, sobre la naturaleza jurídica de los consorcios (especialmente en el ámbito local) y la determinación del régimen jurídico que les es aplicable. Más todavía si tenemos en cuenta que hay normas, en las diferentes esferas territoriales, que, aparentemente, pueden resultar contradictorias sobre el concepto y la naturaleza jurídica de los consorcios locales. La trascendencia del asunto está vinculada a la necesidad de determinar la repercusión de la regulación de los consorcios que establece la Ley 40/2015 en relación con el régimen aplicable al CREM, y cómo afecta ello a las competencias del Consejo".

3
Posición adoptada por el Consejo Consultivo de las Illes Balears

Para abordar la cuestión planteada, en el Dictamen 12/2022, el Consejo Consultivo realiza un análisis previo de la normativa vigente a partir del modelo de organización políticamente descentralizada en tres niveles territoriales de poder –local, autonómico y estatal–; destaca la interconexión entre los diferentes sectores o áreas de la vida susceptibles de regulación normativa que, en la práctica, hace que cualquier actividad pública tenga incidencia en ámbitos jurídicos y territoriales diversos; y recalca la necesidad, señalada por el Tribunal Constitucional desde el inicio de la etapa democrática, de dar coherencia al sistema de distribución de competencias entre los diferentes niveles territoriales mediante el deber de cooperación y colaboración en la actuación de las Administraciones públicas (STC 18/1982, de 4 de mayo). Todo ello para subrayar que, entre las técnicas mediante las cuales se articula la colaboración

institucional, destaca la creación de consorcios para la gestión de competencias que las partes ponen en común. En el Dictamen se pone de relieve que la figura en cuestión nace, en la etapa preconstitucional, vinculada, precisamente, a la normativa local, y también aparece prevista en diferentes ámbitos sectoriales (gestión de residuos o gestión urbanística). Con la implementación de la Constitución se dan nuevos pasos en orden a consolidar la regulación normativa de estas figuras colaborativas. Pese a no contar con una referencia constitucional expresa a la mismas, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), contempla la cooperación interadministrativa para la gestión de servicios locales. Por su parte, y en un plano más general, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), permite la celebración de convenios interadministrativos y contempla la existencia de consorcios entre la Administración General del Estado y las Administraciones autonómicas.

Llegados a este punto, y antes de entrar en el marco jurídico normativo vigente, el Consejo Consultivo se refiere, de forma sucinta, a las notas características del consorcio en el ámbito local y a la problemática que suscita su naturaleza jurídica. Para ello, en primer lugar, retoma la conceptuación de los consorcios realizada en el Dictamen 183/2005 como "órganos de relaciones interadministrativas de carácter voluntario para la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración Local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas". Se refiere, además, a la consideración contenida en la STC 41/2016, de 3 de marzo, según la cual el consorcio es una forma organizativa que permite a los municipios sustanciar una colaboración vertical con otras Administraciones de otros niveles territoriales para la prestación de servicios públicos.

Hechas estas valoraciones, el Consejo Consultivo pone el acento en las dudas que surgen a partir de la aprobación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, que no incluye los consorcios dentro de las entidades locales indicadas en el artículo 3 y los considera como una entidad derivada de la cooperación entre Administraciones (artículo 57). Además, refleja el planteamiento que hace de la cuestión el Tribunal Supremo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo 2955/1999, de 30 de abril, según el cual "la circunstancia de que los Consorcios no vengan incluidos como entidades locales en el artículo 3 de la Ley 7/1985 no impide la caracterización como ente local del Consorcio para el Servicio de Extinción de Incendios, Salvamentos y Protección Civil del Principado de Asturias, ya que la enumeración que verifica el

apartado segundo de este precepto no tiene carácter exclusivo". La amplitud de fines que pueden asumir los consorcios y la diversidad de entidades que pueden formar parte de los mismos permiten concluir, según esta misma resolución, que habrá que estar a lo que dispongan los estatutos, "permitiendo que, en cada caso, según las circunstancias concurrentes, pueda determinarse si el Consorcio constituido es no o no una entidad local […]".

La polémica sobre la naturaleza de los consorcios constituidos a nivel local avanza en paralelo a la opción materializada en algunas comunidades autónomas (a partir de los títulos habilitantes del estatuto de autonomía y mediante las leyes de régimen local), consistente en delimitar los requisitos para poder considerar que un consorcio sea una entidad local. Este es el caso de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, que en el artículo 2, dedicado a "otras entidades locales", dispone que "[t]ambién tienen la condición de entes locales las mancomunidades de municipios, las entidades locales menores, las áreas metropolitanas y los *consorcios locales* constituidos por entes locales entre sí o con otras administraciones públicas y que tengan por objeto esencial la prestación de servicios y obras que sean competencia de los entes locales". Lo mismo ocurre en la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia (art. 149); o en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía (art. 78.3).

En el relato sobre la evolución normativa de los consorcios, el Consejo Consultivo se detiene brevemente en el creciente objetivo de configurar un mayor control sobre los mismos, desde una perspectiva económico-financiera. Se pone de manifiesto cómo el tratamiento normativo por parte del legislador autonómico de los consorcios participados por entidades locales y que persigan fines en materia de interés local coincide en el tiempo con la necesidad de controlar presupuestariamente todo el sector público. No en vano, la proliferación de estos instrumentos cooperativos y la insuficiente regulación legal de los mismos dificultan la fiscalización de los consorcios locales, tal y como apuntan el Tribunal de Cuentas (en el informe de 23 de diciembre de 2013) y el informe CORA. Todo ello impulsa una regulación específica y más homogénea de los consorcios a través de la LRSAL, que no solo afecta a los consorcios locales, que también es analizada en el Dictamen.

En primer lugar, el órgano de consulta se detiene en la modificación de las previsiones que afectan tan solo a los consorcios previstos en la LBRL. La nueva redacción del artículo 57 establece un régimen muy restrictivo de la fórmula consorcial, a la que se podrá recurrir tan solo de forma subsidiaria y que queda condicionada al cumplimiento de criterios de eficacia. La STC 41/2016, de 3 de marzo, se pronuncia sobre el encaje constitucional del artículo citado 57, partiendo de la posible incidencia de la legislación básica del

Estado en los entes locales, que debe respetar la potestad de autoorganización local y las competencias autonómicas sobre régimen local. Todo ello para concluir que el artículo 57 de la LBRL "[r]emite el régimen de las fórmulas de cooperación a 'los términos previstos en las leyes' (apartado 1), sin incluir una regulación completa del consorcio que pudiera desbordar la competencia estatal para fijar las bases del régimen local. Introduce solo algunos límites a la constitución y funcionamiento del consorcio que, con independencia de su eficacia real, están claramente destinados a introducir los criterios de racionalidad económica que exige la realización de mandatos constitucionales (arts. 31.2, 103.1, 135, 137 y 140 CE)" (FJ 8.º).

En segundo lugar, el Consejo Consultivo examina la modificación introducida por la disposición final segunda de la LRSAL, por la que se da una nueva redacción a la disposición adicional vigésima de la LRJPAC, rubricada "Régimen jurídico de los consorcios". La norma, que se aplica en general a todos los consorcios, tiene como novedad más significativa la exigencia de que el consorcio quede adscrito a una sola Administración pública, de conformidad con los criterios de prioridad fijados en el apartado segundo de la citada disposición adicional. El establecimiento de este nuevo régimen da pie a diferentes interpretaciones sobre su concreto alcance. Así, por un lado, se ha mantenido que la LRSAL articula un criterio de adscripción que, a su vez, establece el régimen jurídico aplicable, con independencia de que el consorcio pueda ser considerado un ente local. Pero también puede sostenerse que el objetivo de control económico-financiero del consorcio, introducido por la reforma normativa, no resulta incompatible con la posibilidad de que la legislación autonómica pueda regular diferentes aspectos de la organización y del funcionamiento de los consorcios en lo no previsto en la mencionada disposición adicional vigésima de la LRJPAC. Este es el enfoque que se adopta en la STC 93/2017, de 6 de julio, cuando analiza las competencias del legislador estatal para regular todos los consorcios, cualesquiera que sean las Administraciones participantes:

> "La obligación de adscripción sirve, de un lado, para superar las incertidumbres que subsistían en torno al régimen jurídico aplicable a los consorcios; incertidumbres que derivaban, en parte, de la confluencia en una única personificación de varias Administraciones, habitualmente de distintos niveles territoriales y sometidas a legislación diversa. […]
>
> De otro lado, la obligación de adscripción trata de superar la dificultad de exigir responsabilidades públicas a las Administraciones que operan a través de instrumentos de Administración 'mixta'. Estas fórmulas de actuación conjunta son fundamentales para la efectividad del principio de colaboración, consubstancial al Estado autonómico (por todas, STC

141/2016, de 21 de julio, FJ 7), pero no pueden servir para eludir responsabilidades propias ni para ejercer las competencias que el sistema constitucional ha atribuido a otras Administraciones (SSTC 32/2006, de 1 de febrero, FJ 7, y 194/2004, de 4 de noviembre, FFJJ 11 a 13, en relación con la gestión conjunta de parques naturales). La obligación de adscripción pretende de este modo evitar que la confusión de varias Administraciones en el seno de una única personificación consorcial suponga, a la postre, que parte de las finanzas de aquellas dejen de controlarse y consolidarse en un presupuesto público […].

Ciertamente, las Administraciones que participan en el consorcio, al decidir sobre la adscripción, deben aplicar la serie cerrada y jerarquizada de criterios que ha establecido con carácter básico la disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992. Sin embargo, tal grado de densidad normativa no conlleva en este punto la invasión competencial denunciada, pues solo de ese modo la norma puede cumplir la finalidad uniformadora que la justifica. […] En segundo lugar, la legislación autonómica y los propios estatutos consorciales pueden decidir cuál es el régimen jurídico de los consorcios en todo lo no regulado por la disposición controvertida, lo que incluye buena parte de su organización y funcionamiento. […]

A la vista de la finalidad de la obligación de adscripción y de los términos en que está regulada, cabe concluir que el Estado no ha desbordado el ámbito correspondiente a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE) y, por tanto, no impide que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias sobre autoorganización y régimen local, en general, y sobre relaciones interadministrativas, en particular, desarrollen verdaderas políticas propias dentro de un marco de coordinadas fundamentales. […]" (FJ 7.º).

Hechas estas consideraciones, el Consejo Consultivo toma como referencia la legislación vigente, sobre la que fundamenta la solución a la cuestión objeto de la consulta. Se fija, en particular, en el régimen jurídico básico sobre la figura del consorcio establecido en los artículos 118 a 127 de la LRJSP, que viene a contener una refundición de los últimos cambios normativos sobre la materia. La nueva regulación, más amplia y diferenciada, se dicta conforme a tres títulos competenciales (tal como se explica en la disposición final decimocuarta, contenidos en el artículo 149.1.18.ª –las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas–, 13.ª –la coordinación de la planificación general de la actividad económica– y 14.ª –la hacienda pública general– de la Constitución). En lo que aquí más interesa, el Consejo Consultivo constata que el apartado 2 de la disposición adicional vigésima de la LRJPAC resulta

coincidente, sin cambios sustanciales, con el apartado 2 del artículo 120 de la LRJSP. También se reproducen, en el artículo 122, apartados 1, 3 y 4, de la LRJSP, las previsiones sobre "régimen presupuestario, de contabilidad, control económico-financiero y patrimonial" ya comprendidas en el apartado 4 de la disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992.

En este punto, el superior órgano de consulta se detiene en la respuesta que ofrece el Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica de los consorcios locales a la luz del vigente marco normativo. En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo 603/2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 28 de mayo, dilucida si los consorcios tienen la condición de entidades locales. La controversia trae causa de la denegación de la inscripción de un consorcio de la Comunidad de Madrid, al no poder ser considerado entidad local en virtud de lo dispuesto en la LBRL. El Tribunal Supremo se remite a los argumentos contenidos en la STS de 9 de octubre de 2019 y confirma la decisión al considerar que con el nuevo marco jurídico deja claro que los consorcios no están incluidos dentro del ámbito de la Administración local, sino que tienen la consideración de entes instrumentales del sector público institucional. Sin embargo, en la resolución de 2020 se introduce una importante matización invocando la jurisprudencia constitucional, en el sentido de que admite que la legislación autonómica podría reconocer a los consorcios como entidades locales, sobre la base del título contenido en el artículo 148.1.2.ª de la CE.

Por lo que se refiere al marco jurídico en el ámbito autonómico, el Consejo Consultivo alude a las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución, sobre la organización local (art. 30.45 EAIB), así como a las competencias autonómicas de desarrollo legislativo y de ejecución sobre el régimen local, en el marco de la legislación básica del Estado (art. 31.13 EAIB). Igualmente, se hace mención a la referencia estatutaria sobre las fórmulas cooperativas de los municipios entre ellos o con otros entes públicos, y a su "capacidad para constituir mancomunidades, consorcios y asociaciones" (art. 75.7 EAIB). Además, se alude al tratamiento específico que la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, confiere a los consorcios, a los que atribuye expresamente la condición de entes locales (art. 2); se refiere, además, a la representación de los intereses comunes como el elemento nuclear de los instrumentos de colaboración entre los entes locales (art. 4); y, finalmente, se remite al capítulo II del título III, que está dedicado a desplegar el régimen normativo de los consorcios locales constituidos entre diferentes municipios o con otras Administraciones para el cumplimiento de un interés local común.

4
Consideraciones jurídicas sobre el fondo del asunto

Llegados a este punto, el Consejo Consultivo se encuentra en condiciones de dar respuesta a las cuestiones formuladas en la consulta presentada. A ello se dedica la Consideración Jurídica Quinta del Dictamen 12/2022, que se transcribe parcialmente a continuación:

"*1. La naturaleza jurídica de los consorcios que, de acuerdo con la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, tengan el carácter de consorcios locales en las Illes Balears, y el régimen jurídico que les es aplicable.*

a) En relación con esta cuestión, como ya ha quedado explicado en la consideración jurídica tercera, no hay que confundir (e identificar automáticamente) la naturaleza jurídica del consorcio local con el régimen jurídico aplicable a aquel consorcio local (que puede tener o no la consideración de ente local). Es decir, una cosa es que el legislador autonómico pueda delimitar cuándo un consorcio tendrá la condición de ente local, y otra muy distinta es la delimitación de su régimen jurídico, que no dependerá tanto de si el consorcio es o no un ente local, sino de la adscripción a una u otra Administración en conformidad con los criterios que marca el legislador estatal, y que son aplicables a todo tipo de consorcios (estatales, autonómicos y locales). Es la adscripción lo que determinará el régimen jurídico de los consorcios, al menos en cuanto al control económico y financiero, las normas patrimoniales y el régimen de personal. Así debemos entenderlo a partir de la reforma articulada por la LRSAL, tanto en relación con el régimen general de los consorcios como con los entes locales, definitivamente confirmada por la LRJSP. La norma opta por hacer prevalecer la naturaleza instrumental de los consorcios a la hora de establecer un régimen de adscripción a una de las administraciones participantes, que será la que determine, al fin y al cabo, el régimen jurídico de estos entes en los aspectos antes mencionados. Ahora bien, el Tribunal Constitucional admite, fuera del establecimiento del régimen de adscripción a una determinada Administración, que la legislación autonómica y los estatutos respectivos tienen la capacidad de determinar parte de la organización y el funcionamiento de los consorcios locales.

Por lo tanto, y en primer lugar, sobre la naturaleza jurídica de los consorcios locales, entendemos que esta cuestión ha quedado aclarada a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo 603/2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 28 de mayo. Esta resolución toma como refe-

rencia el marco normativo vigente fijado en la LRJSP, que, proveniente de la disposición adicional vigésima de la LRJPAC introducida por la LRSAL, ha significado un cambio sustancial ante la regulación anterior y hace prevalecer la consideración del consorcio como ente instrumental del sector público institucional. La Sala parte de la premisa de que los consorcios locales anteriores a la entrada en vigor de la LRSAL tienen que haber adaptado los estatutos a la nueva regulación y se tienen que haber adscrito a una Administración concreta a partir de los criterios del legislador. A continuación, añade la facultad del legislador autonómico de configurar el consorcio local como entidad local, en virtud de la competencia que le confiere el título competencial previsto en el artículo 148.1.2.ª de la CE. Esta facultad del legislador autonómico también es reconocida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears 84/2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 11 de febrero, en los términos siguientes:

> 'Como se desprende de la lectura conjunta de los preceptos contenidos en la legislación básica estatal en materia local (LBRL y TRLRL), la cual contempla el *núcleo material del interés general*, por un lado, y la normativa autonómica de desarrollo, que despliega estas bases y las adapta al *interés respectivo* de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, resulta que las leyes del Estado, de acuerdo con la Constitución, permiten que la legislación autonómica configure entes locales distintos a los municipios, provincias e islas (infra o supramunicipales), al igual que regula los consorcios como fórmulas de cooperación entre administraciones públicas.
>
> Sin embargo, como hemos señalado, la legislación balear contempla estas fórmulas de asociación interadministrativa como verdaderos entes locales, de conformidad con el artículo 3.2 LBRL'.

En el caso concreto de las Illes Balears, el artículo 75 del Estatuto de Autonomía destaca el carácter asociativo de los consorcios locales y el artículo 2 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, incluye entre las entidades locales 'los consorcios locales constituidos por entes locales entre sí o con otras administraciones públicas y que tengan por objeto esencial la prestación de servicios y obras que sean competencia de los entes locales'. De conformidad con esta previsión, no es suficiente, para considerar que existe un consorcio local, que se produzca la integración en el consorcio de una entidad local. De hecho, si tenemos en cuenta las referencias del artículo 47 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, sobre la constitución de los consorcios locales –que se refiere, juntamente a los entes locales y las administraciones públicas, a los otros miembros y

a las instituciones interesadas–, es posible que estén integradas en ellos otras entidades privadas sin ánimo de lucro. El factor determinante para considerar el carácter local del consorcio es que el interés común de las administraciones públicas implicadas sea de manera preponderante un interés local –la prestación de servicios y obras que sean competencias de los entes locales–. Además, si un consorcio se constituye a partir de la integración de varias administraciones locales (y no locales) para la gestión de un interés diferente al local, entonces estaríamos ante un consorcio interadministrativo (o, en su caso, un consorcio autonómico). De todos modos, y para cerrar este punto e introducir el siguiente elemento de reflexión, podemos concluir que admitir que un consorcio local pueda tener la consideración de ente local no implica que este quede sometido completamente al derecho local y que se pueda asimilar, sin matices, a las entidades locales territoriales mencionadas en el artículo 3.1 de la LBRL.

b) Para atender a la cuestión del régimen jurídico aplicable, tenemos que reiterar que el capítulo VI del título II de la LRJSP, dedicado al régimen jurídico de los consorcios, tiene carácter básico –excepto la previsión contenida en el artículo 123.2– y que, por lo tanto, es aplicable a todos los consorcios, cualquiera que sea su ámbito (estatal, autonómico o local).

El artículo 119 establece el sistema de fuentes […] El apartado 3 declara (de forma poco usual) la supletoriedad de la norma básica especial (en materia de régimen local) en relación con la Ley reguladora general para los consorcios participados por entes locales (artículos 26, 57, y disposiciones adicionales novena y duodécima). Esto significa, por ejemplo, que en los consorcios locales la Administración de adscripción queda limitada a los entes que figuran en el artículo 3.1 de la LBRL, en los términos establecidos en los apartados 3 y 4 de la disposición adicional novena de la LBRL.

El régimen de adscripción del consorcio está determinado por los criterios fijados en el artículo 120 de la LRJSP. De la misma forma que sucede en la regulación anterior, en la LRJSP no hay una regla expresa que diga que la Administración de adscripción determina por completo el régimen jurídico de la entidad. Lo que sí dice es que los consorcios quedarán vinculados por el 'régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración Pública a la que estén adscritos' (artículo 122.1). Igualmente, se prevé que 'los consorcios se regirán por las normas patrimoniales de la Administración Pública a la que estén adscritos' (artículo 122.5). También dispone que el régimen jurídico del personal

al servicio de los consorcios 'será el de la Administración Pública de adscripción' (artículo 121). Por ello, la adscripción no determina el completo régimen jurídico del consorcio, sino que los preceptos mencionados circunscriben sus efectos a tres ámbitos concretos. Fuera de estos ámbitos, el legislador autonómico podrá delimitar el resto de aspectos que afecte a la organización y el funcionamiento de los consorcios.
[…]
2. La naturaleza jurídica del Consorcio de Residuos y Energía de Menorca y el régimen jurídico que le es aplicable; en particular, si puede ejercer las potestades reglamentaria, tributaria, de ejecución forzosa, sancionadora y el resto de potestades de acuerdo con la normativa autonómica.
a) Este órgano asesor ya se ha pronunciado, a pesar de que con un marco normativo pretérito y con una jurisprudencia anterior, sobre la naturaleza jurídica del CREM (cuando se denominaba Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de Menorca). Lo hace en el Dictamen 183/2005, relativo a la resolución del contrato suscrito entre el Consorcio para la Gestión de los Residuos Sólidos Urbanos de Menorca y una empresa para la implantación del sistema de gestión y pesaje de la recogida selectiva de Menorca. En concreto, dice:

> '[...]
> El ámbito subjetivo de la actual LCAP, viene definido en su artículo 1, cuando previene que a los efectos de esta Ley se entiende por Administraciones Públicas, además de las Administraciones General del Estado y de las Comunidades Autónomas, *las entidades que integran la Administración Local*. El Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de Menorca, integrado por el Consejo Insular y los Ayuntamientos de esta isla, es un ente local. A este respecto es oportuno afirmar que los consorcios se configuran como órganos de relaciones interadministrativas de carácter voluntario para la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración Local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas; y, aunque la naturaleza jurídica de los consorcios es cuestión controvertida en la doctrina científica, no hay en nuestro vigente ordenamiento jurídico impedimento alguno para que existan consorcios cuya naturaleza jurídica sea la de ente local. Efectivamente, la cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo que, en sus sentencias de 3 de noviembre de 1997 (Aranzadi 7967/1997) y 30 de abril de 1999 (Aranzadi 4692/1999), argumenta que el hecho de que el consorcio

no se cite como entidad local en el artículo 3 de la Ley 7/1985, de 3 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en modo alguno impide la existencia de consorcios con esa caracterización, ya que no es objeto de tal precepto abordar una enumeración acabada de todos los entes locales y, en igual sentido, el silencio del artículo 110.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, sobre la condición de entidades locales de los consorcios (frente a la cita expresa contenida en el antiguo artículo 107.2 de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local), no ha de ser interpretado como evidencia de aquel impedimento, sino como secuencia lógica de la amplitud de fines –y, por tanto, variada tipología– que pueden asumir los consorcios, lo que ha hecho que el legislador optara por no predeterminar su naturaleza con carácter general y apriorístico.

[...]'.

Como ya se ha explicado suficientemente, no hay motivos para modificar este planteamiento que permite considerar al Consorcio como un ente local. A pesar de que el marco normativo ha cambiado de forma sustancial, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo y también la doctrina del Tribunal Constitucional reconocen un margen de actuación al legislador autonómico para configurar la articulación de consorcios locales cuando la integración de diferentes administraciones públicas pretende un interés preeminente de carácter local.

Para determinar si el CREM tiene el carácter de consorcio local, será necesario tener en cuenta lo que determinen sus Estatutos sobre el objeto del Consorcio:

'Artículo 3. Objeto

1. Constituye el objeto principal del Consorcio:

a. El estudio, la programación y la prestación de servicios de gestión de residuos los cuales sean competencia de los entes integrantes del Consorcio. A los efectos de estos estatutos se entenderá por gestión de residuos: la recogida (que integra la clasificación y almacenamiento), el transporte y el tratamiento (entendido como cualquiera de las operaciones de valorización y de eliminación) y cualquier otra actividad relacionada con los residuos, incluidas las actuaciones realizadas en calidad de negociando o agente.

Para la prestación de servicios de recogida no separada de residuos, será necesaria la formalización previa del correspondiente convenio regulador.

Así mismo se entenderá incluido dentro del objeto del Consorcio la vigilancia de las actividades mencionadas en el párrafo anterior, así como la gestión de las infraestructuras necesarias por su desarrollo, incluida la clausura y el mantenimiento posterior en el cierre.

b. El fomento, por este orden, de su reducción, reutilización y reciclaje y de otras formas de valorización, con el fin de proteger el medio ambiente y la salud de las personas, de acuerdo con la normativa vigente y en coherencia con los principios del desarrollo sostenible, sobre los cuales apoya la declaración de la isla de Menorca como reserva de biosfera.

c. Cualquier actividad que redunde en beneficio de los principios y actividades señalados en los apartados anteriores.

[…]'.

Además, en cuanto a los integrantes del Consorcio, los Estatutos establecen la previsión siguiente:

'Artículo 6. Clases de Asociados.

1. Los asociados al Consorcio pueden ser con carácter nato o adherido.

2. Serán asociados natos el Consell Insular de Menorca y los Entes Municipales de la isla que aprueben estos Estatutos y soliciten su integración al Consorcio.

3. Serán asociados adheridos cualquier otra Administración o Entidad Pública, así como las Entidades privadas sin ánimo de lucro que, voluntariamente, lo soliciten y la Junta de Gobierno lo acepte'.

Por lo tanto, no hay duda de que el Consorcio, que está integrado por entidades locales, tiene por objeto el cumplimiento de competencias locales relacionadas con la gestión de los servicios municipales de tratamiento de residuos. En este sentido, nos encontramos ante un consorcio local, que puede ser considerado ente local.

b) Una cuestión distinta es extraer de esta consideración la consecuencia de equiparar el consorcio local con las entidades territoriales locales, en el sentido de pretender que el consorcio podrá actuar como si fuera uno de los entes locales participantes. Ello no es así. Pensemos que el consorcio, que se constituye para la prestación de determinados servicios de interés común, conforma una entidad independiente en relación con los miembros que lo integran. Para cumplir sus objetivos, el consorcio gestiona los intereses comunes de los entes integrados, pero no se equipara a ellos. Cuando el artículo 4.2 de la LBRL dice que las funciones atribuidas a los municipios, las provincias y las islas pueden ser aplicables a otras entidades locales, condiciona esta circunstancia a que las leyes

de las comunidades autónomas tienen que concretar cuáles de aquellas potestades les son aplicables. Y también tenemos que tener presente que según el artículo 124 de la LRJSP los Estatutos del Consorcio deben determinar cuáles son sus funciones.

El carácter instrumental y la naturaleza voluntaria y asociativa del consorcio hacen que el consorcio local (incluso cuando se le considera un ente local) no se pueda equiparar completamente a las entidades territoriales que lo conformen. El consorcio se constituye para la gestión de intereses comunes, pero no lleva a cabo sus funciones con la misma amplitud con la que las administraciones públicas ejercen las potestades públicas en la esfera de sus propias competencias. La titularidad de las competencias de los miembros que lo integran no la asume el consorcio, sino que se traspasa, total o parcialmente, la gestión de estas competencias. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears 84/2011 (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 11 de febrero, explica:

> 'En su norma fundacional, se califica al Consorcio como una entidad pública instrumental, de carácter asociativo y voluntario, de forma correlativa a la definición prevista en el artículo 57 LBRL, pero en su artículo 4 se le dota de una verdadera potestad administrativa, la sancionadora, consistente en, principalmente, la resolución de los procedimientos sancionadores, ámbito de poder el cual pertenece a las Administraciones Públicas, según el artículo 4 LBRL, debiendo tener en cuenta que, de acuerdo con el citado Cuerpo Legal y sus propios Estatutos, este Consorcio no es –ni puede ser– una entidad local, sino que responde a una personificación pública interadministrativa destinada a la gestión de servicios, obras y actividades de interés general, pero sin que este ámbito de actuación se pueda identificar con *potestades públicas*'.

Además, el Tribunal Constitucional da a entender, aunque no de una manera muy clara, que las actividades que pueden desarrollar los consorcios en los que participan entidades locales están limitadas a las materias establecidas en los artículos 25 y 26 de la LBRL. En concreto, la STC 41/2016, de 3 de marzo, en el fundamento jurídico 8 dice que la norma impugnada (la disposición transitoria undécima de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local):

> '[…] delimita los servicios que admiten la mancomunidad como fórmula de gestión compartida. Son los reconducibles a las materias enumeradas en los arts. 25 y 26 LBRL. Esta previsión, con independencia de su virtualidad real, se presenta como una directriz

básica que pretende evitar la proliferación de mancomunidades y los riesgos que se entiende que ello supone para los principios de eficacia (art. 103.1 CE), eficiencia en el gasto público (art. 31.2 CE) y estabilidad financiera (art. 135 CE). El examen de los arts. 25 y 26 LBRL permite afirmar que los ámbitos en los que los Ayuntamientos pueden mancomunarse son suficientemente amplios y que el legislador autonómico conserva dentro de ellos (en particular, en los descritos en el art. 25.2 LBRL que pueden reconducirse a sus atribuciones estatutarias) la competencia para conferir y regular las competencias propias municipales.

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

Por lo tanto, para dar respuesta a la cuestión de si el consorcio como entidad local podrá ejercer las potestades que tienen las entidades territoriales locales, de acuerdo con la normativa de régimen local, tendremos que tomar en consideración cuáles son las potestades que pueden ser gestionadas mediante consorcio. Todo ello teniendo presente que el artículo 45 de la Ley 20/2006 cuando establece que, para cumplir sus finalidades, están dotados de todas las potestades fijadas en la legislación local, se debe conjugar con la previsión del artículo 4.2 de la LBRL, ya mencionada, y deberemos entender que ello no significa que los consorcios tengan todas las potestades públicas que tienen las entidades locales. De forma que las concretas actuaciones jurídicas y materiales que se hayan previsto en los estatutos deberán estar en consonancia con las atribuciones que la legislación confiere a las administraciones consorciadas en materia (en este caso) de recogida y tratamiento de residuos. Por otra parte, se debe entender que las entidades consorciadas delegan en el consorcio las atribuciones necesarias para poder desarrollar sus objetivos. Esta determinación de las facultades propias del consorcio deberá figurar en sus estatutos, que conforman la normativa interna que rige su organización y su funcionamiento.

[…]

Ya se ha dicho que el artículo 3.1 de los Estatutos establece el objeto del Consorcio, que se centra en la gestión de los residuos que sean competencia de los entes que lo integran, la cual comprende la recogida (que contiene la clasificación y el almacenamiento), el transporte y el tratamiento, con la vigilancia y la gestión de las infraestructuras, incluidos el cierre y el mantenimiento posterior; el precepto mencionado también prevé que para la recogida no separada de residuos se deberá formalizar un convenio regulador. A manera de cláusula de cierre, la letra c de dicho precepto indica que también forma parte del objeto principal del Consorcio 'cualquier actividad que redunde en beneficio de los principios y actividades señalados en los apartados anteriores'.

En cuanto a las funciones que puede ejercer para dar cumplimiento a estos objetivos, el artículo 18 dice:

> 'La Junta de Gobierno tendrá las atribuciones necesarias para el cumplimento de los fines y para el desarrollo de las funciones del Consorcio, sin otras limitaciones que las señaladas en estos Estatutos.
>
> En particular serán de su competencia:
>
> a) Constitución de la misma.
>
> b) Adquisición, disposición y enajenación de bienes y derechos y transacción sobre los mismos.
>
> c) Aprobación de planes y proyectos técnicos de obras y servicios.
>
> d) Contratación de obras y servicios y cualquier tipo de contratación que supere el límite de la contratación menor, en conformidad con la normativa vigente.
>
> e) Proponer la aprobación de su presupuesto y la de sus modificaciones, así como de la Cuenta general al Consejo Insular de Menorca.
>
> [...]
>
> f) Aprobación de Reglamentos de Orden Interior, de Reglamentos de Servicios, así como de precios y su regulación.
>
> g) Ejercicio de acciones judiciales o administrativas, interposición de recursos y defensa en los procedimientos incoados contra el Consorcio.
>
> h) Nombramiento, premio y corrección de empleados y funcionarios.
>
> i) Integración de nuevos entes en el Consorcio.
>
> j) Disolución del Consorcio.
>
> k) Cualesquiera otras necesarias para el cumplimiento de los fines del Consorcio'.

Llegados a este punto, tenemos que concluir que, del ámbito de potestades que, según la legislación vigente, pueden ejercer las entidades consorciadas en el ámbito de las competencias propias, el Consorcio podrá ejercer aquellas funciones que estén previstas en sus Estatutos, que no deben contradecir el régimen aplicable según la legislación básica".

5
Conclusiones

La intervención del Consejo Consultivo en la determinación de la naturaleza y del régimen jurídico aplicable al CREM permite al superior órgano asesor de las Illes Balears analizar un aspecto no exento de discusión. Las dudas suscitadas en la consulta se resuelven a partir del estudio del marco jurídico normativo, tras los diferentes cambios que se han producido en la legislación estatal, y del encaje de la regulación implementada en la legislación autonómica (de conformidad con el título contenido en el art. 148.1.2.ª de la Constitución) sobre estas figuras colaborativas.

El enfoque que se adopta en el Dictamen 12/2022 parte de los pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que abordan la naturaleza de los consorcios locales y las competencias estatales para fijar los aspectos esenciales de las fórmulas consorciales. Las últimas y más recientes resoluciones admiten que la capacidad normativa del legislador estatal para establecer el régimen jurídico básico de la organización consorcial –con independencia de su carácter estatal, autonómico o local– no sobrepasa el ámbito correspondiente a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas; y tampoco dudan en establecer la vinculación del consorcio a la Administración pública de conformidad con los criterios establecidos en la Ley 40/2015 y su consideración como ente instrumental del sector público. De forma que la relación de adscripción se considera como uno de los aspectos básicos de esta figura, cuya regulación básica corresponde al Estado.

En este contexto normativo, los consorcios quedan vinculados al régimen económico y presupuestario, patrimonial y de personal de la Administración pública de adscripción. Ello no impide, sin embargo, que en el ámbito autonómico la legislación de régimen local pueda reconocer al consorcio la condición de entidad local y, con ello, completar el resto de aspectos que afecten a la organización y al funcionamiento de los consorcios. Ahora bien, de ello no puede inferirse, directamente, que en tal caso los consorcios se equiparen –en cuanto a su organización y funcionamiento– de forma completa a las entidades locales. Las concretas actuaciones jurídicas y materiales que podrán llevar a cabo los consorcios no poseen la misma amplitud y naturaleza

que las propias de las Administraciones públicas. En definitiva, las funciones que pueden gestionar los consorcios serán las que hayan previsto los estatutos y deberán estar en consonancia, sin entrar en contradicción, con las atribuciones que la legislación confiere a las Administraciones consorciadas.

NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- TRABAJOS ORIGINALES: Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org

- PRESENTACIÓN: Los originales deberán enviarse en su lengua original, siempre que esta sea castellano, catalán, gallego, inglés, francés, italiano o portugués, acompañados de un sumario, resumen y palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave se redactarán también en inglés. En los originales deberá constar la identidad de su/s autor/es, la institución pública o privada donde desarrolla/n su actividad, y su dirección de correo electrónico.

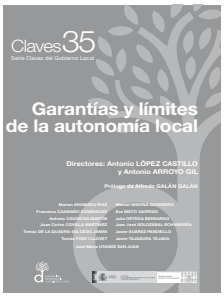
- FORMATO: La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 11. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir las Normas de citación APA.
  Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecomilladas.

- EXTENSIÓN: Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.

- SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES: Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.

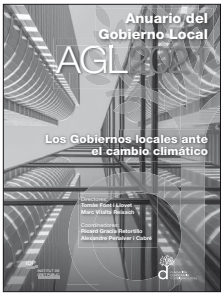
FUNDACIÓN
DEMOCRACIA
Y GOBIERNO LOCAL

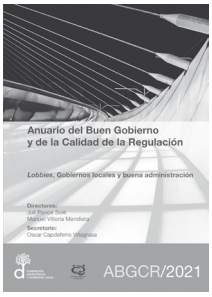
ÚLTIMAS PUBLICACIONES:



Garantías y límites de la autonomía local

Anuario del Gobierno Local 2021

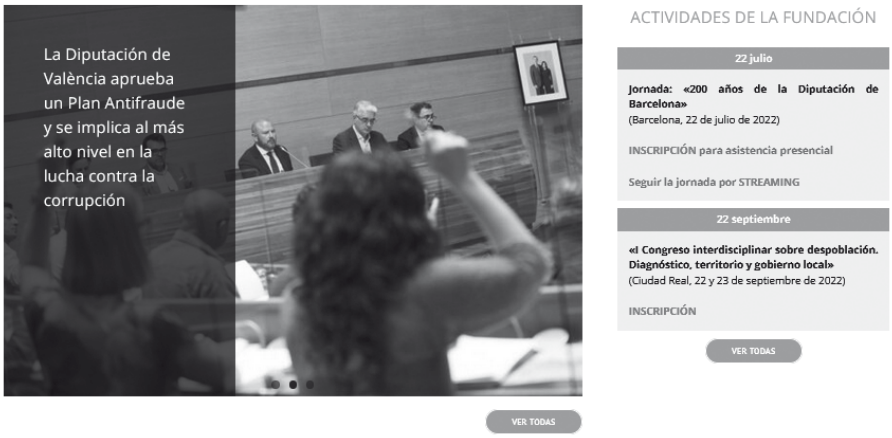




Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2021

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



QDL59 ÍNDICE

ESTUDIOS

I. Sección monográfica

El acceso a la vivienda

14 Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda
ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

35 Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda
FELIPE IGLESIAS GONZÁLEZ

65 La garantía del acceso a la vivienda en el derecho comparado: una perspectiva a nivel mundial
NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO

96 El Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda y la intervención local en la materia
MARCOS VAQUER CABALLERÍA

II. Sección general

120 La gestión segregada de los biorresiduos y su aplicación en la *Smart City*
JUAN ALEJANDRO MARTÍNEZ NAVARRO

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

160 Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de marzo a 1 de junio de 2022)
VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

CRÓNICA CONSULTIVA

206 La responsabilidad patrimonial de la Administración frente al ruido generado por terceros: la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía
MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO

233 Doctrina del Consejo Jurídico de la Región de Murcia sobre la inadmisión de la revisión de oficio: comentarios al Dictamen 84/2022 del Consejo Jurídico y a la doctrina casacional fijada en la STS 694/2021, de 24 de febrero
MANUEL M.ª CONTRERAS ORTIZ

244 La naturaleza y el régimen jurídico de los consorcios en el ámbito local. La posición del Consejo Consultivo de las Illes Balears
MARIA BALLESTER CARDELL

FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

www.gobiernolocal.org