

Reflexiones

num. 3 -III/07

revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial

Algunos apuntes en relación con el ejercicio de la disciplina urbanística: competencia, objetivos y carácter de las potestades que la integran

José Ortiz Mallo

La nueva Ley Estatal del Suelo

Delfín Fernández Martín

El régimen de la acción de cobro del subcontratista de obra. Las novedades de la Ley 32/2006 de 18 de octubre reguladora de la subcontratación y el Real Decreto 1109/2007 de 24 de agosto.

Francisco José Fernández Romero
Inmaculada Vivas Tesón

La propuesta de reglamento de la Unión Europea sobre los servicios públicos de transporte por ferrocarril y carretera.

Jean Christophe García-Baquero Lavezzi

Reseña de Jurisprudencia. Acerca de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de noviembre de 2006.

Ignacio Carrasco López

Silencio administrativo positivo en las licencias urbanísticas: La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de marzo de 2007.

Antonio L. Faya Barrios

SUMARIO NUM 3. III/2007

Consejo de Redacción

Jesús Jiménez López
Jesús Cabanillas Magro
Jose Luis Nores Escobar (Director)
Carmen Oliver Morales
Antonio Faya Barrios

Colaboradores permanentes

Manuel Concha Jarava
José Ortiz Mallol
Alejandro Segovia Brome
Jose M^a Rodríguez Gutiérrez
Francisco José Fernández Romero
Pablo Cañas Moreno

©Junta de Andalucía. Consejería de Obras
Públicas y Transportes. Gestión de
Infraestructuras de Andalucía, S.A.

JAOP/GIASA-34-2007

Reflexiones

Revista de Obras Públicas, Transportes
y Ordenación Territorial
<http://www.giasa.com/reflexiones>
<http://www.ferrocarrilesdeandalucia.com/reflexiones>
c/ Diego Martínez Barrio, 10
41013 Sevilla
Tfno. 955 007 594 - Fax: 955 007 573
e-mail: g.produccion@giasa.com

Coordinación edición: Dirección General
de Planificación. Servicio de Publicaciones

Maquetación: Acompany S. C. S.

Impresión: Corporación Gráfica

Depósito Legal: J-671-07

Artículos

Algunos apuntes en relación con el ejercicio de la disciplina urbanística: competencia, objetivos y carácter de las potestades que la integran.

José Ortiz Mallol 3

La nueva Ley Estatal del Suelo.

Delfín Fernández Martín 25

El régimen de la acción de cobro del subcontratista de obra. las novedades de la Ley 32/2006 de 18 de octubre reguladora de la subcontratación y el Real Decreto 1109/2007 de 24 de agosto.

Francisco José Fernández Romero
Inmaculada Vivas Tesón 35

Tribuna de la Unión Europea

La propuesta de reglamento de la Unión Europea sobre los servicios públicos de transporte por ferrocarril y carretera.

Jean Christophe García-Baquero Lavezzi 61

Reseña de Jurisprudencia

Acerca de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de noviembre de 2006.

Ignacio Carrasco López 99

Silencio administrativo positivo en las licencias urbanísticas: La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de marzo de 2007.

Antonio L. Faya Barrios 109

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no representa necesariamente la opinión de la revista.

Reflexiones

Reflexiones: revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial. -- N.3 (III/2007)-
-- Sevilla: Consejería de Obras Públicas y Transportes, 2007-
v. ; 24 cm

Trimestral

Disponible formato impreso y ed. Elec. on line con libre acceso a texto completo de toda la colección y descargable en pdf

D.L. J 671-2007

1. Ordenación del Territorio y Urbanismo-Andalucía-España-Publicaciones periódicas. 2. Obras Públicas-Infraestructuras-España-Publicaciones periódicas
3. Construcción-España-Publicaciones periódicas. 4. Recursos electrónicos on line-Publicaciones periódicas
I. Andalucía. Consejería de Obras Públicas y Transportes II. Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A. (GIASA)

Algunos apuntes en relación con el ejercicio de la disciplina urbanística: competencia, objetivos y carácter de las potestades que la integran

José Ortiz Mallol.

Doctor en Derecho, Letrado de la Junta de Andalucía (s.e.)

La intención de estas líneas no es otra que apuntar algunas reflexiones sobre la disciplina urbanística, sin otro ánimo que ayudar a promover el interés por el ejercicio de esta función pública.

La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, como cima del ordenamiento jurídico andaluz, obliga a repensar las distintas materias en él reguladas –también la disciplina urbanística- bajo el prisma de los principios que mueven la reforma operada. En síntesis, puede afirmarse que en la materia que nos ocupa, el Estatuto da nueva luz sobre asuntos esenciales como son, de un lado, la titularidad del ejercicio de la competencia sobre urbanismo –en la que está incluida la disciplina urbanística- y el ejercicio de las potestades que conforman la propia disciplina urbanística, de otro, desde un prisma teleológico, aparece la vivienda digna y adecuada en un espacio conformado por las dotaciones, equipamientos e infraestructuras necesarias, como la razón de ser última del urbanismo y consiguiente objetivo de la disciplina urbanística.

La importancia de los intereses en juego exige una posición clara acerca del carácter debido del ejercicio de las potestades disciplinarias. Como actividad de policía, las distintas Administraciones Públicas competentes, cada una en su propio ámbito competencial, están llamadas a la protección de la legalidad urbanística utilizando todos los medios que el ordenamiento jurídico pone a su alcance, consiguiendo los distintos fines preventivos, punitivos y de reposición que requiere la afirmación de la norma sustantiva.

1.- LA DISCIPLINA URBANÍSTICA EN EL MARCO DE LA REFORMA ESTATUTARIA DE ANDALUCÍA: DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL Y OBJETIVOS PREFERENTES DE LA MISMA.

Para conformarse, hoy día, una opinión acerca de las competencias en disciplina urbanística en Andalucía, es necesario atender a la reciente reforma del Estatuto de Autonomía. El Legislador, en ésta, no se ha limitado a reproducir anteriores esquemas, sino que da un nuevo impulso acorde con las necesidades de la acción de gobierno, veinticinco años después.

Es en el artículo 56 del Estatuto de Autonomía para Andalucía donde se contienen las principales menciones a la disciplina urbanística. Tal precepto, bajo el título “*Vivienda, urbanismo, ordenación del territorio y obras públicas*” contiene un apartado 3 según el cual, “*corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de urbanismo, que incluye, en todo caso, ... la protección de la legalidad urbanística, que incluye en todo caso la inspección urbanística, las órdenes de suspensión de obras y licencias, las medidas de restauración de la legalidad física alterada, así como la disciplina urbanística*”. Tal y como se desgranará a lo largo de estas páginas, el texto estatutario que ha de ser referido se halla también contenido en otros apartados del mismo precepto y aún en otros artículos, de tal forma que se exige la aplicación de un método sistemático para lograr una exégesis totalizadora.

La situación social y legislativa coetánea a la reforma estatutaria, en materia de disciplina urbanística, viene marcada por la actuación judicial y policial en diversos puntos de la geografía española poniendo en evidencia la existencia de prácticas ilegales en materia de urbanismo. La repercusión social de tales actuaciones ha sido grande, ligándose por algunos sectores sociales la corrupción política y empresarial a la clasificación de suelo y el otorgamiento de licencias, apareciendo en el debate general (con gran imprecisión conceptual, la mayor parte de las ocasiones) la figura del convenio urbanístico como ámbito propicio a la desviación de poder¹. En realidad, la inmensa mayoría de los Ayuntamientos ejercen las competencias urbanísticas dentro del respeto a la legalidad vigente, pero la existencia de casos puntuales de vulneración sistemática de la legalidad, ha provocado dudas sobre el ejercicio en sí mismo de las potestades urbanísticas.

Lo cierto es que esta preocupación social por la disciplina urbanística –o mejor dicho, por la indisciplina urbanística- no ha sido una constante en las décadas precedentes. Para SANTOS DÍEZ Y CASTELAO RODRÍGUEZ², ha sido aceptado que la indisciplina urbanística ha sido una constante en la realidad social española durante todas las leyes urbanísticas, ya comenzando por la de 1956, obligando esta generalizada situación de indisciplina urbanística a la modificación continuada de las previsiones legales sobre protección urbanística, hasta tal punto que “*las medidas de protección de la legalidad urbanística deben situarse, actualmente, en un plano ético, demás del jurídico y basarse en estructuras administrativas representativas y eficientes, así como en un clima adecuado para que puedan alcanzar la finalidad pretendida, para la cual han sido establecidas*”.

La tradicional desidia social por la disciplina urbanística ha cedido ante un conjunto heterogéneo de factores que se han coaligado para que esta materia sea, ahora, objeto de ávido interés, no siendo el menos destacable de entre todos ellos la irrupción de esta temática en determinados medios de comunicación de gran alcance, como consecuencia

1.- Por Real Decreto 421/2006, de 7 de abril se acuerda la disolución del Ayuntamiento de Marbella en aplicación del artículo 61 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local Según la exposición de motivos del Real Decreto, la adopción de tal medida excepcional encuentra justificación –entre otras- en la “compleja y delicada situación provocada por la salida del consistorio de los concejales y alcaldes que han tenido que presentar su dimisión tras ser inhabilitados penalmente para el ejercicio de cargos públicos, así como la situación procesal-penal de quienes en aquel momento eran cargos municipales”.

2.- “*Derecho urbanístico. Manual para juristas y técnicos*”, pág. 997 y ss. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, consultada la 5ª ed., Madrid 2002.

del poder mediático de determinadas personas que han sido o están siendo sujeto pasivo de las investigaciones judiciales y policiales abiertas con ocasión de hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y el Medio Ambiente y la Ordenación del Territorio, esencialmente.

Evidentemente, existen razones menos “coyunturales” que conducen a que las distintas Administraciones Públicas competentes profundicen en el ejercicio normativo y de potestades disciplinarias en materia disciplinaria, razones entre las que destaca la creciente importancia de las políticas de ordenación territorial y de protección medioambiental y la caracterización de la vivienda como un derecho complejo que supone, no solamente el acceso al hecho habitacional, sino el disfrute de un conjunto de equipamientos, dotaciones e infraestructuras que permitan la realización del conjunto de derechos constitucionales y estatutarios en el entorno de la propia residencia. De todo ello nos ocuparemos con posterioridad.

Ahora conviene que reparemos en la evolución que el artículo 56 del Estatuto reformado ha tenido a lo largo de su gestación, en relación con las competencias de disciplina urbanística. Observemos cómo el texto de la proposición de reforma del Estatuto publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (núm. 374, de fecha 9 de febrero de 2006) en su artículo 53, no contiene la especificación de las potestades de disciplina urbanística como propias de la reserva autonómica, enunciando de manera generalista los distintos ámbitos materiales de competencia autonómica, si bien esta primera redacción ya suponía un desarrollo amplificado del escueto texto del Estatuto de Autonomía originario (“Política territorial: ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda”). Es en el trámite parlamentario andaluz (acuerdo del Parlamento de Andalucía y remisión a Cortes Generales en sesión plenaria de 2 de mayo de 2006) donde –posiblemente, por influencia del texto catalán³– se integra un apartado específico detallando las competencias en materia de urbanismo, entre las cuales se recogen las de disciplina urbanística en el artículo 55. Finalmente en el texto aprobado por Cortes Generales y sometido a referéndum mantiene en el –ahora y ya definitivo– artículo 56 la estructura formal del aprobado por el Parlamento Andaluz (10 apartados), pero amplía la enumeración de materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en los apartados correspondientes a urbanismo.

Manteniendo en todo caso la calificación de la competencia urbanística como “exclusiva” de la Comunidad Autónoma, se observa que, a medida en que avanza la tramitación del precepto, se va imponiendo una técnica consistente en reflejar expresamente en su texto los distintos subámbitos en los que se desgranar cada una de las materias objeto de regulación⁴. En particular, se reserva la Comunidad Autónoma la competencia sobre la inspección urbanística, las órdenes de suspensión de obras y licencias, las medidas de restauración de la legalidad física alterada, y la disciplina urbanística, en una enumeración que permite ciertas matizaciones, según se analizará con posterioridad.

³- LO 6/2006, de 19 de julio. Un análisis comparado de diversas reformas estatutarias se contiene en el párrafo 32 de la obra *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, dirigida por BALAGUER CALLEJÓN, Editado por el Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, párrafo a cargo de AZPITARTE SÁNCHEZ, M.

⁴- En contradicción con otros modelos de los que es ejemplo el tenor sintético del artículo 30 del Estatuto de Illes Balears, LO 1/2007 de 28 de febrero.

De forma simplificada, podría decirse que por el Legislador se camina en una dirección de mayor estabilidad en la concreción del techo competencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, habida cuenta que se dota del rango de ley orgánica la doctrina que en relación con las distintas realidades materiales que componían el antiguo artículo 13.8 del Estatuto de 1981, se había asentado en su propio desarrollo a través de la legislación y a través de las Sentencias del Tribunal Constitucional en la interpretación del mismo o de preceptos similares de otros Estatutos de Autonomía.

Para el Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen 72/2006 emitido con ocasión del proyecto de reforma estatutario, *“la técnica en sí misma considerada no es reprochable desde el punto de vista constitucional y de ordinario podría resultar clarificadora para los operadores jurídicos si se consigue un alto grado de precisión. Ahora bien, partiendo de la existencia de un sistema constitucional de distribución de competencias, cuyos contornos han sido perfilados por la interpretación derivada de la jurisprudencia constitucional, tal conclusión podrá predicarse siempre que la enumeración se acomode al reparto constitucional de competencias que resulta de nuestra Constitución, lo que exige especialmente tener en consideración los títulos competenciales”*⁵

Ciertamente, se profundiza en el modelo autonómico, afirmando la competencia andaluza en temas que por su propia naturaleza van ligados al concepto mismo del autogobierno como son los relacionados con la ordenación del territorio, el urbanismo, la vivienda y las obras públicas. Resulta significativo que veinticinco años después, la voluntad de afirmar en sede estatutaria el correlato extenso de lo que se ha asumido —a partir de la propia Constitución Española como norma de atribución competencial— a nivel jurídico como de competencia andaluza, no sólo ha radicado en la propuesta del Parlamento Andaluz, sino que sobre el texto remitido por éste a las Cortes Generales, se ha producido un segundo paso avanzando en tal sentido, lo cual muestra la coincidencia entre el Legislador andaluz y el Legislador nacional en un modelo de precepto estatutario y —con ello— en un modelo de vertebración del Estado desde la perspectiva territorial, en sentido estricto, que sustancia el artículo 56 del Estatuto Andaluz.

Ahora bien, este discurso tiene diferente alcance según se trate de unas u otras competencias o potestades explicitadas en el artículo 56, dado que si bien es cierto que en determinados casos la expresión de la concreta competencia autonómica significa un avance material en el autogobierno⁶, en otros supuestos la utilización de una técnica desgranada, enumerativa, recae sobre una realidad competencial estable. Ocurre así con la protección de la legalidad urbanística, habida cuenta que la competencia estatal en materia de urbanismo se ciñe a determinados títulos sectoriales que quedan muy alejados de la disciplina urbanística. Para explicar esta afirmación, debemos recordar el rol que corresponde al Estado en materia de urbanismo.

5.-Esta técnica “compilatoria” es enjuiciada favorablemente por MORILLO VELARDE o por, J.I. NARANJO DE LA CRUZ, R. en el monográfico de la “Colección Pareceres” (dirigida por TEROL BECERRA, M.J.) dedicado a *La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Editado por el Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007.

6.- Más allá, lógicamente de que los Estatutos no sean normas atributivas de la competencia y siempre haya que moverse en el marco cifrado por la Constitución.

A partir de las Sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997 (con ocasión de recurso de inconstitucionalidad de la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y el Texto Refundido de 1992) y 164/2001 (dictada en relación con recursos de inconstitucionalidad de la Ley 6/1998, de Valoraciones), se puede afirmar que el urbanismo es una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas si bien cuenta el Estado con títulos que inciden en la política urbanística, esencialmente la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1 CE), lo cual se conecta con el derecho a la propiedad urbana, así como competencia en relación con determinadas instituciones y técnicas jurídicas que inciden en el urbanismo, como sucede con la valoración del suelo.

En cualquier caso, este esquema competencial no origina el modelo “bases más desarrollo” habida cuenta que el Estado carece de título suficiente para establecer un régimen jurídico básico del urbanismo, no siendo las “condiciones básicas” del 149.1.1. CE sinónimo de “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”. Sólo queda autorizado el Estado para fijar las condiciones tendentes a garantizar la igualdad de los titulares regulando aspectos esenciales de derechos y deberes constitucionales –no sobre los sectores materiales en los que unos y otros se insertan-, no siendo estas condiciones básicas susceptibles de desarrollo. No se equipara tal título al que tiene el Estado en relación con el contenido esencial de los derechos constitucionales en ejercicio del artículo 53.1 CE, siendo éste un límite a la actividad legislativa; por el contrario, las condiciones básicas, como técnica de atribución competencial, se remiten al contenido primario y esencial del derecho a fin de garantizar la igualdad de sus titulares; pero no una “igualdad absoluta”, puesto que ello anularía la esfera competencial autonómica.

Aplicando tal tesis al urbanismo, concluye el Tribunal Constitucional que el ámbito reservado al Estado coincide con el sistema de valoraciones y con el régimen de la propiedad del suelo desde una consideración subjetiva, la del estatus de propiedad a fin de asegurar el mínimo común denominador –las “condiciones básicas”- de igualdad de los titulares. Como se comprenderá, estos títulos de intervención estatal no guardan la suficiente relación con la protección de la legalidad como para que haya sido posible controversia alguna, teórica o práctica, acerca de la ubicación del conjunto de estas potestades en sede autonómica.

El repaso a la doctrina constitucional permite analizar el alcance del resto de títulos competenciales estatales con incidencia en el urbanismo: artículos 149.1.8 (competencia estatal limitada –en lo esencial- a la regulación del estatuto subjetivo de la propiedad u otros derechos reales), 149.1.13 (insistiendo el Constitucional en la interpretación restrictiva de este título en relación con el urbanismo), 149.1.18 (regulación de la publicidad de los instrumentos de planeamiento y determinación de las garantías expropiatorias) y 149.1.23 (determinadas prohibiciones en relación con servidumbres de protección demanial y con el suelo no urbanizable de especial protección).

Quizás sea en los títulos sectoriales relacionados con el demanio marítimo-terrestre y el medio ambiente donde pueden encontrarse ámbitos de competencia estatal fronterizos con la protección de la legalidad urbanística. Sin que sea este el momento en que deba realizarse una exposición a fondo, debemos recordar que la catalogación de espacios como protegidos por la legislación medioambiental determina el ejercicio de competencias –adjetivas al título principal- de defensa de los bienes jurídicos protegidos que se erigen en torno a la potestad sancionadora y que permiten la adopción de medidas tendentes a la restitución de la realidad física alterada⁷.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía nos permite realizar una segunda reflexión acerca de la distribución competencial en materia de disciplina urbanística: la relación que existe entre las competencias de la Administración Autonómica y las competencias de las Corporaciones Municipales. Para enmarcar tal relación, hemos de recordar que el artículo 56 del Estatuto reserva para la Comunidad Autónoma la competencia sobre la inspección urbanística, las órdenes de suspensión de obras y licencias, las medidas de restauración de la legalidad física alterada, y la disciplina urbanística: esta enumeración desgranada resulta un tanto heterogénea, habida cuenta recoge un concepto que actúa como género (“la disciplina urbanística”) y subconceptos o categorías que constituyen una especie del anterior, como son la potestad de intervención previa en forma de inspección urbanística, medidas de policía de carácter definitivo –la restauración de la realidad física alterada- y medidas de carácter provisional –la suspensión de obras y licencias-. No se cita el ejercicio de la potestad sancionadora, sin que tal omisión deba tener mayores consecuencias, habida cuenta el carácter meramente enunciativo de las relacionadas. La heterogeneidad de la enumeración atiende también a que se incluyen potestades estrictamente municipales (“la suspensión de licencias”) y otras que pueden corresponder al ejercicio de la Corporación Local o Autonómico.

Ya desde sus primeras Sentencias (STC 84/1982), el Tribunal Constitucional ha afirmado la existencia de un contenido mínimo de la autonomía municipal⁸ que el Legislador debe respetar en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 137 y 140 de la Constitución; más allá de este contenido mínimo, la autonomía local es un concepto jurídico de configuración legal (STC 46/1992), que permite su modulación según las diferentes opciones políticas con las que se ejerzan las correspondientes competencias sectoriales. Ahora bien, al no contenerse en el texto constitucional una lista tasada de atribuciones locales (como sí acaece en los artículos 148 y 149, respectivamente, para las Comunidades Autónomas y el Estado) se dificulta enormemente la concreción de lo que haya de entenderse por la gestión de los intereses locales.

Para determinar cuál sea tal contenido mínimo en relación con la disciplina urbanística, el Tribunal Constitucional –entre otras, Sentencias 32/1981 o 159/2001- se ha basado

7.- El ejercicio de estas competencias de disciplina medioambiental –en sentido estricto, diferenciadas de la disciplina urbanística- ha de considerarse preferente, por un principio de especialidad, al ejercicio de competencias de disciplina urbanísticas, si bien no cabe descartar que sobre la zona de servidumbre del dominio público marítimo-terrestre o sobre bienes protegidos por la legislación medioambiental puedan ejercerse potestades disciplinarias de naturaleza urbanística cuando determinados hechos constituyan infracción en relación con normativa o planeamiento urbanístico.

8.- Según la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, se entiende por tal “el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades Locales a ordenar y gestionar una parte de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

en un principio que pudiéramos denominar “sociológico”: la Administración territorial con competencia normativa en urbanismo (fundamentalmente, las Comunidades Autónomas, pero también el Estado en los términos antes estudiados) está legitimada para regular de diversas maneras la actividad urbanística, y para otorgar en ella a los entes locales, y singularmente a los Municipios, una mayor o menor presencia siempre que respete ese núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y atribuciones que haga que los municipios sean reconocibles por los ciudadanos como una instancia de toma de decisiones autónoma, fundamentalmente, el otorgamiento de licencias urbanísticas. Por consiguiente, la garantía institucional de la autonomía local no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía acoge esta tesis en el artículo 92, el cual contiene en su apartado primero una declaración de respeto institucional: “*El Estatuto garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad*”, para –a continuación, artículo 92.2.a)- declarar que los Ayuntamientos tienen competencias propias, en los términos que determinen las leyes, sobre una serie de materias entre las que se cita la disciplina urbanística. El Estatuto de Autonomía, en coherencia con la técnica compilatoria que caracteriza su reforma, llama a la disciplina urbanística como contenido necesario del núcleo competencial municipal, acogiendo la doctrina constitucional sobre el particular. En este sentido, hay que tener en cuenta que el artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, atribuye a los municipios competencias en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, si bien en los términos que establece la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas⁹.

Podríamos resumir lo dicho afirmando que en el ámbito del urbanismo, la esfera de intereses locales y de las competencias municipales tienen una de sus manifestaciones más importantes (STC159/2001), correspondiendo al Legislador con competencia urbanística la elección de entre las distintas opciones posibles (entre otras, STC 32/1981 y 170/1989).

Asumiendo este marco competencial, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía atribuye a las Corporaciones Locales, en exclusiva, la competencia para el otorgamiento de licencias urbanísticas (artículo 171). Junto a ello, en el ejercicio de las potestades de restauración de la legalidad urbanística y sancionadora, se instaura un régimen de clara atribución competencial de primer grado a los Municipios, siendo el ejercicio de potestades por la Administración Autónoma de carácter subsidiario y limitado a determinados ámbitos materiales ligados a las infracciones de mayor incidencia estructural o supramunicipal (artículos 188 y 195).

9.- Hay que llamar la atención a la singular y específica naturaleza y posición en el Ordenamiento jurídico de la Ley 7/1985, la cual se integra -en aquella parte que sea concreción de principios constitucionales- dentro del llamado bloque de la constitucionalidad, al sustanciar un modelo determinado de autonomía local, diseñado por el Estado, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 149.1.18.ª de la Constitución (SSTC 27/1987, 259/1988 y 109/1998 y Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 70/1995 y 8/1996).

En el juicio general del sistema de atribución de competencias que realiza la Ley 7/2002 en el conjunto de los distintos ámbitos del urbanismo, recordamos las palabras de ORTIZ DÍAZ, J¹⁰., quien, al paso de opiniones que tachan a la Ley 7/2002 de contraria a la autonomía municipal, recuerda que *“debe señalarse la evolución socio-estructural que se ha producido en el planteamiento de las bases socio-económicas de la autonomía municipal. El concepto de autonomía municipal, vinculado al de ejercicio de competencias municipales exclusivas, se encuentra en la actualidad superado en tal punto y sometido a revisión. Se ha producido una deslocalización territorial de competencias e intereses, las competencias de interés exclusivamente municipal, han disminuido considerablemente. El ejercicio de muchas competencias municipales excede en sus planteamientos, efectos y consecuencias del marco municipal e incide en las Administraciones municipales inmediateamente colindantes o en otros espacios, territorios y zonas más amplias. Ello puede legitimar el control y la intervención de Administraciones territoriales superiores”*. Si ello es así en la consideración global de las competencias de planificación, ejecución y disciplina, si se atiende en exclusiva a esta última, el juicio tiene que ser necesariamente matizado, puesto que la Ley 7/2002 bascula la disciplina urbanística en la esfera municipal. No se trata ya de si se respeta la autonomía de los municipios, sino que se convierten los Ayuntamientos en actores únicos de una parte sustancial de las potestades relacionadas con la disciplina urbanística (licencias) y actores principales en relación con las restantes.

El artículo 92 del Estatuto viene a consolidar el papel de los Ayuntamientos en el control de la legalidad urbanística, puesto que sitúa dicha competencia fuera de las posibilidades de diseño legislativo de la Comunidad Autónoma al ubicar en sede de Ley Orgánica-Estatuto de Autonomía la disciplina urbanística como parte de la autonomía municipal que garantiza la propia norma estatutaria. No se trata ya de la aplicación del concepto sociológico que –con carácter general- sirve de guía a la doctrina constitucional para determinar el contenido de la autonomía municipal, sino que la disciplina urbanística aparece como componente necesario de la misma según el bloque de constitucionalidad compuesto por el Estatuto de Autonomía y la propia Ley de Bases de Régimen Local, y el desarrollo pormenorizado del mismo que se realiza en el estrato de legalidad mediante la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Pero la reforma del Estatuto de Autonomía no sólo permite reflexionar acerca de la titularidad de las competencias de disciplina urbanística, sino que la lectura sistemática de la misma nos lleva a afirmar un determinado elemento finalista del ejercicio de las potestades inherentes.

Decíamos al inicio de este artículo que existen razones de fondo que justifican el renovado impulso que en la acción de gobierno adquieren las políticas de disciplina urbanística¹¹. El hecho de situar en el apartado primero del artículo 56 del Estatuto de

¹⁰.- En el Prólogo de la monografía de GUTIÉRREZ COLOMINA, V. *Urbanismo y Territorio en Andalucía*, consultada la 2ª edición, Thomson-Aranzadi, 2003.

¹¹.- Mero ejemplo de dicho impulso es la creación en la Administración Autónoma de la Dirección General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda –integrada en la Consejería de Obras Públicas y Transportes mediante modificación del Decreto 202/2004, de Estructura de la misma, por Decreto 190/2005, de 6 de septiembre- y la creación del Cuerpo de Inspectores de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda por la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo, rigiéndose la citada Inspección por su Reglamento de Organización y Funcionamiento aprobado por Decreto 225/2006, de 26 de diciembre.

Autonomía la competencia sobre vivienda, nos lleva a sostener que se predica ésta como eje del ejercicio del conjunto de potestades relacionadas con el urbanismo, incluidas las de disciplina urbanística. No en vano ya el artículo 47 CE liga directamente el derecho a la vivienda con el deber de los poderes públicos de regular el suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. Como indica GALVEZ MONTES, F.J.¹², el valor del suelo es uno de los componentes básicos del precio de la vivienda, de tal forma que esta relación económico-funcional entre vivienda y suelo, ligada a su incidencia en las políticas sociales, origina una continua fricción entre los intereses privados y los públicos.

Que una función pública como el urbanismo se oriente hacia la vivienda exige considerar que el significado de ésta ha evolucionado hasta integrar en tal derecho el conjunto de equipamientos y dotaciones que permitan que la vivienda sea “adecuada”, no sólo para el ejercicio del derecho a habitar, sino para el ejercicio de los derechos constitucionales intrínsecamente ligados al mismo: la educación, la salud, el medio ambiente y el resto de derechos que abanderan la concepción de urbanismo en la actualidad. Ello necesariamente ha de tener consecuencias en relación con el ejercicio de competencias disciplinarias, en la medida en que deben ser objetivo prioritario de éstas las infracciones que suponen mayor peligro para la vivienda, así entendida¹³. Se observa cómo el Estatuto marca una senda para el ejercicio de las potestades de disciplina urbanística a través de la determinación de sus objetivos preferentes, lo cual es coherente si atendemos a la naturaleza puramente adjetiva de las citadas potestades.

Desarrollando la idea expuesta, afirmamos que a partir del renovado marco estatutario, el ejercicio de la competencia en materia de disciplina urbanística debe caminar en la consecución de dos objetivos, absolutamente ligados entre sí. En primer lugar, afirmar el principio de planificación urbanística como el único que puede estructurar el uso del suelo de tal forma que se consiga un status que permita el ejercicio de los derechos constitucionales y estatutarios, dando lugar -al mismo tiempo- a un desarrollo sostenible. La planificación de la actividad urbanística no es un mero ejercicio de técnicas de transformación del suelo rústico en urbano, sino que tiene un significado mucho más hondo.

12.- En el comentario al artículo 47 CE, en la obra conjunta “Comentarios a la Constitución”. Dir. GARRIDO FALLA, F. Consultada la 3ª edición. Civitas, Madrid, 2001. Una panorámica de la problemática se encuentra en la obra “La carestía del suelo. Causas y soluciones”, Director PEREZ HERRERO, J.M., Edita Consejo General del Notariado, Madrid 2003.

13.- La Orden de la Consejera de de Obras Públicas y Transportes de fecha 24 de julio de 2007, por la que se aprueba el Plan General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda para el bienio 2007-2008 establece como objetivos preferentes, los siguientes:

- a) Colaborar con los órganos competentes, para la debida consideración por el planeamiento territorial o urbanístico en fase de aprobación, de las obras, construcciones y edificaciones ilegales.
- b) Controlar el cumplimiento del deber de asignar el porcentaje previsto por el planeamiento de la edificabilidad de cada área o sector con uso residencial de los nuevos desarrollos a la construcción de vivienda protegida, así como la efectiva construcción, por los sujetos obligados, de tales viviendas.
- c) Coadyuvar a la defensa de los usos previstos por el planeamiento para los parques, jardines, espacios libres, infraestructuras o demás reservas para dotaciones.
- d) Contribuir a evitar la formación de núcleos de población no previstos en el planeamiento general.
- e) Contribuir a evitar procesos de parcelaciones ilegales.
- f) Coadyuvar a la defensa de los usos previstos por el planeamiento territorial o urbanístico para el suelo no urbanizable de especial protección

Mediante la planificación urbanística se produce la participación de la comunidad en las plusvalías que genera la clasificación del suelo, siendo por lo tanto un elemento de primer nivel en la articulación de un Estado Social; concurrentemente, la ejecución del planeamiento permite la consecución de las reservas necesarias sobre las que se realizarán las dotaciones y los equipamientos que son absolutamente necesarios para el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales y estatutarios. Consecuentemente, la planificación de la actividad urbanística ha de suponer la consideración del término municipal en su integridad, rechazando modelos pretéritos que centraban el interés público únicamente en el suelo urbano; de esta manera, será posible un crecimiento sostenible, reconociendo como una condición infranqueable el carácter limitado de los recursos naturales (el propio suelo, el agua) y permitiendo salvaguardar intereses medioambientales dignos de protección.

A la defensa de la planificación urbanística se une, en segundo lugar, la consideración del objetivo de la vivienda digna y adecuada como finalidad prioritaria del urbanismo: la vivienda deja de ser un objeto aislado en sí mismo, que pueda en su propia consideración de mera habitación o residencia satisfacer el derecho constitucional y estatutario, para asumir una consideración globalizadora, que integra a las dotaciones, equipamientos e infraestructuras que permiten alcanzar un estatus pleno de contenido material al derecho del artículo 47 de la Constitución Española y 25 del Estatuto Andaluz. Insistimos en que la vivienda no es un simple lugar de habitación, sino que es un lugar de desarrollo de la personalidad en un entorno que ha de permitir el ejercicio del derecho a la educación, a la sanidad o la cultura, al empleo o al disfrute del medio ambiente, entre otros.

De aquí surge la necesaria protección de las reservas para dotaciones, equipamientos e infraestructuras, así como de los espacios protegidos y los bienes catalogados, configurando un objetivo de primera línea de las potestades de disciplina urbanística. No es vano recordar que el artículo 10.3.7º del Estatuto afirma como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, en defensa del interés general, *“la mejora de la calidad de vida de los andaluces y andaluzas, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, la adecuada gestión del agua y la solidaridad interterritorial en su uso y distribución, junto con el desarrollo de los equipamientos sociales, educativos, culturales y sanitarios, así como la dotación de infraestructuras modernas”*¹⁴.

Pero la vivienda nos muestra, aún, otra finalidad de primer orden para la disciplina urbanística: las recientes leyes –pero también la propia reforma estatutaria– potencian los mecanismos que permiten el acceso a la vivienda a colectivos de menor renta, apareciendo la efectiva aplicación de las reservas de terrenos a viviendas de protección oficial como uno de los objetivos de la acción inspectora y disciplinaria. Por lo tanto, la

¹⁴- De las finalidades pretendidas por la Ley 7/2002 es significativo en punto II. 2. de su Exposición de Motivos, de la que extraemos el siguiente párrafo: *“La lectura integrada de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 45,46 y 47 de nuestra Carta Magna refleja con meridiana claridad la voluntad del constituyente de que los derechos de todos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, puedan ser ejercidos en ciudades y pueblos cuya conservación, así como el enriquecimiento de su patrimonio histórico, cultural y artístico estén garantizados por los poderes públicos. Por su parte, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, en los apartados 5º y 6º de su artículo 12.3, insiste en los mismos principios de calidad de vida, vinculada a la protección de la naturaleza y del medio ambiente y al desarrollo de los equipamientos sociales, y de protección del paisaje y del patrimonio histórico-artístico, como uno de los objetivos del ejercicio de los poderes por nuestra Comunidad Autónoma”*

disciplina urbanística no debe encaminarse únicamente a una acción de corte “negativo” –preservar los usos previstos por el planeamiento, en este caso para vivienda protegida-, sino de debe avanzar en el sentido de vigilar la efectiva construcción de las viviendas de protección pública, en una dimensión pro-activa que incida tanto sobre la promoción privada, como sobre la promoción pública. Esta orientación de la inspección urbanística se nos antoja, no una mera línea más, optativa, de actuación, sino una línea de obligado cumplimiento, como consecuencia del reforzamiento que en la reforma estatutaria se produce del derecho a la vivienda: recordemos que el artículo 25 del Estatuto establece como deber para los poderes públicos la promoción de la vivienda para favorecer el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada. Este deber implica tanto las políticas sustantivas, las relacionadas directamente con la edificación, como las de carácter adjetivo a las mismas, siendo en este caso la inspección urbanística una potestad adecuada para velar por el cumplimiento del citado deber.

2.- LA DISCIPLINA URBANÍSTICA COMO POTESTAD DE OBLIGADO EJERCICIO

Según se ha comentado, en la actualidad, la Sociedad requiere de los Poderes Públicos, más que nunca, el efectivo ejercicio de las potestades que componen la competencia que denominamos “disciplina urbanística”.

Podríamos clasificar las potestades de disciplina urbanística que se contienen en la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía distinguiendo entre potestades preventivas y potestades represivas, asumiendo la inspección una naturaleza específica; entre las primeras destacamos el otorgamiento de licencias y demás formas de intervención preventiva de los actos de transformación o uso del suelo, entre las segundas la restauración de la legalidad urbanística (con reposición al estado físico alterado, en su caso) y la potestad sancionadora (artículo 168 L 7/2002). Es importante destacar que la “*disciplina urbanística comporta el ejercicio de todas las potestades anteriores en cuantos supuestos así proceda*”: en esta afirmación, que actúa como verdadero frontispicio del título dedicado a la disciplina urbanística se contiene algo más que la simple declaración de la enumeración del conjunto de potestades que se incluyen en aquélla: la disciplina urbanística se comporta como un sistema global que requiere del ejercicio coordinado del conjunto de potestades que lo integran, de tal forma que la eficacia de cada una de ellas requiere de la acción conjunta de las restantes.

El objetivo es la protección de la legalidad urbanística, siendo por ello que la Administración queda obligada al ejercicio íntegro de la competencia en disciplina urbanística, y no sólo al ejercicio aislado de una u otra potestad¹⁵. Siguiendo a GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J¹⁶., se trata de potestades debidas de ejercicio indisponible

¹⁵.- Ya decía la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1975 que “...se trata, sobre todo, de evitar que la infracción se produzca, porque sólo así se evita el coste social que toda infracción comporta... Para el supuesto de que, a pesar de todo se cometa la infracción, todo el peso de la ley con su secuela de sanciones y responsabilidades deber caer sobre el infractor culpable y, a su sola costa, habrá de prevalecer el interés general...”.

¹⁶.- Capítulo “La protección de la legalidad urbanística” en la obra conjunta “Derecho Urbanístico de Andalucía” Director SANCHEZ GOYANES, E. Editado por la Junta de Andalucía y El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados. Madrid, 2004.

por la Administración titular, en primer lugar, porque ésta ejerce fiduciariamente esa potestad que la ley le otorga, de la que no puede disponer por corresponder –en última instancia- a la Sociedad que ha considerado, a través de la creación de la norma, al urbanismo como una función pública; en segundo lugar, porque el articulado de la Ley 7/2002 (como se comprobará) utiliza los tiempos verbales imperativos para obligar a la Administración Pública a actuar.

Ahora bien, como cualquier especie del género de policía administrativa, la disciplina urbanística no puede ser exigida como una función de resultado, sino como una función de actividad. La misma naturaleza de la policía, unida a la característica del campo de acción en materia urbanística, refleja como un mero referente ideal la consecución del cumplimiento total, sin infracciones, de la ordenación urbanística. No es exigible a la Administración Pública un resultado objetivo que escape de la aplicación incluso de los mayores medios de que se pueda disponer, y ello en una doble vertiente. De un lado, no se puede asegurar la no comisión de la infracción urbanística en la medida en que ésta depende en última instancia de la voluntad del sujeto infractor, si bien es cierto que el correcto ejercicio de las potestades de disciplina debe originar un efecto educativo para la ciudadanía que permita el conocimiento y cabal cumplimiento de la norma urbanística y un efecto de prevención general ante las consecuencias para el caso de su incumplimiento. De otro lado, en la práctica administrativa es muy difícil garantizar que se ejercerá una actuación represiva que permita la efectiva restauración de todos y cada una de las infracciones de la legalidad, si atendemos a la ordinaria insuficiencia de medios en relación con el territorio sobre el que los mismos han de operar¹⁷.

Por lo tanto, cuando el Estatuto reconoce la competencia de disciplina urbanística como exclusiva de la Comunidad Autónoma y necesariamente integrada dentro del núcleo de autonomía municipal en los términos establecidos en las leyes, está llamando a la irrenunciabilidad de una competencia que exige la realización coordinada del conjunto de potestades que la integran, tendentes a lograr la protección de la legalidad urbanística, siendo el bien jurídico a proteger matizadamente distinto para el caso de tratarse del ejercicio de la competencia por los municipios o por la Administración Autónoma. En el caso de los municipios, la Ley 7/2002 les atribuye en exclusiva el otorgamiento de licencias como acto reglado y debido, y con carácter preferente la protección de la legalidad urbanística en todo el término municipal. De esta forma, la función de los municipios, según el bloque de legalidad citado, podría definirse como “de base” y “generalista”.

Es una función policial de base debido al carácter preferente de la misma, de tal forma que debe –por sí sola- cubrir las necesidades de protección de la legalidad urbanística en el término municipal, siempre desde la perspectiva de actividad a la que hemos hecho mención con anterioridad. En estricta teoría, al definirse el territorio de la Comunidad Autónoma como el resultante de la suma de términos municipales (artículo 2 del

¹⁷.-No está de más apelar a la concepción economicista del Derecho que tanta racionalidad ha introducido en otras instituciones, como ha sucedido en la concepción “objetiva” de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Estatuto de Autonomía) el eficaz ejercicio de la policía urbanística por cada uno de los municipios que conforman aquélla supondría el efectivo control de legalidad urbanística en el conjunto del territorio de la Comunidad Autónoma, sin necesidad de intervención de la segunda instancia (la policía urbanística de la Administración Autónoma) que se caracteriza por el principio de subsidiariedad.

Es “generalista”, en la medida en que debe atender a la protección de la legalidad con técnicas preventivas y represivas para el común de supuestos de hecho que se originen: existe –tal y como se verá– el deber de otorgar cuantas licencias que se soliciten (siempre que, evidentemente, se cumpla la legalidad urbanística) y el deber de restituir la legalidad urbanística infringida se predica respecto del común de infracciones. Esta nota distancia la función policial municipal de la que corresponde a la Administración Autónoma, a la cual incumbe la actuación sobre objetivos estratégicos a nivel territorial. Podríamos decir que la técnica de la planificación aplicada a la disciplina urbanística se manifiesta de manera distinta según corresponda al ejercicio competencial municipal o de la Administración Autónoma. La planificación de la policía urbanística municipal debe atender al principio de priorizar la defensa de los intereses más dignos de protección, pero como mera jerarquía en la atención debida al universo de los posibles, los cuales están todos llamados a ser acogidos como consecuencia del carácter de Administración de base que tienen los municipios en la protección de la legalidad urbanística. Por el contrario, la planificación de la policía de la Administración autónoma supone la selección de objetivos según su trascendencia territorial, siendo connatural a esta particular aplicación de la técnica planificadora la delimitación de los supuestos de hecho sobre los que efectivamente se actuará, de entre el total posible.

En cualquier caso, el papel atribuido a los municipios en la protección de la legalidad urbanística no excluye la intervención de las Diputaciones Provinciales en el auxilio a los mismos, dando fiel cumplimiento al deber recogido en el artículo 96.3.a) del Estatuto de Autonomía.

Baste tan sólo recordar, para finalizar, que el carácter irrenunciable de las competencias¹⁸ supone la inexcusabilidad de su falta de ejercicio, con las consecuencias que en los distintos órdenes jurídicos se establecen.

A) Del deber de otorgar licencias urbanísticas y del deber de revisar de oficio las que padezcan de vicio de nulidad

Ya en el estudio particular de cada una de tales potestades, nos ocupamos en primer lugar del otorgamiento de licencias como principal forma de intervención preventiva de actos de transformación o uso del suelo, incluyendo el subsuelo y el vuelo. PARADA, A.¹⁹ define la licencia urbanística como un acto de autorización que remueve los

18.- “La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación en los términos previstos en ésta u otras leyes”, según reza el apartado 1º del artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

19.- “Derecho Administrativo”, páginas 590 y siguientes. Editorial Marcial Pons, consultada la 8ª edición. Barcelona, 2000.

obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular el sujeto autorizado, previa comprobación de que dicho ejercicio se ajusta al ordenamiento a las prescripciones establecidas en los Planes. La trascendental STC 61/1997, al definir la licencia urbanística como un acto autorizatorio²⁰, sostiene que es *“el modo de control o intervención administrativa para fiscalizar si se ha producido la adquisición de dicha concreta facultad urbanística, cual es el «derecho a edificar», cumpliendo así la licencia no sólo la finalidad de comprobar si la edificación proyectada se ajusta al Plan y a la legislación urbanística, sino también, como prescribe el art. 242.4, para las actuaciones asistemáticas, si el aprovechamiento proyectado se ajusta al susceptible de apropiación”*. En realidad, como indica MARTINEZ DE CAREAGA Y GARCÍA, C²¹., el fundamento último de la licencia, como técnica jurídica de control previo para garantizar la efectividad del planeamiento, se encuentra en el artículo 47 de nuestra Constitución cuando ordena que los Poderes Públicos regulen la utilización del suelo de acuerdo con el interés general.

La licencia urbanística se caracteriza por ser un acto debido y reglado: la STS de 31 de octubre de 1978, entre otras, afirma que *“la concesión de la licencia constituye una actividad reglada en el doble sentido de tener que denegar las licencias de obras que se opongan a las disposiciones urbanísticas y tener que conceder las que a las mismas se acomoden”*. En este sentido, el artículo 172 regla 4ª de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía cuanto dispone que *“las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y de la ordenación urbanística de aplicación”*, con un tenor que manifiesta los dos caracteres enunciados.

En primer lugar, el artículo 174 recoge el deber de otorgar la licencia (*“se otorgará”*), de tal modo que la Administración competente carece de competencia para denegar la licencia solicitada. Al mismo tiempo, el artículo 174 rechaza la existencia de elementos discrecionales en el otorgamiento de la licencia, sujetándose la misma a la simple y pura aplicación de la normativa y el planeamiento urbanístico, el cual define por completo la consecuencia jurídica correspondiente al supuesto de hecho edificatorio²². En realidad, el carácter reglado de la licencia urbanística tiene fundamento en su naturaleza puramente declarativa. Es éste el criterio dominante hoy día, luego de lo expuesto por la STC 61/1997 en su fundamento jurídico 37 y acoge el criterio tradicional que bien se plasmaba en la STS de 7 de octubre de 1988 (RJ. 7444) con estas palabras: *“...la licencia es un acto administrativo que no confiere derechos, sino que se limita a otorgar*

20.- Es ya tradicional en la doctrina hablar de la categoría jurídica de las autorizaciones en sentido genérico, dentro de la cual se hayan las autorizaciones en sentido estricto, las licencias y los permisos, como subespecies. En todo caso, el género se refiere a una actividad de policía que origina el control preventivo a la realización de un derecho preexistente en el patrimonio del titular interesado, distinguiéndose cada una de sus subespecies en función de si la actividad a desarrollar por el titular es coincidente con el interés común –pero necesita de cierta ordenación–, indiferente al interés común o contraria a interés común, pero justificable en determinados casos.

21.- En el artículo “La licencia urbanística. El estado de ruina”, en Cuadernos de Derecho Judicial, número 23/1992, páginas 349 y siguientes. Consejo General del Poder Judicial.

22.- Al respecto, la STS de 14 de mayo de 1981 señalaba: *“...Cualquier condicionamiento del dominio, y, en consecuencia, del ius aedificandi tiene que estar recogido en disposiciones legales o reglamentarias de carácter general, previamente establecidas por los órganos competentes y mediante el procedimiento previsto en cada caso, de tal manera que el condicionamiento o la limitación afecte, no a un supuesto singular dependiente de la discrecionalidad administrativa, sino a la generalidad de supuestos análogos, para que sea la propia Administración la primera obligada a exigir y cumplir el condicionamiento por ella establecido”*.

*autorización para realizar un acto permitido, con vistas a controlar si se cumplen o no las condiciones requeridas por normas urbanísticas preexistentes...*²³.

Con independencia de los efectos que la técnica del silencio administrativo haya de producir en la concesión de licencias urbanísticas²⁴, es evidente el deber que pesa sobre los órganos municipales de dictar resolución expresa en relación con las mismas, resolución que deberá en todo caso ser motivada, tanto si se otorga la licencia como si se deniega (artículo 172, regla 6ª Ley 7/2002 y 3.2 RDU).

El estudio del deber de otorgar licencias urbanísticas nos conduce a otro deber municipal íntimamente ligado con la policía urbanística, cual es el de revisar de oficio las licencias otorgadas que estuvieran viciadas de nulidad radical y el de suspender los efectos de las mismas. Los preceptos de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía en cuestión son el 189.1 –*“El Alcalde...dispondrá la suspensión de la eficacia de una licencia urbanística u orden de ejecución y, consiguientemente, la paralización inmediata de los actos que estén aún ejecutándose a su amparo, cuando el contenido de dichos actos administrativos constituya o legitime de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en esta Ley”*– y el 190, según el cual, *“...las licencias urbanísticas y las órdenes de ejecución, así como cualquier otro acto administrativo previsto en esta Ley, cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en esta Ley, deberán ser objeto de revisión por el órgano competente, de conformidad con lo establecido en la legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común”*, artículo que invoca directamente el 102 de la Ley 30/1992, cuyo tenor dice: *“Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”*.

La nulidad de las licencias urbanísticas encuentra regulación sectorial en la propia Ley 7/2002, tras la modificación del artículo 169 por introducción de un nuevo párrafo 5º: *“Serán nulas de pleno derecho las licencias, órdenes de ejecución o los acuerdos municipales a los que hace referencia el apartado anterior, que se otorguen contra las determinaciones de la ordenación urbanística cuando tengan por objeto la realización de los actos y usos*

23.- Como meros ejemplos añadidos, la STS de 16 de junio de 1980 dice que *“...la institución de la licencia o autorización administrativa representa una remoción de límites en el ejercicio de un derecho subjetivo del administrado, potencialmente existente a su favor”* y la STS de 22 de enero de 1980 declara que *“la licencia supone únicamente la remoción de los obstáculos legales existentes para el ejercicio de un derecho del administrado, ya preexistente”*. No obstante, la tesis tradicional acerca de la naturaleza declarativa de la licencia quedó en entredicho, con la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y valoraciones del Suelo, cuyo artículo 20 establecía que *“el otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar, siempre que el proyecto presentado fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable”*.

24.- El precepto en cuestión es la regla 5ª del artículo 172 de la Ley 7/2002, que –en relación con el procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas– dispone: *“La resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada. El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de ésta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación”*. La glosa de este precepto debe asimismo tener en consideración que el artículo 242.6 del TRLS de 1992 y el artículo 5.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por RD 2187/1978 establecen que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de legislación y el planeamiento urbanístico.

contemplados en el artículo 185.2 de esta Ley²⁵. A ello ha de sumarse que, de entre los supuestos de nulidad radical que se recogen en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, tiene especial incidencia en el caso de las licencias urbanísticas el referido en la letra f), *“los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por el que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”*. Evidentemente, en este caso la “adquisición de derecho o facultad” debe entenderse en un sentido amplio, puesto que ha de incluirse en tal supuesto de hecho cuando no se adquiera el derecho –por preexistir en el patrimonio del interesado– pero sí se posibilite el ejercicio del mismo mediante un acto administrativo autorizador, como ocurre en el caso de las licencias urbanísticas.

El artículo 102 de la Ley 30/1992 consagra una auténtica acción de nulidad por iniciativa propia o a solicitud de interesado²⁶, no siendo admisible, tras la modificación operada por la Ley 4/1999, sostener que nos hallamos ante una mera denuncia de particular²⁷. Por el contrario, el tenor literal hoy día nos presenta un procedimiento debido (“declararán de oficio la nulidad”) como consecuencia de la acción en sede de procedimiento administrativo ejercida por un interesado en forma de “solicitud”, y ello sobre el principio de autotutela administrativa, que permite a la propia Administración Pública autora declarar la nulidad de sus propios actos administrativos sin necesidad de intervención judicial. Así, la STS de 1 de febrero de 2000 concluye que el término “podrá” utilizado por el artículo 109 –de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958– no debía ser interpretado como atributivo de una facultad de la que la Administración podía o no hacer ejercicio cuando, de oficio o a instancia de interesado legítimo, tenía conocimiento de la comprobación de la existencia de un acto administrativo nulo, sino que expresaba el deber de verificar la comprobación.

Con mayor razón se mantienen estos argumentos en sede del urbanismo andaluz, donde la Ley 7/2002 predica que las licencias nulas “deberán ser objeto de revisión”. Adviértase que este tenor incide de manera inmediata en el deber procedimental, mientras que el artículo 102 –“declararán de oficio la nulidad”– incide en el declaración del vicio invalidante. No obstante, consideramos que la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía de manera mediata conduce a idéntico pronunciamiento sustantivo, habida cuenta que la categoría de la nulidad radical supone, a diferencia de la anulabilidad, la inexistencia de efectos desde el mismo momento de producción del acto y su imposible subsanación. En palabras de GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., tanto la

25.- En síntesis, los de parcelación en suelo no urbanizable, los actos y usos sobre suelo no urbanizable de especial protección o incluidos en la zona de protección del litoral, los realizados sobre bienes o espacios catalogados, los que afecten a parques, jardines, espacios libres o infraestructuras o demás reservas para dotaciones y los que afecten a las determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural, en estos dos últimos casos *“en los términos que se determinen reglamentariamente”*. Con independencia de este desarrollo que haya de existir, recordamos que las determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural se recogen en el artículo 10.1 de la propia Ley 7/2002.

26.- El deber de revisar de oficio las licencias nulas se afirma con rotundidad en una reciente Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 5 de los de Málaga la cual por la profusión y solidez de sus fundamentos, nos sirve de guía de exposición en este comentario. La Sentencia es de 3 de mayo de 2007, dictada en el seno del procedimiento ordinario 161/2006, con ocasión de la demanda interpuesta por la Junta de Andalucía contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de revisión de oficio de una licencia urbanística por el Ayuntamiento de Valle de Abdalajís.

27.- Incluso en la redacción originaria del artículo 109 de la antigua Ley de Procedimiento administrativo, se podía observar los cambios incluidos respecto del precepto que sirvió de modelo –el artículo 6 de la italiana Testo unico della legge comunale e provinciale de 3 de marzo de 1934– y así, se sustituyó la expresión “ha facoltà” por “podrá” y la referencia a la denuncia por la llamada “instancia”.

suspensión de la licencia viciada de nulidad como la revisión de oficio de la misma son actuaciones obligadas para el Alcalde, y es asimismo obligado para la Administración que detecta la licencia irregular activar el mecanismo de la revisión de oficio.

Baste decir, por último, que el deber de la Administración municipal no se salda con el mero acuerdo de inicio del expediente de revisión, sino que aquél integra la tramitación del procedimiento en tiempo y forma y el dictado de una Resolución final que estará a lo que disponga el informe del Consejo Consultivo de Andalucía, habida cuenta el carácter preceptivo y vinculante del mismo. Sólo así se ve cumplimentado el deber de revisar de oficio y satisfecha la solicitud –cual acción de nulidad- del interesado que la haya instado.

B) De la inspección urbanística

La Inspección urbanística es la potestad²⁸ que liga las formas preventivas de control de legalidad urbanística y las represivas: según el artículo 179 de la Ley 7/1992, es *“una potestad dirigida a comprobar que los actos de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación, instalación y de uso del suelo y del subsuelo se ajustan a la legislación y ordenación urbanística y, en particular, a lo dispuesto en esta Ley”*. Por lo tanto, se dirige no sólo a la detección de infracciones por la existencia de actividad de transformación o uso del suelo, carente de licencia urbanística, sino a la comprobación de que lo construido y lo edificado atiende a lo permitido en la licencia otorgada. De hecho, se establece como fines prioritarios de la Inspección (artículo 179.4 Ley 7/2002) un correlato que tiende al genérico de *“velar por el cumplimiento de la ordenación urbanística”* y que abarca funciones típicas de vigilancia, investigación, control y denuncia de las infracciones, pero también de asesoramiento e información a las propias Administraciones Públicas y a los propios interesados sobre los aspectos legales relativos a la actividad inspeccionada.

De entre tales fines, queremos en este momento resaltar uno en concreto: el de *“hacer cumplir efectivamente las medidas cautelares y definitivas que, para el cumplimiento de la ordenación urbanística”* se hayan acordado (letra e). Esta finalidad nos remite al contenido propio del epígrafe siguiente de este comentario, pero permite también realizar una reflexión en sede estricta de función inspectora: la inspección urbanística se configura como una policía administrativa sobre la que recae el deber de hacer efectivos los principios de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo dictado para la reposición de la realidad física alterada. Por decirlo de alguna forma gráfica, la Inspección es el “brazo armado” de la disciplina urbanística, debiendo ejercer su carácter de agentes de autoridad, sin perjuicio del auxilio que se reciba de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. En cualquier caso, queremos insistir en que, si la función inspectora y el ejercicio de la potestad de reposición de la realidad física alterada radicaran en distintos órganos, no sólo quedará compelido a dar efectivo cumplimiento de la Resolución de

²⁸- Para un estudio amplio de la función inspectora, nos remitimos a la monografía de RIVERO ORTEGA, R. “El Estado vigilante”, Editorial Tecnos, Madrid 2000. En concreto, la construcción jurídica de la función inspectora como potestad administrativa en página 74 y siguientes.

medidas cautelares o definitivas el órgano que así las hubiere acordado, sino también la estructura orgánica que sustente la función inspectora.

El carácter debido del ejercicio de la potestad inspectora se predica sin ambages en el párrafo 2 del citado artículo 179 Ley 7/2002, y así, *“los municipios y la Consejería con competencias en materia de urbanismo deben desarrollar dichas funciones inspectoras en el ámbito de sus respectivas competencias, en el marco de su planificación y de la cooperación y colaboración interadministrativas”*.

Los principios de cooperación y colaboración interadministrativas se vinculan a la función inspectora en un doble sentido: las Administraciones Públicas quedan obligadas a prestar la colaboración que la Inspección urbanística de otra Administración Pública precise, bajo la advertencia de contrario de incurrir en obstaculización del ejercicio de la labor inspectora, con las consecuencias que en orden administrativo o penal pueda dar lugar. Además, la actividad inspectora de una Administración es, en sí misma, manifestación del principio de colaboración y cooperación para con las restantes Administraciones Públicas: asumida como premisa que el principio de legalidad guía la actuación de todos los Poderes Públicos (artículo 103 CE), el descubrimiento de la infracción urbanística y su traslado a la Administración competente (la municipal) para que ejercite las competencias de restauración de la legalidad y sancionadora, o el descubrimiento del vicio de la licencia otorgada y la solicitud de revisión de oficio o la impugnación de la misma, no son sino estrictos actos de colaboración y cooperación para que por la Administración competente (la municipal) se logre el efectivo cumplimiento de la legalidad urbanística. Se yerra, por lo tanto, cuando se quiere ver en el efectivo ejercicio de la actividad inspectora un acto de “intromisión” a la autonomía local o de “agresión” a las competencias urbanísticas municipales.

C) Del restablecimiento del orden jurídico perturbado

El incumplimiento de la normativa o el planeamiento urbanístico vigente, siempre que el acto de transformación o uso del suelo carezca de amparo en un acto administrativo respecto del cual haya que presumir su validez (artículo 57 L 30/1992), compele a toda Administración Pública con competencias a reaccionar para conseguir la restauración de la legalidad urbanística. El primer paso en tal restauración, a partir de lo dispuesto por el artículo 182 de la Ley 7/2002 radica en el requerimiento al interesado para que inste la legalización, siempre que las obras pudieran ser compatibles con la ordenación urbanística vigente; fuera de este supuesto, se habrá de proceder a la reposición de la realidad física alterada, según manda el artículo 183 y concordantes de la misma Ley. Lo que nos interesa en estos momentos es analizar cómo el ejercicio de tales potestades es imperativo para las Administraciones Públicas competentes, aunque con diferentes presupuestos respecto de cada una de ellas. Mientras que la Administración municipal tiene competencia para producir la legalización o, en su defecto, reponer la realidad física, la Administración de la Comunidad Autónoma sólo tiene competencia para esto último, y ello siempre que haya sido requerido previamente el Municipio y por éste no

se hayan ejercido efectivamente las correspondientes potestades, y aún así únicamente en los supuestos recogidos en el artículo 188 de la Ley 7/2002.

Ahora bien, cada Administración citada –en su particular esfera competencial- está compelida al ejercicio de las potestades que analizamos, y así:

- El artículo 181 prescribe que, respecto los actos o usos carentes de licencia o que contravengan las condiciones de las mismas, *“el Alcalde deberá ordenar, en todo en la parte que proceda, la inmediata suspensión de las obras o el cese del acto o uso en curso de ejecución, realización o desarrollo, así como del suministro de cualesquiera servicios públicos”*

- El artículo 182 dice que el restablecimiento del orden jurídico perturbado *“tendrá lugar mediante la legalización del correspondiente acto o uso o, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada”*.

- El artículo 183 dispone que *“procederá adoptar la medida de reposición de la realidad física alterada”* en los supuestos de manifiesta incompatibilidad con la ordenación urbanística, o denegación de la legalización o improcedencia de la misma.

Como resulta de la mera lectura literal de los preceptos transcritos, hay que reconocer el carácter imperativo del ejercicio de las potestades de restablecimiento del orden jurídico perturbado, lo cual conlleva, en último término, el deber de hacer efectiva la reposición de la realidad física alterada. Como bien dice la STS de 8 de mayo de 2001, *“nos hallamos ante ámbitos, como el urbanístico, en donde las potestades administrativas tienen una escasa funcionabilidad discrecional, siendo esencialmente regladas debiendo someterse los órganos administrativos en su ejercicio al imperio de la Ley, evitando que el desarrollo urbano de las ciudades quede al capricho de los particulares, que pretenden imponer por la fuerza de los hechos resultados urbanísticos que no se acomoden a la legalidad, u operan al margen, o en contra de principios que la materializan, siempre de espaldas al interés público que debe imperar en la Ordenación Urbanística del Territorio...”*. La citada Sentencia, tras rechazar la aplicación al caso de principio de proporcionalidad para evitar la demolición de la obra ilegal, apuesta por defender *“el principio de juridicidad, que vincula a la Administración demandada y a este Tribunal, que implica la asunción de la responsabilidad pública que se debe asumir en el ejercicio de las potestades aplicadas y la defensa del orden legal, y que han de posibilitar la restauración del orden urbanístico perturbado, consolidando el principio de seguridad jurídica en la aplicación y defensa de la legalidad urbanística, sin que, en todo caso, el posible actuar arbitrario de la Administración Local demandada, que de darse sería sumamente reprochable e irresponsable por sus consecuencias, pueda servir de cobertura a la ilegalidad cometida, que sólo a través de estas decisiones puede ser corregida y erradicada en un futuro”*. La extensa cita, entendemos, queda justificada por la claridad del mensaje que traslada acerca de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en el ejercicio de las competencias –irrenunciables- que le son propias.

Un último apunte en relación con el carácter imperativo en el ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad urbanística infringida. Habida cuenta que su naturaleza jurídica no es la de ser manifestación del ius puniendi, su ejercicio no se ve impedido

por la actividad en sede penal con ocasión de las diligencias que se tramiten por órgano judicial o por la Fiscalía. El acto administrativo por el que se ordena al propietario la reposición de la realidad física alterada no tiene naturaleza sancionadora, por lo que no se produce quebranto del principio non bis in idem, siendo –por lo tanto- compatible la actuación en sede Penal con la ejecutividad de la Resolución administrativa acordando la reposición de la realidad física indebidamente alterada.

Esta complementariedad de la actuación de los Poderes Públicos en sede penal y administrativa para lograr la protección de la legalidad urbanística, adquiere muy especial consideración respecto de los supuestos de infracción de la legalidad urbanística que no están tipificados penalmente, como ocurre con el caso de la parcelación ilegal, y en los casos en que el órgano judicial, aún en los casos de Sentencia condenatoria, no impone la pena accesoria de demolición recogida en el artículo 319.3 CPe (“*En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe*”). En estos supuestos, la reacción del ordenamiento jurídico se restringe al ejercicio de potestades por el órgano administrativo con competencias en disciplina urbanística, estando por ello de manera reforzada, obligado a la actividad en tal sentido.

D) De la potestad sancionadora

Resta el análisis del carácter debido de ejercicio de la potestad sancionadora. Dispone el artículo 186 de la Ley 7/2002 que “*La apreciación de la presunta comisión de una infracción urbanística definida en esta Ley dará lugar a la incoación, instrucción y resolución del correspondiente procedimiento sancionador, sean o no legalizables los actos o usos objeto de éste*”; por lo tanto, se expresa sin ambages el carácter obligado del ejercicio real y efectivo de la citada potestad, lo cual quiere decir que –como no podría ser de otra forma- no basta con la simple incoación del procedimiento sancionador. Para el caso de que caduque el mismo, es imperativa la apertura de nuevo procedimiento en tanto no haya prescrito la infracción.

Aplicando el principio de subsidiariedad en el reparto competencial que realiza la Ley 7/2002, la competencia para la tramitación y resolución del procedimiento, y por ende el deber de ejercicio de tal competencia, se liga al ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística o a la impugnación de la licencia en sede contencioso-administrativa (artículo 195 L 7/2002).

El procedimiento sancionador tiene una naturaleza por completo diferente del de restauración de la legalidad regulado en los artículos 182 y 183 de la Ley 7/2002, coexistiendo la finalidad retributiva de la sanción por la comisión de la infracción finalidad con las de prevención general y especial; la infracción urbanística genera, per se y automáticamente, la respuesta del ordenamiento jurídico en forma de sanción, con independencia de que la transformación o uso del suelo pueda ser, finalmente, legalizable. El ejercicio de la potestad sancionadora resulta, así, un eficaz aliado de la competencia municipal de policía preventiva mediante el otorgamiento de licencias,

ya que extiende la prevención general consistente en que la realización de un acto de transformación o uso del suelo carente de licencia originará la imposición de la sanción, a pesar de que pueda obtenerse la legalización y con independencia de la minoración de la sanción que ello conlleve.

A diferencia de lo que ocurre con la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, la naturaleza de ius puniendi de la potestad sancionadora impide su ejercicio coetáneo con la actuación en sede penal: es expresivo el artículo 195.4 de la Ley 7/2002 cuando indica que *“En los casos de indicios de delito o falta en el hecho que haya motivado el inicio del procedimiento sancionador, la Administración competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, suspendiendo la instrucción del procedimiento hasta el pronunciamiento de la autoridad judicial. Igual suspensión del procedimiento sancionador procederá desde que el órgano administrativo tenga conocimiento de la sustanciación de actuaciones penales por el mismo hecho”*²⁹. Doble es el contenido del citado precepto, imponiendo a la Administración urbanística, primero, el deber de comunicar al Ministerio Fiscal los indicios de delito que aparezcan en relación con los hechos por los que se tramita el procedimiento sancionador o las actuaciones previas al inicio del mismo³⁰, deber que es trasunto del que se recoge en el artículo 262 de la LECr cuando dispone que los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante.

En segundo lugar, el deber de suspender los procedimientos iniciados a resultas de lo que se decida en sede penal, habiendo sostenido el Tribunal Constitucional desde sus más tempranas sentencias (como ejemplo, la STC 2/1981) que el principio non bis in idem resulta de los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones que predica el artículo 25 CE. No obstante, deberá el órgano administrativo estar atento a la posible cesación de tal actividad penal, puesto que es posible que no se hayan apreciado indicios suficientes de delito o falta en sede penal, pero sea posible en base a los hechos probados el ejercicio de la potestad sancionadora. En este sentido, es importante que la correspondiente Resolución judicial deje expedita la vía administrativa, para facilitar la interpretación de la inexistencia de traba al ejercicio de la misma³¹.

²⁹.- Es antecedente directo el artículo 274 TRLS 1992: *“Cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística aparezcan indicios de carácter de delito o falta del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción lo podrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa, sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción”*.

³⁰.- Nos referimos a las que se recogen con carácter general en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 (*“Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”*), y que por su idiosincrasia, tienen sobrada justificación en sede sancionadora.

³¹.- La aplicación del principio non bis in idem se estudia por QUINTERO OLIVARES, G. en el artículo *“La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal”* en RAP número 126.

La nueva Ley Estatal del Suelo

Delfin Fernández Martín
Abogado
Ernst & Young Abogados

El pasado 28 de mayo tuvo lugar la aprobación en el Congreso del texto definitivo de la Ley Estatal de Suelo, publicada en el BOE el día 29 siguiente, y cuya entrada en vigor está prevista para el próximo 1 de julio de 2007. La nueva norma deroga la actual Ley 6/98, de 13 de abril, de Suelo y Valoraciones y algunos e importantes preceptos de la Ley de Expropiación forzosa.

La finalidad de esta Ley, según manifiesta su propio artículo 1, es la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal, fijando las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico, su valoración, y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en la materia. Para dar cumplimiento a esta finalidad se introducen fundamentalmente las siguientes novedades legales:

- Se clasifica el suelo en dos tipos, a efectos de valoraciones administrativas, según su situación física: el Suelo Rural, (que incluye tanto el Suelo urbanizable como el No urbanizable) y el Suelo Urbanizado.
- Se modifican los criterios de valoración de suelo respecto a la Ley 6/98: el Suelo Rural se valora en función del criterio de capitalización de rentas agrarias; y el Suelo Urbanizable o en curso de urbanización se valora como Suelo rural, sin aplicar expectativas urbanísticas.
- Se elimina la aplicación del valor real del suelo a efectos expropiatorios.
- La edificabilidad del suelo no se integra dentro del derecho de propiedad, sino que sólo se patrimonializa ese derecho con el cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas urbanísticas.

- Se aumentan las cargas de los titulares del suelo: elevación de la obligación actual de ceder gratuita y obligatoriamente al Ayuntamiento el 10% de la edificabilidad neta de cada Unidad de Actuación a ceder el 15 % o, incluso en algunos casos, el 20%; y previsión de reservas mínimas de suelo para vivienda Protegida del 30% de la superficie de cada Unidad de Actuación de suelo residencial.
- Se generaliza la figura del Agente Urbanizador.

Al margen de la finalidad jurídica que se expone en el propio texto, en cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo, la realidad que subyace en la formalización de esta nueva Ley del Suelo de carácter estatal no es otra que acabar, o al menos reducir, la corrupción urbanística que en los últimos años se ha incrementado, aún más, en España. Cuestión distinta, como vamos a poder observar, es la realidad de la eficacia que esta norma pudiera tener para la consecución de este objetivo.

La Exposición de Motivos, que nos comenta la evolución del derecho urbanístico español, manifiesta expresamente la necesidad de legislar esta materia de una forma concluyente a través de la necesaria renovación de las normas que actualmente la regulan, para que las Comunidades Autónomas encuentren, al fin, el marco idóneo para el ejercicio de sus competencias legislativas sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

Esta necesidad surge de la accidentada legislación que en los últimos años ha generado el Estado en este ámbito, marcada por sucesivos fallos constitucionales (Sentencias Constitucionales números 61/1997 y 164/2001) desde que en el año 1992 se promulgara el último Texto Refundido Estatal de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y que han dado lugar a numerosas reformas posteriores de diverso calado.

En la búsqueda de una norma que pueda crear el deseado marco común que proporcione a las Comunidades Autónomas la base para la confección de sus respectivas legislaciones en materia de suelo, surge esta nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, de carácter estatal, sobre las directrices de la igualdad de la participación ciudadana y del desarrollo sostenible de la actividad de urbanización.

Ahora bien, a pesar de que, conforme a esos parámetros, el texto normativo introduce importantes novedades en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la tradicional regulación del suelo, se trata de novedades que no estarán exentas de críticas, y que van a suscitar numerosos debates entre los agentes intervinientes en este sector ante las grandes incertidumbres que su tenor literal plantea, como vamos a comentar posteriormente.

Dicho todo lo anterior, vamos a analizar a continuación las principales novedades que plantea esta norma:

1. – CLASIFICACIÓN DEL SUELO: RURAL Y URBANIZADO.

Entre las principales novedades que presenta la nueva Ley se encuentra la introducción de una clasificación del suelo distinta a la tradicional, a efectos de su valoración administrativa, distinguiendo únicamente entre **Suelo Rural** y **Suelo Urbanizado**.

Dentro de las situaciones del Suelo Rural, el artículo 12 de la norma señala la inclusión de todo suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización (suelos protegidos por su valor medioambiental, cultural, ecológico, agrícola, etc...), así como la del suelo para el que los instrumentos de ordenación prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización (es decir, el, hasta ahora, suelo urbanizable común). El Suelo Urbanizado, por su parte, es aquel que se encuentre integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población.

El legislador señala, en la Exposición de Motivos, que la finalidad de esta nueva clasificación del suelo es la de poder tasarlo en función de su realidad, evitando que las valoraciones o tasaciones se hagan, como hasta ahora, sobre la base de sus posibles expectativas urbanísticas. Así, tenemos como resultado una equiparación, a efectos de una valoración en un expediente expropiatorio o de una actuación a desarrollar mediante la figura del Agente Urbanizador, de un suelo rústico con un suelo urbanizable contenido o delimitado en un plan municipal.

2.- MODIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL SUELO.

Al hilo de la anterior clasificación, y de la finalidad de ésta que se desprende de la Ley, se determina básicamente (artículo 22) que el **Suelo Rural se valorará en función del criterio de capitalización de rentas agrarias**; y el **Suelo Urbanizable (o en curso de urbanización)**, a su vez, se valorará como **Suelo Rural, sin aplicar expectativas urbanísticas derivadas de asignación de edificabilidad**.

En concreto, el mencionado artículo 22 de este nuevo texto legal prevé, para el Suelo Rural, su tasación mediante la capitalización de la renta anual real o potencial de la explotación según su estado en el momento de la valoración, sin referirse al valor

obtenido por comparación, como hacía el artículo 26 de la Ley del 98, y se reafirma el apartado 2º del mismo artículo al señalar que **en ningún caso “podrán considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades** y usos por la ordenación territorial y urbanística que no hayan sido aún plenamente realizados”.

Así mismo se rompe radicalmente con el modelo de la Ley del 98 que fijaba el carácter residual del suelo urbanizable y limitaba al planificador urbanístico su capacidad para excluir suelos del proceso urbanizador, al exigirle que justificara su valor natural. Ahora se facilita que la legislación urbanística autonómica pueda considerar suelo rural aquel que se considere que no debe ser transformado. También el legislador autonómico será quien establezca los servicios y dotaciones de que debe disponer un suelo para ser considerado urbanizado, rompiendo con los tradicionales de acceso rodado, abastecimiento y evacuación de aguas, electricidad y consolidación de la edificación.

Sin duda esta modificación de los criterios de valoración del suelo, acompañada de la nueva distribución en Suelo Rural y Suelo Urbanizado, es uno de los aspectos más controvertidos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, ya que, conforme a lo anterior, podría producirse que, pongamos por caso, un suelo de especial protección por sus valores paisajísticos, carente de aprovechamiento urbanístico, se valorara igual que un suelo en proceso de urbanización pero en el que, aún teniendo ya las infraestructuras necesarias y con dicho aprovechamiento prácticamente consolidado, no ha sido todavía concluida la obra de urbanización.

Esta equiparación no sólo podría vulnerar principios constitucionales como el del artículo 33 de la Constitución respecto al derecho a percibir una justa indemnización por los bienes y derechos expropiados, sino que también puede suponer una flagrante vulneración de nuestra unánime y consolidada doctrina jurisprudencial respecto al cálculo del justiprecio expropiatorio. A este respecto, el Tribunal Constitucional, en la importante Sentencia de 19 de Diciembre de 1986, expone que la garantía constitucional de la correspondiente indemnización concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea éste, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación.

Este valor real que señala el Alto Tribunal no es otro que el valor de mercado del bien, valor que se fija no sólo por las circunstancias presentes que posea el suelo (como erróneamente lo fija esta Ley) sino también, y este es el factor determinante en la valoración del suelo, en función de su capacidad para generar aprovechamiento urbanístico.

Por otra parte, en opinión de los expertos este nuevo criterio de valoración supone ignorar la realidad del mercado inmobiliario y lleva consigo una importante penalización a los titulares de suelo clasificado como urbanizable. Éstos verán mermados sus derechos económicos, no sólo en los casos de expropiación, sino también en actuaciones urbanísticas desarrolladas a través de la figura del Agente Urbanizador. Al mismo tiempo, las pequeñas y medianas empresas tendrán probablemente mayores dificultades para recibir financiación de suelos urbanizables, al ser valorados éstos por las entidades financieras según su valor agrícola e ignorando el valor en función de su edificabilidad, lo que podría desembocar en un oligopolio de promotores de suelo.

El Suelo Urbanizado, por su parte, se tendrá que valorar en función de la aplicación a la edificabilidad del valor de repercusión del suelo, determinado por el que se denomina “método residual”, descontando el valor de las cargas urbanísticas pendientes.

3.- AUMENTO DE LAS CARGAS DE LOS TITULARES DEL SUELO.

Otra de las principales novedades de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo la constituye el aumento – muy importante- de las cargas urbanísticas que habrán de afrontar también los titulares de suelo urbanizable, ya de por sí gravosas, al obligar a ceder hasta un máximo del 20% de la edificabilidad media ponderada de la actuación, y a reservar, en el caso de uso residencial, como mínimo, el 30% de la edificabilidad para vivienda sujeta a algún régimen de protección oficial.

La transformación de Suelo Rural en Urbanizado a través de Actuaciones de Urbanización o de Dotación conlleva la obligación de ceder a la administración el suelo destinado a redes públicas, costear y ejecutar las obras de urbanización y las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y ceder, asimismo, suelo libre de cargas de urbanización correspondiente a entre un 5 y 15% de aprovechamiento, que, excepcionalmente, podrá reducirse o aumentarse hasta un 20% en la legislación autonómica. En cualquier caso, resulta destacable que la nueva legislación puede llegar a doblar el porcentaje del 10% de cesiones que, como máximo, preveía la Ley del Suelo del 98. Es indudable que esto supone abrir la posibilidad para las Entidades Locales de incrementar aún más las cargas por la urbanización que han de soportar los propietarios, afectando, con ello, el precio final de las viviendas.

En cuanto a la reserva para viviendas de protección oficial del 30% de la edificabilidad (artículo 10.b de la Ley), se trata de un medida que, evidentemente, restringe la oferta de vivienda libre, lo cual llevará, como es lógico, a un encarecimiento de la misma, justo lo contrario de lo que se pretende. La vivienda libre habrá de soportar los costes no

repercutibles a las promociones de vivienda protegida, lo que provocará un considerable incremento del precio final de la vivienda libre.

Estas medidas, adoptadas en un contexto de fuerte estancamiento de la vivienda libre de nueva construcción, pueden afectar muy negativamente a la rentabilidad de las promociones de desarrollo de suelo.

4.- ADQUISICIÓN GRADUAL DE LAS FACULTADES URBANÍSTICAS.

En el artículo 7, relativo al régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo, se vuelve a la fórmula del Texto Refundido del 92 de la adquisición gradual de las facultades urbanísticas, que no se consideran inherentes al derecho de propiedad, sino condicionadas al cumplimiento sucesivo de los deberes que les correspondan.

En esa línea, la edificabilidad del suelo no queda incorporada al derecho de propiedad de forma automática, ya que sólo se patrimonializa tal derecho cuando se cumplen los deberes y se levantan las cargas urbanísticas que corresponden a los propietarios.

También cabe señalar que entre los deberes que el artículo 9.1 impone a los propietarios del Suelo Urbanizado destaca el de edificar en los plazos establecidos, conservar y rehabilitar lo edificado, habilitando, en caso contrario, para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, o a la aplicación de venta o sustitución forzosa (artículos 31 y 32).

5.- GENERALIZACIÓN DE LA FIGURA DEL AGENTE URBANIZADOR.

Por otro lado, se generaliza una figura que ya ha sido implantada hoy en día por algunos gobiernos regionales (especialmente en Valencia y Castilla La Mancha), y que es la del Agente Urbanizador. Estamos hablando de un instrumento jurídico por el que la Administración Pública Local selecciona a un particular, por medio de concurso público, encargado de gestionar el desarrollo urbanístico de un ámbito de actuación, sin que éste necesariamente tenga que ser el propietario de los terrenos del mismo. El empresario, en régimen de concesionario público, ejecuta así las obras de urbanización, a cambio de solares edificables o de una remuneración en metálico. Pero si los afectados están disconformes, se procede a la expropiación forzosa de sus inmuebles. Las Entidades Locales intervienen así, de una forma indirecta, en la gestión del suelo privado.

En este sentido, la Ley deja clara su orientación favorable a la acción directa de la administración sobre el proceso de urbanización al caracterizar la ejecución de la

misma como un servicio público cuya gestión puede reservarse a la administración o “cuando no debe o no vaya a realizarse por la propia administración” encomendarse a privados, previo procedimiento de publicidad y concurrencia y sometido a controles que garanticen la participación de la comunidad en las plusvalías generadas.

La Ley, en su art.6 fomenta esta opción de gestión pública indirecta del suelo, frente a otras más potenciadoras de la iniciativa privada (como son los sistemas de compensación y cooperación).

6.- OTRAS MODIFICACIONES.

Junto con las señaladas en los puntos anteriores, merece la pena comentar algunos aspectos más del contenido de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, que entrará en vigor el 1 de julio de este mismo año:

- Dentro de una serie de medidas que pretenden aumentar la transparencia ante los numerosos escándalos de corrupción que se han conocido en paralelo a la tramitación de la Ley, se incluye la obligación de someter al trámite de información pública todos los instrumentos de ordenación y gestión urbanística, los de distribución de beneficios y cargas y los convenios que, además, tendrán que ser publicados y que no surtirán efectos en tanto esto no se produzca, siendo nulos si en el procedimiento se incumpliera el trámite de información pública.
- El artículo 15 de la nueva Ley prevé la evolución y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano, destacando la obligación de someter los planes urbanísticos a evaluación ambiental y a la elaboración de informes sobre la existencia de recursos hídricos para satisfacer las demandas de los nuevos desarrollos, el impacto de los mismos en las infraestructuras afectadas, la protección de la costa o el mapa de riegos naturales del ámbito objeto de ordenación.
- La regulación de los patrimonios públicos de suelo limita la finalidad de los mismos a la vivienda protegida casi exclusivamente, dejando a las Comunidades Autónomas la facultad de prever en su legislación urbanística la posibilidad de destinarlos a “otros usos de interés social”, que deberán especificar.
- Los suelos forestales incendiados se mantendrán como suelo rural por espacio de 30 años, circunstancia que deberá inscribirse en el Registro de Propiedad.

Por último hay que indicar que la inflación normativa de los últimos años en materia de suelo no terminará con esta norma, pues la Disposición Final 2ª prevé ya la realización de un Real Decreto Legislativo para elaborar un Texto Refundido de la nueva Ley y los preceptos que la misma mantiene vigentes del Texto Refundido de 1992, a fin de armonizar la regulación de la materia.

En definitiva, podemos concluir que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo trae consigo una serie de cambios o modificaciones sustanciales con respecto a la Ley anterior 6/1998, amparados en la idea de proporcionar un marco adecuado a las Comunidades Autónomas para el desarrollo legislativo en materia de suelo, y con el objetivo fundamental de acabar con la especulación y la corrupción urbanística.

Sin embargo, del análisis del articulado de esta nueva Ley del Suelo, y a la vista de las numerosas críticas que está recibiendo, no podemos más que dudar de la verdadera eficacia práctica de la norma y, especialmente, del cumplimiento de sus objetivos.

Esta Ley, ignorando los criterios legales y jurisprudenciales en materia de valoración de suelo a efectos expropiatorios, ampliamente consolidados en nuestro acervo jurídico, opta por exigir la aplicación de los métodos de valoración más perjudiciales para el propietario de suelo. Este hecho puede vulnerar frontalmente derechos constitucionales como el establecido en el art.33.3 de nuestra Constitución, además de perjudicar los derechos consolidados de un colectivo importante de población.

Sin perjuicio de las cuestiones de inconstitucionalidad derivadas de los aspectos comentados que esta Ley, a buen seguro, planteará (ASAJA, por ejemplo, ya ha anunciado su intención de acudir al Defensor del Pueblo para plantear un recurso de inconstitucionalidad), y del escaso rigor jurídico de alguno de sus preceptos (la Ley presume de NO ser una ley urbanística, lo cual no deja de ser una alarmante contradicción), resulta ser una norma en extremo intervencionista y penalizadora de la iniciativa privada en la acción urbanizadora.

En definitiva, esta Ley no sólo parece incidir en los errores del pasado, sino que los aumenta, incrementando el intervencionismo público en la gestión del suelo, e incentivando la arbitrariedad política y administrativa y, por ende, la corrupción urbanística que se quería evitar, y ello sin perjuicio de la inseguridad jurídica que la ambigüedad de muchos de sus preceptos provocará en el sector.

El resultado de su aplicación será, posiblemente, la producción de un importante freno a los futuros desarrollos urbanísticos de carácter residencial, según la opinión mayoritaria de los expertos en la materia, lo que, a su vez, podría generar, por el efecto

de la disminución de la oferta de suelo urbanizable para este uso, un importante encarecimiento de éste en los próximos años, así como posibles cambios en la estrategia de los promotores de suelo.

El Régimen de la acción de cobro del subcontratista de obra. Las novedades de la Ley 32/2006 de 18 de octubre Reguladora de la Subcontratación y el Real Decreto 1109/2007 de 24 de agosto.

Francisco José Fernández Romero

Prof. Asistente Honorario del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.
Director Asesoría Jurídica de DUSE (GRUPO SANDO-REALIA)

Inmaculada Vivas Tesón

Prof^a. Titular del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA ACCIÓN DIRECTA EX ART. 1597 C.C. 2.1. Un breve apunte histórico. 2.2. La excepcionalidad de la norma: su ratio. 2.3. Análisis de los presupuestos para el ejercicio de la acción. III.- EL RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 32/2006, DE 18 DE OCTUBRE. 3.1. Introducción. 3.2. Las distintas novedades de la Ley.

I.- INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que la construcción es un sector estratégico y de extraordinario peso en la economía española. Para hacernos una idea aproximada de ello, supone, en promedio, el 16% del PIB anual y da trabajo a 2,5 millones de personas, el 12,5% del empleo total. Se trata, pues, de una pieza clave en el desarrollo económico de nuestro país.

Su enorme trascendencia lleva inevitablemente aparejada una vasta y compleja problemática que, hasta hace poco tiempo, mediante la nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción del pasado año, ha contado con una prácticamente inexistente regulación jurídica.

En el sector de la construcción, es práctica muy frecuente y casi ya previsible y usualmente admitida por el propio dueño de la obra o comitente (con restricciones en la contratación de obras públicas), que la ejecución de la prestación contratada con el empresario contratista sea posteriormente subcontratada por su cuenta, en todo (no es nada extraña la figura del adjudicatario de la obra no ejecutor de la misma, al que la STS de 6 de junio de 2000¹ califica de “constructoras que no son verdaderamente tales sino

¹- RJ 2000, 4402.

meras oficinas de subcontratación) o en parte, con terceros, con quienes el dueño de la obra no tiene vinculación contractual alguna.

El fenómeno económico de la subcontratación (tanto privada como pública)² y su creciente desarrollo en los últimos tiempos, por razón de las dimensiones y complejidad de las obras y los múltiples elementos que con distintas especializaciones intervienen en la misma, ha sido objeto de escaso interés por parte de la doctrina civilista (a diferencia, verbigracia, de la laboral), no así por parte de nuestros Tribunales, sobre todo, a partir de los años 90, como señala la apenas citada STS de 6 de junio de 2000, *“al compás del auge de la construcción y del fenómeno de las subcontratas en este campo”*.

La subcontratación implica la presencia simultánea de dos relaciones contractuales, una entre el dueño de la obra y el contratista y otra entre éste y el tercero subcontratado, distintas pero unidas, donde existe una relación trilateral en la que los intervinientes en el proceso de la obra no están todos vinculados entre sí. El subcontrato es, por tanto, una figura jurídica distinta de la cesión del contrato.

En la práctica, tal relación suele complicarse aún más, cuando el adjudicatario de la obra subcontrata con terceros una serie de elementos de la obra y, a su vez, éstos se ven precisados, posteriormente, a subcontratar en una cadena que, en ocasiones, es casi interminable, aumentado, de este modo, el riesgo de impago en alguno de sus múltiples eslabones.

Con el estudio pormenorizado del art. 1597 C.c. procuraremos realizar un análisis del precepto (el cual estimamos fundamental por su importancia) que, al tiempo, ayudará a destapar sus carencias y advertir su correcta interpretación y aplicación de la mano de la doctrina³ y, sobre todo, de la jurisprudencia que, en los últimos veinte años y a golpe de sentencia, ha venido arrojando luz sobre la materia.

2.- El Tribunal Supremo, en S. de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9142), ha declarado que, *“con referencia a la construcción inmobiliaria, el subcontrato supone una relación contractual derivada de otra precedente, por virtud de la cual una de las partes, en lugar de ejecutar directamente y con sus propios medios las obligaciones asumidas en el pacto originario, contrata con un tercero su realización total o parcial, es decir, la figura del subcontratista se produce cuando el promotor o dueño de la obra encomienda su ejecución a un contratista y éste encarga a un tercero (subcontratista) dicha ejecución o parte de ella, de manera que sólo quien tiene la consideración de contratista puede subcontratar, pues el promotor o dueño de la obra, aunque ya hubiera convenido la realización de ésta con una persona (contratista), si pactara la plasmación de determinadas tareas o labores con otra, ésta se situaría jurídicamente como contratista y no como subcontratista”*.

3.- En la bibliografía española destacan, entre otros: PASQUAU LIAÑO: *La acción directa en el Derecho Español*, Madrid, 1989 y “Comentario a la Sentencia de 2 julio 1997. Acción directa del artículo 1597 CC: legitimación de los subcontratistas sucesivos frente al comitente y contratistas anteriores; responsabilidad derivada de la acción directa: es solidaria, no subsidiaria; Carga de la prueba de la cantidad que el comitente debe al contratista: corresponde al demandado por serle más fácil”, en CCJC, 1997, págs. 1223-1234; DE ÁNGEL YAGÜEZ: *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, Madrid, 1969; RODRIGUEZ MORATA: “Contrato de ejecución de obra por ajuste o precio alzado. Aumento de obra. Acción directa ex art. 1597 del Código Civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1698)”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* núm. 10, 1990, págs. 213-228, Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 1991. Subcontrato de obra. Acción directa: eficacia y condiciones de ejercicio. Excepciones oponibles: pagos adelantados. Solidaridad”, en CCJC 1991, págs. 553-566 y *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Madrid, 1992; DIEZ SOTO: “Comentario a la Sentencia 28 enero de 1998. Ejercicio por subcontratista de la acción directa regulada en el artículo 1597 CC. No basta el mero requerimiento notarial de retención de deuda dirigido al comitente. Pago por letras de cambio”, en CCJC, 1998, págs. 951-966; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL: “Acción directa ex artículo 1597 del CC de subcontratista versus contratista”, en AC, 1998; MUNAR BERNAT: Comentario a la Sentencia de 6 de junio de 2000. Contrato de obra. Acción directa ex artículo 1597 CC contra dueño de la obra, contratista y subcontratista; inmunidad de la acción respecto de terceros ajenos a la cadena contractual; solidaridad e inversión de la carga de la prueba. Costas. Irreversibilidad casacional de la inapreciación de circunstancias excepcionales”, en CCJC, 2000, págs. 1289-1305; DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ: *Derecho de la Construcción*, Granada, 2000; NÚÑEZ IGLESIAS: “Comentario a la STS de 11 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9850). Ejercicio directo de la acción del subcontratista contra el dueño de la obra. Suspensión de pagos del contratista”, en CCJC, núm. 61 enero-Marzo 2003; HERNÁNDEZ ARRANZ: *La acción directa como instrumento de garantía*, Studia Albornotiana núm. XC, Bolonia, 2005. RUBIO GARRIDO: “Comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2005 (RJ 2005, 1747). Acción directa en el contrato de obra. Aplicabilidad a subcontratos de cualquier grado. Ratio de la figura. Su supuesto de hecho. Naturaleza jurídica. Pretendida excepcionalidad de la norma. Forma de ejercicio de la facultad concedida por el art. 1597 CC. ¿Preferencia para el cobro? Excepciones oponibles. ¿Inmoviliza la acción directa el crédito del contratista?”, en CCJC, 2005, págs. 1321-1342; INFANTE RUÍZ: “Comentario a la Sentencia de 19 de abril de 2004 (RJ 2004, 1563). Acción directa de subcontratista contra el dueño de la obra. Responsabilidad solidaria del dueño de la obra y del contratista frente al subcontratista. Inversión de la

II.- LA ACCIÓN DIRECTA EX ART. 1597 C.C.

Curioso resulta que no sólo la acción directa se halle huérfana de regulación jurídica propia en nuestro Código civil, sino que, además, ni siquiera sea digna de ser denominada explícitamente como tal.

A lo largo de su articulado, podemos apreciar cómo el Código civil, en pocos y concretos casos, concede al acreedor la posibilidad de dirigirse, en su propio nombre, al deudor de su deudor y hacerse directamente pago de su crédito, sin pasar por el patrimonio del deudor intermedio. Concretamente, en tres⁴: el art. 1552, que permite al arrendador dirigirse directamente contra el subarrendatario por el precio del subarriendo y reparación de deterioros; el art. 1597, en relación al contrato de obra y que es objeto ahora de nuestro interés; y el art. 1722, que autoriza al mandante a accionar directamente contra el sustituto del mandatario.

Centrándonos en el estudio del art. 1597 C.c., éste establece: *“Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzado por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”*.

De este modo, el precepto, cuyo texto ha dado, da y seguirá dando tanto juego, establece la acción directa, como un eficaz medio de protección del crédito y una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor.

2.- Un breve apunte histórico

La doctrina⁵ coincide en que el art. 1597 C.c. es un precepto sin antecedentes remotos en nuestro Derecho histórico, siendo el art. 1798 del *Code* napoleónico, de redacción muy similar, su más directo precedente: *“Los albañiles, carpinteros y otros obreros que se hayan empleado en la construcción de un edificio o de otras obras hechas por precio alzado, no tienen acción contra aquél para el cual se han hecho las obras más que hasta la cantidad por la que éste resulte deudor para con el contratista, en el momento en que aquéllos interpongan su acción”*⁶.

carga de la prueba sobre la existencia del crédito del contratista frente al dueño de la obra. Reclamación hecha a través de requerimiento notarial. Prohibición de subcontratar”, en CCJC, 2005, págs. 149-170; VIVAS TESÓN INMACULADA: “La acción directa frente al dueño de la obra en caso de subcontratación sucesiva. Comentario a la STS de 31 de enero de 2005 (RJ 2005, 1747)”, en RDPat, 2005, núm. 15, págs. 285-289; FERNÁNDEZ ROMERO FRANCISCO JOSÉ: *La responsabilidad del promotor frente al subcontratista en el contrato de obra. Especial análisis de la Acción directa de los que ponen su trabajo y materiales contra el dueño de la obra*, Sevilla, 2006. ESTRUCH ESTRUCH: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2006 (RJ 2006, 258). Contrato de obra celebrado entre la Administración Pública y contratista privado. Subcontrato celebrado entre el contratista principal y un subcontratista privado. Resolución del subcontrato por paralización de las obras. Acción directa ex artículo 1597 del Código Civil contra el comitente y contratista principal. Ejercicio de la acción por el subcontratista. Exigencia por el subcontratista del pago del precio de la obra según el verdadero valor de la misma y de una ‘indemnización por paralización de equipos’; Demanda dirigida en la vía civil tanto contra el contratista principal como contra la Administración Pública comitente o dueña de la obra. Competencia de la jurisdicción civil. Inversión de la carga de la prueba. Condena solidaria de los demandados”, en CCJC, 2006, págs.1717-1740.

⁴- A los tres citados casos ha de sumarse, en el ámbito del contrato de seguro, la acción directa del perjudicado –o sus herederos– contra el asegurador para exigirle la indemnización (sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado) ex art. 76 LCS.

⁵- Por todos, RODRIGUEZ MORATA: *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, cir. pág. 22.

Repárese en que el precepto galo contempla la legitimación activa de la acción directa de un modo extensivo o amplio, atribuyéndola no sólo a “*los albañiles, carpinteros*”, sino también a “*otros obreros que se hayan empleado en la construcción*”, si bien se deduce que la norma está pensando sólo en aquéllos profesionales que realizan partidas de ejecución material de la obra, no trabajos intelectuales o de diseño de la construcción. También es digno de reseñar que el precepto contempla, exclusivamente, como forma de ejercicio de la acción, la judicial.

La primera referencia legislativa del precepto en nuestro peculiar proceso codificador puede encontrarse en el art. 1257 del Proyecto de Código civil de 1836: “*Los albañiles, carpinteros y otros operarios que han sido empleados en alguna obra hecha por ajuste no tienen acción contra aquél por cuya cuenta se ha ejecutado la obra, sino en concurrencia de lo que éste resultare debiendo al arquitecto o empresario cuando entablen su demanda*”.

Por su parte, el Proyecto de Código civil de 1851⁸ incorporaba un artículo, el 1538, en el que tanto por la redacción de su texto como por su ubicación sistemática, nuevamente se hacía patente su ascendencia francesa: “*Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por un empresario no tienen acción contra el dueño de ella, sino hasta en la cantidad que éste adeude al empresario cuando se hace la reclamación*”.

Como puede comprobarse, el artículo del Proyecto isabelino, a diferencia del modelo francés y de su predecesor español, ya no identifica concretamente a qué tipos de profesionales del ámbito de la construcción se les concede la legitimación activa de la acción directa, empleando un concepto muy genérico y omnicompreensivo, “*los que ponen su trabajo y materiales*”. Ello, permite interpretar que, entre tales profesionales, se pudieran encontrar no sólo los que realizan trabajos de ejecución material de la obra, sino también otros que hacen referencia a la definición previa de la misma, como proyectista o arquitecto. Por otro lado, se sustituye el término “*demanda*” por el de “*reclamación*”, el cual no presupone, necesariamente, su ejercicio vía judicial.

El Anteproyecto de Código civil de 1882-1.888 (en su artículo 53) adopta, de forma casi idéntica, el artículo 1538 del Proyecto de 1.851, con leves modificaciones de carácter puramente gramatical⁹.

Finalmente, el Código civil vigente recoge casi literalmente el precepto del Anteproyecto, para llegar a nuestros días, insólitamente intacto desde 1889, pese a la vertiginosa evolución y transformación socioeconómica del sector de la construcción, lo que ha

6.- “Les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d’un bâtiment, ou d’autres ouvrages faits à l’entreprise, n’ont d’action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits que jusqu’à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l’entrepreneur au moment où leur action est intentée”, reproducido literalmente por RODRÍGUEZ MORATA: La acción directa..., cit., pág. 26.

7.- LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación Española, Codificación Civil (Génesis e Historia del Código)*, Madrid, 1970, Vol. I, pág. 136 y Vol II, pág. 229.

8.- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t.III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial a cargo de F. Abienzo. Madrid, 1852, Reimpresión Barcelona, 1973, págs. 487 y 488.

9.- LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, cit, Vol. II, pág. 713.

generado una valiosa exégesis sociológica ex art. 3.1º C.c. por parte de los aplicadores del Derecho¹⁰.

2.2. La excepcionalidad de la norma: su ratio

El C.c. reconoce, en su art. 1597, el ejercicio de la acción directa a quienes ponen su trabajo o materiales (acreedores directos) contra el comitente o dueño de la obra (deudor de su deudor o subdeudor), para que puedan exigir en su propio nombre y por su cuenta exclusiva la obligación que tiene el subdeudor (comitente) frente al deudor principal (contratista).

Sin duda alguna, el recurso a la acción directa permite superar el obstáculo que implica el principio de relatividad contractual proclamado por el art. 1257 C.c. y que el propio legislador hace expresamente quebrar, de manera excepcional, con el objetivo de que un acreedor pueda cobrar lo que le adeudan¹¹.

Acerca de su fundamento, la STS de 11 de octubre de 1994¹² cita *“razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que «el deudor de mi deudor es también deudor mío», etc.”*

Sea cual fuere, definitivamente, el concreto fundamento, la ratio o finalidad de la norma es, sin duda, tutelar o salvaguardar los derechos de los terceros intervinientes en el proceso constructivo (cualquiera que sea la posición que ocupen dentro de la cadena de subcontratas y, en definitiva, de créditos derivados del mismo contrato de obra), que ven, de este modo, considerablemente aumentada su garantía de cobro frente al riesgo de insolvencia de su deudor¹³.

Y, realmente, se trata de un eficaz medio de protección del crédito y una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor, pues, se trata de la facultad de dirigirse el acreedor contra el deudor de su deudor o subdeudor, el dueño de la obra o comitente, sin necesidad de pasar por el patrimonio del deudor principal o intermedio (alejándose, de este modo, de la acción subrogatoria, oblicua o indirecta del art. 1111

¹⁰- La AP de Cádiz, en Sentencia de 15 de Noviembre de 2001 (JUR 2002, 35059), reconoce la importante labor de la jurisprudencia en la interpretación de la norma del 1597 C.c.: *“(…) Antes de abordar el examen pormenorizado de los motivos del recurso es conveniente destacar las aportaciones que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha hecho en la interpretación del artículo 1597 CC para resaltar su eficacia protectora de los derechos del último eslabón de la cadena, formado por quienes en fin y a la postre, poniendo su trabajo o sus materiales, son los verdaderos artífices de la obra y no ven satisfechos sus créditos por aquél que directamente les hubiera contratado. Compendio de esa jurisprudencia es la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997 que, tras destacar los caracteres de la acción directa contemplada en dicho artículo como “excepción al principio de relatividad del contrato” (con cita de la sentencia de 29 de abril de 1991), atiende a la realidad social de nuestros días, con la frecuente aparición de subcontratos encadenados, para justificar cómo “puede llegarse a la aplicación de la acción directa del artículo 1597 Código Civil con un planteamiento muy distinto al que se enfrentó el Código civil del año 1889”.*

¹¹- Subrayan el carácter excepcional de la norma, entre otras, las SSTs de 29 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7482), 15 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1698), 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 3068), 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10641), 12 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4093) y 2 de julio de 1997 (RJ 1997, 5474).

¹²- RJ 1994, 7479.

¹³- Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código civil*, Navarra, 2001, pág. 1842, dicha acción “se trata de una garantía que, en la práctica, se caracteriza ante todo por su propia debilidad para satisfacer los créditos de los acreedores directos. En rigor, más que una acción es un derecho o pretensión concedida a una acreedor frente al deudor de su deudor, por lo que puede ejercitarse judicial o extrajudicialmente”.

C.c.)¹⁴, de ahí el nombre que recibe la acción, causando la paralización del crédito de éste contra el comitente a partir del ejercicio de la acción (*acción directa imperfecta*)¹⁵, puesto que la reclamación directa de la deuda marca el momento a partir del cual el comitente no puede efectuar el pago, con plenos efectos liberatorios, ni directamente ni mediante consignación, a favor del contratista, al entenderse desaparecida, desde la reclamación, su buena fe¹⁶.

Repárese en la excepcionalidad que implica el reconocimiento legal de la acción directa: se establece una relación entre personas que no están unidas por ningún vínculo contractual¹⁷, en la cual el acreedor directo y el comitente no son acreedor y deudor respectivos, sino en tanto en cuanto lo sean en el contrato que a cada uno de ellos les une, personalmente, con su contratante inmediato, el contratista, sujeto común a ambos¹⁸, en cuya posición obligacional se entromete, legítimamente, el acreedor directo¹⁹.

De este modo, no obstante la inexistencia de relación contractual alguna, el acreedor actúa *iure proprio*, no, por tanto, en sustitución del deudor-contratista, contra el comitente, haciendo valer un derecho propio y autónomo que se suma al que posee también frente al contratista en virtud del contrato existente entre ellos.

2.3. Análisis de los presupuestos para el ejercicio de la acción

Dada la naturaleza excepcional de la norma al crear una suerte de vínculo a favor de los trabajadores, suministradores de materiales y subcontratistas del contratista de otro modo absolutamente inexistente, se precisa la necesaria concurrencia de unos presupuestos para el ejercicio (judicial o extrajudicial²⁰) de la acción directa contra el comitente o dueño de la obra, convenientemente precisados, fallo tras fallo, por nuestros tribunales.

14.- Como señala la AP de Ciudad Real, en sus SS. de 7 de abril de 1997 y 28 de junio de 2001 (JUR 2001, 250106), “se constituye así en una excepción al principio de relatividad de los contratos (artículo 1257 del Código Civil) e incluso al principio de igualdad de los acreedores, reforzándose el crédito de los legitimados para el ejercicio de la acción en cuanto, por un lado, pueden demandar no sólo a quien contrató con ellos sino también al deudor de éste, sin necesidad de hacer previa excusión de los bienes del contratista (lo que la diferencia de la acción subrogatoria u oblicua reconocida en el artículo 1.111 del Código), y por otro, otorga una preferencia absoluta frente a otros acreedores del dueño de la obra”. Acerca de la innecesaria previa excusión de los bienes del deudor se han pronunciado también las SS. de la AP de Guadalajara de 12 de diciembre de 1997 (AC 1997, 2383) y Guipúzcoa de 29 de febrero de 2000 (JUR 2000219363).

15.- Precisa BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código civil*, cit., págs. 1841 y 1842, que “dichas acciones son acciones directas imperfectas porque no entrañan una inmovilización del crédito del deudor principal (contratista) contra el subdeudor (comitente) desde el momento de su nacimiento, sino desde su ejercicio, por lo que los pagos efectuados después del nacimiento de la acción y antes de su ejercicio, son oponibles a los acreedores directos”.

16.- Así lo considera el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de julio de 1997 (RJ 1998, 216).

17.- Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código civil*, cit., pág. 1841, “se trata de una medida de carácter excepcional, por cuanto alterando el principio general de la relatividad de los contratos, pone en contacto a personas que no son parte en el mismo contrato”. En este mismo sentido, DIEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Madrid, 1990, pág. 446, la excepción a la regla del efecto relativo de los contratos podría resumirse en la frase “el deudor de mi deudor es también deudor mío”.

18.- Como señalan DIEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, cit., págs. 386 y 387, “es una acción directa la que se concede a los acreedores contra quien no es su deudor, pero sí del que es de ellos, y por razón de la misma obra, no por otra causa”.

19.- Tal idea es expresada por la ya citada S. de la AP de Ciudad Real de 28 de junio de 2001: “(...) el subcontratista puede reclamar directamente al dueño de la obra la deuda que éste tiene con el contratista, lo que supone que el que ejercita la acción directa se apropia en cierto modo de la situación que el contratista (acreedor) tuviera en la relación obligatoria al tiempo de efectuar la reclamación”.

20.- Sobre la doble posibilidad de su ejercicio, vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1997, S. de la AP de Guipúzcoa de 21 de febrero de 2000, AP de Ciudad Real de 28 de junio de 2001, ya citadas.

a) Existencia de un contrato de obra por ajuste alzado.

El legislador piensa, exclusivamente, en el contrato principal de obra²¹ por precio o ajuste alzado, no alcanzando, por tanto, a los contratos por unidad de medida o por administración, ni tampoco a los de ajuste alzado que admitan posteriores modificaciones de obra no consentidas por el comitente.

Sobre dicha modalidad del contrato de obra se pronuncia la Sentencia de la AP de Alicante de 13 de noviembre de 2002²²: “(...) como contrato ‘a tanto alzado’ se conoce aquella modalidad del arrendamiento de obra en el que la actividad a desplegar por el contratista comprende una o varias partes delimitadas de un proyecto o su totalidad, y cuyo precio que es único, alzado, se satisfará por el comitente en atención al producto la obra en su totalidad, como un conjunto global. Su contenido, dado que es campo natural para la autonomía de la voluntad ex artículo 1.255 CC se puede autorregular y, en este sentido, las partes, siempre con el límite objetivo que supone su intrínseca naturaleza, puede convenir por precio alzado la ejecución de cualquier obra, susceptible también de efectuarse a tanto por pieza o unidad de medida.

Se caracteriza por la concurrencia de tres requisitos objetivos:

a) La invariabilidad del precio.

b) La existencia de un presupuesto cerrado.

c) La asunción del riesgo por el contratista. Deben destacarse en este tipo de contrato: la invariabilidad y el carácter unitario del precio; la disociación entre precio y coste, de tal manera que éste le sirve a aquél de precio de referencia; y en cuanto a la prueba del carácter alzado, ha de señalarse que la jurisprudencia camina al dictado de los principios generales de la contratación, los de la prueba y los usos entre comerciantes, y, de este modo, mantiene que le corresponde a quien recibe la obra (el comitente) y que se niega eventualmente a pagar la demostración de que la cantidad que el contratista le reclama es excesiva; que la obra que se le entrega no se corresponde con la convenida; en su caso novada, o que el precio se pactó cerrado y, como contrapeso al contratista, le corresponderá la prueba del valor del aumento de su coste, así como que la voluntad contractual común fue convenir un precio abierto(...).”

Así las cosas, el precio es “alzado” en tanto en cuanto las partes se mueven dentro de los parámetros de precios previamente configurados con carácter general, tratándose de un precio “cerrado” y general para la obra²³.

21.- Dicho requisito hace referencia al contrato entre promotor y contratista. Así lo viene a reconocer la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 25 de julio de 2002 (JUR 2002, 253781) cuando establece que “(...) La dicción literal del artículo 1.597 Código Civil al hablar de los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, está poniendo de relieve que esta exigencia del precio alzado ha de darse en el contrato entre promotor y constructor, no entre este último y el subcontratista... y que así mismo tiene el carácter de cerrado, fijo y no revisable durante el periodo de ejecución de las obras, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.593 del Código Civil(...)”.

22.- JUR 2003, 18854.

23.- En este sentido, la ya citada S. de la AP de Valencia 25 de julio de 2002, que recoge la siguiente definición de precio alzado: “(...) es un precio alzado total y que asimismo tiene el carácter de cerrado, fijo y no revisable(...)”.

Diversamente, el contrato de obra “a tanto por unidad de medida o por piezas ejecutadas”, como contrafigura del anterior, aparece como una relación contractual cuyo precio se fija y satisface por cada unidad de medida o pieza ejecutada y entregada de la total obra a realizar, en la que la obra por unidad de medida, el todo, tiene una única, propia, absoluta y continua identidad cualitativa, mientras que la parte representa un concepto numérico o cuantitativo que se sustenta sólo sobre una razón de extensión o concreción, y que, por ello, deviene esencialmente mensurable.

Esta forma de contrato exige, como elemento constitutivo de su naturaleza, que las partes lo hayan previsto expresamente, constituyéndose, así, esta previsión contractual expresa en un requisito determinante para la existencia de esta modalidad contractual y la aplicación consiguiente del art. 1592 C. c., que se refiere a la posibilidad de que una obra se reciba por partes y se pague en proporción. Dicho pacto permitirá la contemplación diferenciada de la obra, de manera tal que el único y global contrato de ejecución vendrá a disgregarse en una serie de contratos parciales de arrendamiento de obra, de forma que cada uno de ellos tendrá por objeto la realización de una pieza o unidad o clase de la obra total.

En este sentido, hemos de manifestar que el contrato bajo esta modalidad de precio no se encuentra (por la propia previsión explícita de su texto) incluido en el ámbito de aplicación del art. 1597 C.c. En consecuencia, se excluye la aplicación de la acción directa.

La justificación de esta exclusión se encuentra, a nuestro juicio, en el hecho de que el precio alzado otorga, *ab initio*, certeza e invariabilidad (conforme a un plano o proyecto técnico detallado y un presupuesto cerrado) al crédito del contratista²⁴. Por el contrario, en un contrato cuyo precio se pacta por unidad de medida, con la consiguiente división de la obra en partes diferenciadas, ello no ocurre así²⁵.

b) Legitimación activa para ejercitar la acción.

El art. 1597 Cc. confiere acción directa, exclusivamente, a los que ponen su trabajo (material o intelectual, por cuenta ajena o autónomo)²⁶ y materiales en una obra (efectivamente utilizados o no en la obra, pues basta con haber sido entregados al contratista²⁷).

24.- Según el Tribunal Supremo en su temprana Sentencia de 11 de junio de 1928: “(...) si se exige el precio alzado de la contrata, como precio y esencial de la acción debatida, es para fijar un punto de partida en las responsabilidades del propietario y un fondo de disponibilidades y derechos del contratista, susceptibles de ser aprovechado por los proveedores de éste, en tanto en cuanto se verifique el suministro, no se reciba su importe y no se pague tal precio alzado por el propietario(...)”.

25.- En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código civil*, cit., pág. 1842, al señalar: “el art. 1597 habla de obra ajustadamente, por lo que podría pensarse que sólo cuando se trate de una obra por ajuste o a tanto alzado tiene aplicación el art. 1597. Sin embargo, el requisito de que el crédito del contratista sea cierto y determinado desde su inicio queda cumplido tanto si el precio de la obra principal se determina por el sistema de precio alzado, como si lo está por unidades de obra, siempre que, en este último caso, resulten también determinadas el número de unidades a ejecutar por el contratista”.

26.- Acerca de la amplitud de la expresión legal, vid. LUCAS FERNANDEZ: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, (dir. por Manuel Albaladejo), T. XX, vol. II, *sub* art. 1597, Madrid, 1986, págs. 447 y 453; DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ: *Derecho de la construcción*, cit., pág. 305 y SALVADOR CODERCH: *Comentario del artículo 1597. Comentario al Código Civil*, Tomo II, Madrid 1991, pág. 1207.

27.- En este sentido, LASARTE ALVAREZ: *Principios de Derecho civil*, cit., pág. 357.

Sin embargo, la letra de la ley, una vez más, se ha visto superada, sobremanera, por la propia dinámica de la praxis.

Respecto a la cuestión de la legitimación activa prevista, de forma tan limitada, en el precepto, siempre estuvo latente la duda en relación a si los subcontratistas podían ejercer la acción directa contra el dueño de la obra, esto es, si los subcontratistas podían reclamar al dueño de la obra por el dinero que el contratista les adeudase, en virtud de la obra en la que colaboraron. Nada aporta el art. 1597 C.c., que ni siquiera ha previsto el supuesto de hecho de la subcontratación de obra, *“tal vez -como ya señaló tempranamente la STS de 29 de junio de 1936²⁸-, porque en su época fuera balbuciente o poco usual esa modalidad contractual”*.

Un importante sector de la doctrina abogó por una interpretación finalista de la norma, considerando que el art. 1597 C.c. concedía la facultad de reclamación directa a los asalariados del contratista, a los suministradores de materiales de construcción y, por extensión, a todas aquellas personas que hubieran contribuido, bajo la garantía del contratista principal, en la ejecución de la obra, como es el caso de los subcontratistas, los no dependientes que ponen su trabajo y materiales y los asalariados del subcontratista de obra²⁹.

Por su parte, nuestro Tribunal Supremo, compartiendo dicha interpretación doctrinal del art. 1597 C.c.³⁰, incluye como titulares de la acción directa tanto a los subcontratistas que han puesto trabajo y materiales en la obra como a los que ponen su trabajo y materiales para el subcontratista, quienes, de este modo, gozan de dicha acción directa contra el dueño de la obra así como de la acción *ex contractu* contra su deudor, el contratista, que pueden ser condenados solidariamente al pago de la deuda, reconociéndose su ejercicio más allá del primer subcontratista en caso de subcontratas de obra sucesivas o encadenadas³¹.

Acerca de la interpretación doctrinal y jurisprudencial acerca de quiénes son los verdaderos titulares de la acción contenida en el art. 1597 C.c., resulta interesante destacar el fallido Proyecto de Ley 121/000043, de 12 de abril de 1994³², por el que se

28.- RJ 1936, 1491.

29.- Entre ellos, SÁNCHEZ CALERO: *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, págs. 259-263; SALVADOR CODERCH: *Comentario del Código civil*, sub art. 1597, cit., pág. 1207; LUCAS FERNÁNDEZ: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., págs. 445 y 446 y O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2001, pág. 1700.

30.- El Tribunal Supremo ha utilizado diferentes argumentos para extender la acción directa al subcontratista, a pesar de no estar mencionado en el precepto:

a) Interpretar extensivamente el término *trabajo* utilizado en tal precepto, considerándolo no sólo en el sentido de trabajo manual y asalariado sino en sus más variadas acepciones; así en las SSTs de 26 de Junio de 1936 y 13 de Abril de 1926.

b) El enriquecimiento injusto del dueño de la obra a costa de aquéllos, como sucede con la STS de 29 de Abril de 1991.

31.- Así, entre otras muchas, las SSTs de 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 3068), 12 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3572), 5 de julio de 1994 (RJ 1994, 6429), 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7479), 10 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1915), 2 de julio de 1997 (RJ 1997, 5474), 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 119), 16 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1570), 26 de junio de 1998 (RJ 1998, 3016), 28 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4115), 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9358) y 6 de junio de 2000 (RJ 2000, 4402).

32.- Doc. Núm. 115, BOCG Congreso. Serie A.Nº58-1, de 12 de abril de 1994.

perseguía reformar la normativa de Código civil en materia de contratos de servicios y de obra, ya que dicha propuesta de modificación preveía una norma que pretendía aclarar la cuestión de la legitimación activa³³.

Efectivamente, el párrafo 2º del art. 1589 del Proyecto disponía: *“En las obras ajustadas por precio alzado, el subcontratista y los que suministren los materiales tendrán acción directa contra el comitente hasta la cantidad que éste adeude al contratista cuando se haga la reclamación. El pago hecho atendiéndola no podrá ser tachado de indebido por el contratista si hubiere tenido conocimiento de ella y no se hubiere opuesto fundadamente”*.

Como observamos, con dicha redacción se pretendía establecer, con claridad, los titulares de la acción contenida en el art. 1597 C.c, reducidos, como puede comprobarse, a los subcontratistas y a los proveedores de materiales, fórmula que solventaba, además, la duplicidad normativa existente en cuanto a las cantidades debidas a los trabajadores asalariados, las cuales pueden ser exigidas a través de otros medios más efectivos que el establecido en el art. 1597 C.c., a saber, los arts. 32 y 42.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Así las cosas, conforme al vigente art. 1597 C.c. (pues, como es sabido, dicho Proyecto, desafortunadamente, no prosperó) y, sobre todo, a su exégesis doctrinal y jurisprudencial, ha de decirse que, cualquier tercero que, a través de su trabajo o entrega de los materiales, haya colaborado con el contratista en el cumplimiento de la obligación de ejecutar la obra está legitimado para interponer una acción de reclamación de deuda, en forma directa, contra el dueño de la obra.

En todos y cada uno de los diferentes supuestos que tienen encaje en el art 1597 C.C. puede utilizarse el mismo fundamento para justificar la concesión de la acción directa³⁴, esto es, la conexión funcional de relaciones obligatorias. En la subcontratación de obra, las relaciones obligatorias que integran el “grupo contractual” o unión jurídica de contratos son, funcionalmente, dependientes entre sí.

c) Concatenación de deudas y límite hasta la cantidad concurrente

Como presupuesto básico de la acción directa, la jurisprudencia requiere *“la existencia de dos deudas concatenadas: una del dueño de la obra en favor del contratista principal, y otra de éste para con el subcontratista, deudas que han de tener su origen y causa en la misma ejecución de la obra”*³⁵.

33.- Según apunta CORDERO LOBATO: “Notas al proyecto de ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra”, en RDP, 1995, pág. 881.

34.- RODRÍGUEZ MORATA: *La acción directa como garantía personal...*cit. pág. 127.

35.- Sentencia de la AP de Ciudad Real de 28 de junio de 2001, ya citada anteriormente.

Se plantea si dicha concatenación ha de existir en el supuesto, cada vez más frecuente, de subcontratas de obra sucesivas y, en particular, si puede el segundo (o último) subcontratista reclamar al primer comitente o dueño de la obra por la parte que éste todavía pudiera adeudar, por razón de la misma, al contratista principal-subcomitente, sin que éste (o cualquier otro intermedio) sea deudor de su subcontratista anterior, deudor del reclamante.

En tal supuesto, para que pueda operar, con éxito, la reclamación directa de la deuda, debe existir una cadena ininterrumpida de acreedores-deudores y consiguientes impagos en los eslabones anteriores que permita, partiéndose de la empresa subcontratista acreedora, ir retrocediendo o subiendo –como mejor se prefiera- eslabones, deudores unos de otros, hasta llegar, incluso, siempre que no se produzca una quiebra de la máxima romanista *“debitor debitoris mei debitor meus es”* en cualquiera de los eslabones (la cual impediría el ascenso, deteniéndose la acción), al dueño de la obra deudor del precio de la misma, tal y como vino a expresar, por vez primera, la ya antigua STS de 29 de junio de 1936, iniciadora de una línea jurisprudencial apoyada en el fundamento e interpretación del art. 1597 C.c. y confirmada por otras más recientes³⁶.

Así, pues, rota la cadena en alguno de sus eslabones ante la inexistencia (debidamente acreditada) de un débito (extinguido por pago o por cualquier otro medio extintivo), no procede reclamación directa alguna³⁷.

Naturalmente, existe una limitación objetiva en cuanto al monto de deuda a reclamar, pues el acreedor puede reclamar directamente contra el comitente (o contratista anterior) sólo hasta la cantidad que éste adeude al contratista (o subcontratista) al momento de efectuarse la reclamación, como precisa el propio art. 1597 C.c.

d) Existencia y exigibilidad de los créditos concatenados a la fecha de la reclamación

¿Es necesario que el crédito, en cuya virtud se acciona, deba estar vencido o bastaría que fuese cierto?

³⁶- SSTS de 31 de enero de 2002 (RJ 2002, 2097) y 31 de enero de 2005 (RJ 2005, 1747), así como, en la jurisprudencia menor, SS AP de Cáceres de 11 de octubre de 2002 (JUR 2002, 283898), que señala: *“(…) si hay una cadena de contrato de obra y subcontratos de la misma, desaparece la acción directa cuando uno de los contratantes o subcontratantes no debe nada al siguiente, rompiéndose así la cadena. La razón de ello, como se ha apuntado, se halla en el fundamento de la acción directa y en la interpretación del art. 1597 C.C. y ésta ha sido la interpretación que ha dado esta Sala en la Sentencia (...) de 29 de junio de 1936 que dice literalmente: el aludido derecho entiéndase personal en su módulo y efectos al practicarlo, cuando como en el caso, ocurren sucesivas subcontratas, habrá que seguir su orden inverso -según se ha efectuado- hasta el propietario, que resultará obligado subsidiariamente (sic), o en defecto de quienes le precedan, pero siempre que en todos se dé la circunstancia condicional o característica mencionada en el precepto de ser deudores unos de otros, porque si alguno de los interferidos no lo fuera, quebraría el vínculo denominador común de la responsabilidad por solución valladar de su exigencia: es decir que el sub empresario acreedor de otro con quien el contrato podrá ante la falta de pago de éste, reclamar del locador en tanto tal empresario sea a su vez deudor del contratante moroso y así hasta el dueño; mas por igual motivo que si el propietario por haber pagado totalmente al contratista suyo ya no habría de suplir obligaciones del mismo, el locador que estuviere finiquitado con su sucedáneo en la empresa, tampoco tiene que afrontar lo debitado por éste, ya que a idéntica razón corresponde la misma norma jurídica y ninguna autoriza que quien pagó bien, contra todo principio de equidad, lo haga dos veces”.*

³⁷- En este sentido, SALVADOR CODERCH: *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 1208 y LASARTE ALVAREZ: *Principios de Derecho civil*, cit., pág. 357.

En el caso enjuiciado por la STS de 31 de enero de 2005, existiendo una cadena de contrato de obra y subcontratos de la misma, la acción ejercitada por la empresa acreedora no consiguió prosperar, al no ser posible retroceder o pasar más allá de su propio deudor, único obligado al pago de la cantidad reclamada por la realización de los trabajos subcontratados, dado que el eslabón de la cadena inmediatamente anterior a éste, su subcontratante, no era deudor de su, a su vez, subcontratante, rompiéndose, de este modo, la cadena.

En nuestra opinión y según el sentir mayoritario (no, por tanto, unánime) de la doctrina³⁸ y la jurisprudencia, tanto el crédito del contratista contra el comitente como el del obrero, proveedor o subcontratista contra el contratista han de ser existentes y exigibles en el momento de la formulación de la reclamación, sin que sea precisa la previa y acreditada insolvencia del deudor principal y la persecución de sus bienes, por no tratarse de una pretensión subsidiaria (dato éste que la separa de la acción subrogatoria), si bien el acreedor directo debe observar un requisito de diligencia mínima, a fin de evitar la arbitrariedad que, en caso contrario, podía caracterizar el ejercicio de la acción: la previa constitución en mora del deudor principal³⁹.

De este modo, la acción directa se ejerce contra el dueño de la obra no en su carácter de obligado subsidiario, hasta el punto de que es perfectamente posible ejercitar simultáneamente la acción directa contra el dueño de la obra y la acción *ex contractu* contra el contratista exigiéndole el pago de la deuda, razón por la cual no requiere, para que opere la reclamación directa, que, previamente, el contratista haya caído en insolvencia⁴⁰.

Sobre la conveniente intimación al deudor ha incidido la tan esperada Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la cual incorpora⁴¹, a nuestro Derecho interno, la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, y acomete la difícil tarea de conjugar el principio de seguridad jurídica y defensa de los derechos del acreedor con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar⁴².

En relación a su ámbito de aplicación, el art. 3 de la Ley establece: “1. Esta Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas (el subrayado es nuestro)”. Teniéndose en cuenta que, a los efectos de esta Ley, se considera “empresa” a cualquier persona, física o jurídica, que

38.- Una voz discrepante es, verbigracia, la de RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, cit, pág. 99.

39.- Consideran conveniente la intimación de la mora, entre otros, RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, cit, pág. 98 y ÁNGEL YAGÜEZ: *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección...*, cit, págs. 52 y 53 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código civil*, cit., pág. 1842.

40.- Entre otros, LASARTE ALVAREZ: *Principios de Derecho civil*, cit., pág. 357 y DIEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, cit., pág. 387, para quienes “la acción directa tiene como presupuesto una obra contratada por precio alzado, y no hay indicio legal de que sea subsidiaria, es decir, que exija su ejercicio la previa insolvencia de contratista. Puede ejercitarse -añaden los autores- simultáneamente contra el contratista una acción personal en exigencia de lo que se debe, y la acción directa contra el comitente, respondiendo ambas indistintamente o *in solidum*, aunque la responsabilidad del comitente se limita a la suma que fija el artículo 1597 Cc.”.

41.- BOE núm. 314, de 30 de diciembre.

42.- Acerca de ella, *vid.* ALFARO AGUILA-REAL: “La nueva regulación del crédito comercial: una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad”, en *www.indret.com*, julio 2005; AYALA MUÑOZ: “La aplicación de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad a los contratos de las Administraciones Públicas celebrados antes de 2005”, en *La Ley*, 2006, págs. 1346-1350; SORIANO GARCÍA: *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa. Grupos de presión, captura del regulador y Administración Pública ante las relaciones comerciales*, Madrid, 2006; MARTÍ SÁNCHEZ: “La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre”, en *Act. Civil*, 2007, págs. 853-890 y BRACHFIELD: *La lucha contra la morosidad. Las leyes europeas y españolas contra la morosidad desafiadas y su aplicación práctica*, Madrid, 2007.

actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional, no entrará, por tanto, en su ámbito de aplicación, el particular que contrata la ejecución de una obra para su domicilio particular, sin ánimo de una posterior venta o transmisión.

Las medidas concretas que la Ley establece son, en síntesis, las siguientes:

1) El plazo para el pago del precio debido por los bienes entregados o servicios prestados, cuando no se haya pactado otro por las partes (si bien, éste queda sujeto a revisión judicial⁴³), será de treinta días (art. 4), el cual se contará:

a) Desde la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, salvo que, legalmente o por pacto, proceda la aceptación o conformidad por parte del deudor, en cuyo caso el plazo de treinta días se contará a partir de la fecha en que tenga lugar dicha aceptación o conformidad.

b) Desde la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente, siempre que fuere posterior a las anteriores.

2) Transcurrido el plazo pactado o bien el subsidiario de treinta días establecido por la Ley, se devengarán a favor del acreedor y a cargo del deudor intereses de demora de forma automática, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor (art. 5). El deudor sólo quedará relevado de la obligación de pagar dichos intereses cuando el acreedor no haya cumplido por su parte con sus obligaciones contractuales y legales, o cuando el deudor justifique que no es responsable del retraso (art. 6).

3) El tipo de interés de demora será el fijado en el contrato (siempre sujeto a revisión judicial) y, en defecto de pacto, el que publique el Ministerio de Economía y Hacienda para cada semestre, que será el aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación incrementado en siete puntos porcentuales (art. 7).

4) El acreedor tendrá derecho, además, a reclamar al deudor una indemnización razonable por los costes de cobro debidamente acreditados, siempre que este último incurra en mora, salvo que no sea responsable del retraso en el pago o el coste de cobro haya sido cubierto por la condena en costas del deudor (art. 8, precepto que no aclara, oportunamente, cómo deben acreditarse debidamente dichos costes de cobro ni cual es la tipología de gastos a imputar al moroso).

⁴³- Según la Exposición de Motivos de la Ley, "se trata de desplazar a los usos del comercio que hayan venido consagrando plazos de pago excesivamente dilatados. El plazo de exigibilidad de la deuda y la determinación del tipo de interés de demora establecidos en la Ley son de aplicación en defecto de pacto entre las partes; ahora bien, se establece en este punto una importante particularidad en el sentido de que el juez podrá modificar los acuerdos que, valoradas las circunstancias del caso, resultaran abusivos para el acreedor al efecto de que no queden amparadas determinadas prácticas de tal clase que pudieran imponer a éste, en beneficio del deudor, plazos de pago más amplios o tipos de interés de demora inferiores a los previstos en la propia Ley."

Así las cosas, a la luz de la nueva regulación para combatir la morosidad (especialmente novedosa en cuanto a los casos de suministro de material para las obras, así como de ejecución de partidas –vgr. instalación eléctrica, solería, estructura, reformas-, en los que se impone un plazo de ejecución concreto), no tiene sentido alguno plantearse si es aplicable (naturalmente, en el caso de sujetos que entren dentro de su ámbito de aplicación), como requisito de ejercicio que el deudor incurra en mora, ya que ello se producirá, como acabamos de ver, automáticamente.

La existencia y exigibilidad de la deuda a la fecha de su reclamación para que ésta sea procedente deben ser suficientemente acreditadas.

Conforme a las normas generales de prueba, la carga correspondería al reclamante de la deuda, a quien puede resultarle imposible acreditar dicho punto, pues desconoce las relaciones internas entre dueño de la obra y contratista, mientras que el demandado, sí tiene a su alcance la sencilla prueba de lo que ha pagado y si ha pagado totalmente a su contratista. Es por ello por lo que se invierte la carga de la prueba, siendo el comitente (o contratista anterior) quien deba demostrar suficientemente tener saldada la deuda o sólo una parte de ella, sufriendo, en su caso, las consecuencias procesales de la falta de prueba de que ha pagado⁴⁴.

Así lo pone de manifiesto la AP de Guipúzcoa de 21 de febrero de 2000: “(...) *La Jurisprudencia tradicional había señalado que compete al actor la carga de probar la existencia del crédito (STS. 13 abril 1926 y 13 marzo 1930). La doctrina ha dulcificado esa exigencia razonando que el desconocimiento de la relación jurídica entre el contratista y el dueño de la obra podría impedir el ejercicio de la acción en otro caso. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 22 diciembre 1992 entiende que los hechos constitutivos de la acción se refieren únicamente a la existencia de puesta de trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista y que éste no los abonó, correspondiendo el dueño de la obra la demostración de que no adeudaba nada al contratista, lo que armoniza mejor con la reciente orientación de los principios de distribución de la carga de la prueba orientados en torno a la disponibilidad de las partes de los medios probatorios (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988, 23 de septiembre de 1989 y 8 de marzo de 1991)*”.

Es pacífico, pues, que corresponde la prueba al legitimado pasivamente por la acción, inversión de la carga probatoria que parece acomodarse a un principio de eficacia de la reclamación basada en el precepto que comentamos y que parece auspiciar, en el ámbito de la construcción, la necesidad de documentar o formalizar por escrito todos los pagos que se produzcan como consecuencia de la ejecución de una obra.

¿*Quid* si el dueño de la obra requerido alega no tener deuda pendiente con el contratista en el momento de la reclamación al haber hecho efectivo el pago de la misma con una letra de cambio o pagaré de vencimiento posterior a la reclamación realizada por el titular de la acción directa?

⁴⁴.- SSTs de 2 de julio de 1997 (RJ 1997, 5474), 28 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4115), 6 de junio y 27 de julio de 2000 (RJ 2000, 4402 y 9179) y 18 de julio de 2002 (RJ 2002, 6261).

Dada la frecuente utilización de tales documentales mercantiles como instrumentos de pago, nuestros tribunales han debido enjuiciar numerosos casos en los que surgía el interrogante apenas formulado y ha de decirse que, en ellos, la jurisprudencia ha sido uniforme, en el sentido de configurar un cuerpo de doctrina que, para determinar si entre dueño de la obra y contratista permanecía subsistente la deuda al momento de la reclamación, acude, con base en el art. 1170 C.c., a la fecha de realización efectiva del pago.

Así se pronunció nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de enero de 1998, en relación a un pago efectuado mediante letra de cambio: *“(...) la mera aceptación de la cambial no libera de su obligación al comitente, hasta su pago sigue siendo deudor del precio de la obra. Es claro en este sentido el artículo 1.170, párrafo 2º, Código Civil al disponer que la entrega de letras de cambio, entre otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o se hubiesen perjudicado por culpa de acreedor. Este precepto posee naturaleza dispositiva, porque nada se opone a que las partes puedan dar a la entrega misma los efectos jurídicos del pago, circunstancia que no se ha probado que concurra en el caso litigioso”*.

Acerca de ello se pronunciaba, con gran claridad, la AP de Cádiz en su Sentencia de 15 de noviembre de 2001: *“(...) Como elemento esencial del recurso, alega el apelante no tener deuda pendiente con el contratista en el momento de la reclamación. Como bien indica el juzgador de instancia, si bien en el momento de dictarse la resolución recurrida, la apelante parece haber abonado todas las cantidades derivadas del contrato al contratista, la determinación de si existe o no dicha deuda debe referirse, no a la fecha de la sentencia, sino a la fecha de la reclamación realizada por el tercero, ya que así lo indica el artículo 1597 C.C. al establecer que la responsabilidad del dueño de la obra se extiende “hasta la cantidad de que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”, y así, partiendo de la fecha de presentación de la demanda, en la cual se realiza no un mero requerimiento, sino una plena reclamación, resulta acreditado que en dicha fecha existían una serie de cantidades pendientes de pago al contratista por parte de la apelante superiores a las deudas reclamadas, aun cuando las mismas hubiesen sido incorporadas a letras de cambio de fechas anteriores aun no vencidas. Ello plantea el tema de la situación del promotor o dueño de la obra frente al subcontratista cuando con anterioridad a la reclamación había aceptado letras al contratista aun no abonadas. Tal cuestión ha sido abordada por la jurisprudencia de nuestro TS, en sentencias entre otras de 28 de enero de 1998, en la cual establece que “la mera aceptación de la cambial no libera de su obligación al comitente, hasta su pago sigue siendo deudor del precio de la obra. Es claro en este sentido el Artículo 1.170, párrafo 2º, CC. al disponer que la entrega de letras de cambio, entre otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o se hubiesen perjudicado por culpa de acreedor.” Este mismo criterio de la no oponibilidad al subcontratista que reclama del comitente con fundamento en el Artículo 1.597 CC la obligación de pago de cambiales que le había aceptado antes al contratista para pago de la obra, lo mantuvo nuestro Tribunal Supremo ya en la sentencia de 11 de diciembre de 1.992 indicando asimismo que es “Cierto que el aceptante corre el riesgo de pagar dos veces (al tercero que acciona alegando*

el Artículo 1597 y al tenedor de la cambial), pero tal riesgo, aparte de que se debe a una conducta personal y voluntaria del aceptante y de nadie más, se corrige con la acción de enriquecimiento injusto que después del pago puede ejercitar contra el contratista.”, por todo lo cual y rechazados todos los motivos del recurso, procede la íntegra confirmación de la sentencia de instancia(...).”⁴⁵

III.- EL RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 32/2006, DE 18 DE OCTUBRE⁴⁶

3.1. Introducción.

En los anteriores epígrafes nos hemos ocupado de uno de los efectos clásicos de la subcontratación, cual es el ejercicio de la acción directa en el contrato de obra, cuya figura supone la única referencia sustantiva que a esta institución realiza el Código Civil en sede de dicho contrato. En ésta línea, debemos poner de manifiesto que la figura de la subcontratación en el contrato de obra no ha tenido una regulación íntegra y compacta, como sí por ejemplo ha existido en derecho francés⁴⁷.

La entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre se autoproclama como reguladora del sector de la subcontratación. Si bien esta pretendida pretensión de globalidad, debemos reconocer que es una norma de marcado carácter social, ocupándose sólo de un aspecto “civil”, -complementario del régimen expuesto del Código Civil-, al establecer limitaciones al régimen contractual privado. Así, si bien hasta el momento, se venía admitiendo la posibilidad de pactar voluntariamente la prohibición de la subcontratación⁴⁸ (práctica ciertamente inusual), la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción establece severas limitaciones al encadenamiento de contratos de obras de construcción⁴⁹. Con el fin de evitar la dramática siniestralidad laboral que vive este sector, dicha Ley ha venido a regular los excesos producidos en la cadena de subcontratación⁵⁰, especialmente, en

⁴⁵- En este mismo sentido se pronuncian, entre otras, las SS. de la AP de Barcelona de 15 de julio de 2002, en relación a la entrega de pagarés y AP de Valencia, Sección 8ª, de 25 de julio de 2002.

⁴⁶- BOE DE 19 DE OCTUBRE DE 2006, con entrada en vigor el pasado mes de abril. Entre los trabajos bibliográficos que ya han tenido ocasión de ver la ley, destacamos: MERCADER UGUINA/ARAGÓN GOMÉZ: *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Madrid, 2007 y PEDRAJAS MORENO/LÓPEZ GARÍA DE LA RIVA: “Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, en www.tirant.es.

⁴⁷- Ley número 75/1334 de 5 de diciembre de 1975.

⁴⁸- En relación al pacto de prohibición de la subcontratación sin el consentimiento de la empresa promotora *vid.* STS de 19 de abril de 2004 (RJ 2004, 1563), comentada por INFANTE RUÍZ, en *CC/C*, núm. 67 enero-abril 2005.

⁴⁹- Por “*obra de construcción*” debe entenderse cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil, detallando la Ley que será de aplicación a los trabajos de excavación, movimiento de tierras, construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamientos o instalaciones, transformación, rehabilitación, reparación, desmantelamiento, derribo, mantenimiento, conservación y trabajos de pintura y limpieza, así como saneamiento (art. 2).

⁵⁰- La Ley introduce, por primera vez, una definición legal de la subcontratación, estableciendo que es la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado (art. 3, h)). La identificación, pues, de la subcontratación con el arrendamiento de obra o servicio es clara, al menos con la eficacia sectorial que tiene la nueva Ley.

relación a las garantías mínimas en el orden de calidad, prevención de riesgos laborales y profesionalidad de muchas de las empresas que forman parte de la cadena.

A estos efectos, se establecen, en la Ley, una serie de cautelas o medidas para asegurar un uso racional de la subcontratación, que no menoscabe los derechos de los trabajadores e implique asimismo unos mínimos de calidad en los servicios prestados.

En concreto y por lo que se refiere a la óptica civil, la Ley partiendo, como norma general, de la libre e ilimitada subcontratación (pues se trata de un mecanismo expresivo de la libertad de empresa), restringe, cuantitativamente, el número de posibles subcontratistas por cada uno de los “escalones” determinados en el art. 5 de la misma: el promotor podrá contratar tantos contratistas como estime necesario y los contratistas podrán contratar con empresas subcontratistas la ejecución de los trabajos comprometidos; sin embargo, sólo los dos primeros subcontratistas podrán a su vez subcontratar, estando limitada esta posibilidad a partir del tercero de ellos, que ya no podrá subcontratar (salvo en casos muy tasados)⁵¹, al igual que el profesional autónomo. Excepcionalmente, con independencia del nivel de subcontratación de que se trate, no cabe pactar una nueva subcontratación cuando la empresa subcontratista se limite a aportar para la ejecución de la obra sólo personal y, en su caso, herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles. Y ello con independencia de que equipos de otras empresas le apoyen en su ejecución⁵².

Con independencia de lo anterior, es digno de alabanza que la Ley de subcontratación establece una serie de requisitos de calidad y solvencia de aplicación a todas las empresas y profesionales participantes en la subcontratación (se instituye un Registro de Empresas Acreditadas, dependiente de la autoridad laboral competente de cada Comunidad Autónoma cuyo desarrollo y régimen jurídico se contiene en el recién aprobado Real Decreto 1009/2007 de 24 de agosto, desarrollo reglamentario de la ley).

Por su parte la Ley de subcontratación reviste todo el proceso de subcontratación de unas determinadas exigencias de transparencia y documentación especiales (p. ej. es novedosa la obligación de todo contratista de disponer de un Libro de Subcontratación, el cual deberá permanecer en todo momento en la obra y en donde se harán constar todas las subcontrataciones realizadas en relación a dicha obra hasta su finalización, con el fin de fomentar la calidad en el trabajo y garantizar el cumplimiento de la normativa en materia de salud y seguridad laboral).

3.2. Las distintas novedades de la Ley y el Real Decreto que la desarrolla.

Tanto la Ley de Subcontratación como el de Real decreto 1109/2007 de desarrollo que fue aprobado por el Gobierno el pasado día 24 de agosto de 2007 introducen algunas

51.- *Vid.* art. 5.3 de la Ley.

52.- *Vid.* art. 5.3, letra f) de la Ley.

cuestiones novedosas en nuestro ordenamiento jurídico con respecto al sector de la subcontratación, como hemos adelantado en el epígrafe anterior.

Dicho Real Decreto concreta los aspectos más importantes de la ley al desarrollar, entre otras medidas, el registro de empresas acreditadas, cuya puesta en marcha es competencia de las Comunidades Autónomas. En él deberán inscribirse todas las empresas que participen en procesos de subcontratación en obras de construcción. Ello servirá para acreditar los requisitos de solvencia y calidad exigibles a las empresas contratistas y subcontratistas.

Dichos requisitos pasan por la obligación de disponer de la infraestructura necesaria para el desarrollo del negocio así como de una organización preventiva adecuada a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales así como por la exigencia de contar con unos recursos humanos debidamente formados en materia de seguridad y salud laboral.

El Reglamento establece una serie de reglas concretas para aplicar y comprobar que las empresas cumplen con su obligación de tener parte de su plantilla con el carácter de “fija”. Durante los primeros 18 meses, al menos el 10% de los trabajadores de cada empresa de la construcción deberán ser fijos. Transcurrido ese tiempo, el porcentaje mínimo de trabajadores con contrato indefinido será del 20%. Cuando la norma lleve en vigor 36 meses, al menos el 30% de los trabajadores de cada empresa del sector tendrán que ser fijos.

El desarrollo reglamentario de la ley también determina la forma, (habilitación por la autoridad laboral) y régimen de funcionamiento del libro de subcontratación, un registro que deberá implantarse en todos los tajos. En esos libros deberán figurar todas y cada una de las empresas que han intervenido o intervienen en las obras, así como el objeto de cada contrato, la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista y sus planes de seguridad.

El Real Decreto de desarrollo de la ley, fruto del consenso social, simplifica además las obligaciones documentales exigibles a las empresas del sector. El objetivo de esta medida es facilitar la gestión administrativa de las obras mediante la supresión de trámites burocráticos.

Alguna de estas novedades no están directamente relacionadas con nuestro análisis, si bien consideramos de interés realizar primero una referencia global de las mismas, centrándonos finalmente en la que afecta más íntimamente al objeto de nuestro estudio, cual es la creación de un nuevo régimen de ordenación y limitación del número de contratos de subcontratación.

De forma esquemática, el siguiente cuadro recoge las obligaciones exigidas por la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción, así como el momento en que serán exigibles:

| Obligaciones exigidas por la Ley de Subcontratación y Real Decreto de desarrollo (Reglamento) | |
|---|---|
| Obligación | Exigibilidad |
| <p>1. Requisito de solvencia y calidad empresarial Las empresas contratistas y subcontratistas deben:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Disponer de infraestructura y medios adecuados para llevar a cabo la actividad y ejercer directamente la dirección de los trabajos. - Acreditar que su personal dispone de la formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales. - Acreditar que cuenta con una organización preventiva adecuada. | Obras cuya ejecución se inicie a partir del 19/04/07 |
| <p>2. Requisito de estabilidad en el empleo: Las empresas contratistas y subcontratistas deben disponer de un porcentaje mínimo de trabajadores indefinidos</p> | Desde la entrada en vigor del reglamento, esto es, desde 25 de agosto de 2007, y conforme al régimen transitorio que se determina en el mismo |
| <p>3. Registro de Empresas Acreditadas</p> | Transcurrido un año desde la entrada en vigor del reglamento, esto es desde 25 de agosto 2007. |
| <p>4. Cumplimiento de los límites en el régimen de subcontratación establecidos en la Ley</p> | Obras cuya ejecución se inicie a partir del 19/04/07 |
| <p>5. Disponer cada empresa contratista del Libro de Subcontratación .</p> | El Reglamento determina el modo y condiciones de habilitación del Libro. Artículos 13 a 16 y Anexo III. |
| <p>6. Cada empresa contratista debe dar acceso al Libro de Subcontratación a todos los agentes que intervienen en la obra, Coordinador de Seguridad y Salud y representantes de los trabajadores en la obra</p> | Cada vez que se anote una subcontratación. |
| <p>7. Informar a los representantes de los trabajadores de todas las empresas de la obra sobre todas contrataciones o subcontrataciones de la misma</p> | Desde el 19/04/07. |

Nos referimos a continuación de forma concisa a los aspectos mencionados:

3.2.1. El requisito de solvencia y calidad empresarial. Según la novedosa normativa que estamos analizando las empresas contratistas y subcontratistas deben acreditar el cumplimiento de las siguientes obligaciones :

- 1) Disponer de infraestructura y medios adecuados para llevar a cabo la actividad, y ejercer directamente la dirección de los trabajos.
- 2) Acreditar que su personal cuenta con la formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales.
- 3) Acreditar que disponen de una organización preventiva adecuada.

Como se observa, ninguno de estos requisitos es nuevo. La novedad consiste en que debe acreditarse su cumplimiento a la empresa contratante (y a la autoridad laboral, mediante su inserción en el Registros de Empresas Acreditadas).

La acreditación de este requisito dependerá del momento que se considere:

a) Hasta la puesta en funcionamiento efectivo de los Registros de Empresas Acreditadas, las empresas que contraten o subcontraten deberán vigilar el cumplimiento de estos requisitos por sí mismas. Podría entenderse cumplida esta obligación, por ejemplo, adjuntando al contrato de ejecución de obra una declaración relativa al primer requisito, así como documentación acreditativa de que la empresa cuenta con una organización preventiva y certificación de que su personal dispone de formación en materia de prevención de riesgos laborales.

b) Después de que los Registros estén en funcionamiento, las empresas contratistas y subcontratistas cumplirán esta obligación solicitando certificación de que las empresas con las que contratan están inscritas en el Registro.

Las empresas que no cumplan el requisito de solvencia tendrán las responsabilidades establecidas en las disposiciones sociales para cada incumplimiento. Por ejemplo, quien no forme a su personal en prevención de riesgos laborales incurrirían en una infracción grave. Además, las empresas que contraten con otras empresas que no hayan acreditado el cumplimiento de estos requisitos incurrirían en infracciones (graves o muy graves, según la actividad desarrollada) en materia de prevención de riesgos laborales, y responderán solidariamente de cualesquiera obligaciones laborales y de Seguridad Social que correspondan a la empresa contratada (artículo 7.2 de la Ley). Esta responsabilidad es adicional a las ya establecidas en la legislación social, como la prevista en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores para la cesión ilegal de trabajadores, que podría apreciarse cuando se den los supuestos previstos en el mismo, y que guardan relación con los requisitos previstos en el artículo 4.1 de la Ley.

3.2.2 La obligación de estabilidad en el empleo. Las empresas que habitualmente realicen trabajos en el sector de la construcción deberán contar con un porcentaje mínimo de trabajadores contratados con carácter indefinido:

- No inferior al 10% desde la entrada en vigor del Reglamento de desarrollo de la ley (25 de agosto de 2007) hasta el 18 de octubre de 2008.
- No inferior al 20% desde el 19 de octubre de 2008 hasta el 18 de abril de 2010.
- No inferior al 30% desde el 19 de abril de 2010.

Es importante referirnos a qué se entiende por “empresas que habitualmente realicen trabajos”, como contratista o subcontratista. El artículo 11 del Real Decreto 1109/2007 de 24 de agosto, de desarrollo de la Ley, establece que se entenderá que concurre dicha habitualidad en los siguientes casos:

a. Que la empresa se dedique a actividades del sector de la construcción. Si la empresa es de nueva creación, deberán cumplir con la normativa de aplicación a partir del sexto mes natural desde el inicio de su actividad.

b. Que durante los 12 meses anteriores haya ejecutado 1 o más contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, cuya duración acumulada no sea inferior a los seis meses.

3.3.3. El Registro de empresas acreditadas. Es un Registro que debe crearse en cada Comunidad Autónoma (así como en Ceuta y Melilla) y que servirá para acreditar que las empresas contratistas y subcontratistas han aportado los datos y documentos exigibles sobre su solvencia, su disposición de una organización preventiva adecuada y de unos recursos humanos con la formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales.

Al Registro de Empresas Acreditadas le corresponderán, entre otras, las siguientes funciones:

- Tramitar los procedimientos relativos a solicitudes de inscripción, renovación, variación de datos y cancelación.
- Expedir las certificaciones sobre las inscripciones registrales existentes.
- Dar acceso a los datos obrantes en el Registro a cualesquiera personas o entidades.

Según prevé el Reglamento de desarrollo de la Ley, una vez inscrita la empresa, la inscripción tendrá validez por un período de tres años, debiendo solicitarse la renovación dentro de los seis meses anteriores a la finalización de esa “fecha de caducidad”.

3.2.4. El Libro de subcontratación. El Libro es exigible al contratista, siempre que pretenda subcontratar parte de la obra a empresas subcontratistas o trabajadores autónomos. Su regulación detallada se realiza en los artículos 13 y siguientes del Real decreto 1109/2007 de 24 de agosto. Es un Libro habilitado por la Autoridad Laboral (el modelo se contiene en el Anexo III del Real decreto 1109/2007 de 24 de agosto) en el que el contratista debe reflejar, por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos, todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en la obra con empresas

subcontratistas y trabajadores autónomos. Su finalidad es realizar el control y seguimiento del régimen de subcontratación, y el contratista deberá tenerlo presente en la obra, mantenerlo actualizado y permitir su acceso al promotor, a la dirección facultativa y al coordinador en seguridad y salud durante la ejecución de la obra, a las empresas y trabajadores autónomos de la obra, a los técnicos de prevención, a los delegados de prevención y representantes de los trabajadores de las empresas que intervengan en la obra, y a la Autoridad Laboral.

El libro debe ser conservado por el contratista durante los cinco años posteriores a la finalización de su participación en la obra.

En cuanto al momento de su exigibilidad, según el Reglamento de desarrollo de la Ley, habrá que distinguir tres situaciones:

- Desde el 19 de abril debe cumplimentarse, al menos, la ficha que figura en el anexo de la Ley 32/2006, de 18 de octubre.
- Durante los tres meses siguientes a la entrada en vigor del reglamento que desarrolla la Ley, (desde 25 de agosto de 2007) podrá utilizarse tanto la ficha como el modelo de Libro de Subcontratación que regula dicho reglamento.
- Transcurridos tres meses desde la entrada en vigor del Reglamento, deberá utilizarse obligatoriamente el modelo de Libro de Subcontratación.

3.2.5. Los límites aplicables al régimen de la subcontratación. Es este quizás el aspecto de la nueva normativa que se encuentra más directamente relacionado con el objeto de nuestro estudio.

Debemos decir en primer lugar que la nueva ley establece (artículo 3) una definición de subcontratista como *“la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución”*.

Sobre dicha definición, en conjunción con la que realiza el mismo artículo sobre la subcontratación es necesario realizar una serie de comentarios:

En primer lugar, la subcontratación aparece como una relación jurídica naturalmente derivada, complementaria o auxiliar de la principal, entre contratista y promotor. En éste sentido, se convierte en un medio natural en el sector de cumplimiento de la prestación que corresponde al contratista, (salvo que se excluya expresamente).

En segundo lugar, la subcontratación presupone una traslación del riesgo empresarial, en el sentido de que el contratista aparece como garante (frente a la propiedad) de innumerables obligaciones *ex contrato de obra*, que luego traslada al subcontratista.

En tercer lugar, se constata la consideración del subcontratista como organización productiva intrínseca al contrato de obra.

Con estas mencionadas notas el subcontratista se presenta como un elemento definitorio y connatural del contrato de obra, en el sentido de converger dicho contrato en una relación tripartita, promotor, contratista, subcontratista. En éste contexto, la Ley de subcontratación en su artículo 5 procede a limitar el régimen contractual de la subcontratación en aras a la protección de los derechos de la seguridad y salud en el trabajo.

Dichas limitaciones se traducen en el sentido siguiente:

Con carácter general:

- *El promotor puede contratar directamente con quien estime oportuno.*
- *El contratista podrá contratar con las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos la ejecución de los trabajos contratados con el promotor.*
- *El primer y segundo subcontratista podrán contratar los trabajos que tengan contratados excepto cuando su organización productiva consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra.*
- *El tercer subcontratista no podrá subcontratar.*
- *El trabajador autónomo no podrá subcontratar.*

Con carácter excepcional:

- *El subcontratista -cuando su organización productiva consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra- no podrá subcontratar. Sin embargo excepcionalmente, podrá contratar alguna parte de obra con terceros en caso fortuito debidamente justificado, por exigencia de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que pudieran atravesar los agentes intervinientes, a juicio de la dirección facultativa.*
- *Deberá en este caso hacerse constar por la dirección facultativa su aprobación previa y las causas motivadoras en el Libro de Subcontratación.*

A la luz de este régimen limitativo es interesante referirnos a cuál sería el efecto civil de aquéllas relaciones contractuales que se estipulen contradiciendo lo dispuesto en el artículo 5 mencionado.

Nuestra opinión, en principio, es que las empresas afectadas (desde la contratista hasta la última subcontratista afectada) incurrirían en infracciones graves o muy graves en materia de prevención de riesgos laborales. Además, responderían solidariamente de cualesquiera obligaciones laborales y de Seguridad Social que correspondan a ésta última empresa subcontratista (artículo 7.2 de la Ley). Esta responsabilidad es adicional a las ya establecidas en la legislación social.

Con independencia de lo anterior, y expresamente desde el punto de vista civil, debemos referirnos a los efectos que tendrían los subcontratos que se formalizaran contradiciendo la norma del artículo 5 de la Ley de subcontratación. En principio, establece el artículo

6.3 del Código Civil que *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*.

De la literalidad del precepto, podría sostenerse que los subcontratos formalizados fuera de los límites del artículo 5 de la ley de subcontratación podrían ser nulos de pleno derecho de acuerdo a los designios del artículo 6.3 del Código Civil, por contradecir una norma que aparece como imperativa, cual es la del artículo 5 de la Ley (que se expresa en tales términos en su articulado: *deberá, podrá..*). Esta aseveración nos llevaría al convencimiento de que tales relaciones (por el efecto de la nulidad) no darían origen a la posibilidad de ejercicio de la acción directa, cuyos requisitos hemos analizado detenidamente en la primera parte de nuestro trabajo.

Sin embargo, toda regla general necesita de matizaciones. Sobre ello, es de destacar lo que establece el Tribunal Supremo (por todas Sentencia de 18 de junio de 2002, RJ 2002\5224) al referirse a los actos contrarios a ley.

“Esta Sala tiene declarado, con relación al alcance del artículo 6.3 del Código Civil, que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad que debe ser interpretado, no con criterio rígido, sino flexible, por lo que no cabe admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad, y que el artículo 6.3 no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que ha lugar a clasificar los actos contrarios a la Ley en tres distintos grupos:

- 1) Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la Ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio;*
- 2) Actos contrarios a la Ley, en los que ésta ordene, a pesar de ello, su validez, la cual, en cuyo caso, se reconocerá a estos actos «contra legem»; y*
- 3) Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, respecto a los cuales el Juzgador debe extremar su prudencia, tras analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, o la sanción de la nulidad si concurren transcendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público (SSTS de 28 de julio de 1986 [RJ 1986, 4621], 17 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7293] y 29 de octubre de 1990 [RJ 1990, 8265]).”*

Los efectos que conllevaría la infracción de los designios del artículo 5 de la Ley de Subcontratación se situarían por tanto en el ámbito de la interpretación judicial, al encontrarnos ante la aplicación de un artículo que no formula *“declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez”*.

Por ello, y como conclusión, las consideraciones del Tribunal Supremo nos llevan a reconocer, que nuestro discurso de nulidad se situaría en el punto 3 de la sentencia reproducida, quedando amparados los efectos de dicha nulidad a salvaguarda de la interpretación práctica que los tribunales de justicia realicen en el futuro inmediato sobre dicho artículo 5, y sobre su ámbito de aplicación.

La propuesta de Reglamento de la Unión Europea sobre los Servicios Públicos de Transporte por ferrocarril y carretera¹

Jean Christophe García-Baquero Lavezzi
Delegación de la Junta de Andalucía - Bruselas

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses se han sentado las bases para que dentro de poco tiempo vea la luz uno de los expedientes comunitarios que más tiempo de negociación ha necesitado: el futuro Reglamento sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. Todos los condicionantes son favorables para que cinco años de negociaciones lleguen a su fin. Sin embargo, estos cinco años han sido un fiel reflejo de la propia evolución de la UE y en particular, de la concepción de la política europea de transportes, sus fundamentos (claros para la mayoría de los Estados miembros) y sus límites, (aspecto donde cada Estado miembro defiende sus intereses y su propia concepción de lo que debe ser la UE).

La formulación de la nueva propuesta de Reglamento del Consejo y del Parlamento Europeo sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera COM (2000) 7 final, responde a una situación y a una evolución de la política de transportes en la UE que en los años setenta no existía todavía. El Reglamento (CEE) 1191/69 de 26 de junio de 1969 relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, modificado por el Reglamento (CEE) 1893/91, es el régimen aún vigente. En los años 70, cuando la política europea de transportes estaba en sus inicios, la regulación de dichas obligaciones de servicio público se hizo desde el prisma del régimen de las ayudas de estado; el fin primordial era establecer que las compensaciones por obligaciones de servicio público (en adelante OSP) que cumplieran los requisitos de este Reglamento no constituirían ayudas de estado incompatibles con el Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE), en particular con el régimen de las ayudas de estado.

El respeto de las normas de competencia no es un tema del todo ajeno a los transportes, ya que sin reglas de competencia no existe un sistema de transportes eficaz en la UE, que haga realidad el mercado interior.

La política de transportes no contaba con un programa tan preciso como el actual y la regulación de las OSP se hizo desde el punto de vista necesario en aquellos años.

¹.- Quisiera agradecer a D. Jesús Izarzugaza Uriarte, Consejero de la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, por su valiosa ayuda.

Pero actualmente, la política de transportes es más fuerte, tiene unos nuevos objetivos y responde a nuevas realidades. La evolución de la política europea de transportes ha provocado una nueva situación que requiere replantear la reglamentación de las obligaciones de servicio público. En suma, la nueva propuesta tiene el mismo fin, hacer que las normas de competencia (y dentro de ellas las normas de ayudas de estado) se cumplan en el sector de las OSP de transporte público de pasajeros, pero desde un punto de vista nuevo: la apertura del mercado, es decir, la liberalización del transporte público de pasajeros

Y precisamente en este último punto es donde los Estados miembros han mostrado sus límites en la liberalización de estos servicios (y por ende, en la política comunitaria de transportes), haciendo valer el principio de subsidiariedad. Esta cuestión capital es la que ha llevado cinco años: acordar entre la mayoría a través de la propuesta de Reglamento la manera en que se estructura la liberalización de los servicios públicos de transportes de pasajeros, cuestión que puede ser más compleja en los Estados descentralizados.

2. RÉGIMEN VIGENTE

2.1 Marco institucional

En el artículo 2 del TCE se establece que la Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, entre otros objetivos, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad. En el artículo 3.1 f) se incluye una política común en el ámbito de los transportes como herramienta para dichos fines.

El título V del TCE (artículos 70-80) está dedicado a la política común de transportes. El artículo 71.1 establece el objeto de la legislación en este ámbito:

- Normas comunes aplicables a los transportes internacionales efectuados desde el territorio de un Estado miembro o con destino al mismo o a través del territorio de uno o varios Estados miembros;
- condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes podrán prestar servicios de transportes en un Estado miembro;
- medidas que permitan mejorar la seguridad en los transportes
- cualesquiera otras disposiciones oportunas.

Sin embargo, el artículo clave dentro de este título para las OSP es el artículo 73 TCE: “serán compatibles con el presente Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas **obligaciones inherentes a la noción de servicio público.**»

2.2 Régimen actual

Las administraciones públicas responsables de la gestión y la planificación del transporte

público de pasajeros, sea cual sea, han tenido que velar para que los ciudadanos gocen de accesibilidad. Y ello les ha llevado a conservar servicios de transportes que no eran rentables a través de la figura de la imposición de una obligación de servicio público (OSP) a un operador de transporte, que disfruta como contrapartida de una compensación y/o un derecho exclusivo.

Este tema, a priori, de competencia nacional, donde juega, por tanto, el principio de subsidiariedad de la acción comunitaria², empieza a interesar a la Comisión, fiel guardiana de los Tratados, cuando se empiezan a plantear dudas sobre la compatibilidad de las compensaciones por OSP con uno de los temas que más controversias genera entre la Comisión y los Estados miembros: las ayudas de Estado.

Como se ha mencionado con anterioridad, en el artículo 73 del actual TCE se expresa la compatibilidad con el Tratado de las ayudas que correspondientes al reembolso de obligaciones inherentes a la noción de servicio público. Pero faltaba por establecer a nivel comunitario un concepto de las obligaciones de servicio público, que como veremos, tuvo carácter restrictivo.

En primer lugar, se aprobó la Decisión 65/271/CEE, de 13 de mayo de 1965, relativa a la armonización de determinadas disposiciones que inciden en la competencia en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera por vía navegable. Esta Decisión versa sobre los numerosos campos que pueden incidir en la libre competencia en el ámbito de los transportes, tal y como dicha competencia estaba planteada en aquellos años. En su exposición de motivos, menciona la intervención de los Estados en los transportes, y afirma la conveniencia de adoptar medidas relativas a la *“reducción, en la medida de lo posible, de las obligaciones de servicio público”*, y a *“una compensación equitativa de las cargas derivadas que se mantengan”*. El tenor del artículo 5.1 refrenda esta idea afirmando que *“las obligaciones inherentes a la noción de servicio público impuestas a empresas de transportes sólo deberán mantenerse en la medida en que su mantenimiento sea indispensable para garantizar la prestación de los servicios de transportes suficientes. Los Estados miembros procurarán alcanzar este objetivo por medio de una acción concertada según los principios comunes que serán definidos antes de julio de 1967”*.

El punto 2 del artículo 5 establece que la *“compensación de las cargas de las empresas de transporte derivadas del mantenimiento de las obligaciones contempladas en el apartado 1 deberá efectuarse según los métodos comunes”*. Por último, el artículo 6 establece que *“a partir del 1 de julio de 1967, las cargas que recaigan sobre los transportes y se deriven de la aplicación de los transportes de viajeros de precios y condiciones de transportes impuestos por un Estado miembro en beneficio de una o de varias categorías sociales particulares, deberán ser objeto de compensaciones determinadas con arreglo a los métodos comunes”*.

2.- Según el artículo 5 del protocolo nº 30 del Tratado TCE, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad de 1997: “Para que la actuación comunitaria esté justificada, deberán reunirse ambos aspectos del principio de subsidiariedad: que los objetivos de la acción propuesta no pueden ser alcanzados de manera suficiente mediante la actuación de los Estados miembros en el marco de su sistema constitucional nacional y, por consiguiente, pueden lograrse mejor mediante una actuación de la Comunidad.”

Dichos métodos comunes se establecieron en el Reglamento (CEE) 1191/69 de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable. Es necesario precisar que dicho Reglamento se refiere a mercancías y pasajeros

Este texto, modificado más adelante para incluir a los entes regionales y locales, es el texto vigente que rige a nivel comunitario las OSP en los transportes de pasajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable. Es preciso mencionar que para dicho fin se eligió el instrumento legal más vinculante que existe en derecho comunitario: un Reglamento. En su exposición de motivos, se enmarca el tenor del Reglamento en un contexto determinado, asumiendo que uno de los objetivos de la política común de transportes es *“la eliminación de las desigualdades debidas a la imposición a las empresas de transporte, por parte de los Estados miembros, de obligaciones inherentes a la noción de servicio público, que falsean sustancialmente las condiciones de la competencia”*.

La exposición de motivos muestra, además, la clara intención del Reglamento de suprimir las OSP salvo las indispensables, categoría que se obtendrá en función “de la oferta y la demanda” y de las “necesidades de la colectividad”. No obstante, se precisa que dicha eliminación de las OSP no contemplará ni el precio ni las condiciones de transportes que se hayan impuesto a empresas en interés de una o varias categorías sociales.

Merece especial atención la Sección Primera que comprende las disposiciones generales. El anterior mensaje se repite en el artículo 1.1, donde se reitera que la supresión por parte de los Estados miembros de las obligaciones inherentes a la noción de servicio público, definidas en el presente Reglamento e impuestas en los sectores por ferrocarril, carretera y vía navegable. Según su apartado 2, dichas obligaciones se podrán mantener si son indispensables para una correcta red de transportes. Su apartado 3, afirma que el apartado 1.1 no se aplicará a los precios y condiciones de transporte impuestos por un Estado miembro en beneficio de una o varias categorías sociales. Su apartado 4 establece que las cargas relativas al mantenimiento de las OSP del artículo 1.2 y la aplicación de los precios y condiciones de transportes del artículo 1.3, darán derecho a una compensación que se regirá por unos métodos comunes que se establecen en el mismo Reglamento.

El artículo 2 define la obligación de servicio público desde la perspectiva de la empresa; en efecto, en el articulado 2.1 se afirma que las OSP serán las que una empresa no asumiría, o no lo haría en las mismas condiciones, siguiendo criterios comerciales. Según artículo 2.2 la OSP incluye la obligación de explotación, transporte y tarificación. El resto del artículo 2 define cada una de estas obligaciones. Así, a grandes rasgos, una obligación de explotar supondrá una labor de eficacia de dicho transporte; la obligación de transportar conllevará un efectivo transporte de **mercancías o pasajeros** y la obligación tarifaria supone la aplicación de precios establecidos por la autoridad pública.

La Sección Segunda establece el primer paquete de principios comunes para la supresión o mantenimiento de OSP, abarcando del artículo 3 al 8. Según el artículo 3 es el Estado miembro el que decide el mantenimiento de una OSP o parte de ella, optando siempre por la que suponga un menor coste si existiera más de una opción. Si bien son los Estados miembros los que deciden el mantenimiento de una OSP ya existente, basándose en la regla general de obligación de supresión de las mismas del primer artículo, el artículo 4 carga con la petición de anulación de la OSP a las empresas que consideren que el mantenimiento de las mismas supone una desventaja económica, concepto que se define y se regula en el artículo 5. En el artículo 6 se establece para las empresas el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del Reglamento para la presentación de las mencionadas solicitudes de supresión, y equilibra esta carga estableciendo que las decisiones tanto de mantenimiento como de supresión de OSP llevarán aparejadas compensaciones que se calcularán según los métodos comunes contemplados en los artículos 10 al 13.

Estas normas conllevan que el Estado miembro mantiene o suprime las OSP que las empresas hayan incluido en sus solicitudes.

La Sección IV se refiere a los métodos comunes de compensación y regula el cálculo de las mismas (artículos 10 a 13). La Sección V, con un único artículo (14), establece que el criterio para establecer nuevas obligaciones de servicio público tras la entrada en vigor de este Reglamento es la indispensabilidad de la misma para la provisión de un servicio suficiente, mediando compensación si suponen una desventaja económica tal y como se trata la misma en el Reglamento. Media la exclusión de este régimen para los precios y condiciones de transportes por circunstancias sociales.

El artículo 19 establecía la aplicación del Reglamento a empresas **nacionales** de ferrocarriles (incluyendo un listado de las empresas) y su no aplicación a las empresas dedicadas a otros tipos de transporte **que efectúen principalmente transportes de carácter local o regional**.

Por último, cabe destacar que las compensaciones resultantes de este Reglamento se dispensarán de la obligación de información previa establecido en el actual artículo 83.3 del TCE (notificación de la ayudas de Estado)

El objetivo de ambos textos (Decisión y Reglamento) es la supresión de las obligaciones de servicio público que no sean realmente tales, sin duda con un fin de cargar a las empresas con obligaciones necesarias. El Reglamento establece con más detalle, siguiendo el mandato de la Decisión, una armonización bajo un régimen de principios comunes rectores de las prestaciones por las OSP por transportes de pasajeros y mercancías que se mantengan por los Estados miembros siguiendo criterios de eficacia y necesidad.

Sin embargo, este Reglamento fue modificado por el Reglamento (CEE) n° 1893/91 del Consejo de 20 de junio de 1991 por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1191/69 relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones

inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.

La reforma radica en una nueva formulación del artículo 1 (donde suprime el artículo 19) y la redacción de una nueva Sección V.

En efecto, el Reglamento 1893/91 derogó el artículo 19 del Reglamento de 1969, suprimiendo así la no aplicación del Reglamento a las empresas de dimensión principalmente local y regional. Sin embargo, estableció en su artículo 1, modificando a su vez el artículo 1 del Reglamento del 69, que "los Estados miembros podrán excluir del ámbito de aplicación del presente Reglamento a las empresas cuya actividad se limite exclusivamente a la explotación de servicios urbanos, de cercanías o regionales". En efecto, derogó una cláusula de no aplicación pero la sustituyó por el recurso a una excepción de aplicación.

Además, en el nuevo artículo 1 conceptúa los servicios urbanos y de cercanías como los servicios de transporte que cubran las necesidades de un centro urbano o de una aglomeración y la demanda de transporte entre este centro o aglomeración y su periferia. En segundo lugar, el Reglamento considera los servicios regionales como los servicios de transporte destinados a cubrir las necesidades de transporte de una región.

El nuevo artículo 1.3 reitera el objetivo del Reglamento al establecer que los Estados miembros suprimirán dichas obligaciones. Sin embargo la principal novedad radica en los apartados 4 y 5 del mismo artículo primero, ya que modifican el régimen de las OSP que no se supriman. Mientras que el Reglamento 1191/1969 establece el pago de compensaciones por las OSP, el Reglamento 1893/91 establece en el nuevo artículo 1.4 que el Estado miembro **por motivos ambientales, sociales, de ordenación del territorio o a favor de determinadas categorías sociales, para garantizar servicios de transportes suficientes, podrá celebrar contratos de servicio público** con las empresas de transportes, bajo unas condiciones que se establecen en el nuevo texto de la Sección V. **Es decir se introduce por primera vez y como opción el concepto de contrato de servicio público. No obstante, al referirse a categorías amplias que pueden motivar una OSP, se puede entender el contrato de servicio público como el método general de regulación de las mismas.**

Sin embargo, según el reformulado artículo 1.5, las autoridades competentes de los Estados miembros también **podrán mantener o imponer las obligaciones de servicio público para los servicios urbanos, de cercanías o regionales de transporte de viajeros, reguladas según las secciones II, III y IV del Reglamento de 1969**, cuya dinámica consiste, como ya se ha mencionado, en el pago de una compensación por una OSP mantenida o impuesta. **Es decir, cuando la OSP (cuyas causas se incluyen en el artículo 1.4) tenga una dimensión urbana o regional, el Reglamento permite recurrir al régimen del mantenimiento/imposición de obligaciones. En definitiva, el Reglamento concede libertad al Estado miembro.**

El Reglamento (en el artículo 1.5) establece normas precisas de gestión si una empresa de transporte explota al mismo tiempo servicios sujetos a OSP y otras actividades, (por ejemplo, separación de cuentas) y suprimir algunas normas contables en el método de compensación.

Por último el nuevo artículo 1.6 permite a los Estados miembros la no aplicación de este régimen de supresión y/o mantenimiento de OSP para los precios y condiciones de transportes impuestas en el interés de una o varias categorías sociales.

La sección V, reguladora de la imposición de OSP nuevas bajo el Reglamento de 1969, se sustituye por una nueva Sección V llamada “Contrato de servicio público” que comprende un nuevo artículo 14. Esta sección comprende una noción de contrato de servicio público y su contenido, cuestión no contemplada en el Reglamento 1969.

Así un contrato de servicio público es un contrato celebrado entre las autoridades competentes de un Estado miembro y una empresa de transporte a fin de ofrecer al público servicios de transporte “suficientes”, en los que se puede incluir servicios de transporte bajo normas de continuidad, regularidad, capacidad, servicios complementarios, servicios a precios y condiciones determinados en especial para determinadas categorías de viajeros o para determinadas conexiones y finalmente la posibilidad de adaptar los servicios a las necesidades reales.

Además, un contrato de servicio público deberá incluir los siguientes puntos:

- a) las características de los servicios ofrecidos, y principalmente las normas de continuidad, regularidad, capacidad y calidad;
- b) el precio de las prestaciones a que se refiera el contrato y las modalidades de las relaciones financieras entre las dos partes (en vez de recurrir al régimen de compensaciones);
- c) las normas para ampliar o modificar el contrato;
- d) la duración del mismo;
- e) las sanciones en caso de incumplimiento del mismo.

Es necesario resaltar la manera en que trata el Reglamento el nivel local y regional, ya que las autoridades de estos niveles no tienen ningún poder directo reflejado en el Reglamento (no se menciona a la autoridad competente, sino al Estado miembro para la imposición de OSP o la celebración de contratos de servicios públicos). Además, son los Estados miembros los que pueden excluir de ámbito de aplicación de este Reglamento a las empresas que se dediquen exclusivamente a los servicios locales y regionales, según el artículo 1.1. Es una clara apuesta por la subsidiariedad, donde el Estado miembro tiene plena potestad.

De manera esquemática, el régimen de OSP es el siguiente:

- OSP por motivos ambientales, sociales o espaciales: posibilidad de contrato de Servicio Público, regulado en el Reglamento 1893/91. Es una posibilidad, entendida como regla ordinaria. El Estado miembro podría recurrir al régimen de imposición/mantenimiento de OSP.

- OSP de dimensión urbana, de cercanías o regionales (causadas por los motivos antes mencionados): existe la posibilidad de recurrir al régimen de imposición/mantenimiento de OSP, pero al ser una posibilidad, también se puede recurrir a un contrato, aunque el tenor del artículo es claramente favorable al régimen de imposición/mantenimiento de OSP. Además, existe a su vez la posibilidad de que un Estado miembro excluya de la aplicación del Reglamento a las empresas de transporte exclusivamente local y regional. El poder lo tiene el Estado miembro como destinatario del Reglamento.

Como resumen podemos afirmar que el artículo 73 del TCE establece la compatibilidad con el Tratado de las ayudas relativas al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público. Como segundo paso, el Reglamento 1191/69 desarrolla este artículo a través de un régimen regulador de las compensaciones por las OSP que se mantengan o se impongan, que será modificado por el Reglamento 1893/91 donde se recurre también como posibilidad a los contratos de servicio público para las OSP.

Este era el régimen, un tanto complejo, que respondía a las necesidades del sector en un momento, donde los operadores de los servicios de transportes no salían de su ámbito nacional, regional o local. Sin embargo, esta situación ha cambiado mucho durante los últimos años.

3. LOS MOTIVOS DE LA NUEVA PROPUESTA DE REGLAMENTO

El régimen antes expuesto empezó a finales de los noventa a mostrarse inadaptado a la realidad de la situación motivada por varios elementos, que se suceden y retroalimentan. Por ello, la Comisión presentó la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo **sobre la intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable COM (2000) 7 final** (en adelante propuesta de Reglamento del 2000).

Los motivos que motivaron este documento se pueden clasificar de la siguiente manera:

a) Motivos económicos

En primer lugar, es la economía la que experimentó un cambio. El sector del transporte público de pasajeros ha sido un sector cubierto en gran medida por la propia administración del Estado miembro (también empresas públicas) o por empresas nacionales, bajo régimen de monopolio. Sin embargo, en los 90, algunos Estados miembros empezaron a abrir sus mercados a operadores de otros Estados miembros. Según la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento del 2000, 11 Estados miembros habían, hasta el año 2000, iniciado la apertura en algunos casos de sus

mercados de autobús, autocar o ferrocarril urbano (entre ellos, España), y 5 habían lo habían hecho en el sector del ferrocarril convencional. Dicha apertura se hizo de diferentes maneras, desde la desregulación británica con excepciones, que consiste en no otorgar ningún derecho exclusivo, a la llamada competencia regulada, en la que se otorgan compensaciones o se conceden derechos exclusivos mediante concurso y por un período de tiempo.

Debido a la competencia regulada, por aquellos años se fue incrementando la presencia de empresas que querían prestar sus servicios en más de un Estado miembro. Como consecuencia, la dimensión regional y local fue cobrando mayor fuerza en el sector de la contratación pública en el transporte público de pasajeros, debido a la voluntad de dichas empresas de participar en la prestación de servicios en esos niveles administrativos. La incipiente competencia transnacional en los servicios públicos de transporte de pasajeros era novedosa y no había sido contemplada por el Reglamento en vigor, que si bien regula los contratos de servicio públicos, no establece el modo de adjudicar un contrato (adjudicación directa o licitación). Como veremos más adelante, este vacío legal causa una cierta confusión sobre la aplicación de dicho Reglamento si lo relacionamos con la normativa comunitaria de contratación pública.

Es importante recordar que el transporte público de pasajeros no se rige por criterios estrictamente económicos. Existe la obligación por parte de la administración de garantizar trayectos poco rentables pero importantes desde un punto de vista social y económico. La OSP es la herramienta que pone en práctica esta realidad, que tiene como consecuencia la concesión de compensaciones o derechos exclusivos a las empresas que se encarguen de dichos trayectos. Estas ayudas públicas eran muy difíciles de alcanzar para las empresas que tenían intención de prestar servicios en otros Estados miembros, lo que motivó diversos recursos ante el TJCE³. Con la legislación actual, las excepciones a la contractualización eran numerosas, sobre todo a nivel regional y local, y las empresas de otros Estados miembros no podían optar a prestar los servicios. Ello motivó una necesidad de mayor transparencia en la contratación pública para hacer posible un auténtico libre mercado europeo en la prestación de servicios de transportes públicos.

Resulta interesante consultar datos de la UE 25 en el sector del transporte terrestre⁴. Con datos de 2004, los servicios de transporte emplearon a unos 8.2 millones de personas en la UE 25, de los cuales dos tercios (64%) trabajaron en el transporte terrestre (carretera, ferrocarril y vías navegables). El crecimiento del transporte de pasajeros en total experimentó un crecimiento anual en la UE 25 de alrededor de 1,8% (calculado en miles de millones de pasajeros-kilómetros) entre 1995-2004. Esta dinámica tiene como resultado un crecimiento de un 17,7% entre 1995 y 2004 (de 5149 mil millones de pasajeros-kilómetro en 1995 a 6061 mil millones de pasajeros-kilómetro)

3.- Sentencia del TPI de 16 de marzo de 2004, Danske Busvognmaend contra la Comisión T-157/01 "Combus" y sentencia de 24 de julio de 2003 para el asunto C-280/00, Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg /Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH.

4.- Fuente: EU energy and transport figures, 2006. Dirección General de Energía y Transportes de la Comisión Europea en colaboración con Eurostat.

Esta gráfica se refiere al crecimiento antes mencionado pero precisado a los sectores del transporte público terrestre:

CUADRO nº 1

| TRANSPORTE DE PASAJEROS ⁵ . MIL MILLONES DE PASAJEROS POR KILÓMETRO | | | | |
|---|---------|-------------|-----------------|-------|
| | Autobús | Ferrocarril | Metro y Tranvía | Total |
| 2004 | 502 | 352 | 75 | 929 |
| 2003 | 493 | 347 | 73 | 913 |
| 2002 | 489 | 351 | 72 | 912 |
| 2001 | 493 | 355 | 71 | 919 |
| 2000 | 492 | 353 | 71 | 916 |
| 1999 | 485 | 339 | 69 | 893 |
| 1998 | 484 | 329 | 67 | 880 |
| 1997 | 478 | 326 | 66 | 870 |
| 1996 | 479 | 322 | 65 | 866 |
| 1995 | 474 | 324 | 65 | 863 |
| 1995 - 2004 (%) | 5,9 | 8,6 | 15,4 | 7,6 |
| VARIACIÓN ANUAL(%) | 0,6 | 0,9 | 1,7 | 0,8 |
| 2003 - 2004 (%) | 1,8 | 1,4 | 2,7 | 1,8 |

b) Motivos políticos

La liberalización del transporte, como parte de la política común de transportes, ya fue contemplada en otros documentos clave en la construcción europea. En el Libro Blanco (85) 310 sobre finalización del mercado interior de 1985, se establece que la constitución de **un mercado libre en el sector del transporte tendría incidencias económicas importantes para la industria y el comercio**. Además, afirma que para la realización del mercado interior habrá, entre otras medidas, que proseguir la liberalización de los servicios de pasajeros por carretera. Para finalizar afirma que la política común de transportes incluye otros elementos (ayudas de estado...) que no tienen incidencia directa en el mercado interior pero forman parte fundamental de dicha política.

Es necesario mencionar las conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa de 28 marzo de 2000, que dio lugar a la Estrategia de Lisboa, en cuyo artículo 17, insta a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros, de conformidad con las competencias respectivas de cada cual, **que aceleren el proceso de liberalización en los sectores del gas, la**

⁵.- Datos extraídos de "EU energy and transport figures, 2006". Dirección General de Energía y Transportes de la Comisión Europea en colaboración con Eurostat

electricidad, los servicios postales y los transportes(...). El objetivo es conseguir un mercado interior plenamente operativo en estos sectores. La propuesta de Reglamento sobre OSP era de julio del mismo año. La realidad se estaba imponiendo en el lenguaje institucional y jurídico.

Tras la presentación de la propuesta de Reglamento, en el Libro Blanco de transportes de 2001, COM (2001) 370 final, se vuelve a afirmar la idea de que la importancia para un crecimiento económico de “un sistema de transporte eficaz que permita sacar plenamente provecho del mercado interior y del efecto de la mundialización del comercio”. El Libro Blanco afirma la prioridad de la apertura de los mercados, no sólo para el transporte internacional de mercancías, lo que ya fue decidido en diciembre de 2000, sino también para el cabotaje en los mercados nacionales y, paulatinamente, para el transporte internacional de pasajeros.

En relación a la propuesta de Reglamento el Libro Blanco afirmó lo siguiente: *“La Comisión acaba de proponer un nuevo enfoque en el ámbito del transporte terrestre para combinar la apertura del mercado con la garantía de transparencia, calidad y resultado de los servicios de transporte colectivo, gracias a una competencia regulada”*.

c) motivos jurídicos

Desde un punto de vista jurídico, el Reglamento en vigor adolecía de carencias, que se pueden extraer de la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento del 2000.

En primer lugar, con el Reglamento actual existía **un vacío en la reglamentación comunitaria sobre contratación pública**.

En efecto, el Reglamento 1893/91 instaura la posibilidad de redactar contratos de servicio público pero no determina la manera en que se han de adjudicar. Existen Directivas comunitarias sobre contratación pública y el Reglamento 1893/91 creaba una cierta confusión sobre la legislación aplicable.

Además, como reza el tenor de la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento de 2000, en los casos en los que los mercados se han abierto a partir de la legislación nacional, **existen disparidades en los procedimientos utilizados**. Para lograr la aplicación completa del derecho de establecimiento, era necesario **armonizar aspectos básicos de estos procedimientos**. Además, la Comisión defiende en la exposición de motivos **que un procedimiento público e igualitario a la hora de conceder derechos exclusivos y/o compensaciones es el más idóneo para una libre competencia**.

En segundo lugar, **se planteaba, según la Comisión, una posible violación del derecho de establecimiento**. El Reglamento vigente no abre el mercado de la prestación de servicios públicos de transportes de pasajeros. Si el régimen actual motiva que en realidad, las ayudas y derechos exclusivos se otorguen a las empresas radicadas en el Estado miembro que establece la OSP, la Comisión en la exposición de motivos plantea la duda de si

esta situación no supone una violación del derecho de establecimiento contemplada en el artículo 44.2 h) del TCE (falseamiento de las condiciones de establecimiento mediante ayudas otorgadas por los Estados miembros). Según el artículo 43 del TCE “quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro”.

En tercer lugar, el Reglamento en vigor afectaba según la Comisión, a las normas de competencia. En la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento del 2000, la Comisión alega que con la existencia de operadores transnacionales para el transporte público de pasajeros, las normas de organización del transporte público de pasajeros, inicialmente bajo un espectro exclusivamente nacional que no tenía consecuencias a nivel comunitario, pueden afectar las relaciones económicas entre varios Estados miembros, por lo que reviste un interés comunitario, dentro de la defensa de la competencia (artículos 81, 82, 86, 87 TCE).

Con la legislación vigente, las empresas de otros Estados miembros no tienen un acceso claro a los mercados de transporte público de pasajeros y, por tanto, de ayudas y obtención de derechos exclusivos, que son vitales en este ámbito por su propia naturaleza. Como reza el tenor de la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento del 2000: **“El marco jurídico vigente no aborda la cuestión de cómo puede garantizarse un acceso justo al mercado del transporte público.”**

Según el artículo 86.2 TCE, los Estados miembros pueden eximir a empresas encargadas de servicios de interés económico general (por ejemplo, OSP) de ciertos principios del Tratado, en especial relativos a competencia, si la prestación de dicho servicio lo requiere, siempre que no sea contrario al interés de la Comunidad. Pero la Comisión alega en su exposición de motivos que con la legislación vigente no era posible conocer si la concesión de un derecho exclusivo resultante de la asunción de una OSP, era contraria a los principios de de la Comunidad.

En cuarto lugar, (dentro del régimen de competencia del TCE) las carencias del Reglamento afectaban, según la Comisión **al régimen de ayudas de Estado**. Cuando el transporte de pasajeros era una cuestión nacional, el Reglamento 1191/69, regulando dicha realidad, establecía la exención de notificación a la Comisión de las compensaciones establecidas por el artículo 88.3 TCE, por lo que la Comisión no evaluaba dichas compensaciones. Los servicios de transporte de pasajeros, eran una cuestión nacional donde regía el principio de subsidiariedad. Pero con la aparición de operadores en más de un Estado miembro, la Comisión alega de nuevo en su exposición de motivos el interés comunitario en analizar si esas ayudas no son abusivas. El artículo 87.1 del TCE establece que “salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”, siendo alegable de nuevo el artículo 44.2 h) del TCE.

Todo estos factores mencionados hicieron que la Comisión presentara una nueva propuesta sobre OSP, cuyo objetivo era un acceso claro al mercado del transporte público de pasajeros a través de procedimientos administrativos armonizados que establecieran un régimen compatible con las ayudas de estado permitidas y que regularan la libre competencia en el sector, con una clara vocación de seguridad jurídica, centrada sobre todo en la proporcionalidad de los derechos exclusivos y las compensaciones para las empresas por tomar a su cargo OSP.

4. EL BLOQUEO INSTITUCIONAL

El 26 de julio de 2000 la Comisión presenta una propuesta de Reglamento que cambia el panorama de las OSP en relación a la legislación vigente. La propuesta se refiere al mercado del transporte público de pasajeros ya que es el sector que experimenta el cambio de dinámica con la llegada de los operadores transnacionales que desean acceder a dichos mercados. El sistema propuesto en 2000 se basa en la **contractualización** de los servicios a través de, en primer lugar, la licitación para lograr la transparencia necesaria (y una apertura de los mercados) y, en segundo lugar, la adjudicación directa (es decir, sin licitación) de los servicios públicos en casos excepcionales (seguridad en el sector del ferrocarril, seguridad o coste en metro o ferrocarril ligero, en el sector de los servicios integrados (varios medios de transportes integrados) y en los contratos cuyo valor anual se calcule en menos de 800 000 euros). Destaca la constante mención a la “autoridad competente” para dar cabida a la dimensión regional y local en la gestión de los transportes públicos de pasajeros. Ya no se establece ninguna posibilidad de exclusión de la dimensión local o regional.

El texto ganó el apoyo del Parlamento Europeo en primera lectura (dictamen del 18 de enero de 2001), pero recibió más de cien enmiendas. La Comisión, una vez analizadas, adoptó en febrero de 2002 una propuesta modificada que recogió parte de las enmiendas. En dicha propuesta modificada se prolonga el período de validez de los contratos (8 años para autobuses y autocares y 15 para transportes ferroviarios), se amplía el período transitorio (a 8 años), se modifican las excepciones a la obligación de licitar, aumentando a 3 millones de euros la cantidad del valor anual de los contratos y finalmente suprime la excepción relativa a los mercados integrados.

Sin embargo, la situación en cada Estado miembro de los mercados de transporte público hizo que los Estados debatieran sin avanzar sobre el alcance de la liberalización y sobre el objeto del Reglamento (si afectaba a buses, tranvías, metros, ferrocarriles etc...). Hay que añadir que los Estados miembros ralentizaron las negociaciones en espera de la sentencia Altmark.

Para desbloquear la situación, la Comisión redactó una propuesta revisada en 2005. Como veremos a continuación, dicha propuesta recibió las influencias de la sentencia Altmark y de las conclusiones sobre el Libro Blanco de Interés General.

5. LA SENTENCIA ALTMARK

A finales de los noventa y principios del 2000, consecuencia del vacío legal, se multiplicaron las sentencias de el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Destaca sin duda la Sentencia Altmark⁶, que dirime el conflicto entre dos operadores de transporte público en la región alemana de Stendal. En 1994 se adjudicaron sin licitación unas licencias de explotación de líneas de autocar a uno de ellos; el otro operador recurrió a los tribunales alemanes, ya que la legislación de dicho país sólo permite la concesión de determinadas compensaciones previa licitación. El tribunal alemán para saber si esas ayudas concedidas entraban en la categoría que obligaba a la licitación, debía saber antes la relación de dicha normativa con las normas comunitarias sobre a ayudas de estado, por lo que planteó una cuestión prejudicial.

La sentencia Altmark, en el ámbito de las OSP relacionadas con el transporte público, aporta dos planteamientos:

a) La sentencia declara la primacía del artículo 73 del TCE y del Reglamento 1191/69 que lo desarrolla en el ámbito de las compensaciones por servicio público en los transportes (apartado 105 y 109 de la sentencia). Así, intenta dirimir los posibles conflictos con el régimen de ayudas estatales. De esta manera, las compensaciones que no sigan el mencionado Reglamento no serán ayudas compatibles con el Tratado.

b) El Reglamento 1191/69 sólo habla de Estados miembros competentes en cuanto al régimen de las OSP en el transporte. Sin embargo, esta sentencia en sus apartados 77 y 82, declara que no hay que descartar que las subvenciones otorgadas a servicios de transportes de nivel regional o local no puedan falsear la competencia entre Estados miembros, que es uno de los rasgos de las ayudas de estado ilegales tal y como se definen en el artículo 87.1 del TCE. Así, la sentencia intenta establecer (apartado 95) **un régimen para las ayudas por OSP a nivel regional y local**. Dichas ayudas serán compensaciones por servicio público de transporte en el ámbito urbano, de cercanías o regional (y por tanto compatibles con el Tratado, en particular con el artículo 87.1) si cumplen con los 4 requisitos siguientes:

- La empresa beneficiaria debe encargarse efectivamente de la ejecución de las OSP y que éstas estén claramente definidas.
- Que los parámetros para el cálculo de la compensación se hayan establecido de manera previa, objetiva y transparente.
- Que la compensación no supere los costes consecuencia de la ejecución de la OSP.
- En caso de elección de empresa sin contratación pública, el nivel de la compensación se ha de calcular sobre la base de los análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transportes para poder satisfacer las exigencias de servicio público requerida habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

⁶- Sentencia de 24 de julio de 2003 para el asunto c-280/00, Altmark Trans GMBH y Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Almark GmbH

Sin embargo, según la Comisión en la exposición de motivos de la nueva propuesta de Reglamento de 2005, en el ámbito del transporte local era difícil de ver cumplidos dichos requisitos⁷ (especialmente el cuarto), por lo que se hacía todavía más necesario un nuevo marco reglamentario. Altmark, según la Comisión no evita la necesidad de un nuevo instrumento legal, si bien aclara la importancia del Reglamento vigente en el tema, cuya falta de aplicabilidad hacía aún más necesaria su derogación. Sin embargo, como veremos adelante, los criterios Altmark inspiraron la redacción de la propuesta de Reglamento del 2005 (en particular en el artículo 4).

6. EL LIBRO BLANCO DE SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL

La propuesta revisada del Reglamento del 2005 incluyó también las conclusiones del Libro Blanco de Servicios de interés general COM (2004) 374.

El artículo 16 de TCE consagra la organización de los servicios de interés económico general como uno de los **valores comunes** de la UE.

El Libro Blanco contiene unas reflexiones que describen con precisión la necesidad de un cambio normativo. En primer lugar, contiene un anexo con un glosario de términos. En relación a los **servicios de interés general**, el anexo establece que dicha expresión no figura en el Tratado y que se deriva de la noción de “servicios de interés económico general” recogido (pero no definido) en el artículo 86.2 del TCE. El anexo define el servicio de interés general como “los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidas a las obligaciones específicas de servicio público”.

Los **servicios de interés económico general**, que no están definidos ni en el Tratado ni en la legislación, sino en la práctica comunitaria son “aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el **transporte**, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público (...). La expresión «servicios de interés general» sólo se utiliza en el Libro Blanco cuando el texto alude también a los servicios no económicos o cuando no es necesario precisar la naturaleza económica o no económica de los servicios a los que se hace referencia.”

Además, según este anexo define las **OSP** como “las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público, por ejemplo en materia de transporte aéreo,

7.- Propuesta revisada de Reglamento del Consejo y de Parlamento Europeo sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera COM (2005) 319

ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía. Estas obligaciones pueden aplicarse a **escala regional, nacional o comunitaria**”.

El Libro Blanco resalta de manera clara la problemática de vacío legal y la solución propuesta con posterioridad por la Comisión en su propuesta revisada de Reglamento de 2005 sobre los contratos de servicio público.

Así, en su apartado 4.2 (llamado “**Clarificar y simplificar el marco legal referente a la compensación de las obligaciones de servicio público**”) se afirma que “el principio conforme al cual los Estados miembros disponen de autonomía para la adopción de decisiones estratégicas en lo que se refiere a los **servicios de interés económico general** es asimismo aplicable en lo que respecta a la financiación de dichos servicios (...). Por lo general, los Estados miembros pueden elegir qué mecanismo de financiación aplicar. En ausencia de armonización a nivel comunitario, el principal límite al poder discrecional viene marcado por la condición de que el mecanismo de financiación **no falsee la competencia** en el mercado común. Con todo, la aplicación práctica de esta norma resulta, en ocasiones, compleja. **Así, no siempre ha estado claro, por ejemplo, en qué condiciones la compensación por servicios de interés económico general constituye efectivamente ayuda estatal.** (...)

La consulta pública ha confirmado **la demanda de una mayor previsibilidad y seguridad jurídica** en la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a la **compensación por prestación de servicio público**, demanda que ha sido **particularmente enérgica a nivel local⁸ en relación con los servicios locales**. Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia ha establecido recientemente una serie de condiciones en las que la compensación por servicios de interés económico general no constituye ayuda estatal⁹, **subsiste la necesidad de una mayor seguridad jurídica.**”

En su apartado 4.3 (llamado “**Establecer un marco claro y transparente para la selección de las empresas encargadas de prestar un servicio de interés general**”) se establece lo siguiente:

“En principio, los Estados miembros disponen de amplias facultades para decidir la manera de organizar los servicios de interés general. En ausencia de armonización comunitaria, las autoridades públicas competentes de los Estados miembros son libres, en principio, de decidir si prestan ellas mismas un servicio de interés general o si confían dicha tarea a otra entidad (pública o privada). **No obstante, los proveedores de servicios de interés económico general, incluidos los proveedores de servicios internos, son empresas, y están, por tanto, sujetos a las normas de competencia del Tratado (...)**

En este mismo ámbito, el Libro Blanco insistía en la necesidad de **aclarar la aplicación de las normas comunitarias que las autoridades públicas podrían tener que observar si confiaban una misión de servicio público a otra entidad** (aludiendo a nuestra propuesta de Reglamento en relación a las directivas de contratación pública)

⁸- en este sentido se refiere a cualquier ámbito no nacional,

⁹- Sentencia Altmark

7. LA PROPUESTA REVISADA DEL REGLAMENTO DE 2005

7.1 Contenido de la propuesta

Es en este apartado donde se analizará en detalle el contenido de la propuesta sobre un nuevo reglamento relativo a las OSP en el transporte público de pasajeros, ya que ha sido la base del texto que ha logrado el apoyo de las instituciones europeas. En primer lugar, la propuesta cambia de nombre: propuesta revisada de Reglamento del Consejo y Parlamento Europeo **sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera COM (2005) 319 final (a partir de ahora propuesta de Reglamento de 2005)**

Esta nueva propuesta de Reglamento surge del compromiso de la Comisión para que el vacío legal cesara lo antes posible, con una clara vocación reflejada en el texto de simplificación, flexibilidad y subsidiariedad, tal y como se puede leer en su exposición de motivos. El objetivo de la Comisión con la propuesta de Reglamento de 2005 fue “regular la competencia, incluso en las **regiones y las ciudades**”¹⁰, con el fin de garantizar la transparencia en la adjudicación y las condiciones de ejecución de los contratos de servicio público”¹¹ El fin era claro: una regulación que respetara el libre mercado en el ámbito de la OSP y evitara un conflicto con las ayudas de estado no permitidas. Para los Estados miembros, mediante esta propuesta de Reglamento estaba en juego el establecimiento de los límites de la apertura del mercado de los transportes terrestres.

En la exposición de motivos se alega también una **dimensión ambiental en la promoción del transporte público**. En efecto, el transporte público es una de los recursos que las administraciones están desarrollando para lograr un transporte sostenible desde un punto de vista ambiental y una mayor movilidad de la sociedad. Además, se menciona el déficit del transporte público. Era necesaria una **mayor competitividad** en el sector, dotándolo de nuevos instrumentos más acordes con la realidad.

Una de las novedades de la propuesta de Reglamento de 2005 es que su ámbito de aplicación se reduce al transporte terrestre, no aplicándose por tanto al transporte público por vías navegables. Además, en la exposición de motivos se consagra el principio de competencia regulada como el más apropiado a la realidad del mercado y a la práctica de los Estados miembros.

El artículo 1 establece el objetivo del Reglamento: definir las condiciones en las que las autoridades competentes pueden en primer lugar compensar los costes derivados de un cumplimiento de una OSP y, en segundo lugar, conceder derechos exclusivos para la explotación nacional e internacional de servicios de transporte públicos de viajeros por ferrocarril, otros modos ferroviarios y por carretera, salvo los servicios de interés histórico o turístico.

¹⁰.- En el apartado 3.1 del Libro Blanco sobre los servicios de interés general llamado “permitir una actuación de las autoridades públicas próxima a los ciudadanos”, se establece “el papel esencial de los Estados miembros y de las autoridades regionales y locales en materia de servicios de interés general (...)”

¹¹.- Exposición de motivos de la propuesta revisada Reglamento del Consejo y del Parlamento Europeo sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera COM (2005) 319 final.

El artículo segundo contiene las definiciones necesarias para entender el Reglamento propuesto.

El artículo 3.1 establece la regla general de la obligación de redactar un contrato de servicio público: “Cuando una **autoridad competente** decida conceder al operador de su elección **un derecho exclusivo o una compensación**, cualquiera que sea su naturaleza, en contrapartida por la ejecución de **obligaciones de servicio público**, deberá hacerlo en el marco de un **contrato de servicio público**”. Ya no existe desde la propuesta de Reglamento del 2000 el régimen de compensaciones como alternativa a la contratación.

En el artículo 3.2 se establece que las OSP que fijen tarifas máximas para el conjunto de los pasajeros o para determinadas categorías de pasajeros se podrán incluir en un contrato de servicio público o ser objeto de reglas generales¹².

El artículo 4, además de establecer el contenido obligatorio de los contratos de servicio público y las reglas generales (parámetros de cálculo de compensación para evitar un exceso de la misma, ya que sólo ha de cubrir los costes netos derivados de la ejecución de la OSP, modalidades de distribución de los costes derivados de la OSP y de los ingresos derivados de la venta de títulos de transporte¹³), limita la duración de los mismos. De esta manera, **los contratos para los servicios de autobús o autocar tendrán un máximo de ocho años de duración mientras que los de transporte por ferrocarril tendrán una duración máxima de quince**; los contratos relativos a diversos modos de transporte durarán como máximo quince años si el ferrocarril representa en ellos más del 50% de los servicios implicados. Además, en caso necesario y teniendo en cuenta las condiciones de amortización de los activos, el contrato podrá prolongarse la mitad de la duración del mismo como máximo, si el operador aporta elementos del activo que sean a la vez significativos en relación con la totalidad de los activos necesarios para prestar los servicios de transporte objeto del contrato de servicio público, y que estén exclusivamente relacionados con éstos.

El artículo 5 se dedica a la adjudicación de los contratos de servicio público. El artículo 5.1 establece que el contenido del Reglamento no obsta a las obligaciones dimanantes de las Directivas de contratación pública. Estas Directivas regulaban la coordinación de la adjudicación de contratos públicos en los sectores de las obras, los servicios, los suministros y algunos sectores como el agua, la energía, los transportes o servicios postales. En la Posición Común de 2006, como veremos adelante, se clarifica mejor la compatibilidad en la aplicación de estos instrumentos legales.

El artículo 5.3 establece que el contrato de servicio público se podrá adjudicar de dos maneras: **mediante licitación o mediante adjudicación directa**. La regla general será que cuando autoridad competente **recurra a un tercero** para llevar a cabo la OSP deberá

¹²- El artículo 2 de la propuesta define una regla general como “medida que se aplica sin discriminación a todos los servicios de transporte de un mismo tipo en una zona geográfica determinada de la que es responsable una autoridad competente.”

¹³- Dichos requisitos están inspirados en cierta medida en los criterios de la sentencia Altmark (ver supra)

adjudicarla mediante licitación abierta a **cualquier operador** dentro del respeto de la transparencia y no discriminación.

Sin embargo, existen tres excepciones a la licitación aunque dicha autoridad competente recurra a un tercero:

a) En primer lugar, si el valor medio del contrato de servicio público esté estimado en menos de un millón de euros o que tengan por objeto la prestación anual de menos de 300.000 kilómetros de servicios de transportes (artículo 5.4)

b) Si se interrumpen los servicios o existe un riesgo “inminente” de que ocurra (se puede optar en este caso por adjudicación directa o por una prórroga, que en ambos casos no podrá exceder en el tiempo al necesario para que la Administración competente organice un nuevo procedimiento de adjudicación con el límite insoslayable de un año de duración de ambas medidas en cualquier caso; artículo 5.5)

c) En caso de que el servicio público a contratar tenga por objeto el transporte ferroviario regional o de largo recorrido (artículo 5.6). Este tipo de transporte es definido en el artículo 2 de la siguiente manera: “todo servicio de transporte que **no responde a las necesidades de transporte de un centro urbano o una aglomeración**, o de conexión entre una aglomeración y sus suburbios”.

Además, dicho artículo establece en su apartado segundo que una **autoridad local** podrá optar por prestar ella misma el servicio de transporte o adjudicar directamente un contrato de servicio público a un **operador interno**, siempre que éste (o cualquier entidad sobre la cual ejerza alguna influencia por mínima que sea) no preste servicios de transporte público de pasajeros fuera del territorio de la autoridad competente (en este caso local) y no participe en licitaciones organizadas fuera del territorio de la autoridad competente.

Es decir, la adjudicación directa a nivel local para un operador interno actuaría siempre que las actividades de dicho operador no superen esa dimensión local, infringiéndose de ello que una actividad exclusivamente local tendría una incidencia mínima en la libre competencia, actuando en cierta medida el principio de subsidiariedad. Estas condiciones impuestas al operador interno de no salir de su propio contexto, implica que todos los operadores locales se limiten a un sector geográfico y no falseen la competencia. No sería justo, según el texto, que un operador interno al que se le adjudica directamente en su ámbito, pudiera participar en licitaciones fuera de su territorio.

Por autoridad local, el artículo 2 de dicha propuesta entiende toda autoridad competente cuyo ámbito geográfico de competencia no sea el nacional; es decir **regiones y municipios**. El recurso a un operador interno es exclusivo para una autoridad local.

El régimen de compensaciones se contempla en el artículo 6. Así, toda compensación consecuencia de un **contrato de servicio público o de un régimen general** deberá cumplir con los requisitos de los contenidos de los contratos establecidos en el artículo 4, no importa la manera de adjudicación del mismo, licitación o adjudicación directa. La compensación resultante de una **adjudicación directa** (en cualquiera de las modalidades

ya mencionadas) o a **una regla general** se deberá regir, además del artículo 4, por el anexo llamado “reglas generales a la compensación en los casos contemplados en el artículo 6.1”.

El artículo 7 regula los procedimientos de transparencia. Cada autoridad publicará de manera anual los operadores seleccionados, las compensaciones y los derechos exclusivos. Además, cada autoridad adoptará las medidas para que como máximo un año antes del inicio del procedimiento de licitación o de la adjudicación directa, se publiquen en el DOUE el nombre y datos de la autoridad competente, el tipo de adjudicación elegido, los servicios y los territorios afectados por la adjudicación.

El artículo 8 se refiere a la puesta en práctica del Reglamento y regula los períodos transitorios. En primer lugar, se reitera que la aplicación del Reglamento no exime de las obligaciones impuestas por las demás Directivas sobre contratación pública (ver la Posición Común del 2006).

En segundo lugar, todas las autoridades deberán, en cuatro años desde la entrada en vigor del Reglamento, hacer regir bajo dicho texto al menos la mitad, en valor¹⁴, de sus contratos de servicio público de transporte por autobús o autocar. Esta obligación se aplicará a la totalidad de dichos contratos en los ocho años posteriores a la entrada en vigor del mismo.

En tercer lugar, cada autoridad deberá cumplir la misma obligación antes mencionada en relación a los contratos de ferrocarril pero en distinta fecha: en cinco años tras entrada en vigor del Reglamento para al menos la mitad, en valor, de los contratos firmados y en diez años para la totalidad de los mismos. Estos plazos relativos al ferrocarril se aplicarán para los contratos de servicios multimodales si el ferrocarril supone más del 50% del valor de los servicios.

No se incluirán en esta obligación los contratos de servicio público (en adelante contrato de SP) adjudicados antes de la entrada en vigor del Reglamento si se concedieron bajo licitación equitativa, con una duración limitada y comparable a las establecidas en el Reglamento, que podrán continuar hasta su expiración.

En los períodos más largos mencionados para hacer regir todos los contratos bajo el Reglamento, 8 años para bus y 10 años para ferrocarril, las autoridades competentes podrán excluir de la participación en licitaciones a los operadores que no puedan aportar la prueba de que al menos la mitad del valor de los servicios de transporte por los que disfruten de una compensación o derecho exclusivo **se haya concedido según el presente Reglamento**. Esta regla supone que más de la mitad de dicho valor se ha de haber otorgado según este Reglamento, por licitación o adjudicación directa. A efectos

¹⁴.- El artículo 2k) conceptúa el valor como “el valor de un servicio, de una línea, de un contrato, de un régimen de indemnización, para el transporte público de viajeros, correspondiente a la remuneración total, sin IVA, del operador o los operadores, incluidos las compensaciones, cualquiera que sea su naturaleza, otorgadas por los poderes públicos y los ingresos procedentes de la venta de los títulos de transporte que no se reintegren a la autoridad competente correspondiente.”

de la aplicación de este criterio, no se tendrán en cuenta los contratos adjudicados por medida de emergencia a que se refiere el artículo 5, apartado 5.

Se imponen condiciones a las administraciones competentes, ya que cuando recurran a esta posibilidad, lo harán de forma no discriminatoria, excluyendo a todos los operadores potenciales que cumplan ese criterio, e informando a los operadores potenciales de su decisión al inicio del procedimiento de adjudicación de los contratos de servicio público. Además, deberán comunicar a la Comisión su intención de aplicar esta disposición al menos dos meses antes de la publicación de la licitación.

Según el artículo 9, las ayudas que sigan los preceptos de este Reglamento (como desarrollo del artículo 73 TCE, que es el aplicable en este ámbito) serán compatibles con el mercado común, y no deberán cumplir con la exigencia de notificación establecida en el artículo 88.3 del TCE.

El artículo 10 establece la derogación del Reglamento 1191/69 (texto actual que rige las OSP) y el Reglamento (CEE) nº 1107/70 del Consejo, de 4 de junio de 1979, relativo a las ayudas concedidas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable. En la exposición de motivos de la propuesta de 2005, se establece que el Reglamento 1107/70 regula las exenciones del artículo 73 relativas a la coordinación de los transportes terrestres. En el Considerando nº 30 de la propuesta de 2005 se establece que el ámbito de aplicación del Reglamento 1101/70 queda cubierto por dicha propuesta de Reglamento para aplicar el artículo 73 TCE de manera acorde con la realidad del sector.

Para finalizar, el Anexo rige las normas de cálculo de las compensaciones en caso de adjudicación directa, con el fin de dotar a dicha adjudicación de la mayor transparencia posible (no hay que olvidar que aparte del Anexo, estas compensaciones deberán cumplir con el artículo 4). Por ejemplo, se establece que las adjudicaciones no deberán sobrepasar el límite del efecto financiero neto¹⁵. Además, la contabilidad de los servicios público sometidos a compensación deberá ser independiente y cumplir determinados requisitos si la empresa lleva a cabo actividades que no sean de OSP.

En suma, tal y como se indica en su exposición de motivos, la propuesta reformulada de 2005 supuso una apuesta por una mayor simplificación y flexibilidad. Por otra parte, el principio de subsidiariedad se hizo más presente.

La simplificación es patente en el sistema de adjudicación de los contratos, que sólo contiene dos opciones, o licitación o adjudicación directa sometida a condiciones. Además, se realizó un esfuerzo por simplificar el anexo dedicado a las compensaciones por adjudicación directa.

¹⁵.- El efecto financiero neto se conceptúa en dicho Anexo como la suma de incidencias, positivas y negativas, del cumplimiento de la obligación de servicio público en los costes y los ingresos del operador; el cálculo de las incidencias se realiza a través de la comparación de la situación de cumplimiento de la obligación de servicio público con la situación que se hubiera producido si la obligación no se hubiera cumplido y si los servicios afectados por la obligación se hubieran explotado en las condiciones del mercado.

La flexibilidad se hizo presente en la posibilidad de la autoridad local de poder prestar por sí misma el servicio o de adjudicar directamente a un operador interno, bajo condiciones estrictas. Además, la duración de todos los contratos y la prolongación del período transitorio para los servicios de transporte por ferrocarril dan muestra a su vez de esta flexibilidad.

La subsidiariedad está presente en la redacción de la definición de transporte regional o de largo recorrido y en la libertad que tienen las administraciones para organizar las licitaciones (ausencia de reglas de subcontratación o de criterios de selección) o en la falta de intervención del Reglamento en definir los criterios de calidad de los servicios a prestar.

7.2 Proceso normativo de la propuesta de 2005

La Comisión aprobó esta nueva propuesta el 20 de julio de 2005, bajo presidencia británica. La Comisión y los Estados miembros estaban de acuerdo en el principio de que toda OSP estuviera incluida en un contrato de servicio público para lograr una mayor transparencia¹⁶. Sin embargo, los Estados miembros fueron reticentes a la apertura, e intentaron potenciar en mayor medida los mecanismos de adjudicación directa, a pesar de que la licitación fuera la norma general favorecida por la Comisión.

El Consejo de octubre de 2005 trató dicha propuesta en el marco de la discusión sobre la propuesta de la Directiva de 8 de marzo de 2004, relativa a la apertura al mercado de servicios de transporte internacional de pasajeros (cabotaje incluido) por ferrocarril COM (2004) 139. Las discusiones revelaron que era necesaria una definición de la noción del servicio público. Además, en dicho Consejo se accedió a que se respetara el cabotaje ya existente (transporte de un lugar a otro de un Estado Miembro por una empresa de otro Estado Miembro) pero se acordó que no se permitiría en la parte del trayecto sometido a una OSP ya cubierta por una empresa que haya sido seleccionada por el Estado miembro competente. De esta manera no se perjudicaría al operador que haya obtenido la adjudicación, sea por licitación o adjudicación directa.

Aunque no sean vinculantes, son interesantes, por reflejar la voz de las regiones y los entes locales en Europa, las opiniones del **Comité de las Regiones** (en adelante CdR) reflejadas en un Dictamen, cuyo ponente fue Bernard Soulage (Vicepresidente primero del Consejo Regional de Ródano-Alpes), aprobado en el Pleno de 16 de febrero de 2006. En las observaciones generales, en primer lugar, el CdR celebró la existencia de la propuesta, valorando de manera muy positiva el margen de maniobra que da, en este caso, a los entes regionales y locales para responder de la mejor manera a las necesidades del transporte en sus respectivos territorios. El texto defendía la limitación geográfica de los operadores internos y la perspectiva de la Comisión en la regulación del este

¹⁶.- Con una mayor transparencia, se lograría una mayor competitividad al poder comparar los precios presentados por los operadores para los servicios solicitados, y por tanto una mayor eficacia al poder optar por el prestador que ofrezca mejores condiciones, sea nacional o de cualquier otro Estado miembro.

tema (apertura del mercado de los transportes públicos locales¹⁷ bajo el principio de competencia regulada). Por otra parte, el dictamen se mostró partidario de la adjudicación directa en el caso del transporte regional y de largo recorrido; sin embargo, el CdR planteó posibilidades de distorsión de competencia que se pueden presentar al no existir reglas de adjudicación directa en el transporte regional y de largo recorrido, cuando determinadas empresas opten a adjudicaciones directas en este tipo de transportes y a licitaciones en los restantes casos. Para finalizar, en dichas observaciones generales se muestra la sorpresa del CdR por la no justificación del recurso al Reglamento como instrumento legal y por las definiciones imprecisas que la propuesta contiene, como por ejemplo “centro urbano”¹⁸ ya que las necesidades de transportes de dichos centros no coinciden en la mayoría de las ocasiones con las administraciones competentes a ese nivel. En este caso, el dictamen planteó la posibilidad de que los Estados miembros suplieran estas lagunas conceptuales.

De manera más precisa, el CdR estableció enmiendas a determinados artículos de la propuesta. En primer lugar, se solicitó una mayor apuesta por la intermodalidad en la contractualización de OSP, y así poder establecer contratos de SP en sistemas multimodales (metro, tranvía, bus, etc...). Por consiguiente, se sugirió la supresión de la mención de los dos modos de transporte público recogidos en el artículo 1.2 (transporte por ferrocarril y otros modos ferroviarios y por carretera) para así incluirlos todos.

Como segunda Recomendación, el dictamen solicitó una mayor precisión en la definición de operador interno para cubrir casos en los que existen situaciones más complejas como participaciones de empresas privadas en empresas públicas. De este modo, se podría ayudar a dichas empresas para desarrollar su carácter competitivo y fomentar su futura participación en licitaciones. El Dictamen proponía que un operador interno tuviera un máximo de participación de una empresa privada (33%); además, se propuso que se pudiera adjudicar directamente a un operador interno que cooperara con una empresa externa para iniciar una reestructuración.

Como tercera Recomendación, se propuso un cambio en la definición de transporte regional o de largo recorrido en el artículo 2 (m) para, según el CdR evitar inseguridad jurídica a la hora de adjudicar de manera directa. Así, propuso que este tipo de transporte consistiera en todo servicio que no fuera urbano o suburbano.

Como cuarta Recomendación, se solicitó mayor claridad a la hora de establecer la prioridad del Reglamento sobre las Directivas de contratación pública. Además, se pidió una mayor precisión en los contratos de concesión y en los BOT (Built Operate and Transfer).

La Quinta Recomendación propuso añadir un párrafo al artículo 4.6 relativo a la prolongación de la duración de los contratos en caso de amortización de activos, para

17.- Local en el sentido de la propuesta de Reglamento

18.- Esta mención se encuentra dentro de la definición de transporte regional o de largo recorrido (artículo 2 (m) que se conceptúa como todo servicio de transporte que no responda a las necesidades de transporte de un centro urbano o aglomeración o de conexión entre una aglomeración y sus suburbios.

limitar sus efectos y que no frene la dinámica de competencia a través de una prolongación injustificada de los contratos. De esta manera, el párrafo propuesto establece que las inversiones materiales o inmateriales no podrán justificar una prolongación de la duración del contrato cuando exista un mercado secundario o cuando su valor residual al término del mismo no plantee dificultades de estimación.

La sexta Recomendación añadía un nuevo apartado al artículo 4, estableciendo que no se observaran las normas relativas a la duración y prórroga de los contratos (4.5 y 4.6) cuando fueran aplicables las Directivas de adjudicación de contratos públicos.

La séptima Recomendación cambiaba las condiciones en la adjudicación directa establecida en el artículo 5, según los valores medios anuales de los contratos de servicio público o por la cantidad de kilómetros anuales que sean objeto de los mismos. Los valores establecidos en las propuestas eran menos de un millón de euros o menos de 300.000 kilómetros anuales. Según la Recomendación, se podrían adjudicar de manera directa los contratos de servicio público cuyo valor anual medio por empresa se haya estimado en menos de un millón y medio de euros o cuya prestación anual fuera de menos de 500.000 kilómetros anuales.

El objetivo del CdR era impedir la adjudicación directa de varios contratos a un único prestador cuando el importe global de los mismos supere el límite fijado en el artículo 5.4. Por otra parte, el CdR sugiere que los límites los establezcan los Estados miembros según las condiciones de cada mercado. Sin embargo, en las negociaciones en el marco del Consejo, se ha asumido siempre la indivisión de las cantidades establecidas en el artículo 5, por lo que no dio lugar a una mayor explicación de esta posibilidad. El artículo 7.5 de la propuesta de Reglamento de 2000 establecía que si una autoridad incluía todos sus requisitos de servicio público en un solo contrato de SP, podía adjudicarlo directamente si el contrato tuviera un valor anual calculado en menos de 800.000 euros; sin embargo, el total de los requisitos de servicio público no podría dividirse con el fin de evitar su licitación.

La octava Recomendación se refiere a los periodos transitorios. Se propuso una nueva redacción más simplificada de los artículos 8.2 (autobús o autocar) y 8.3 (ferrocarril). Así, las autoridades deberán velar por que los contratos de SP de transporte por autobús o autocar sean conformes al artículo 4 del presente Reglamento en un plazo de cuatro años a partir de la entrada en vigor del mismo; además, la totalidad de sus contratos deberán adjudicarse según el artículo 5 de en un plazo de 8 años a partir de la entrada en vigor del mismo.

Los mismos requisitos se proponen para los contratos de SP de transporte por ferrocarril pero en distintas fechas: 5 años a partir de entrada en vigor del Reglamento para la conformidad con el artículo 4 y diez años desde la entrada en vigor para la conformidad con el artículo 5. El CdR alegó que con el tenor propuesto por la Comisión la explotación de redes por un operador único sería muy difícil. Además, en el apartado relativo al respeto de los contratos adjudicados antes de la entrada en vigor del Reglamento, se

propuso la supresión del requisito de equidad en el procedimiento licitador de los mismos y una remisión al artículo 4 en general en relación al período de duración del mismo.

Como última recomendación, se propuso la supresión del artículo 8.6 (posibilidad de exclusión de la participación en licitaciones a los operadores que no puedan aportar la prueba de que al menos la mitad del valor de los servicios de transporte por los que disfruten de una compensación o derecho exclusivo se haya concedido según el presente Reglamento) alegando ambigüedad y riesgos de polémica.

En suma, las recomendaciones del CdR se refieren de manera general a una mayor precisión de las definiciones y de algunos requisitos para hacer que la puesta en práctica a nivel regional y local sea una realidad factible. Son opiniones, si bien de un órgano consultivo, muy interesantes al proceder de manera directa de los entes administrativos más cercanos al ciudadano y al tener un carácter fundamentalmente técnico.

El Consejo de ministros, reunido el 27 de marzo de 2006, llevó a cabo un debate sobre la propuesta revisada tomando nota del informe presentado por la Presidencia austriaca. El Consejo había encargado al Comité de Representantes Permanentes el análisis de la propuesta con vistas al debate del Consejo, para lograr un acuerdo en el Consejo de Transportes, Telecomunicaciones y Energía del 8 y 9 de junio de 2006.

Algunos países requirieron más flexibilidad a la hora de establecer la adjudicación directa para los servicios de transportes, incluyendo el transporte suburbano y el ferrocarril ligero (aunque como veremos más adelante, metro y el tranvía han sido considerados como objeto del operador interno). Alemania también pidió que se adjudicara directamente el transporte por carretera, para obtener la regulación del transporte por ferrocarril regional o de largo recorrido para los servicios de bus, pero la mayoría de los países, apoyados por la Comisión, rechazaron esta propuesta.

Se trató el tema de la reciprocidad. Algunos Estados que tienen liberalizados sus mercados mostraron su preocupación ante la posibilidad de que sus empresas se vean perjudicadas por otras de países donde los mercados no estén liberalizados. Se discutió sobre el art. 8 del Reglamento, que establece un periodo transitorio para que los contratos que ya existen lleguen a finalizarse según lo estimado. Como ya se expuso, la Comisión propuso un periodo de 8 años (artículo 8), de tal manera que al cabo de 4 años, la mitad de estos servicios tuvieran que estar ya “contractualizados”. Entre el año 4º y 8º, según el artículo 8.6 la autoridad competente que presente a licitación un servicio podrá denegar la participación al concurso de las empresas que no demuestren estar cumpliendo con sus obligaciones relativas al Reglamento. España declaró su deseo de aumentar este periodo de 8 a 15 años. La Comisión consideró su propuesta como suficiente.

El dictamen del CESE (Comité Económico y Social Europeo), cuyo ponente fue Stéphane Buffet¹⁹, fue aprobado en el pleno del 18 de mayo de 2006. Es un dictamen

19.- Directivo de l'Union des Transports Publics (UPT)

con un gran componente jurídico y revelador de los debates de fondo que suscitó dicha propuesta a lo largo de los últimos años. A pesar de ser un ente consultivo, la opinión del CESE por proceder de representantes de la sociedad civil, resulta interesante.

El Comité celebró la iniciativa de la Comisión de proponer dicho Reglamento, pero estableció unas afirmaciones.

En primer lugar, frente a un posible conflicto de aplicabilidad de leyes entre el Reglamento en cuestión y el Derecho de Contratación Pública, el CESE afirmó que las disposiciones del Reglamento se aplicaban a la totalidad de los contratos de servicio público de transporte.

En segundo lugar, el CESE se pronunció sobre la adjudicación directa. El CESE apoya la libertad de la administración local; en la noción de operador interno se incluye un criterio geográfico (el operador interno sólo podrá ejercer actividades en dicho ámbito local y no podrá participar en licitaciones fuera del territorio donde se le adjudique directamente) para así aplicar el criterio de reciprocidad de la competencia. Sin embargo, dicho criterio geográfico planteó dos dudas al Comité. En primer lugar, la inclusión en esa limitación geográfica de todos los servicios que los operadores internos ofrezcan y su extensión a los servicios subcontratados. En segundo lugar, el CESE planteó la cuestión de si las líneas ofertadas por el operador interno continuaban fuera de los límites del territorio del ente competente. En este caso, el CESE abogó por una flexibilización de la competencia territorial: se podrían prestar servicios en territorios ajenos pero limítrofes si fueran necesarios para garantizar la integración de los servicios en cuestión y la unificación de la red. Sin embargo, consciente de que esta posibilidad podría suponer una excusa para violar la competencia, recomendaba que los servicios prestados fuera del territorio no excedieran de un determinado porcentaje. Además, propuso que diversos operadores internos pudieran cooperar entre sí, para no perder competitividad. Por último, el CESE mostró su sorpresa de que la adjudicación directa en el ámbito ferroviario (una de las excepciones del artículo 5) no se sometiera a ninguna condición.

En tercer lugar, se pronunció sobre la licitación, y las excepciones a la misma. En particular, en relación a la tercera excepción (transporte ferroviario regional y de largo recorrido) el CESE, recordando el volumen de negocios de dicho sector, defendió que no debería excluirse de la competencia sin condiciones, como las que se habían impuesto al operador interno.

En cuarto lugar, en relación a las compensaciones recogidas en el artículo 4, establece distintos requisitos dependiendo de si el contrato de SP ha sido objeto de licitación o de adjudicación directa. El CESE solicitó una mayor claridad ya que sostuvo que establece un régimen demasiado complejo.

Por último, el CESE reivindicó que la propuesta del 2005 recuperara el espíritu de la propuesta del 2002 y fuera más precisa en asuntos como la calidad de los servicios, la

información a los viajeros y en el respeto de las legislaciones sociales, mediante exigencias mínimas en estos campos.

Por último, sostuvo que el artículo 8.6 era impreciso a no referirse a la primera mitad de los períodos transitorios y al no afectar a las adjudicaciones directas.

7.3 La Posición Común de 2006

El 9 de junio de 2006 este proceso experimenta un desbloqueo con un acuerdo político en el Consejo que fue finalmente aprobado por dicha institución como Posición Común el pasado 11 de diciembre de 2006. Este texto fue publicado el pasado 27 de marzo de 2007 (Posición Común (CE) nº 2/2007). En dicho texto se añaden algunos cambios que motivaron su aprobación por parte de los Estados miembros.

En primer lugar, se modifica la redacción del artículo 1 en relación al objeto del Reglamento, ya que establece que dicho texto define las condiciones en las que las autoridades competentes, al imponer o contratar OSP, compensan a los operadores de servicios públicos por los costes que se hayan derivado y conceden derechos exclusivos en contrapartida por la ejecución de OSP. El objetivo es precisar con más detalle el objeto del Reglamento que es la regulación de la OSP, ya que ciñe la compensación y la concesión de derechos a la imposición las mismas.

El ámbito, también regulado en el artículo 1, experimenta a su vez un cambio. Así, se mantiene todo el tenor del artículo 1.2 pero añade de nuevo el transporte público de viajeros por vías navegables, pero como posibilidad para los Estados miembros que opten por ello. Con este añadido, la Posición Común recupera contenidos de las propuestas que datan de 2000 y 2002.

Además, se añade un tercer apartado que delimita el ámbito del Reglamento en relación a la normativa sobre contratación pública, afirmando que el Reglamento no se aplicará a las **concesiones de obras públicas** contempladas en la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales²⁰ y en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios²¹. Ambas Directivas son el producto de la fusión de las cuatro Directivas comunitarias sobre contratación pública²².

²⁰- El artículo 1.3 a) de dicha Directiva conceptúa una concesión de obras como "un contrato que presente las mismas características que el contrato de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, bien únicamente en el derecho a explotar la obra, bien en dicho derecho acompañado de un pago".

²¹- El artículo 1.3 de dicha Directiva conceptúa la concesión de obras públicas como "un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio".

²²- Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, por la que se coordinan los procedimientos de adjudicación de contratos de servicios; Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones

Las definiciones contenidas en el artículo 2 de la Posición Común respetan las contenidas en la propuesta de la Comisión pero se suprime la definición de “transporte regional o de largo recorrido”, de “operador interno” y añade el concepto de “servicios públicos de transportes de viajeros” que son “servicios de transporte interconectados dentro de un área geográfica determinada que cuenten con un servicio único de información, de expedición de billetes y un solo horario”

El artículo 3 mantiene el mismo tenor que la propuesta de Reglamento de 2005 (obligación de contractualizar todas las OSP) pero precisa mejor que una autoridad podrá conceder una compensación y/o un derecho exclusivo en contrapartida por una OSP. Reafirma la posibilidad de que se apliquen reglas generales a las OSP que fijen tarifas máximas para el conjunto o determinadas categorías de viajeros. Ahora bien, las tarifas impuestas por reglas generales para OSP se regirán por el Reglamento, para evitar una compensación excesiva (según el artículo 4, 6 y el Anexo). Sin embargo, como novedad, permite al Estado miembro (no la autoridad competente) excluir del ámbito de aplicación del Reglamento las reglas generales sobre OSP que establezcan tarifas máximas para alumnos, estudiantes, aprendices y personas de movilidad reducida, con lo que deberán notificarse a la Comisión siguiendo el artículo 88 TCE (regulador de las ayudas de Estado).

El artículo 4 mantiene el mismo contenido para los contratos de OSP y las reglas generales. Sin embargo, se cambia la fecha de duración de los contratos de servicio público de bus o autocar de ocho a diez años. Los contratos de SP de ferrocarril u otros modos ferroviarios, se mantienen en quince. Se mantiene la regla de los 15 años en los contratos relativos a diversos modos de transporte si el ferrocarril u otros modos ferroviarios representan más del 50% del valor de los servicios.

Sin embargo, se desarrollan más las posibilidades de prórroga.

En primer lugar, se mantiene la posibilidad de prórroga del contrato hasta un máximo de la mitad de duración del mismo si el operador del servicio público aporta los elementos del activo que sean a su vez significativos en relación con la totalidad de los activos necesarios para prestar los servicios de transportes objeto del contrato y que estén relacionados *predominantemente* con ellos. En el COM 2005, se exigía la relación exclusiva, no predominante, entre dichos medios y los servicios a prestar. Además, se añade como novedad la posibilidad de prorrogar los contratos de OSP antes mencionados hasta un 50% más en las regiones ultraperiféricas si los costes lo justifican.

Se añade un caso en el que se puede alargar la duración de los contratos (sin precisar máximo) si dicho contrato de SP se hubiese adjudicado mediante licitación equitativa y si estuviese justificada la mayor duración por la amortización del capital en relación con una inversión excepcional en infraestructuras, material rodante o vehículos. Sin embargo, la autoridad competente deberá remitir a la Comisión en un año tras la celebración del contrato, dicho contrato y los elementos que justifiquen su prolongada duración.

Algunos de estos casos adolecen de cierta vaguedad en la formulación de los requisitos o en la no precisión de la duración máxima de la prórroga, pero su justificación radica en que suponen una mayor libertad de disposición para las autoridades competentes. Se puede entender que los contratos de larga duración dificultan en cierta manera una presentación de ofertas que podrían ser más competitivas.

La Posición Común mantiene en el artículo 4 que sean los Estados miembros los que definan los derechos sociales y los criterios de calidad en los contratos de SP, pero es más precisa que la propuesta de Reglamento de 2005. En efecto, declara que sin perjuicio del derecho nacional y comunitario (incluidos convenios colectivos) las autoridades competentes podrán solicitar al operador seleccionado que ofrezca al personal previamente contratado para prestar los servicios los derechos que habrían podido disfrutar si se hubiese producido un traspaso según la Directiva 2001/23²³.

Esta cuestión de los derechos sociales se mantiene como opción para las autoridades competentes, actuando por tanto el principio de subsidiariedad, pero deberán ceñirse a la legislación estatal y comunitaria si optan por ello. Además, en caso de que exijan a los operadores cumplir con normas sociales, se deberá hacer constar en los documentos de licitación y los contratos de SP tanto el personal afectado como sus derechos contractuales y las condiciones que precisan la vinculación de los empleados al servicio.

La misma dinámica se aplica al cumplimiento de criterios de calidad, rigiendo el principio de subsidiariedad: si la autoridad competente opta por imponer estos criterios a los operadores deberán respetar las normas nacionales y deberán estar incluidos en los pliegos de licitación y en los contratos firmados, para una mayor transparencia.

Para finalizar, el artículo 4 establece, también como novedad, que se indicará con claridad en los documentos de licitación y en los contratos de SP la posibilidad de subcontratación, cuyas condiciones se establecerán en el contrato de SP en el respeto de la legislación nacional y comunitaria.

El artículo 5 es capital ya que rige la adjudicación de los contratos de SP.

Para empezar, el artículo 5.1 acota de manera más precisa el tipo de transporte objeto del Reglamento.

En primer lugar, declara que los contratos de SP se adjudican de acuerdo con el Reglamento.

²³.- Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad

Sin embargo, la adjudicación de contratos de servicios y de servicio públicos definidos así en las Directivas 2004/17²⁴ y 2004/18²⁵ en relación al **autobús o tranvía que no sean contratos de concesión** se regirá por dichas Directivas. Es decir, los contratos de SP cuyo objeto sean servicios de bus o tranvía y que sean de concesión de servicios, se regirán por el Reglamento.

En resumen, se establece la regla general de aplicación del Reglamento para los contratos de SP. Sin embargo, en el caso de contratos de servicios transporte por autobús o tranvía, se recurre a las Directivas, salvo si es un contrato de concesión de servicios, en cuyo caso se aplicaría el Reglamento.

Este tenor supone una mayor acotación y precisión respecto al artículo 5.1 de la propuesta de 2005, delimitando en mejor medida el régimen de las OSP respecto a la normativa comunitaria de la contratación pública. En efecto, el artículo 5 de la propuesta de 2005 establecía que las reglas de adjudicación de los contratos de SP no eximían de las obligaciones resultantes de las Directivas de contratación pública, dando lugar a una libertad de disposición a las autoridades en cuanto al Derecho a aplicar, lo que podía provocar confusiones.

En la exposición de motivos del Consejo en la Posición Común y en el Dictamen del CESE, se establece que la Comisión, bajo esa libertad para elegir el derecho aplicable, cifraba la opción entre dos alternativas: si un contrato de SP entrañaba un riesgo para el operador, se aplicaría el Reglamento; de lo contrario, se aplicarían las Directivas sobre contratación pública (Directivas 2004/17 y 2004/18). El paradigma de asunción de riesgos en este ámbito, es un contrato de concesión de servicios. En efecto, en una concesión de servicios, una empresa asume riesgos en la línea de transporte, ya que tiene que hacerla rentable. En otro tipo de contrato de SP, en el que por ejemplo, una compañía de transportes sólo suministra autobuses para que la Administración cubra una línea que gestionará por sí misma, regiría las Directivas de contratación pública.

Con este nuevo artículo 5.1 y el mencionado 1.3, que dirige a las Directivas mencionadas las concesiones de obras públicas, el objeto del Reglamento resulta más claro en relación a la normativa de contratación pública.

El artículo 5.2 mantiene la libertad de la autoridad local (entendida como en la propuesta de Reglamento de 2005) de optar por prestar ella misma el SP o adjudicar directamente a un operador interno, que no debe en principio participar en licitaciones en territorios fuera de la jurisdicción de la autoridad que le ha adjudicado. El régimen se precisa en mayor medida. En primer lugar, la opción que tienen las autoridades locales dependerá de si la legislación nacional lo permite. De esta manera, se ha de justificar que la adjudicación directa a nivel local y regional es posible por ley nacional,

²⁴.- Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

²⁵.- Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

entrando en juego el principio de subsidiariedad. En segundo lugar, el nuevo 5.2 se refiere tanto a una autoridad local como a una agrupación de autoridades que presten servicios públicos integrados (en este último caso, al menos una de ellas deberá ejercer sobre el operador interno un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios) En tercer lugar, el artículo establece un nuevo régimen que la autoridad local deberá seguir cuando decida adjudicar directamente a un operador interno:

a) el Reglamento cita la presencia en los órganos de administración, dirección o supervisión, las especificaciones correspondientes en los estatutos, la propiedad, la influencia y control efectivos de las decisiones estratégicas o las decisiones aisladas de gestión como los factores que determinan la existencia de un control por parte de la autoridad local. Sin embargo, la propiedad del 100% del operador por parte de la autoridad local no es un requisito exigible (máxime en caso de colaboraciones publico-privadas) siempre que se demuestre “una influencia pública dominante y que pueda determinarse el control sobre la base de otros criterios”.

b) Se restringe territorialmente con más precisión al operador interno o a cualquier entidad sobre la cual este operador ejerza una influencia, por mínima que sea. Estos deberán llevar a cabo sus actividades de transporte público de viajeros dentro del territorio de la autoridad local competente, no obstante las líneas salientes u otros elementos auxiliares de dicha actividad que entren en el territorio de autoridades locales competentes vecinas (así no se perjudica a los viajeros); además, el operador o entidad sobre lo que ejerza influencia no deberán participar en licitaciones relativas a la prestación de servicios de transporte público de viajeros organizadas fuera del territorio de la autoridad local competente que les adjudique directamente.

c) Sin embargo, existe una excepción al punto anterior, ya que un operador interno podrá participar en una licitación equitativa fuera del territorio de la autoridad local. En efecto, si la autoridad ha decidido licitar el contrato que había adjudicado directamente al operador interno cuando dicho contrato finalice, el operador podrá empezar a participar en licitaciones fuera del territorio de la autoridad local cuando resten dos años para la finalización de contrato y siempre que a dicho operador no se le haya adjudicado directamente otro contrato.

d) Si no existe una autoridad local competente, la autoridad competente será la nacional (y el objeto, una zona geográfica local), siempre que el operador interno no participe en licitaciones relativas a la prestación de servicios de transporte público de viajeros organizados fuera de la zona para la cual se ha adjudicado el contrato de servicio público.

Así el Consejo dio respuesta a las proposiciones tanto del CdR como del CES relativas a una mayor precisión del operador interno.

El artículo 5.3 confirma la regla general para la autoridad competente de licitación equitativa y transparente si no se recurre a un operador interno; sin embargo, los

artículos 5.4, 5.5 y 5.6 contienen excepciones regladas a dicha regla general, que la Posición Común reformuló en comparación con la propuesta de Reglamento de 2005:

a) Si no lo prohíbe el Derecho nacional, (se establece de nuevo la necesidad de la existencia de un marco para dar cabida al principio de subsidiariedad) se podrá adjudicar de manera directa, aunque no haya operador interno, si el valor medio anual del contrato de SP es de menos de un millón de euros o si el objeto es la prestación de menos de 300.000 kilómetros de transporte público. Además, las PYME reciben apoyo en este caso, para potenciar su competitividad, ya que cuando este tipo de empresas sólo cuenten con 20 o menos vehículos, los umbrales de los contratos objeto de adjudicación directa subirán en cuantía (hasta 1,7 millones de euros) y en kilometraje (hasta 500.000 kilómetros)

b) Al igual que en la propuesta de Reglamento de 2005, en caso de interrupción de los servicios o de riesgo inminente de tal situación, la autoridad podrá adjudicar directamente o prorrogar formalmente un contrato de SP o exigir determinadas OSP. La novedad radica en la posibilidad que tiene el operador de recurrir tal decisión y en el límite de dos años de duración de la adjudicación, prórroga o imposición.

c) En el último caso es donde encontramos una de las grandes novedades. En efecto, se suprime la adjudicación directa de contratos de SP de transporte ferroviario regional o de largo recorrido y se establece que dicha adjudicación directa, si la ley nacional lo permite, se podrá hacer en casos de contratos de SP de transporte ferroviario pesado, a excepción por tanto, del metro o tranvía que, a priori, podrían ser objeto de licitación (son transportes por vía férrea pero no ferrocarril pesado, sino ligero). Sin embargo, ambos modos de transporte han sido generalmente considerados en las administraciones competencia de lo que la propuesta de Reglamento considera el operador interno. Este cambio supone ampliar el objeto de las adjudicaciones directas al ferrocarril urbano, suburbano y las redes integradas. La duración de estos contratos será de diez años como máximo salvo en caso que sea aplicable el artículo 4.4 relativo a las prórrogas de los contratos.

La adjudicación directa imposibilita la entrada de la libre competencia. Por ello, los Estados miembros han apostado por regular de manera clara los supuestos de adjudicación directa sin desvirtuar el propósito de la Comisión de apertura del mercado del transporte público de pasajeros.

El artículo 6.1, regulador de las compensaciones, guarda el mismo tenor que en la propuesta de Reglamento de 2005. El artículo 6.2 cambia los plazos de comunicación, de los datos a entregar a la Comisión, (a petición de la misma) para determinar si las compensaciones se ajustan al Reglamento. En la Posición Común se establecen tres meses u otro plazo más largo establecido en la petición que haga la Comisión.

El artículo 7 dedicado a la publicidad ha experimentado un desarrollo con la Posición Común. En primer lugar, en el artículo 7.2 se respeta, como en la propuesta de

Reglamento de 2005, la obligación de la autoridad competente de publicar una vez al año las OSP, los operadores seleccionados y las compensaciones y/o derechos exclusivos que se han concedido y define los mismos datos mínimos a publicar en el DOUE con carácter previo (un año antes) a la licitación o adjudicación directa (nombre y datos autoridad competente, tipo de adjudicación considerado, y servicios y territorios afectados potencialmente por la adjudicación). Sin embargo la Posición Común exime de esta obligación en los casos de adjudicación directa, imposición o prórroga de contrato por motivos de emergencia.

La novedad de la Posición Común es la implantación de la posibilidad de una excepción a la publicación de dichos datos, si el contrato de SP tiene una prestación anual de menos de 50.000 kilómetros de servicio de transporte de pasajeros. Además, se establece que si la información sufre modificaciones tras su publicación, se redactará una rectificación que aparecerá en el DOUE.

Además, la Posición Común exige requisitos de transparencia a las adjudicaciones directas de contratos de servicio público de **transporte ferroviario pesado** (artículo 5.6), afirmando que la autoridad competente deberá hacer pública la siguiente información dentro del plazo de **un año** a partir de la fecha de la adjudicación:

- a) nombre de la entidad contratante y propietario;
- b) duración del contrato de servicio público;
- c) descripción de los servicios de transporte de pasajeros que se deben realizar;
- d) descripción de los parámetros de la compensación económica;
- e) objetivos de calidad;
- f) condiciones sobre los activos principales.

Por último, la Posición Común establece que a petición de cualquier parte interesada, la autoridad competente deberá remitir la motivación de la decisión por la que haya adjudicado directamente un contrato de servicio público, sea cual sea.

El artículo 8 regula de manera distinta las disposiciones transitorias. En primer lugar vuelve a recordar que si bien los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento, los contratos de servicios o los contratos de servicios públicos, tal que definidos en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, respecto de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía, se adjudicarán con arreglo a los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de contratos de concesión de servicios en la acepción de esas Directivas. Además, no se aplicarán las disposiciones de los apartados 2 a 4 del presente artículo a los contratos que hayan de adjudicarse de conformidad con las Directivas 2004/17/CE o 2004/18/CE.

El apartado 2 establece una disposición transitoria única de doce años tras la entrada en vigor del Reglamento para la aplicación del artículo 5 relativo a las adjudicaciones. Durante este período transitorio, los Estados miembros deberán tomar medidas para cumplir con el artículo 5.

Dentro de un plazo de seis meses a partir del final de la primera mitad del período transitorio, los Estados miembros presentarán a la Comisión un informe de evaluación en el que se dará cuenta de la aplicación del artículo 5. Tomando como base los informes de evaluación de los Estados miembros, la Comisión, podrá proponer a los Estados miembros las medidas adecuadas. Así, se establece un sistema gradual de control por parte de la Comisión, permitiendo a ésta intervenir a través de propuestas en la implantación del artículo 5, sobre todo si estima que no se está cumpliendo con el contenido del mismo.

El 8.3 establece cuatro categorías de contratos que tienen sus propias reglas de vencimiento y que no se rigen por lo anteriormente expuesto. Son los contratos de SP adjudicados con arreglo al Derecho comunitario y al Derecho nacional:

- a) antes del 26 de julio de 2000, con arreglo a un procedimiento de licitación, que podrán continuar hasta su expiración;
- b) antes del 26 de julio de 2000, con arreglo a un procedimiento distinto del procedimiento de licitación podrán continuar asimismo hasta su expiración, pero no por un período superior a treinta años;
- c) a partir del 26 de julio de 2000 y antes de la entrada en vigor del Reglamento, con arreglo a un procedimiento de licitación podrán continuar asimismo hasta su expiración, pero no por un período superior a treinta años;
- d) a partir del 26 de julio de 2000 y antes de la entrada en vigor del Reglamento con arreglo a un procedimiento distinto del procedimiento de licitación, que podrán continuar hasta su expiración, siempre que sean de duración limitada y comparable a las duraciones que se especifican en el artículo 4.

Además, la Posición Común establece que los contratos de SP podrán continuar hasta su expiración en caso de que su rescisión pueda provocar consecuencias jurídicas o económicas indebidas y siempre que la Comisión haya dado su aprobación.

Con este régimen, tal y como se explica en la exposición de motivos del Consejo para la Posición Común, el Consejo ha intentado equilibrar el respeto al principio de *pacta sunt servanda* y la necesidad de evitar la prolongada falta de apertura de los mercados.

El artículo 8.4 mantiene el régimen de la propuesta de 2005 sobre la exclusión durante la segunda mitad del período de transición indicado en el apartado 2, por parte de las autoridades competentes de la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos de SP mediante licitación a los operadores que no puedan aportar la prueba de que el valor de los servicios de transporte público por los que disfruten de una compensación o derecho exclusivo otorgado con arreglo al presente Reglamento represente al menos la mitad del valor de todos los servicios de transporte público por los que disfruten de una compensación o derecho exclusivo. La autoridad deberá excluir a todos los operadores de servicio público potenciales que cumplan ese criterio e informarán a los operadores potenciales de su decisión al inicio del procedimiento de adjudicación. Además, las autoridades competentes concernidas comunicarán a

la Comisión su intención de aplicar esta disposición al menos dos meses antes de la publicación de la licitación.

A efectos de la aplicación de este criterio, no se tendrán en cuenta los contratos de servicio público adjudicados por medida de emergencia a que se refiere el artículo 5.5.

Además, la Posición Común añade que dicha exclusión no se aplicará a los operadores de servicio público que ya presten los servicios que hayan ser objeto de licitación. No se les podrá excluir bajo este motivo.

El artículo 9 relativo a la compatibilidad del Reglamento con el Tratado, mantiene la exención de obligación de notificación previa del artículo 88.3 TCE. Sin embargo, la Posición Común añade un régimen de ayudas compatibles con el TCE:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73, 86, 87 y 88 del Tratado, los Estados miembros, de conformidad con el artículo 73 del Tratado, podrán seguir concediendo al sector de los transportes ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público, distintas de las recogidas en el presente Reglamento, y en particular:

a) hasta la entrada en vigor de las normas comunes sobre asignación de los costes de infraestructuras, cuando las ayudas se concedan a empresas que tengan que soportar un gasto relativo a las infraestructuras que utilicen, mientras que otras empresas no estén sometidas a una carga semejante. Al determinar el importe de la ayuda así concedida, se tendrán en cuenta los costes de infraestructuras que los modos de transporte competidores no soporten;

b) cuando el fin de las ayudas sea fomentar o desarrollar la investigación de tecnologías y sistemas de transporte más económicos para la Comunidad en general.

Las ayudas se limitarán a la fase de investigación y desarrollo y no podrán cubrir la explotación comercial de esas tecnologías y sistemas de transporte”

Al igual que la propuesta de Reglamento de 2005, el artículo 10 de la Posición Común deroga los Reglamentos 1107/70 y 1191/69 (régimen actual de las OSP) pero mantiene la vigencia de éste último durante tres años para el transporte público de mercancías (hay ciertos aspectos que rigen aún en el Reglamento para este tipo de transporte) tras la entrada en vigor de la presente propuesta de Reglamento, que tendrá lugar, según el artículo 12, tres años después de su publicación en el DOUE.

La Posición Común completa la regla número 2 del Anexo que contiene las reglas aplicables a la compensación en los casos indicados en el artículo 6.1. En efecto, la Posición Común añade un esquema para el cálculo de la incidencia financiera neta:

Así, los costes derivados en relación con una OSP o una serie de obligaciones impuestas por la autoridad o autoridades competentes, que figuren en un contrato de SP o en una norma general, menos cualquier incidencia financiera positiva surgida en la red

explotada con arreglo a la obligación o las obligaciones de servicio público de que se trate, menos los ingresos procedentes de tarifas o cualquier otro ingreso producido al cumplir la obligación o las obligaciones de servicio público de que se trate, más un beneficio razonable dará como resultado la incidencia financiera neta

Además, en la regla 3 se añade una frase para evitar compensaciones excesivas o una falta de compensación, estableciendo que las incidencias financieras cuantificables en las redes del operador afectadas se tomarán en cuenta a la hora de calcular la incidencia financiera neta.

La Posición Común contiene dos anexos que expresan declaraciones de tres Estados miembros. El primer anexo contiene las declaraciones de Suecia a la que se sumó Italia. Suecia declaró que a pesar de que el Reglamento establezca la opción de la adjudicación directa para los servicios ferroviarios, esta decisión no excluía que la Comisión, en virtud de su derecho de iniciativa, presente en el futuro propuestas legislativas sobre la apertura de los mercados nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril. A falta de tal legislación, Suecia declaró que consideraba que los Estados miembros conservaban el derecho de aplicar medidas de reciprocidad, siempre que sean compatibles con la legislación comunitaria.

En otra declaración, la República Checa declaró que no podía aceptar la redacción actual del artículo 7, apartado 4²⁶ ya que a su juicio reducía la seguridad jurídica de todas las partes que intervienen en la adjudicación directa. La República Checa declaró sus reservas sobre la posibilidad de que una parte que considere que se han lesionado sus intereses impugne una decisión razonada determinada con el fin de forzar una comparación entre el contrato otorgado por adjudicación directa y su propia oferta.

En algunos casos, esto podría posteriormente impedir la adjudicación directa de un contrato de servicio público, cosa que la República Checa declaró inaceptable. Debido a esta reserva, la República Checa no pudo refrendar el acuerdo político del Consejo sobre esta propuesta, por lo que se abstuvo en la votación.

El Consejo remitió dicha Posición Común al Parlamento el 12 de diciembre, institución que declaró la recepción de la misma el 18 de enero. Tras deliberaciones en la Comisión Parlamentaria TRAN, el dictamen del Pleno en segunda lectura tuvo lugar el pasado 10 de mayo. Dicha votación aprobó la Posición Común con algunas enmiendas que habían sido negociadas de antemano con el Consejo, para no provocar más bloqueos. El ponente fue el eurodiputado Erik Meijer (Grupo Confederado de la Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica)

²⁶- A petición de cualquier parte interesada, la autoridad competente deberá remitir la motivación de la decisión por la que haya adjudicado directamente un contrato de servicio público, sea cual sea.

7.4 La segunda lectura del Parlamento y el fin del proceso legislativo

En particular, la segunda lectura añadió una serie de precisiones.

En el artículo 1.2 declara que los Estados miembros podrán aplicar el Reglamento a las vías marítimas nacionales sin perjuicio del Reglamento (CEE) nº 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo).

En el artículo 2 dedicado a definiciones reintroduce el concepto de operador interno: entidad jurídicamente independiente sobre la que una autoridad competente ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;

En el contenido obligatorio de los contratos de servicio públicos y reglas generales se suaviza la necesidad de establecer por anticipado los parámetros de cálculo de la compensación (si “procede”) y se añade la obligatoriedad de establecer la naturaleza y el alcance de cualesquiera derechos exclusivos para evitar compensaciones excesivas.

El artículo 4.7 de la segunda lectura es más preciso con el tema de la subcontratación, ya que exige que se indique en los contratos de licitación y contratos de SP no sólo la posibilidad de subcontratación sino también el nivel de la misma. Así, no es posible una subcontratación total, ya que, si se subcontrata, el operador que ha firmado el contrato está obligado por el Reglamento a prestar parte esencial de los servicios (esta obligación se repite en un nuevo apartado e) añadido al artículo 5.2). No obstante, un contrato de SP que cubra tanto la planificación como el establecimiento y la gestión de los servicios públicos de transporte de pasajeros podrá autorizar la subcontratación total de la gestión de dichos servicios.

En el artículo 5.4, se cambian las cifras relativas a las PYME. Se considerarán PYME las empresas que no utilicen más de 23 vehículos pudiendo optar entonces a la adjudicación directa, salvo ley nacional contraria, si el contrato es de menos de dos millones de euros y su prestación anual es de menos de 600.000 kilómetros.

Además, la segunda lectura añade un apartado séptimo al artículo 5, en pos de una mayor seguridad jurídica para los ciudadanos:

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar que las decisiones adoptadas de conformidad con los apartados 2 a 6 puedan revisarse eficaz y rápidamente, a petición de una persona que tenga o haya tenido interés en obtener un contrato particular y que haya sido perjudicada o corra el riesgo de ser perjudicada por una supuesta infracción, cuando dichas decisiones han infringido el Derecho comunitario o normas nacionales de explicación de dicho Derecho.

Cuando los organismos responsables de los procedimientos de revisión no tienen carácter judicial, sus decisiones habrán de motivarse siempre por escrito. Además, en este caso, deberán adoptarse medidas para que toda supuesta medida ilegal adoptada por el organismo

responsable de la revisión o todo supuesto defecto en el ejercicio de las competencias que le han sido conferidas pueden ser objeto de revisión judicial o de revisión por otro organismo que sea un órgano jurisdiccional con arreglo al artículo 234 del Tratado CE e independiente de la autoridad contratante y del organismo responsable de la revisión.”

El artículo 7 dedicado a la publicidad añade en el apartado 3 algunos detalles a hacer públicos en caso de adjudicación directa: aparte del nombre de la entidad contratante y propietario, el nombre, si procede, de la parte o partes que ejercen control jurídico. Además, precisa algo más los objetivos de calidad a aportar en el mismo artículo, al citar la puntualidad, la fiabilidad, primas y sanciones aplicables.

Finalmente, modifica el plazo de entrada en vigor ya que tendrá lugar a los 24 meses de su publicación en el DOUE.

Como se ha afirmado, las enmiendas del Parlamento fueron acordadas con el Consejo salvo dos de ellas, relativas a la subcontratación y al operador interno, que fueron aprobadas por el COREPER del pasado 14 de mayo. Por consiguiente, el texto final ya no se modificó. El texto deberá pasar por los trámites administrativos internos de revisión jurídica y traducciones para poder ver la luz en el DOUE en los próximos meses.

8. CONCLUSIONES

Si bien la Posición Común del Consejo equilibraba el texto desde el punto de vista de los Estados miembros mediante una mayor precisión de la opción a la adjudicación directa y una mayor presencia del principio de subsidiariedad, el Parlamento Europeo en su segunda lectura hizo hincapié en los procesos de transparencia y seguridad jurídica a través del desarrollo de la posibilidad de un recurso de revisión de las adjudicaciones que beneficia a los ciudadanos.

En suma, la propuesta ha recorrido un largo camino para satisfacer a todos los actores implicados en el proceso legislativo. El resultado final invita a pensar que la liberalización del transporte público de pasajeros está contemplada en un Reglamento que presenta en algunos de sus artículos un fuerte sometimiento a la ley estatal. Este hecho puede sugerir dinámicas de otros instrumentos legislativos. En efecto, la Directiva es un marco normativo más común en los procesos liberalizadores europeos.

Acerca de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de noviembre de 2006

Ignacio Carrasco López
Letrado de la Junta de Andalucía

1.- INTRODUCCIÓN.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de noviembre de 2006, dictada por su sección primera en el seno del recurso 1044/2004, enjuicia un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido frente al Ayuntamiento de Argoños y el Gobierno de Cantabria que concluye con la estimación parcial del recurso condenando la Sala a ambas Administraciones al pago solidario de parte de las indemnizaciones reclamadas.

El fundamento empleado para la condena solidaria a la Administración Autonómica es el de considerar que el conocimiento por ésta del estudio de detalle que amparaba la concesión de las licencias urbanísticas, constando un informe en el que además se cuestionaba su legalidad, sin realizar actividad impugnatoria alguna contra el mismo supone que el deficiente funcionamiento de los servicios públicos ha de extenderse también a los de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Sin perjuicio del análisis detallado del supuesto de hecho contemplado por la sentencia y de sus consecuencias jurídicas, es preciso realizar un breve examen del régimen de impugnación de los acuerdos de las Entidades que integran la Administración Local por las Comunidades Autónomas, pues el problema surgido del supuesto contemplado por la referida resolución judicial ha de encuadrarse en este contexto de relaciones interadministrativas, en este caso de naturaleza conflictiva. Así pues, dado que la responsabilidad solidaria surge de la falta de impugnación por una administración autonómica de un acto de un ente local, es imprescindible el previo estudio del régimen aplicable a tales impugnaciones y los defectos que tal regulación presenta.

Prescindiendo de otros antecedentes normativos, puede decirse que la determinación del régimen aplicable a las impugnaciones aludidas requiere de una labor de interpretación sistemática de las normas contenidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, sobre Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA).

Comenzando por el primero de los textos legales citados, ha de partirse de lo dispuesto en el artículo 65 LBRL, a cuyo tenor, *“1. Cuando la Administración del Estado o la de las Comunidades Autónomas considere, en el ámbito de las respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto en el plazo máximo de un mes.*

2. El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se formulará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo.

3. La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa dentro del plazo señalado para la interposición del recurso de tal naturaleza señalado en la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción, contado desde el día siguiente a aquel en que venza el requerimiento dirigido a la entidad Local, o al de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento, si se produce dentro del plazo señalado para ello.

4. La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá también impugnar directamente el acto o acuerdo ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin necesidad de formular requerimiento, en el plazo señalado en la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción.”.

Este artículo sugiere dos cuestiones que pasamos a analizar. En primer lugar, la amplitud del control de legalidad que se atribuye por virtud de este precepto a las Comunidades Autónomas. En este orden de cosas es de notar la laxitud empleada por su tenor literal, pues dado el nivel competencial alcanzado por las administraciones autonómicas es difícil plantear hipótesis en las que los actos procedentes de las administraciones locales no encajen en el ámbito de “las respectivas competencias” a que alude el mencionado precepto. En consecuencia, la práctica totalidad de los actos administrativos y disposiciones generales emanados de tales entes son susceptibles de control por la administración autonómica, de ahí que sea difícilmente cuestionable la legitimación procesal de ésta en el seno de la jurisdicción contencioso administrativa.

La segunda de las cuestiones se refiere al procedimiento para la impugnación jurisdiccional de los actos. A este respecto, el artículo 65 LBRL prevé dos posibilidades que habrán de ser conjugadas con las previsiones contenidas en otros artículos de la LBRL y de la LJCA y cuya interpretación sistemática es susceptible de plantear no pocos problemas.

Así, es posible que por la Comunidad Autónoma se proceda directamente a la impugnación jurisdiccional del acto, acuerdo o disposición del Ente Local (art. 65.4 LBRL). En tal caso bastará con acudir a las previsiones generales de la LJCA en relación con el plazo para la interposición del recurso (art. 46.1 LJCA). No obstante podría plantearse si la omisión del trámite no preceptivo del requerimiento previo del artículo 65.1 LBRL puede ser sustituido por el previsto en el artículo 44.1 LJCA, según el cual *“En los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición,*

anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada.”.

El hecho de que el apartado 4 del artículo 44 LJCA señale que “*Queda a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local.*”, no parece que impida la práctica de este requerimiento, cuando no se produjo al amparo del artículo 65 LBRL, si bien pudiera cuestionarse su uso en el caso de que sí se hubiese practicado el previsto en la LBRL, siendo esta última circunstancia objeto de posterior análisis. En consecuencia, y a excepción de lo acabado de decir acerca del requerimiento previsto en la Ley procesal, lo cierto es que esta vía de impugnación no parece plantear demasiados problemas.

No ocurre lo mismo, empero, con el segundo mecanismo de impugnación previsto por el artículo 65 LBRL. En este caso, se permite que la Comunidad Autónoma pueda requerir, con carácter previo a la impugnación jurisdiccional, a la entidad autora del acuerdo, acto o disposición, a fin de que anule el acto en el plazo de un mes. La simpleza con la que se plantea esta solución no casa ni con el diseño del sistema que contiene la propia Ley ni con la realidad demostrada por la práctica.

En efecto, el procedimiento resulta mucho más complejo de lo que se intuye con la lectura del precepto, pues su aplicación plantea problemas no sólo en cuanto a la formulación del requerimiento mismo sino, incluso, en cuanto a la realización del previo examen de la legalidad del acto.

Debe tenerse en cuenta que la decisión de la Comunidad Autónoma de impugnar una actuación de un ente local requiere una previa comprobación de que el acto no es conforme al ordenamiento jurídico. No puede adoptarse una decisión que suponga cuestionar la legalidad de la actuación del ente local sin previamente examinar si el acto es o no ajustado a derecho. Siendo este planteamiento lógico, su inclusión aquí es necesaria porque éste es el primer problema al que se enfrentan las Comunidades Autónomas. La primera dificultad que tiene que ser superada para el cumplimiento de la función de tutela de la legalidad de los actos de la Administración Local, y que el sistema no resuelve, es la inexistencia de mecanismos que permitan a las administraciones autonómicas conocer el contenido de los actos cuya legalidad deben examinar.

En efecto, si bien es cierto que la LBRL contempla un sistema que piensa en la resolución de esta dificultad con verdadera trascendencia procesal, no lo es menos, tal y como se expondrá a continuación, que dicho sistema es incompleto por carecer de la necesaria previsión de las consecuencias que deben producirse en aquellos casos en los que la Administración Local no atiende a los requerimientos de la Comunidad Autónoma.

Dispone el artículo 56 LBRL que “1. *Las entidades locales tienen el deber de remitir a las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los plazos y forma que reglamentariamente se determinen, copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas. Los Presidentes y, de forma inmediata los Secretarios de las Corporaciones serán responsables del cumplimiento de este deber.*

2. *En todo caso, las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas estarán*

*facultadas, con el fin de comprobar la efectividad, en su aplicación y, respectivamente, de la legislación estatal y la autonómica, para recabar y obtener información concreta sobre la actividad municipal, **pudiendo solicitar incluso la exhibición de expedientes** y la emisión de informes.*

3. La Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas deberán facilitar el acceso de los representantes legales de las entidades locales a los instrumentos de planificación, programación y gestión de obras y servicios que les afecten directamente.”

Por su parte, el artículo 64 del mismo texto legal señala que *“La Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas pueden solicitar ampliación de la información a que se refiere el número 1 del artículo 56, que deberá remitirse en el plazo máximo de veinte días hábiles, excepto en el caso previsto en el artículo 67 de esta Ley, en el que lo será de cinco días hábiles. En tales casos se suspende el cómputo de los plazos a que se refieren el número 2 del artículo 65 y el 1 del artículo 67, que se reanudarán a partir de la recepción de la documentación interesada.”*

La aplicación conjunta de los dos preceptos transcritos cierra, sólo en apariencia, el círculo de control que la Ley atribuye a las Comunidades Autónomas sobre la legalidad de los actos de los Entes Locales. Éstos están obligados a remitir a aquellas copia de sus actos y acuerdos o extractos comprensivos de los mismos y la administración autonómica puede, además, requerir la ampliación de la información recibida exigiendo, en su caso, la exhibición de los expedientes que se tramitan por las Corporaciones Locales.

Sin embargo, la realidad se impone y lo cierto es que el círculo no sólo no está cerrado sino que, además, contiene una vía de escape que puede hacer inviable el control de la legalidad de los actos de la administración local del modo en que la propia Ley estima que debe hacerse, esto es, a través de un procedimiento ágil que impida que el transcurso del tiempo genere situaciones en muchos casos irreversibles.

En efecto, la LBRL contiene una primer matiz de extraordinaria importancia en lo que aquí interesa. No impone la obligación de remitir copia de los acuerdos, pues permite que ésta sea sustituida por extracto comprensivo de los mismos.

Precisamente, el envío de dichos extractos es el hecho del que derivan todas las demás dificultades de control, pues de los mismos resulta, en la mayor parte de los casos, enormemente difícil concluir la legalidad o ilegalidad del acto. Este hecho, por lo demás muy frecuente en la práctica, obliga a las Comunidades Autónomas a acudir a la solicitud de ampliación de la información o de exhibición de los expedientes a los que se refieren los artículos 64 y 56 LBRL, comenzando así un rosario de peripecias que no siempre concluye satisfactoriamente.

En primer lugar la actuación de estos mecanismos genera el problema del cómputo de los plazos. El artículo 65.2 prevé que el requerimiento de anulación se realice en el plazo de 15 días hábiles y la solicitud de ampliación de información no está sujeta expresamente a plazo. Ello no obstante, al disponer el artículo 64 que la solicitud de

ampliación de información suspenderá el plazo para efectuar el requerimiento del artículo 65 parece que aquella solicitud debe realizarse necesariamente antes de que transcurran los 15 días hábiles previstos en el artículo 56.2. Por su parte, la información solicitada por las Comunidades Autónomas debe ser remitida en el plazo de 20 días hábiles desde el requerimiento.

Hasta aquí todo normal. Pero, ¿qué ocurre si esta información no es facilitada por la Corporación Local? Pues ocurre que comienza el tortuoso camino hacia el control de la legalidad de los actos de los Entes Locales por las Comunidades Autónomas. En primer lugar porque nada se aclara acerca de las consecuencias derivadas acerca del incumplimiento de remitir la información. En segundo término porque procesalmente surgen inconvenientes que pueden impedir el control de la legalidad que a las Comunidades Autónomas atribuye la propia Ley.

En relación con la primera de las cuestiones, lo cierto es que sólo encontramos una previsión, a todas luces insuficiente, en el artículo 56.1 in fine cuando dispone que *“Los Presidentes y, de forma inmediata los Secretarios de las Corporaciones serán responsables del cumplimiento de este deber.”* El problema es que mientras se depuran las oportunas responsabilidades el acto sometido a control, que puede no ser ajustado al ordenamiento, despliega sus efectos transformando la realidad, con lo que la declaración de su ilegalidad, transcurrido el tiempo, puede devenir inservible.

En cuanto a los inconvenientes procesales, surgen varias dificultades. En principio, el control de legalidad de los actos de la Administración Local por las Comunidades Autónomas puede materializarse, de ser el acto ilegal, bien atendiendo el ente local al requerimiento autonómico, bien obteniendo una sentencia que declare no ser el acto conforme a derecho en el caso de que no haya requerimiento o éste no sea atendido.

Pues bien, la vía de acudir a la jurisdicción está plagada de incógnitas en el caso de que los Entes Locales, por inoperancia o por obstrucción, no cumplan con su deber de enviar a las Comunidades Autónomas la información requerida por éstas en el ejercicio de su deber de controlar la legalidad de los actos de aquéllas.

Resulta evidente que la previsión contenida en la Ley de que se solicite a los Entes Locales la ampliación de la información referida a los acuerdos que aprueben tiene todo su sentido, pues el control de la legalidad exige, por definición, que se conozca el contenido de tales acuerdos e incluso, en su caso, el procedimiento de su aprobación.

Sin embargo, en caso de falta de envío de la información requerida por las Comunidades Autónomas en el plazo de veinte días hábiles a que alude el artículo 64 LBRL la Ley no aclara si debe entenderse reanudado el plazo de 15 días hábiles para efectuar el requerimiento del artículo 65 LBRL o si, por el contrario, debe éste quedar suspendido indefinidamente hasta que sea cumplida la obligación por voluntad del obligado.

Desde luego, si debe entenderse reanudado el plazo, puede ocurrir que por la Comunidad Autónoma se acabe requiriendo la anulación de un acto a ciegas, sin conocer si el mismo es o no ajustado a derecho, o puede igualmente suceder que acabe interponiendo recurso contencioso administrativo sólo con carácter ad cautelam, esto es, para conocer ya en sede jurisdiccional, ante el necesario envío del expediente administrativo al órgano judicial que conozca del asunto (artículo 48 LJCA), si el acto se ajusta a la legalidad, desistiendo del recurso interpuesto en caso de que así sea.

Si por el contrario se considera, de acuerdo con una interpretación jurídica más razonable, que la falta de atención a la solicitud de información en el plazo de veinte días hábiles no reanuda el plazo para efectuar el requerimiento, nos encontramos con que, o bien la Comunidad Autónoma espera la remisión de la información indefinidamente mientras el acto comienza a producir todos sus efectos, o acude a la impugnación de la inactividad de la Entidad Local a través de la vía del artículo 29.1 LJCA, a cuyo tenor “Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.”.

Desde luego, esta última solución resulta algo forzada y, en cualquier caso, no hace sino ralentizar el ejercicio de la función de control, pues exige un primer proceso contencioso para obtener el envío del expediente y un segundo para, después de lo anterior, y previa reanudación del plazo de 15 días para formular el requerimiento de anulación, enjuiciar la legalidad del acto si es que la Corporación Local no decide antes atender el requerimiento de anulación.

En definitiva, puede decirse que la Ley atribuye a las Comunidades Autónomas una función de garante de la legalidad de la actuación de los entes locales en asuntos que son de competencia de aquellas, pero sin dotarlas de suficientes instrumentos para cumplir adecuadamente tal función, pues el control acaba dependiendo, más que de la Administración encargada de fiscalizar, de la voluntad del propio ente sometido a control.

Lo ilusorio, en múltiples ocasiones, del control que las Comunidades Autónomas pueden ejercer sobre la actuación administrativa de los entes que integran la Administración Local debe llevar a plantearnos si, como parece desprenderse de la sentencia que pasamos a comentar, es posible atribuir a la Administración Autonómica la responsabilidad que se derive de los actos emanados de los Entes Locales.

2.- COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2006.

La sentencia de 7 de noviembre de 2006 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria enjuicia un caso de reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de los daños causados a los propietarios de los inmuebles de una promoción inmobiliaria como consecuencia de la anulación de las licencias en cuya virtud se llevó a cabo la construcción, derivada a su vez la nulidad de las licencias de la del estudio de detalle que las legitimaba.

La aprobación del estudio de detalle fue realizada por el Ayuntamiento de Argoños en contra de la legislación urbanística, pues al afectar dicho instrumento a diversos términos municipales tenía carácter supramunicipal, de modo que la competencia para la aprobación de tal actuación supramunicipal hubiera correspondido a la Comunidad Autónoma de Cantabria.

La sentencia realiza un primer estudio sobre la naturaleza del daño indemnizable concluyendo, apoyado en copiosos precedentes judiciales, la procedencia de tal indemnización. A estos efectos la sentencia distingue dos clases de afectados: de un lado aquellos que adquirieron la vivienda con anterioridad a la sentencia que declaraba la nulidad de las licencias. De otra parte, los que adquirieron la vivienda con posterioridad a tal hecho.

A los primeros los considera susceptibles de ser indemnizados pero no así a los segundos pues cuando compraron los inmuebles ya conocían que la licencia en cuya virtud se realizaba la construcción era nula.

Esta distinción realizada por la sentencia plantea una doble reflexión. La primera acerca de la importancia que pueda tener el conocimiento por el comprador de la existencia de una eventual causa de nulidad que pueda frustrar su expectativa de adquisición.

Y debe llamarse aquí la atención el carácter fundamental que adquiere la solicitud de medidas cautelares consistentes, lo ideal, en la suspensión de la obra y/o, como mal menor, en la anotación preventiva de la demanda para evitar que, como consecuencia de un pronunciamiento judicial estimatorio de la pretensión de nulidad, pueda mantenerse por el adquirente que realizó el negocio traslativo del dominio ignorando la ilegalidad de la licencia.

La segunda es la necesidad de que la impugnación se realice, cuando se promueva por la Comunidad Autónoma, tan pronto como sea posible para evitar, en el caso de no prosperar la medida cautelar de suspensión, que pueda achacarse a la pasividad de aquella un eventual daño a los adquirentes. Dado que sobre ello hemos hablado ya en la introducción no cabe sino remitirse a lo expuesto sin perjuicio de retomar la cuestión al analizar la extensión de la responsabilidad a la Comunidad Autónoma de Cantabria.

A continuación, la sentencia realiza una depuración de las responsabilidades atribuibles a las administraciones municipal y autonómica.

Sin perjuicio de que pueda cuestionarse si la aprobación de una licencia ilegal es susceptible de ser considerado presupuesto para la exigencia de responsabilidad patrimonial, piénsese así en que diariamente las diferentes administraciones que integran el Estado dicta miles de actos administrativos y algunos de ellos, muchos, son anulados en sede jurisdiccional en cualquiera de sus instancias, es claro que, de existir responsabilidad por la anulación de la licencia derivada de la previa anulación del Estudio de Detalle, ésta alcanzaría necesariamente al autor de tales actos, esto es, el Ayuntamiento de Argoños.

Lo que resulta a inquietante es que la responsabilidad pueda también alcanzar a la Comunidad Autónoma. El argumento que emplea la sentencia que aquí se comenta es el de que al haber tenido la Comunidad Autónoma de Cantabria conocimiento de la existencia del Estudio de Detalle y haber incluso manifestado su opinión contraria al mismo, debió la Administración regional impugnar tal estudio de detalle, de modo que no hacerlo la convierte en causante del daño a los propietarios.

Debe aquí introducirse un matiz, recogido en la sentencia, relativo al hecho de que la objeción a la legalidad del estudio de detalle formulada por la Comunidad Autónoma se debía a considerar el mismo causante de la degradación del entorno, sin haber reparado en que la ilegalidad residía, igualmente, en la incompetencia del Ayuntamiento para su aprobación dado su carácter supramunicipal, teniendo en cuenta, además, que el Servicio de Urbanismo dio traslado al Servicio Jurídico de la Comunidad por si era procedente la impugnación del instrumento ilegal.

Pues bien, la conclusión a la que llega la sentencia no puede ser compartida por diversas razones. En primer lugar, es dudoso que pueda establecerse un nexo causal entre la falta de impugnación de las licencias por la Administración Autonómica y el daño causado a los propietarios.

El ejercicio de una acción de impugnación no garantiza, como es de sentido común reconocer, su éxito. En efecto, la licencia puede impugnarse y puede ser declarada conforme a derecho, por lo que no resulta posible realizar una estimación segura de lo que finalmente resolverá el órgano jurisdiccional que conozca del asunto. Es patente, además, que la opinión sobre un mismo asunto entre diferentes órganos jurisdiccionales puede no ser coincidentes, y así lo permite la Ley procesal al regular los recursos contra las sentencias. ¿Es dable pensar que en todos los casos en que una sentencia es revocada por una instancia superior puede ser exigida responsabilidad a la Administración de Justicia?

Puede darse el caso contrario, esto es, que la Comunidad Autónoma impugne una licencia, que se solicite y se conceda en el proceso la medida cautelar de suspensión de la obra y que finalmente la sentencia declare el acto ajustado a derecho. En tal caso la suspensión habrá producido un innegable perjuicio económico al titular de la licencia.

¿Debe ser éste indemnizado por quien insta la impugnación o por la Administración de Justicia por conceder la suspensión cautelar de la obra? ¿Tendrá, al cabo, que terminar respondiendo siempre la Comunidad Autónoma tanto si decide impugnar como si no cuando la Justicia no le conceda la razón en la impugnación o, como en el caso que analizamos, considere que el acto debió haberlo impugnado?

Esta ruptura que, a mi juicio, se produce del nexo causal no justifica que se atribuya responsabilidad a la Comunidad Autónoma. Pero es que, además, debe conectarse la anterior argumentación con una segunda referida a la necesidad de, en el estado actual de las cosas, comenzar a concienciarnos de que las Entidades Locales son ya “mayores de edad”.

La Constitución Española de 1978 garantiza en su artículo 140 la autonomía de los municipios. Esta garantía, reforzada posteriormente por la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ha provocado, de modo legítimo, la continua reivindicación que los Entes Locales realizan de la autonomía local ante cualquier actuación de otras Administraciones, singularmente la autonómica, que pueda menoscabar tal principio.

Precisamente, son múltiples las llamadas que la Jurisprudencia hace a la Autonomía Local para anular los actos de la Administración Autonómica por invadir dicho espacio, lo cual resulta razonable pues lo contrario supondría la negación de la razón de ser de tales entes.

Ahora bien, tal protección frente a las Administraciones de orden superior debe tener su reverso. La autonomía local debe respetarse, pero los Entes Locales tienen que soportar todas las consecuencias, también las adversas, que se deriven de tal principio. Bien que se defienda la autonomía local, pero bien igualmente que los que se benefician de dicha autonomía se hagan responsables de sus actos.

En la sentencia que aquí se comenta se recoge de modo claro como la Comunidad Autónoma de Cantabria actuó con escrupuloso respeto a tal autonomía. Si bien no censuró el estudio de detalle aprobado por el Ayuntamiento de Argoños desde el punto de vista de la incompetencia para dictar un instrumento de naturaleza supramunicipal, es cierto que la administración autonómica objetó tal Estudio de Detalle pero considerando ser “consciente de que al tratarse de suelo urbano, es el Ayuntamiento el órgano competente para la aprobación definitiva del estudio de detalle”.

Parece claro que si en virtud del ya mencionado principio de autonomía local, y en el ejercicio de sus competencias, un municipio decide aprobar un acto de esta naturaleza, es claro que los efectos adversos de su aprobación deben ser soportados, exclusivamente, por la Administración autora del acto. No puede invocarse el principio para gozar del pleno ejercicio de las competencias y esconderlo cuando dichas competencias no se ejercen adecuadamente.

Finalmente debe mencionarse un último argumento en contra de la sentencia que aquí se comenta. Este argumento es el relacionado con la introducción expuesta más arriba y que constituye el principal motivo de esta reflexión. Existe un problema no resuelto que impide el normal ejercicio de la función del control de la legalidad de los actos de los entes locales por la administración autonómica en aquellos casos en los que las relaciones entre ambas dejan de estar regidas por el principio de colaboración interadministrativas por consecuencia de la actitud obstructiva del propio ente local.

Este problema no resuelto no es, desde luego, atribuible a las Comunidades Autónomas, por lo que no puede pretenderse que sean éstas las que soporten las consecuencias derivadas de las disfunciones del sistema. Ello adquiere especial relevancia en materia urbanística pues la falta de agilidad de los procedimientos previstos para el control de la legalidad provocan la transformación física de la realidad sin impedimento alguno siendo extraordinariamente difícil, una vez obtenida la declaración de no ser conforme a derecho la actuación controvertida, revertir las situaciones creadas.

Silencio administrativo positivo en las licencias urbanísticas: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de marzo de 2007.

Antonio Luis Faya Barrios
Letrado de la Junta de Andalucía

1. INTRODUCCIÓN

En la muy controvertida cuestión del carácter positivo o negativo del silencio administrativo en el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas han coincidido en el tiempo dos acontecimientos que lejos de terminar con la polémica proporcionan nuevos argumentos a los defensores de una y otra tesis.

De un lado, lo que dice la sentencia de 29 de marzo de 2007, recaída en el recurso de apelación 8/03 , dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, siendo ponente el Presidente de la Sala, D. Joaquín García Bernaldo de Quirós. A ella dedicaremos enseguida nuestra atención.

De otro, lo que hace o mejor aún, lo que no hace la nueva ley del Suelo, Ley 8/07 de 28 de mayo, muy poco después: a la vista de su Disposición derogatoria única mantiene en vigor en sus mismos términos el sufrido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/92 de 26 de junio.

Por tanto, no está de más recordar que el citado precepto sigue diciendo que *en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico.*

2. RESUMEN DE LA SENTENCIA Y DE LA DOCTRINA QUE DE LA MISMA RESULTA.

Dos particulares interponen ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 4 de Málaga recurso contencioso-administrativo contra “ la desestimación por silencio del recurso formulado contra la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Málaga que deniega licencia de primera ocupación de vivienda unifamiliar.

El Juzgado dicta sentencia desestimatoria del recurso entendiendo que no pueden entenderse concedidas por silencio positivo facultades contrarias a la legislación o planeamiento urbanístico.

Siendo éste el único punto controvertido de la sentencia, el recurso de apelación se funda en lo que considera recta interpretación de la regulación del silencio en la Ley 30/92, de la que infiere que obtuvo la licencia solicitada por silencio positivo.

La Administración defiende la corrección de la sentencia al entender que precisamente la recta interpretación de la Ley 30/92 y en particular de su artículo 43.2 pasa por admitir la excepción a la regla general del silencio positivo que del mismo resulta, pues en dicho precepto la establece salvo que una norma con rango de ley establezca lo contrario. Tal norma es precisamente el artículo 242.6 del Real Decreto Legislativo 1/92.

Por consiguiente, la Sala se encuentra con una cuestión de carácter jurídico perfectamente delimitada. Comienza señalando que *no hay pronunciamiento jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo* y transcribiendo la argumentación de la sentencia de 24 de mayo de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que reconoce el carácter positivo del silencio en el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas.

Dicha cita ya nos sugiere que ésta precisamente va a ser la tesis que la Sala mantenga. A partir del Fundamento Jurídico Tercero y pese a que por razones temporales no resultaba aplicable al caso de autos comienza su análisis del artículo 172.5^a de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía en relación con el régimen del silencio que resulta de la Ley 30/92 tras la reforma operada por la L 4/99.

Opta por un análisis en dos fases: primero, a la vista de la propia Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. Sólo después, tomando en consideración la legislación estatal en materia de procedimiento administrativo común.

La sentencia comienza afirmando con rotundidad la importancia del precepto, *pues confiere la autorización por silencio positivo cuando no se notifique, dentro del plazo de tres meses.*

Entiende que la norma autonómica en relación con el debate existente sobre la posibilidad de obtener por silencio positivo facultades contrarias al ordenamiento urbanístico se decanta por una solución de carácter práctico: deber de comunicación previa al municipio con diez días de antelación al comienzo de la obra.

Es en este plazo de diez días - continúa la sentencia- donde la Administración puede remediar el defecto, y el vicio en que ha incurrido, al permitir que una petición de licencia

¹.- La resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada. El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de ésta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación.

acabe obteniendo éxito por no haber tramitado en plazo el procedimiento. En esos diez días debe comprobar y calificar la petición para, en su caso, instar la revisión de oficio de la licencia obtenida por resolución presunta, acordando, si es necesario, la suspensión de la ejecutividad de dicho acto presunto.

Cabe cuestionarse qué ocurre transcurridos esos diez días. La sentencia insiste en la idea apuntada: *Transcurrido el plazo sin recibir respuesta negativa, no puede dejarse a un impreciso momento posterior la posibilidad de que la Administración invoque la nulidad de un acto administrativo, que sólo su indolencia ha provocado.*

Por tanto, la sentencia lo que está sosteniendo es que transcurridos esos diez días la Administración no puede acudir a la revisión de oficio. Volveremos más adelante sobre este punto.

Invoca a continuación la sentencia el artículo 190 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, relativa a la revisión de licencias urbanísticas y de órdenes de ejecución. A la vista del mismo, considera en una interpretación sistemática de la ley andaluza, que la misma *confiere como única salida al supuesto de obtención de una licencia contra el ordenamiento jurídico aplicable, la revisión de oficio de la misma.*

El legislador autonómico se habría decantado por el principio de seguridad jurídica, considerando que la ley andaluza interpreta el artículo 62 f) de la Ley 30/92 *en el sentido de contemplar una causa de nulidad para iniciar la revisión de oficio y no como una invocación que hace la Administración en sede procesal, ante los Tribunales de Justicia, para negar la existencia de una licencia concedida por silencio positivo.*

A continuación, la sentencia pasa a la segunda parte de su análisis, confrontando las conclusiones a las que ya ha llegado con la regulación estatal de la materia.

Tras referirse a la regulación positiva (artículo 43 de la Ley 30/92) concluye que *la estimación por silencio de una solicitud tiene igual naturaleza que el acto administrativo expreso estimatorio de la misma. Y en lógica consecuencia, para dejar sin efecto un acto administrativo producido por silencio se necesita acudir al procedimiento de revisión de los actos administrativos expresos. Bien sea a instancias de la Administración o a instancias de un particular.*

Prosigue diciendo que a la vista de este esquema, *la influencia del artículo 242.6 de la Ley del Suelo debe entenderse como un mandato dirigido tanto a la propia Administración como al solicitante de la licencia. Dicho precepto intenta evitar que por el juego del silencio positivo se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico. Lo cual es, ni más ni menos, que un título habilitador para impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio.*

Se aprecia ya a estas alturas que el principal escollo que la sentencia encuentra en su argumentación es precisamente el artículo 242.6² del Texto Refundido de 1992. Su lectura del mismo concluye que su función es habilitar a la Administración para impugnar o revisar la licencia.

La sentencia continúa aduciendo que también en virtud de un acto expreso pueden adquirirse facultades contrarias al ordenamiento urbanístico. Por consiguiente, razona, *igual que puede existir un acto administrativo que concede una licencia por silencio positivo que resulte contraria al ordenamiento jurídico, también puede suceder que una licencia expresa otorgue facultades que resulten contrarias al mismo ordenamiento jurídico urbanístico. Y la respuesta del legislador, en el caso de acto expreso, no es entender que no existe la licencia, sino instar la revisión de la misma. Si se identifica acto expreso con acto presunto, los efectos tienen que ser iguales y la revisión también.*

Por tanto la sentencia entiende que el hecho de que los actos presuntos estén sujetos al mismo régimen de revisión de oficio que los actos expresos avala su tesis de que es posible obtener por silencio positivo licencias contrarias al ordenamiento urbanístico.

Prosigue la sentencia razonando que los argumentos expuestos no suponen merma de la garantía de los intereses generales urbanísticos subyacentes en el artículo 242.6. A fin de cuentas, indica, el artículo 62 f) de la L 30/92 configura como motivo de nulidad radical para los casos de obtención por silencio de facultades contrarias al ordenamiento jurídico.

Así, el interesado entenderá que ha obtenido su solicitud por silencio positivo pero el interés general queda asegurado por el deber de la Administración de revisar la licencia adquirida por silencio una vez que tenga conocimiento de su existencia. *Y en esa revisión podrá invocar el artículo 242.6 de la Ley del Suelo en relación con el artículo 62.f de la Ley 30/92.*

Vemos que en la construcción jurídica que diseña la sentencia le queda reservado al 242.6 un doble papel: de un lado, título habilitante para que la Administración ejercite su potestad de revisión. De otro, como una suerte de refuerzo del motivo de nulidad que establece el 62 f).

Por último la sentencia pasa a referirse a lo que a su juicio supondría la interpretación contraria del 242.6 que según dice supondría eximir a la Administración de su obligación de revisar la licencia obtenida por silencio positivo. Sería tanto, entiende, como primar dos veces a quien ha incumplido su obligación.

Pasa entonces a desarrollar el argumento. Esto sería así, en primer lugar, porque *entender que ninguna consecuencia jurídica produce esa falta de respuesta, porque no se puede obtener*

2.- Paradójicamente, a la vista de su crucial importancia, la sentencia no lo transcribe en ningún momento. Recordémoslo: *En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico.*

por silencio lo que es contrario a la norma jurídica urbanística, es cargar sobre el interesado la calificación urbanística de la petición. Correlativamente, ninguna responsabilidad tendría la Administración indolente.

En segundo lugar, si el interesado se equivoca en la calificación jurídica e inicia actos de edificación que son rechazados, *debe acudir a la jurisdicción para impugnar esta resolución que va en contra de lo que entiende que es un acto de concesión de licencia por silencio administrativo. En la jurisdicción hará valer la existencia de la licencia y la Administración que en su momento no contestó su petición, le contestará en la demanda que nunca tuvo la licencia por aplicación del artículo 242.6 de la Ley del Suelo.*

El debate procesal quedará planteado sobre la existencia o no del silencio positivo, pero añadiendo la Administración, como una reconvencción procesal, un impedimento legal para la existencia del silencio que debió decirlo en su momento, pero que traído al debate procesal como argumento de oposición implica, caso de ser estimado por el órgano judicial, una suerte de revisión de un acto administrativo producido según las normas de procedimiento pero contrario al ordenamiento jurídico, según el derecho material urbanístico.

El interesado, se dice, se ve obligado a impugnar una resolución que le impide la efectividad de lo que entiende que obtuvo por silencio positivo. La Administración incumplidora se beneficia de su incumplimiento y se evita tramitar un procedimiento de revisión. La jurisdicción se pronuncia sobre la legalidad urbanística de una petición de licencia que no ha sido objeto de pronunciamiento al respecto en vía administrativa, incumpliendo así su carácter revisor. *Pues la falta de respuesta a la petición de licencia en sede administrativa hace que el debate sobre la legalidad urbanística de la petición se haga, por primera vez, en sede jurisdiccional.*

3. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA MATERIA Y UNA OPINIÓN PERSONAL.

Antes de entrar a comentar con cierto mayor detenimiento los argumentos que la sentencia utiliza, tendríamos que comenzar fijando nuestra posición que como quizá se haya deducido a estas alturas, resulta discrepante. Pues bien, desde el punto de vista conceptual entendemos que cualquier interpretación del muy controvertido artículo 172.5 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía pasa por discernir el modo en que ha de interpretarse el inciso *en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común.*

Lo primero sería considerar la razón de ser de dicha remisión: entendemos que la misma parte de la constatación de que cuando se pretende regular el sentido del silencio administrativo en los supuestos de solicitud de licencia urbanística se trasciende la materia urbanística, en que las competencias autonómicas, como es sabido, son exclusivas y entra en juego otro título competencial más específico y por tanto prevalente, el relativo a procedimiento administrativo común en el que ha de estarse al 149.1.18 de la Constitución

Lo dicho lo confirma la STC 61/97 de 20 de marzo en su FJ34 al enjuiciar la constitucionalidad del artículo 242.6 del texto refundido de la Ley del Suelo, el cual establece precisamente que en ningún caso se entenderán adquiridos por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o el planeamiento urbanístico.

Indica en tal sentido lo siguiente: *Es otro, sin embargo, el título competencial en juego respecto del apartado 6 del artículo 242 TRLS. Este precepto, en atención a su contenido se encuadra en la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (artículo 149.1.18) por lo que debe rechazarse la impugnación esgrimida en punto al art. 242.6 TRLS.*

De lo dicho se podrían extraer importantes consecuencias: en primer lugar, que establecer el sentido del silencio en los procedimientos de solicitud de licencia urbanística se incardina en la materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y no en la materia de urbanismo.

En segundo lugar, que establecer el sentido del silencio en dichos procedimientos sería competencia del Estado al amparo del 149.1.18. cuyo ejercicio se plasma en el citado 242.6.

De modo a nuestro juicio coherente con la distribución competencial que del 149.1.18 de la Constitución resulta para esta materia, el artículo 172.5 establece el silencio positivo no en términos absolutos y para todos los supuestos en que no se resuelva y notifique en plazo, sino *en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común.*

Por consiguiente, no puede entenderse que del 172.5 LOUA resulte un silencio positivo al margen de la regulación estatal en la materia, sino coherente con la misma.

Lo dicho nos llevaría a la necesidad de analizar el artículo 43.2 de la L 30/92. El mismo establece de entrada como regla general el silencio positivo. Pero el precepto continúa estableciendo excepciones a dicho silencio positivo. La primera de ellas tiene carácter genérico: que una norma con rango de ley o de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario. Las demás excepciones hacen referencia a los procedimientos de ejercicio del derecho de petición; a los supuestos en que el silencio positivo determinara la transferencia al solicitante o a tercero de facultades relativas al dominio público o al servicio público y por último procedimientos de impugnación de actos y disposiciones.

En el supuesto que nos ocupa, es indudable que por remisión del artículo 43.2, tenemos una norma con rango de ley (el mencionado artículo 242.6, cuya vigencia respeta la nueva Ley del Suelo) que establece que en ningún caso se entenderán adquiridos por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o el planeamiento urbanístico.

Pero es que además se da una singularidad: no sólo tiene el rango necesario sino que el Tribunal Constitucional considera según señalamos que no estamos materialmente ante una regulación sectorial, ante una norma urbanística, sino ante procedimiento administrativo común formulado por el Estado en el ámbito de sus competencias. Por lo tanto, constituye legislación reguladora del procedimiento administrativo común, a la cual se remite el 172.5 de la LOUA.

De lo dicho inferimos que el transcurso del plazo establecido para resolver y notificar determina que pueda entenderse otorgada la licencia y producidos los efectos del silencio positivo cuando aquella no sea contraria al ordenamiento urbanístico. Por el contrario, de conformidad con el 242.6 no podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico.

4. COMENTARIO DE LA SENTENCIA.

Pasemos ahora a comentar los argumentos de la sentencia con mayor detenimiento. Como vimos, la sentencia comienza analizando la norma autonómica para después referirse a la regulación estatal.

La argumentación comienza a partir del inciso final del precepto, conforme al cual, *el comienzo de cualquier obra o uso al amparo de ésta requerirá, en todo caso, comunicación previa al municipio con al menos diez días de antelación.*

Se atribuye al mismo una doble virtualidad: constituir el argumento principal extraído de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía que avalaría la tesis de que se obtienen por silencio positivo licencias contrarias a la legalidad y conformar en Andalucía y para este ámbito sectorial un régimen singular de revisión de oficio que al parecer se separa del que resulta del artículo 102 y siguientes de la L 30/92 y se somete al plazo fugaz de esos diez días.³

Recordemos respecto a esto último lo que literalmente dice la sentencia: *Transcurrido el plazo sin recibir respuesta negativa, no puede dejarse a un impreciso momento posterior, la posibilidad de que la Administración invoque la nulidad de un acto administrativo que sólo su indolencia ha provocado.*

En cuanto a lo primero el inciso se limita a establecer el deber de comunicación previa al comienzo de cualquier obra o uso al amparo de ésta. Es decir, al amparo de la licencia. Nada dice sobre en qué casos debe entenderse obtenida ésta por silencio, ni en un sentido ni en otro.

Resultaría de plena aplicación si nos decantamos por la tesis contraria a la sentencia. Quedaría referida a los supuestos en que se obtiene licencia mediante acto expreso y

³.- Por cierto, que también habría que entender sujeta a ese plazo de diez días la revisión de oficio de una licencia otorgada por acto expreso por el mismo Ayuntamiento. Como razona la sentencia y compartimos, no hay razón para tratar de manera diferente la revisión de oficio de los actos expresos y la de los presuntos.

también a aquellos en que el particular entiende que siendo su pretensión conforme al ordenamiento urbanístico estima que ha obtenido licencia por silencio positivo.⁴

Con esta interpretación, el inciso adquiere todo su sentido. Permite que la carga de la calificación urbanística a que se refiere la sentencia⁵ se comparta, en la medida en que la Administración tiene la oportunidad de enjuiciar la que hizo el particular *prima facie*, confirmándola y entendiendo ganada la licencia o bien considerando la construcción o uso contrarios al ordenamiento urbanístico y comunicando al particular que carece de licencia y resolviendo expresamente en sentido desestimatorio la solicitud pendiente. Lo cual en definitiva responde al principio de autotutela.

De este modo, tenemos acto, tenemos un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión que indica que no se ha obtenido licencia y acceso a los tribunales.

Si la Administración no resolviera y notificara en esos diez días, el 242.6 de la Ley del Suelo que luego veremos seguiría desplegando sus efectos y no podría entenderse adquirida la licencia. Con todo, dicha falta de respuesta podría tener efectos en el ámbito sancionador a la vista de las exigencias del principio de culpabilidad y, de darse los presupuestos, en el de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

En cuanto al segundo efecto atribuido al inciso, entendemos que debe entenderse que la potestad de revisión de oficio, según resulta del artículo 102 y siguientes de la Ley 30/92, no sólo puede sino que debe ejercitarse en cualquier momento, con los límites del 106. No parece una interpretación conforme con la Constitución entender que una norma dictada al amparo de la competencia autonómica en materia de urbanismo puede separarse de ese régimen que la normativa estatal establece al amparo del 149.1.18 de la Constitución.

El siguiente precepto que la sentencia menciona en apoyo de su tesis es el 190 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. Realmente lo que el mismo dice es que con carácter general es obligada la revisión de oficio de las licencias y en general órdenes de ejecución y actos cuyo contenido constituya o habilite infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en la ley.

Como en el supuesto anterior, lo cierto es que habla de licencias pero nada dice sobre cuando deben éstas entenderse obtenidas. Es perfectamente coherente entender que se está refiriendo a las licencias contra legem otorgadas de manera expresa, supuesto por cierto nada infrecuente.

4.- Porque no puede olvidarse que el particular puede también ser consciente de que su pretensión no era coherente con el planeamiento, entender su solicitud desestimada y recurrir dicha desestimación presunta. Piénsese en una construcción o uso que sea conforme con las previsiones de un Plan de Ordenación del Territorio de ámbito subregional y disconforme con el planeamiento general. Como aquel prevalece sobre éste (artículo 13 de la Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía) aún antes de que formalmente se adapte el planeamiento general, el recurso bien podría prosperar.

5.- La cual por cierto pesa por definición sobre cualquier propietario de suelo desde que su mente concibe la posibilidad de una construcción o un uso sobre el mismo y comienza a analizar su compatibilidad con la clasificación y calificación de su suelo y en general con el planeamiento.

Con todo la sentencia concluye que la ley andaluza *confiere como única salida al supuesto de obtención de una licencia contra el ordenamiento jurídico aplicable, la revisión de oficio de la misma*. Entendemos que la sentencia, no por primera ni por última vez, argumenta *per saltum* : da por sentada y demostrada la premisa que tendría que demostrar y comienza a construir a partir de ahí. Da por supuesto que se pueden obtener licencias contra legem y a partir de ahí razona.

A continuación la sentencia pasa a referirse a la normativa estatal. Respecto al 242.6 del Texto Refundido de 1992 *debe entenderse como un mandato dirigido tanto a la propia Administración como al solicitante de la licencia. Dicho precepto intenta evitar que por el juego del silencio positivo se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico. Lo cual es, ni más ni menos, que un título habilitador para impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio*.

Pero el 242.6 lo que dice que *en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico*. Si lo interpretamos como dice la sentencia, como la revisión de oficio presupone que se adquiere la licencia por silencio administrativo, resulta que ha de entenderse que el 242.6 quiere decir exactamente lo contrario de lo que dice: que en todo caso han de entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias contra el ordenamiento urbanístico. No parece necesario traer a colación cuales son los límites de cualquier actividad interpretativa.

Al 242.6 le quedaría reservado, entiende la sentencia, un doble papel: constituir título habilitante para la revisión de las licencias y poder invocarse en relación con el 62.f de la Ley 30/92. Lo cual es tanto como decir que resulta superfluo y prescindible, porque es claro que la Administración no sólo puede sino que debe revisar de oficio cuando hay acto que revisar y cuando se dan las circunstancias previstas. La habilitación para el ejercicio de la potestad y los motivos tasados que fundamentan dicho ejercicio ya resultan de la normativa estatal.

La sentencia indica también que el régimen de revisión de los actos expresos y presuntos ha de ser igual. No podemos estar más de acuerdo, pero no se trata de eso. Lo que nos preocupa es el momento anterior : si el acto presunto llega a existir, si la licencia contra legem llega a adquirirse.

Por último, la sentencia indica que eximir a la Administración de su obligación de revisar la licencia obtenida por silencio positivo es primar dos veces a quien ha incumplido su obligación y pasa a desarrollar esa idea.

De entrada, podríamos decir que vuelve a dar por supuesto que cabe la licencia contra legem y construye a partir de ahí. Respecto a la carga de la calificación urbanística de la petición, ya dijimos que recae sobre cualquier propietario del suelo que parece que debe conocer las previsiones del planeamiento sobre el mismo y sus deberes, derechos y facultades según la clase de suelo. También queda atenuada, como vimos,

con la comunicación previa. La Administración indolente no queda exonerada de responsabilidad, sino en cualquier caso sujeta a lo que opera como auténtica cláusula de cierre y garantía patrimonial del ciudadano: la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

En segundo lugar, si recae una resolución administrativa que impide continuar con los actos de edificación porque se entiende que no se ha obtenido licencia, dicha resolución habrá de ser motivada, culminar un procedimiento administrativo sujeto a los principios de contradicción y defensa, donde el particular podrá haber alegado que obtuvo licencia porque su pretensión es conforme a derecho. Dicha resolución será además susceptible de los recursos que procedan en vía administrativa y jurisdiccional.

Así, la pretensión versará sobre la legalidad o no de la actuación y sobre la correlativa obtención o no de la licencia por silencio positivo. Se trata de temas tan íntimamente ligados, que no son susceptibles de disociación. Existe pronunciamiento en sede administrativa, revisable en vía jurisdiccional. Otra cosa es que nos cuestionemos la regulación legal del silencio, que tal vez de lege ferenda debería ser positivo siempre (o no), el automatismo de la responsabilidad patrimonial en los supuestos de incumplimiento del deber de resolver y notificar en plazo o (¿ por qué no ?) el propio principio de autotutela o los privilegios posicionales de la Administración en el ámbito del proceso. Pero ese sería otro debate.

