

## LOS INFORMES PRECEPTIVOS EN SU TRAMITACIÓN Y LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA ANDALUZA: LA ESPIRAL DE COMPLEJIDAD.

Ángel CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA

Abogado

### EXORDIO

Se imputa a la planificación (territorial y urbanística) el elevado coste de redacción, la larguísima tramitación y la rigidez de sus normas (estrictas e inflexibles). Ello, en esencia, se debe al írseles dotando, progresiva y gradualmente, de nuevas exigencias y mayor complejidad. Es tan prolija la normativa a considerar y tan extensa la lista de informes sectoriales a solicitar, que una vez aprobados definitivamente suelen adolecer de defectos o prever situaciones y escenarios ya vetustos. Es por ello que debemos reflexionar sobre la locución de que «*lo mejor es enemigo de lo bueno*»<sup>1</sup>, puesto que al pretender atesorar la excelencia, suele dejarse de lado la vital eficiencia. Es decir, que en la búsqueda del Plan «*perfecto*», se provoca que dicho instrumento deje de ser óptimo pues que cuando alcanza la luz, suele ser a destiempo.

En la enunciada tramitación planificadora cobran, cada vez más importancia, los informes sectoriales, que son aquellos emitidos por otras Administraciones públicas distintas de la que impulsa la tramitación de los planes de ordenación del territorio y de urbanismo<sup>2</sup>, que constituyen una fórmula de articulación de la concurrencia de distintas competencias sobre un mismo espacio físico, cual «*técnicas de coordinación, colaboración y cooperación*»<sup>3</sup>, en las que concurre, por lo general, un «*interés general*

<sup>1</sup> Frase célebre de François-Marie Arouet -en seudónimo «*Voltaire*»- «*Le mieux est l'ennemi du bien*» en «*Cuentos y sátiras*» («*La Displicente. Cuento moral*»); aunque también atribuida a Sigmund Freud.

<sup>2</sup> Y desde la STC 56/1986 (RTC 1986, 56), se señaló que: «El planeamiento urbanístico forma parte del ordenamiento jurídico al que están sujetos todos los poderes públicos».

<sup>3</sup> La STS de 25 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9237) expone: «decíamos ... y reiteramos ahora, que en estos y en otros casos, en que el **marco competencial** diseñado por la Constitución determina **la coexistencia de títulos competenciales con incidencia sobre un mismo espacio físico**, se hace imprescindible desarrollar técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas, si bien, cuando los cauces de composición voluntaria se revelan insuficientes, la resolución del conflicto sólo podrá alcanzarse a costa de dar preferencia al titular de la competencia prevalente, que desplazará a los demás títulos competenciales en concurrencia».

*superior*», y todo ello con la debida cautela de que no se transforme en una ilegítima usurpación<sup>4</sup>.

Sobre este particular especifican las SSTC 103/1989, de 8 de junio y 124/2003 de 19 de junio (RTC 1989, 103 y RTC 2003\124) que: «... *hemos admitido la constitucionalidad de la exigencia de informes de la Administración estatal en el ejercicio de competencias autonómicas como «un expediente de acomodación o integración de dos competencias concurrentes –estatal y autonómica– que, partiendo de títulos diversos y con distinto objeto jurídico, convergen sobre un mismo espacio físico, y están llamadas, en consecuencia, a cohesionarse*». Pero dicha exigencia no tiene amparo constitucional si entran sobre competencias del otro<sup>5</sup>.

Los informes **preceptivos** pretenden afianzar y vigorizar la competencia de las Administraciones en los procesos de planificación no impulsados ni tramitados por ellas mismas, que deben producirse en el marco establecido por las Leyes, denotando la vinculación y el carácter categórico o de singular relevancia que ostenta intrínsecamente un valor reforzado y fortalecido. Así, el ejercicio de la competencia para la ordenación de un espacio físico resulta condicionada por las competencias concurrentes dotadas de una clara dimensión espacial de otras Administraciones que afectan a ese mismo territorio<sup>6</sup>.

Como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional<sup>7</sup> la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas para la ordenación del territorio no puede llevar a desconocer las competencias del Estado con directa e inmediata proyección en el ámbito físico siempre que el ejercicio de esas competencias se mantenga dentro de los límites propios<sup>8</sup>.

Ese es el criterio establecido en la Disposición Adicional 2ª de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, así como en la legislación sectorial estatal. Si bien, dicho carácter prevalente de las competencias

<sup>4</sup> En palabras del STS de 9 de marzo de 2011 [RJ 2011, 1297].

<sup>5</sup> Vid también SSTC 149/1991, de 4 de julio [RTC 1991, 149]; 40/1998, de 19 de febrero [RTC 1998, 40], 204/2002, de 31 de octubre [RTC 2002, 204], etc.

<sup>6</sup> En STC 46/2007 de 1 de marzo (RTC 2007\46).

<sup>7</sup> Por todas, vid STC 149/1998, de 2 de julio [RTC 1998, 149], (F. 4).

<sup>8</sup> La atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siendo esta convergencia posible cuando, incidiendo sobre el mismo espacio físico, dichas competencias tienen distinto objeto jurídico (SSTC 113/1983 y 77/1984).

estatales<sup>9</sup> no es absoluto e incondicional, sino que requiere de un análisis singularizado en cada supuesto en un marco de colaboración y cooperación interadministrativa<sup>10</sup>.

Así «*la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente*» (STC 77/1984, FJ 3), pues «*el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma*» (STC 56/1986, FJ 3). Asimismo, en la STC 149/1991, se señala que la atribución a las Comunidades Autónomas de la función ordenadora del territorio «*no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio*», siendo legítimo tal condicionamiento cuando «*el ejercicio de esas otras competencias se mantenga dentro de sus límites propios*» [FJ 1 B) y STC 36/1994, FJ 3].

En lo atinente a la técnica del informe **vinculante**, las SSTC 103/1989 y 40/1998 de 19 de febrero (RTC 1989\103 y 1998\40) ya decían que se trata de: «*un expediente de acomodación o integración entre dos competencias concurrentes -estatal y autonómica- que, partiendo de títulos diversos y con distinto objeto jurídico, convergen sobre un mismo espacio físico, y que están llamadas, en consecuencia, a cohesionarse*». Puntualizando en la STC 149/1991 (FJ 7º.A).c) que «*la exigencia de un informe de esta naturaleza «convierte, de hecho, la aprobación final del plan o proyecto en un acto complejo en el que han de concurrir dos voluntades distintas*», y esa concurrencia es admisible cuando resuelven sobre asuntos de su propia competencia.

Exigencia de cooperación y colaboración queda plasmada en nuestra propia ley autonómica de ordenación urbanística<sup>11</sup>. Y en el procedimiento para la aprobación de los instrumentos de planeamiento se dispone por el artículo 32.1 de la LOUA que:

a).- La aprobación inicial del Plan «*obligará al [...] requerimiento de los informes, dictámenes u otro tipo de pronunciamientos de los órganos y entidades administrativas gestores de intereses públicos afectados, previstos legalmente como preceptivos, que deberán ser emitidos en esta fase de tramitación del instrumento de planeamiento y en los plazos que establezca su regulación específica. [...]*».

<sup>9</sup> En los términos establecidos por el propio Tribunal Constitucional (por todas, STC 40/1998, de 19 de febrero [RTC 1998, 40], FF. 30 y 40), las cuales, con las salvedades, no pueden quedar subordinadas al parecer autonómico en cuyo territorio inciden.

<sup>10</sup> La indicada STC 46/2007 de 1 de marzo (RTC 2007\46) exponía que «[...] esa prevalencia de las competencias estatales no ha de ser entendida en términos incondicionados, [...] para lo que será preciso analizar singularizadamente cada supuesto [...]»

<sup>11</sup> Vid artículo 4 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en lo sucesivo LOUA). Vid, asimismo, arts. 26.2 y 29.2 de la LOUA.

Cuando se trate de Plan General de Ordenación Urbanística, Plan de Ordenación Intermunicipal, Plan de Sectorización o Plan Especial de ámbito supramunicipal o cuando su objeto incida en competencias de Administraciones supramunicipales, se practicará, también de forma simultánea, **comunicación** a los restantes órganos y entidades administrativas gestores de intereses públicos con relevancia o incidencia territorial [...]. Igual trámite se practicará con los Ayuntamientos de los municipios colindantes cuando se trate de Planes Generales de Ordenación Urbanística» (regla 2ª).

b).- Con la aprobación provisional (en los PGOU y los POI) «será preceptiva nueva información pública y solicitud de **nuevos informes** de órganos y entidades administrativas cuando las modificaciones afecten sustancialmente a determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural, o bien alteren los intereses públicos tutelados por los órganos y entidades administrativas que emitieron los citados informes [...]

c).- Tras la aprobación provisional «el órgano al que compete su tramitación requerirá a los órganos y entidades administrativas citados en la regla 2ª y cuyo **informe** tenga carácter **vinculante**, para que en el plazo de un mes, a la vista del documento y del informe emitido previamente, verifiquen o adapten, si procede, el contenido de dicho informe» (regla 4ª).

De ahí surge la necesidad de conocer los informes que deben solicitarse. Si bien, intentaremos ver tanto los que se requieren a nivel de ordenación urbanística, como a nivel de ordenación territorial.

#### 1º.- INFORMES SECTORIALES ESTATALES, EN GENERAL.

Hay que atender como hemos apuntado, aún a día de hoy, a la disposición adicional segunda (apartado 4º) de la Ley 13/2003 de 18 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas que dispone que «la Administración General del Estado, en el ejercicio de sus competencias, emitirá **informe** en la instrucción de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de **planificación territorial y urbanística** que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales», precisando que «estos informes tendrán carácter **vinculante**, en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado»<sup>12</sup>. Asimismo,

<sup>12</sup> La constitucionalidad de estos informes sectoriales preceptivos y vinculantes para el planeamiento urbanísticos ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en una reiterada jurisprudencia (SSTC 149/1991, de 4 de julio (F.J. 7º A), 40 y 65/1998, de 18 de febrero y de 19 de febrero (FF.JJ. 38º y 13º y 14ª, respectivamente) y 46/2007, de 1 de marzo (F.J.

precisa que *«a falta de solicitud del preceptivo informe, así como en el supuesto de disconformidad emitida por el órgano competente por razón de la materia o en los casos de silencio citados en los que no opera la presunción del carácter favorable del informe, no podrá aprobarse el correspondiente instrumento de planificación territorial o urbanística en aquello que afecte a las competencias estatales»*. El plazo máximo para su emisión es de dos meses, transcurrido el cual se entenderán favorables a los solos efectos de la posibilidad de continuar el procedimiento, ya que, como hemos visto, la falta de emisión en plazo de dichos informes no podrá afectar al dominio o servicios públicos estatales.

Por su parte, la Disposición Adicional 2ª.3 de la Ley 13/2003 de 18 de mayo obliga a que *«los planes o instrumentos generales de ordenación territorial o urbanística calificarán los espacios territoriales necesarios para las diferentes obras públicas de interés general del Estado como sistemas generales y serán clasificados de conformidad con su naturaleza»*<sup>13</sup>.

Asimismo, es de citar el art. 22.3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, según el cual:

*«En la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora:*

---

10º)) en la medida que sirvan para salvaguardar una competencia específica estatal. Por ejemplo, y en cuestión de Minas, es de advertir que por Acuerdo de 21 de mayo de 2013, del Consejo de Gobierno, se aprueba la formulación de la **Estrategia Minera de Andalucía 2014-2020**, que si bien no somete a informe la actuación urbanística y/o territorial sí plantea su coordinación y compatibilización. Así expone que *«[...] se hace necesario continuar con la línea establecida por el PORMIAN [Plan de Ordenación de los Recursos Minerales de Andalucía 2010-2013] en su horizonte temporal, consolidándolo como un instrumento de ordenación y planificación que orienta normativa y espacialmente las actividades mineras de forma coordinada y compatible con la planificación existente en la Comunidad Autónoma, en sus aspectos medioambientales, paisajísticos, territoriales, urbanísticos y culturales»*. Recuérdese que *«Todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental, **son bienes de dominio público**, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establecen en la presente Ley y demás disposiciones vigentes en cada caso»* (ex art. 2.1 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas).

<sup>13</sup> La STC 149/1998 exponía ya que *«la Comunidad Autónoma deberá incorporar necesariamente en sus instrumentos de ordenación territorial las rectificaciones imprescindibles al efecto de aceptar las referidas decisiones estatales»* siendo aplicable idéntica doctrina a los instrumentos de planificación urbanística y por ende a los Ayuntamientos respectivos. El TC parte de la aceptación de este principio previa indicación de que deben haberse *«ensayado sin éxito los mecanismos de coordinación y de cooperación legalmente establecidos»*. Y *«En defecto de acuerdo entre las Administraciones públicas, y sin perjuicio de lo previsto en la legislación medioambiental, los planes y proyectos de obras públicas de competencia del Estado prevalecerán sobre cualquier instrumento de planificación u ordenación territorial o urbanística en lo que se refiere a las competencias estatales exclusivas»* (Disposición Adicional 2ª.2 de la Ley 13/2003 de 18 de mayo).

*a) El de la Administración hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico.*

*b) El de la Administración de costas sobre el deslinde y la protección del dominio público marítimo-terrestre, en su caso.*

*c) Los de las Administraciones competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas, acerca de dicha afección y del impacto de la actuación sobre la capacidad de servicio de tales infraestructuras.*

*Los informes a que se refiere este apartado serán **determinantes** para el contenido de la memoria ambiental, que solo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada».*

Y sobre la locución «**determinante**» debemos seguir los postulados contenidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio 2015<sup>14</sup> pues (i) es un término que fija

<sup>14</sup> (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª; RJ 2015\3943), Textualmente dispone: «Como establece nuestra Sentencia de 30 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7759) (Recurso de Casación 5208/2010), reiterando lo dicho en las SSTs de 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 6224) (recurso de casación 2263/2009) y 25 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9237) (recurso de casación 3135/2009): "No ignoramos que el artículo 15.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (RCL 2008, 1260) (que recoge el artículo 15.3.a) de la Ley 8/2007, de 28 de mayo (RCL 2007, 1020), de suelo estatal) -en este particular no modificado por la Ley 8/2013, de 26 de junio (RCL 2013, 979), de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas-, no caracteriza el informe sobre suficiencia de recursos hídricos como "vinculante", sino como "**determinante**", admitiendo la posibilidad de disentir del mismo por más que de forma expresamente motivada. Establece este precepto, recordemos, lo siguiente: "3. En la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora: [...] De cualquier forma, en relación con ese carácter "determinante", que no formal y explícitamente vinculante, del informe al que se refiere este precepto, hemos de decir: 1º) Que partiendo de la base de que **determinar** es "**fixar los términos de algo**", si el legislador atribuye a un informe el carácter de determinante, es porque le quiere atribuir un **valor reforzado**. En palabras de la STS de esta Sala y Sección de 8 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2460) (recurso de casación 771/2006), se trata de informes "**necesarios** para que el órgano que ha de resolver se forme criterio acerca de las cuestiones a dilucidar. Precisamente por tratarse de informes que revisten una **singular relevancia** en cuanto a la configuración del contenido de la decisión, es exigible que el órgano competente para resolver esmere la motivación en caso de que su decisión se aparte de lo indicado en aquellos informes". Desde esta perspectiva, por mucho que estos informes no puedan caracterizarse como vinculantes desde un plano formal, **sí que se aproximan a ese carácter desde el plano material o sustantivo**; y, 2º) Más aún, la posibilidad de apartarse motivadamente de esos informes no es absoluta ni incondicionada, sino que ha de moverse dentro de los límites marcados por el ámbito de competencia de la Autoridad que resuelve el expediente en cuyo seno ese informe estatal se ha evacuado. Esto es, que un hipotético apartamiento del informe sobre suficiencia de recursos hídricos sólo puede sustentarse en consideraciones propias del legítimo ámbito de actuación y competencia del órgano decisor (autonómico en este caso), y no puede basarse en consideraciones que excedan de ese ámbito e invadan lo que sólo a la Administración del Estado y los órganos que en ella se insertan corresponde valorar, pues, no está en manos de las Comunidades Autónomas disponer de la competencia exclusiva estatal. Por eso, el informe estatal sobre suficiencia de recursos hídricos, en cuanto se basa en valoraciones que se mueven en el ámbito de la competencia exclusiva estatal, es, sin ambages, vinculante. Desde esta perspectiva, el artículo 15.3 del TRLS08 concuerda con la precitada Disposición Adicional 2ª, 4, de la Ley estatal 13/2003 (RCL 2003, 1373), pues lo que uno y otro precepto vienen a sentar, en definitiva, y en cuanto ahora interesa, es

los términos de algo, (ii) ostenta, de por sí, un valor reforzado, (iii) predicándose la necesidad del mismo, (iv) estando revestido de singular relevancia, (v) que aunque no puedan caracterizarse como vinculantes desde un plano formal, sí que se aproximan a ese carácter desde el plano material o sustantivo, (vi) que la posibilidad de apartarse motivadamente de esos informes ha de moverse dentro de los límites marcados por el ámbito de competencia de la Autoridad que resuelve el expediente, y (vii) que supone incluso el carácter vinculante del informe en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado.

## 2º.- INFORME DE CARRETERAS ESTATAL.

El artículo 22.3.c) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana establece que *«en la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora: [...]*

*c) Los de las Administraciones competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas, acerca de dicha afección y del impacto de la actuación sobre la capacidad de servicio de tales infraestructuras».*

Y dispone el art. 16.6 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras que *«deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio de Fomento, antes de dicha aprobación inicial, para que éste emita un informe comprensivo de las consideraciones que estime convenientes para la protección del dominio público».* Informe vinculante *«en lo que se refiere a las posibles afecciones a la Red de Carreteras del Estado»* y que ha de emitir en 3 meses. Y la omisión de la petición del informe preceptivo del Ministerio de Fomento conlleva la nulidad de pleno derecho del instrumento de planificación<sup>15</sup>.

---

el carácter no ya determinante sino incluso vinculante del informe estatal, por más que no en todos sus extremos y consideraciones (es decir, de forma omnicomprendiva), sino en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado».

<sup>15</sup> Las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2012 y de 30 de septiembre de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª; RJ 2012\9237 y RJ 2013\7759, respectivamente) recuerdan que: *«Cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva, lo hace bajo la consideración de que la adjudicación competencial a favor del Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las competencias autonómicas, si bien, para que el condicionamiento legítimo de las competencias autonómicas no se transforme en usurpación ilegítima, resulta indispensable que el ejercicio de esas competencias estatales se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarla para proceder, bajo su cobertura, a una regulación general del entero régimen jurídico de la*

### 3º.- INFORME DE LA CONSEJERÍA COMPETENTE EN MATERIA DE CARRETERAS DE ANDALUCÍA.

El artículo 35.1 de la Ley 8/2001, de 12 de julio, de Carreteras de Andalucía, por su parte dice que antes de la aprobación inicial del instrumento de planeamiento urbanístico que afecte a las carreteras andaluzas, la Administración redactora del mismo «*podrá solicitar información previa, en relación con tales afecciones*» (es decir, que es facultativo).

Y una vez aprobado inicialmente (art. 35.2) dicho instrumento de planeamiento urbanístico, éste se someterá a «*informe vinculante*»<sup>16</sup> de la Consejería competente en materia de carreteras, (afecciones a la red de carreteras de Andalucía) que debe evacuarse en el plazo máximo de 3 meses, con silencio positivo.

### 4º.- INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN DE COSTAS.

El artículo 22.3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana establece que «*en la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban*

---

*ordenación del territorio. Con ese fin, diversas leyes estatales han previsto un informe estatal vinculante respecto de los instrumentos de ordenación del territorio. [...] Otro ejemplo nos lo da la Ley de Carreteras 25/1988, de 29 de julio (RCL 1988, 1655). Esta Ley hace especial hincapié en la necesidad de coordinación de los planes de carreteras del Estado con los planes autonómicos o locales, con la finalidad de que se garantice la unidad del sistema de comunicaciones y se armonicen los intereses públicos afectados. Se prevé, en este sentido, que una vez acordada la redacción, revisión o modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico que afecte a carreteras estatales, el órgano competente para otorgar su aprobación inicial deberá enviar, con anterioridad a dicha aprobación, el contenido del proyecto al Ministerio de Fomento, para que emita, en el plazo de un mes, y con carácter vinculante, informe comprensivo de las sugerencias que estime conveniente (artículo 10)».*

<sup>16</sup> La STS de 28 de octubre de 2009 (RJ 2010, 1214) (Recurso de casación núm. 3793/2005) anula la aprobación municipal de la modificación de un plan parcial por omisión del informe de carreteras del Departamento autonómico de Obras Públicas, considerando que se trata de la nulidad de pleno derecho de las disposiciones generales del art. 62.2 de la Ley 30/1992 declarando que: «[...] habiendo alegado la parte demandante la inexistencia del informe del Servicio de Carreteras, y no habiendo constancia de dicho trámite en el expediente, es claro que incumbía a la Administración la carga de probar que el trámite había sido observado. [...] Nos basta con señalar que, no habiendo sido controvertido que la Modificación del Plan Parcial afecta a la carretera regional LZ-2, la omisión del trámite de informe exigido en el citado artículo 16.2 de la Ley 9/1991, de Carreteras de Canarias, determina **que el instrumento de planeamiento controvertido deba ser declarado nulo**; y ello por la razón ya indicada de que toda disposición de carácter general que incurra en infracción de un precepto legal, sea de índole procedimental o sustantiva, queda aquejada de un vicio determinante de su nulidad de pleno derecho».



*emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora: [...]*

b) *El de la Administración de costas sobre el deslinde y la protección del dominio público marítimo-terrestre, en su caso».*

Por su parte, matiza el artículo 117.1 de la Ley 22/1988, 28 julio, de Costas que *«En la tramitación de todo planeamiento territorial y urbanístico que ordene el litoral, el órgano competente, para su aprobación inicial, deberá enviar, con anterioridad a dicha aprobación, el contenido del proyecto correspondiente a la Administración del Estado para que ésta emita, en el plazo de un mes, informe comprensivo de las sugerencias y observaciones que estime convenientes».*

Y añade su párrafo 2º que tras la tramitación del Plan o norma y antes de su aprobación definitiva *«la Administración competente dará traslado a la del Estado del contenido de aquél para que en el plazo de dos meses se pronuncie sobre el mismo. En caso de que el informe no sea favorable en aspectos de su competencia, se abrirá un período de consultas, a fin de llegar a un acuerdo. Si, como resultado de este acuerdo, se modificara sustancialmente el contenido del plan o normas, deberá someterse nuevamente a información pública y audiencia de los Organismos que hubieran intervenido preceptivamente en la elaboración».*

#### 5º.- **INFORME SOBRE PUERTOS.**

Impone el artículo 56.1 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante que *«Para articular la necesaria coordinación entre las Administraciones con competencia concurrente sobre el espacio portuario, los **planes generales y demás instrumentos generales de ordenación urbanística** deberán calificar la zona de servicio de los puertos estatales, así como el dominio público portuario afecto al servicio de señalización marítima, como sistema general portuario y no podrán incluir determinaciones que supongan una interferencia o perturbación en el ejercicio de las competencias de explotación portuaria y de señalización marítima, requiriéndose **informe previo vinculante** de Puertos del Estado, previo **dictamen** de la Comisión de Faros, en los casos en los que pueda verse afectado el servicio de señalización marítima por actuaciones fuera de los espacios antes mencionados, cuando en sus proximidades exista alguna instalación de ayudas a la navegación marítima».*

## 6º.- INFORME DE LA CONSEJERÍA COMPETENTE EN MATERIA DE PUERTOS DE ANDALUCÍA.

El artículo 14.2 de la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía expone que *«aprobado inicialmente el instrumento de planeamiento urbanístico [...], este se someterá a informe de la Consejería competente en materia de puertos en aquellos aspectos que afecten a la actividad portuaria, que tendrá carácter vinculante y deberá estar motivado»*. Informe que ha de evacuar en 3 meses y con silencio negativo.

## 7º.- INFORME SOBRE AEROPUERTOS.

Disposición Adicional Única (apartado 4º) de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, expone que *«el planeamiento territorial, el urbanístico y cualesquiera otro que ordenen ámbitos afectados por las servidumbres aeronáuticas, incluidas las acústicas, han de incorporar las limitaciones que éstas imponen a las determinaciones que legalmente constituyen el ámbito objetivo de cada uno de los instrumentos referidos»*

Asimismo, es de destacar el artículo 9.2 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea obliga a que *«[...] la aprobación de planes o instrumentos de ordenación y delimitación de su respectiva zona de servicio deberán ser informadas conjuntamente, con carácter previo, por los Ministerios de Fomento y de Defensa, a efectos de determinar la incidencia de los mismos en la estructuración, ordenación y control del espacio aéreo, en el tránsito y el transporte aéreos y en su afeción a los aeropuertos de interés general o a sus espacios circundantes sujetos a servidumbres aeronáuticas»*, lo que se tiene que informar en el plazo de 6 meses, teniendo carácter vinculante y con silencio positivo<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2012 y de 30 de septiembre de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª; RJ 2012\9237 y RJ 2013\7759, respectivamente) recuerdan que: *«Cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva, lo hace bajo la consideración de que la adjudicación competencial a favor del Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las competencias autonómicas, si bien, para que el condicionamiento legítimo de las competencias autonómicas no se transforme en usurpación ilegítima, resulta indispensable que el ejercicio de esas competencias estatales se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarla para proceder, bajo su cobertura, a una regulación general del entero régimen jurídico de la ordenación del territorio. Con ese fin, diversas leyes estatales han previsto un informe estatal vinculante respecto de los instrumentos de ordenación del territorio. [...] Cabe citar, asimismo, como otro ejemplo de prevalencia de la legislación sectorial estatal frente a la competencia autonómica de urbanismo y ordenación del territorio, el caso de las infraestructuras aeroportuarias, regulado en el Real Decreto 2591/1998, de 4 diciembre ( RCL 1998, 2847 ), sobre la Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio, en ejecución de lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre ( RCL 1996, 3182 ), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.*

## 8º.- INFORME DE AGUAS ESTATAL.

Las administraciones territoriales, junto a las Confederaciones Hidrográficas tienen el deber de recíproca coordinación de sus competencias concurrentes sobre el medio hídrico y, en general, del dominio público hidráulico, así como los deberes de información, cooperación y colaboración mutua en relación con las iniciativas que promuevan. La Ley estatal de aguas<sup>18</sup> dispone en su artículo 25.4 que «Las Confederaciones Hidrográficas emitirán **informe previo**, [...] sobre los actos y **planes** que las Comunidades Autónomas hayan de aprobar en el ejercicio de sus competencias, entre otras, en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, espacios naturales, pesca, montes, regadíos y obras públicas de interés regional, siempre que tales actos y planes afecten al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales o a los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía, teniendo en cuenta a estos efectos lo previsto en la planificación hidráulica y en las planificaciones sectoriales aprobadas por el Gobierno. Cuando los [...] planes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales comporten **nuevas demandas de recursos hídricos**, el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de

---

*Esta normativa ha establecido la necesidad de que los aeropuertos de interés general y su zona de servicio sean calificados como sistema general aeroportuario en los planes generales o instrumentos equivalentes de ordenación urbana, los cuales no podrán incluir determinación alguna que interfiera o perturbe el ejercicio de las competencias estatales sobre los aeropuertos calificados de interés general. A este respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 46/2007 (RTC 2007, 46) (sobre la Ley balear de directrices de ordenación territorial) ha hecho un clarificador resumen de la regulación de la concurrencia de competencias en este peculiar ámbito, en los siguientes términos: "resulta constitucionalmente admisible que el Estado, desde sus competencias sectoriales con incidencia territorial entre las que sin duda se encuentra la relativa a los aeropuertos de interés general, pueda condicionar el ejercicio de la competencia autonómica de ordenación del territorio y del litoral siempre que la competencia se ejerza de manera legítima sin limitar más de lo necesario la competencia autonómica. Es evidente, además, que dicho condicionamiento deberá tener en cuenta los resultados de la aplicación de los mecanismos de cooperación normativamente establecidos para la articulación de la planificación y ejecución de las obras públicas estatales con las competencias de otras Administraciones públicas sobre ordenación territorial y urbanística. En este caso, tales mecanismos se prevén en el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, de ordenación de los aeropuertos de interés general y su zona de servicio, norma que establece el tipo de actuaciones que ha de llevar a cabo el Estado en relación a ese tipo de infraestructuras y cuyo art. 5.3 determina que los planes directores de los aeropuertos de interés general, aprobados por el Ministro de Fomento, «serán informados por las Administraciones Públicas afectadas por la delimitación de la zona de servicio del aeropuerto que ostenten competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo». En consecuencia, previa la debida ponderación de los intereses eventualmente afectados por esa situación de concurrencia competencial a través de los mecanismos de cooperación y concertación que se estimen procedentes para hacer compatibles los planes y proyectos del Estado con la ordenación del territorio establecida por la Comunidad Autónoma, serían, en su caso, las decisiones estatales relativas a los aeropuertos de interés general las que deban ser incorporadas a los instrumentos de ordenación territorial y no estos instrumentos los que condicionen estas decisiones estatales de modo tal que impidan su ejercicio".*

<sup>18</sup> Texto refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

*recursos suficientes para satisfacer tales demandas*», operando el silencio negativo si no se pronuncia en plazo<sup>19</sup>.

Ha de precisarse que la falta de informe de la Confederación Hidrográfica determina la nulidad del instrumento de planeamiento en su conjunto (más nunca parcial)<sup>20</sup>.

Y también, en su artículo 128.3 impone a las Administraciones que estén elaborando planes urbanísticos, respecto de las cuencas intercomunitarias (y afecten directamente a los terrenos previstos para los proyectos, obras e infraestructuras hidráulicas de interés general contemplados en los Planes Hidrológicos de cuenca o en el Plan Hidrológico Nacional), que **antes** de que procedan a su aprobación inicial soliciten un **informe vinculante** al hoy Ministerio de Agricultura, Alimentación y

---

<sup>19</sup> Aclara la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª; RJ 2015\3943) que «*El art. 25. 4 de la Ley de Aguas (RCL 2001, 1824, 2906) hace referencia a los **Planes en general**, sin limitarse a los planes de desarrollo, por lo que, hay que concluir que sería contrario a la lógica planificadora la aprobación de un plan cuyo posterior desarrollo devendría imposible dada la insuficiencia de recursos hídricos para su posterior ejecución y plasmación en la realidad, lo que exige que la constatación de su existencia se acredite ya desde la aprobación del plan general*».

<sup>20</sup> Vid. sentencia del T.S. de 4 de julio de 2014 (RJ 2014, 3701): «Como vimos, en el motivo sexto el Ayuntamiento recurrente alega que la sentencia recurrida ha vulnerado el principio de proporcionalidad al anular todo el Plan General y no sólo las referencias a la incorporación del polideportivo municipal como dotación pública. El planteamiento carece de toda consistencia pues los defectos apreciados por la sentencia de instancia, en particular el que se refiere a la falta de informe de la Confederación Hidrográfica, determinan la **nulidad del instrumento de planeamiento en su conjunto** y no la de una concreta determinación». Ese mismo criterio se recoge en las SSTS de 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 6224) (recurso de casación 2263/2009), de 25 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9237) (recurso de casación núm. 3135/2009), de 30 de enero de 2013 (RJ 2013, 3191) (recurso de casación núm. 5983/2009), de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2631) (recurso de casación núm. 4663/2009) y de 7 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3874) (recurso de casación núm. 5503/2011), que anulan la aprobación de planes urbanísticos por omisión del informe preceptivo y vinculante del organismo de cuenca en relación a la existencia de recursos hídricos suficientes para la actuación urbanística de que se trata. En la primera de ellas se hace un examen sobre la técnica de los informes preceptivos y/o vinculantes, con referencia a los previstos en distintas normas (aguas, carreteras, aeropuertos, telecomunicaciones, defensa nacional) y, tras considerar que en el presente caso se ha omitido un informe legalmente preceptivo y vinculante (art. 25.4 TRLA [RCL 2001, 1824], disposición adicional 2ª de la Ley 13/2003 [RCL 2003, 1373] de concesión de obra pública y legislación autonómica), concluye que (fundamento de derecho décimo): «En atención, pues, al hecho de que el acuerdo impugnado en el proceso se adoptó con el expreso voto en contra del representante del Ministerio de Medio Ambiente, quien basó su disidencia en la inexistencia de informe favorable de la Confederación Hidrográfica del Júcar sobre la suficiencia de recursos hídricos para el desarrollo urbanístico pretendido, y siendo preceptiva y vinculante la emisión de informe favorable de este Organismo con carácter previo a la aprobación del Plan, sin que dicho informe pueda ser sustituido por el de otras entidades, es claro que el recurso contencioso-administrativo ha de prosperar en el sentido pretendido por el Abogado del Estado, esto es, en el sentido de declarar la nulidad del acuerdo de 31 de julio de 2006, por el que se aprobó la modificación puntual nº 7 del Plan General y el Plan Parcial del Sector 6 "El Realenc" de Carcaixent, conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 63.2 de la Ley 30/1992, 68.1.b), 70.2, 71.1.a) y 72.2 de la Ley de esta Jurisdicción».

Medio Ambiente «*que versará en exclusiva sobre la relación entre tales obras y la protección y utilización del dominio público hidráulico*»<sup>21</sup>.

También debe resaltarse que el artículo 40.4 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas determina que «*los planes hidrológicos serán públicos y vinculantes*».

Por su parte, el artículo 22.3.a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana establece que «*en la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora: a) El de la Administración hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico*».

Sobre la suficiencia de recursos hídricos emitido por el organismo de cuenca puede consultarse la STS de 23 de enero de 2013<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> En palabras contenidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª; RJ 2015\3943) «[...] el referido informe supone una incidencia en la potestad de planeamiento, en cuanto manifestación de la competencia estatal en la materia, como ya indicara la STC 227/1998, de 22 de enero (RTC 1998, 227) , de tal manera que, siendo el urbanismo y la ordenación del territorio una competencia atribuida a la Comunidad Autónoma, resulta imprescindible que exista una coordinación entre planificación hidrológica y urbanística, lo que exige fórmulas procedimentales y de intervención que permitan armonizar el ejercicio de las respectivas competencias. En este sentido resulta clara la competencia del Estado, en virtud del título competencial del artículo 149.1.22 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , para establecer la exigencia, antes de la aprobación de un Plan urbanístico que comporte el incremento de la demanda de recursos hídricos, de un informe preceptivo de la correspondiente Confederación Hidrográfica, con independencia de que tal exigencia aparezca en la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas».

<sup>22</sup> La STS de 23 de enero de 2013 (RJ 2013, 2567) (recurso de casación núm. 3832/2009) anula la aprobación definitiva de un plan urbanístico en contra del informe estatal -de carácter preceptivo y vinculante- desfavorable sobre la suficiencia de recursos hídricos emitido por el organismo de cuenca; declarando que (fundamento de derecho tercero, C): «Lo que en realidad se cuestiona en el recurso contencioso administrativo es si podría, o no, aprobarse un plan en las condiciones que se hace en este caso, a tenor del contenido del artículo 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 (RCL 2001, 1824), respecto de la disponibilidad de recursos hídricos que satisfagan las demandas de agua que comporta el nuevo plan, lo que se conecta con el propio procedimiento de elaboración del plan y la naturaleza de los informes que se exigen en el curso del mismo». Y, tras determinar el carácter vinculante del informe desfavorable no atendido, esta sentencia concluye que (fundamento de derecho decimocuarto): «Siendo, pues, claro que, en el supuesto enjuiciado, se aprobó un Plan de ordenación urbanística pese al informe desfavorable de la Confederación Hidrográfica, resulta evidente que el recurso contencioso-administrativo ha de prosperar en el sentido pretendido por el Abogado del Estado, esto es, en el de declarar la nulidad del Acuerdo, de 18 de abril de 2007, de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia, por el que se aprobó el Plan General de Ordenación Urbana de Enguera, conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 62.2 de la Ley 30/1992, 68.1.b), 70.2, 71.1.a) y 72.2 de la Ley de esta Jurisdicción». Doctrina que se reitera en las dos posteriores SSTS de 12 de abril de 2013 (RJ 2013, 3038) y (RCL 2013, 3039) (recursos de casación núm. 5811/2010 y 5769/2010).

## 9º.- INFORME DE LA CONSEJERÍA COMPETENTE EN MATERIA DE AGUA.

El artículo 42 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía previene que esta Consejería *«deberá emitir **informe** sobre los actos y planes con incidencia en el territorio de las distintas Administraciones Públicas que afecten o se refieran al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales, superficiales o subterráneas, a los perímetros de protección, a las zonas de salvaguarda de las masas de agua subterránea, a las zonas protegidas o a los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía»*. Informe que se solicitará con anterioridad a la aprobación de los planes de ordenación territorial y tras la aprobación inicial de los instrumentos de planeamiento urbanístico, que tendrá carácter vinculante y deberá ser emitido en el plazo de 3 meses, entendiéndose desfavorable si no se emite en dicho plazo<sup>23</sup>.

## 10º.- INFORME PREVIO FERROVIARIO ESTATAL (URBANISMO).

Según el art. 7.2 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario se ha de solicitar y emitir Informe vinculante *«que afecte a líneas ferroviarias, a tramos de las mismas, a otros elementos de la infraestructura ferroviaria o a las zonas de servicio»* y que ha de emitir en 2 meses.

## 11º.- INFORME DE LA CONSEJERÍA COMPETENTE EN SERVICIOS FERROVIARIOS DE ANDALUCÍA.

El artículo 11.2 de la Ley 9/2006, de 26 de diciembre, de Servicios Ferroviarios de Andalucía previene que *«en los casos en que se acuerde la redacción, revisión o modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico [aunque también aluda después a los "planes de ordenación territorial"] que afecte a líneas ferroviarias, a tramos de las mismas, a otros elementos de la infraestructura ferroviaria o a las zonas de servicio»* ha de someterse, **antes** de su aprobación inicial, a informe o información de

---

<sup>23</sup> Téngase presente, entre otros, el Real Decreto 903/2010 de Evaluación y Gestión de Riesgos de Inundación, establece una nueva condición para que un suelo se mantenga con el carácter de rural, por cuanto previene en su artículo 15.1 que *«Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, no podrán incluir determinaciones que no sean compatibles con el contenido de los planes de gestión del riesgo de inundación, y reconocerán el carácter rural de los suelos en los que concurren dichos riesgos de inundación o de otros accidentes graves»*. Esta determinación se completa en el punto 5 de su Anexo para el contenido de los Planes de Gestión del Riesgo de Inundación: 5. Medidas de ordenación territorial y urbanismo, que incluirán al menos: *«Las limitaciones a los usos del suelo planteadas para la zona inundable en sus diferentes escenarios de peligrosidad, los criterios empleados para considerar el territorio como no urbanizable, y los criterios constructivos exigidos a las edificaciones situadas en zona inundable»*.

la Consejería competente en materia de transportes y de la entidad administradora de la infraestructuras ferroviarias, quienes deberán emitirla en el plazo de 1 mes, teniendo carácter vinculante.

Asimismo, y ya aprobado inicialmente el instrumento de planeamiento urbanístico, éste se someterá a nuevo informe vinculante de la Consejería competente en materia de transportes y de la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias, que se emitirá en 3 meses, siendo el silencio positivo.

## 12º.- INFORME DE SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA.

Tendente a asegurar la viabilidad económica, en términos de rentabilidad, de adecuación a los límites del deber legal de conservación y de un adecuado equilibrio entre los beneficios y las cargas derivados de la actuación. Art. 22 (párrafos 4º y 5º) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en lo sucesivo TRLS/2015):

*«4. La documentación de los instrumentos de ordenación de las actuaciones de transformación urbanística deberá incluir un informe o memoria de sostenibilidad económica, en el que se ponderará, en particular, el impacto de la actuación en las Haciendas Públicas afectadas por la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras necesarias o la puesta en marcha y la prestación de los servicios resultantes, así como la suficiencia y adecuación del suelo destinado a usos productivos.*

*5. La ordenación y ejecución de las actuaciones sobre el medio urbano, sean o no de transformación urbanística, requerirá la elaboración de una memoria que asegure su viabilidad económica, en términos de rentabilidad, de adecuación a los límites del deber legal de conservación y de un adecuado equilibrio entre los beneficios y las cargas derivados de la misma, para los propietarios incluidos en su ámbito de actuación, y contendrá, al menos, los siguientes elementos:*

*a) Un **estudio comparado** de los parámetros urbanísticos existentes y, en su caso, de los propuestos, con identificación de las determinaciones urbanísticas básicas referidas a edificabilidad, usos y tipologías edificatorias y redes públicas que habría que modificar. La memoria analizará, en concreto, las modificaciones sobre incremento de edificabilidad o densidad, o introducción de nuevos usos, así como la posible utilización del suelo, vuelo y subsuelo de forma diferenciada, para lograr un mayor acercamiento al equilibrio económico, a la rentabilidad de la operación y a la no superación de los límites del deber legal de conservación.*

**b) Las determinaciones económicas básicas relativas a los valores de repercusión de cada uso urbanístico propuesto, estimación del importe de la inversión, incluyendo, tanto las ayudas públicas, directas e indirectas, como las indemnizaciones correspondientes, así como la identificación del sujeto o sujetos responsables del deber de costear las redes públicas.**

**c) El análisis de la inversión que pueda atraer la actuación y la justificación de que la misma es capaz de generar ingresos suficientes para financiar la mayor parte del coste de la transformación física propuesta, garantizando el menor impacto posible en el patrimonio personal de los particulares, medido en cualquier caso, dentro de los límites del deber legal de conservación.**

*El análisis referido en el párrafo anterior hará constar, en su caso, la posible participación de empresas de rehabilitación o prestadoras de servicios energéticos, de abastecimiento de agua, o de telecomunicaciones, cuando asuman el compromiso de integrarse en la gestión, mediante la financiación de parte de la misma, o de la red de infraestructuras que les competa, así como la financiación de la operación por medio de ahorros amortizables en el tiempo.*

**d) El horizonte temporal que, en su caso, sea preciso para garantizar la amortización de las inversiones y la financiación de la operación.**

**e) La evaluación de la capacidad pública necesaria para asegurar la financiación y el mantenimiento de las redes públicas que deban ser financiadas por la Administración, así como su impacto en las correspondientes Haciendas Públicas».**

Por su parte, la LOUA exige como parte de la Memoria y «en función del alcance y la naturaleza de las determinaciones del instrumento de planeamiento sobre previsiones de programación y gestión, contendrá un **estudio económico-financiero** que incluirá una evaluación analítica de las posibles implicaciones del Plan, en función de los agentes inversores previstos y de la lógica secuencial establecida para su desarrollo y ejecución, así como un **informe de sostenibilidad económica**, que debe contener la justificación de la existencia de suelo suficiente para usos productivos y su acomodación al desarrollo urbano previsto en el planeamiento, así como el **análisis del impacto de las actuaciones** previstas en las Haciendas de las Administraciones Públicas responsables de la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras y de la implantación y prestación de los servicios necesarios»<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Art. 19.1.a), regla 3ª de la LOUA.



### 13º.- INFORME DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL (EVALUACIÓN AMBIENTAL)<sup>25</sup>.

Dispone el artículo 22 TRLS/2015<sup>26</sup> que:

«1. Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están sometidos a **evaluación ambiental** de conformidad con lo previsto en la legislación de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y en este artículo, sin perjuicio de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que se requieran para su ejecución, en su caso.

2. El **informe de sostenibilidad ambiental** de los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización deberá incluir un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación».

Por otra parte, con la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente se traspuso la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio. Y, aunque en Andalucía ya estaba prevista la evaluación ambiental del planeamiento general, la ampliación del ámbito de los planes urbanísticos sujetos a evaluación ambiental operada por la legislación básica estatal obligó a sustituir su anterior regulación. La Disposición adicional octava del TRLS/2015 habilita a las Comunidades Autónomas a dar participación a la Administración General del Estado, cuando así lo prevea la legislación autonómica, en «órganos colegiados de carácter supramunicipal que tengan atribuidas competencias de aprobación de instrumentos de ordenación territorial y urbanística». Lo que de hecho ya sucedía en Andalucía donde la Administración estatal está representada tanto en la Comisión de Ordenación del Territorio y del Urbanismo de Andalucía, que solamente tiene funciones consultivas, como en las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio y Urbanismo, que tiene competencias para la aprobación de determinados planes urbanísticos.

La Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente concreta en su artículo 4, los planes y programas, así como sus modificaciones que son objeto de evaluación ambiental, de acuerdo con esta ley. Por su parte, y en Andalucía son los artículos 36 y 40 (para los planes urbanísticos) de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad

<sup>25</sup> La evaluación ambiental incluye tanto la «**evaluación ambiental estratégica**» como la «**evaluación de impacto ambiental**» (ex art. 5.1.a) de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental).

<sup>26</sup> Vid también art. 3.3 TRLS/2015.

Ambiental el que determina los planes y programas que están sujetos a esta evaluación ambiental estratégica diferenciando entre ordinaria y simplificada.

Debemos señalar que será la Declaración<sup>27</sup> o Informe<sup>28</sup> ambiental estratégica la que tiene naturaleza de **informe preceptivo y determinante**<sup>29</sup>, el cual ha de evacuarse en el plazo de 4 meses desde que se tenga el expediente completo (prorrogables por dos meses más para el ordinario), y su omisión en plazo *«en ningún caso podrá entenderse que equivale a una evaluación ambiental favorable»*, no teniendo cabida el instituto del silencio administrativo, pues el Derecho comunitario exige que se realice de forma expresa.

Esta evaluación es conceptualizada como *«acto de trámite»* que no puede recurrirse de forma autónoma, siendo impugnabile con el plan. Así se predica que contra la declaración ambiental estratégica<sup>30</sup> y contra el informe ambiental estratégico<sup>31</sup> *«no procederá recurso administrativo alguno, sin perjuicio de los que procedan, en su caso, contra la resolución que apruebe el plan o programa sometido»* a la misma o al mismo, respectivamente.

Predicándose la sanción de nulidad de pleno derecho del art. 62.2 de la Ley 30/1992 al vicio procedimental consistente en la aprobación definitiva de un plan de urbanismo sin incorporar las determinaciones o contenido de la declaración de impacto ambiental que culmina el procedimiento de evaluación de impacto ambiental llevado a cabo en la tramitación del plan<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Para la ordinaria.

<sup>28</sup> Para la Simplificada (vid art. 19.10 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental).

<sup>29</sup> Artículos 19.9 y 38.6 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental.

<sup>30</sup> Ex art. 38.6 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental.

<sup>31</sup> Ex art. 39.3 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental.

<sup>32</sup> La STS de 10 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3923) (recurso de casación núm. 4804/2009) anula la aprobación definitiva de la modificación de un plan general de ordenación urbana por considerar que incurre en nulidad de pleno derecho al no haberse incorporado el condicionado ambiental de la declaración de impacto ambiental para la aprobación y desarrollo del plan, declarando que: *«Pues bien, el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado, según lo establecido concordadamente en los artículos 62.2 y 63.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 68.1.b), 70.2, 71.1.a) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En efecto, como venía aceptado e indiscutido, el condicionado de la Evaluación Ambiental, esto es, la vinculación de la modificación del Plan a la desclasificación de 4.622.643 metros cuadrados de suelo público, incluido en el Plan Parcial El Aramo, no puede posponerse al acuerdo de aprobación definitiva, que fue lo que sostuvo en su contestación a la demanda, sin razón, la Administración de la Comunidad Autónoma, aduciendo que las condiciones ambientales se configuran como obligaciones que recaen sobre el órgano sustantivo en atención a la consecución de determinados objetivos de carácter medioambiental, pero que no tienen por qué ser necesariamente cumplidas con carácter previo, especialmente si el propio acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo no los recoge entre sus consideraciones técnico jurídicas. Es de notar aquí, en una suerte de paréntesis, que la Evaluación de Impacto Ambiental de los instrumentos urbanísticos y de ordenación territorial venía contemplada en el Reglamento de Impacto Ambiental de la Generalidad Valenciana (Decreto 62/1990). Aparte de la mención que se hace a la Declaración en los antecedentes*

Hoy rige la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental que impone la bases sobre las que gravita la evaluación ambiental de los planes «*garantizando en todo el territorio del Estado un elevado nivel de protección ambiental*» e integrando los aspectos medioambientales en la elaboración y en la adopción, aprobación de dichos planes (art. 1.1), diseñando, asimismo, el régimen de cooperación entre la Administración General del Estado y las comunidades autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente (regulada en el art. 4), y sujetos a «los principios de lealtad institucional, coordinación, información mutua, cooperación, colaboración y coherencia» (ex art. 3.1 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre).

Asimismo se precisa que «*cuando corresponda a la Administración General del Estado formular la declaración ambiental estratégica o la declaración de impacto ambiental, o bien emitir el informe ambiental estratégico o el informe de impacto ambiental regulados en esta ley, se consultará preceptivamente al órgano que ostente las competencias en materia de medio ambiente de la comunidad autónoma en la que se ubique territorialmente el plan [...]*» (art. 3.3).

Y así se impone que los planes deberán someterse a una evaluación ambiental antes de su adopción, aprobación o autorización, careciendo de validez los actos de adopción, aprobación o autorización de los planes que, estando incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley no se hayan sometido a evaluación ambiental (art. 9.1), y la falta de emisión en plazo no equivale «*a una evaluación ambiental favorable*» (art. 10).

Así en la evaluación ambiental estratégica ordinaria se tomará en consideración «*las incidencias previsibles sobre los planes sectoriales y territoriales concurrentes*» (ex art. 18.1.e), y art. 29.1.f) para la evaluación ambiental estratégica simplificada) y «*el órgano ambiental someterá el borrador del plan o programa y el documento inicial estratégico a consultas de las Administraciones públicas afectadas y de las personas interesadas, que se pronunciarán en el plazo de cuarenta y cinco días hábiles desde su recepción*» (art. 19). Ya con el Plan en versión inicial acompañado del estudio ambiental estratégico se pondrá en conocimiento de las Administraciones públicas afectadas, y las personas interesadas quienes disponen de un plazo mínimo de 45 días hábiles, para emitir los informes y alegaciones que estimen pertinentes (art. 22.2). De resultas del mismo emerge la propuesta final de plan. Si bien, para todo ello se requiere que por el promotor se elabore un «*estudio de impacto ambiental*» (ex art. 20) que ha de contener una mínima información de entre la que destacamos los «*aspectos*

---

*del acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo aprobatorio de la modificación, la implicación del condicionamiento ambiental fue preterida en los fundamentos del acuerdo de dicho órgano aprobatorio de la modificación, olvidando el carácter vinculante de la Declaración, al no constar que se suscitase discrepancia al respecto. Es más, del examen de las actuaciones resulta que fue el propio Ayuntamiento quien propuso la desclasificación de suelo con importantes valores paisajísticos y geomorfológicos «en compensación a la nueva clasificación que se propone»...».*

*relevantes de la situación actual del medio ambiente y su probable evolución en caso de no aplicación del plan*» (o «**alternativa cero**») y «*un Resumen de los motivos de la selección de las alternativas contempladas*», [que resulta mejor explicada para los proyectos (ex art. 35) cuando requiere la «*exposición de las principales alternativas estudiadas, incluida la alternativa cero, o de no realización del proyecto, y una justificación de las principales razones de la solución adoptada, teniendo en cuenta los efectos ambientales*»] y todo ello con el fin de anticipar la protección ambiental antes de la toma de decisiones que puedan comprometer negativamente el medio ambiente, dado que su ausencia puede determinar la nulidad de pleno derecho tal y como ha acontecido con el Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella<sup>33</sup>. Si bien, ha de diferenciarse que la información para los Proyectos (art. 35 y Anexo VI) de la de los Planes (art. 20 y Anexo IV).

Así, y en atención a la labor planificadora, la información que deberá contener el Estudio ambiental estratégico (EAE, que no EIA -que es para proyectos-) previsto en el artículo 20 será, como mínimo, la siguiente:

- 1.- Los objetivos principales del plan relaciones con otros planes;
- 2.- Los aspectos relevantes de la situación actual del medio ambiente y su probable evolución en caso de no aplicación del plan o programa (o «**alternativa cero**»);

---

<sup>33</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 28/10/2015 (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís; Recurso Casación núm. 1346/2014 contra la sentencia de 8 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso nº 517/2010, sobre aprobación del Plan General de Ordenación Urbana -PGOU- de Marbella, en lo atinente a la ausencia de EAE (Evaluación Ambiental Estratégica) manifiesta que «*la denominada alternativa cero -que no es otra que dejar de realizar el plan, como esta Sala ya ha señalado en sentencias precedentes, como la pronunciada el 19 de diciembre de 2013 en el recurso de casación nº 827/2011-, examen comparativo que en el EIA brilla completamente por su ausencia*». Finalizando este epígrafe concluyendo que «... *la completa falta de estudio comparativo de las alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, así como de exposición de la denominada alternativa cero, hacen incurrir al PGOU de Marbella en la nulidad pretendida, al haberse prescindido de la preceptiva EAE, así como de la Memoria ambiental consecuente, efectuadas conforme a las prescripciones de la Ley 9/2006 y de la Directiva 2001/42/CE en que se inspiran*». [...] «*En definitiva, cabe reiterar aquí cuanto hemos razonado hasta ahora en relación con la pérdida de razón de ser y de sentido útil que representan estos trámites esenciales como la EAE cuando se proyectan sobre un plan urbanístico que, en realidad, mira más al pasado que al futuro, desnaturalizando así las ideas capitales de cautela, previsión, prevención y planificación -económica o ambiental, según el caso- que justifican su obligatoriedad. [...] En tal contexto y en presencia de tales diseños del PGOU -vueltos en significativa medida hacia el tratamiento urbanístico de situaciones ya consumadas e irreversibles-, la evaluación ambiental estratégica pierde buena parte de su finalidad institucional justificadora, la de anticipar la protección ambiental antes de la toma de decisiones que puedan comprometer negativamente el medio ambiente, aspiración que queda despojada de su razón de ser, y por ello frustrada, cuando la evaluación de las posibles alternativas razonables a que se refiere el Anexo I de la Ley 9/2006 se ve impedida o gravemente debilitada al venir determinada forzosamente por situaciones de hecho anteriores sobre las que la evaluación estratégica no podría intervenir preventivamente, ni tampoco conjurar sus eventuales riesgos para el medio ambiente*».

- 3.- Las características medioambientales de las Zonas que puedan verse afectadas de manera significativa<sup>34</sup>;
- 4.- Cualquier problema relevante medioambiental existente para el plan<sup>35</sup>;
- 5.- Los objetivos de protección medioambiental fijados en los ámbitos internacional, comunitario o nacional que guarden relación con el plan<sup>36</sup>;
- 6.- Los probables efectos<sup>37</sup> significativos en el medio ambiente, incluidos aspectos como:
  - a).- la biodiversidad,
  - b).- la población,
  - c).- la salud humana,
  - d).- la fauna y la flora,
  - e).- la tierra, el agua y el aire,
  - f).- los factores climáticos, su incidencia en el cambio climático, en particular una evaluación adecuada de la huella de carbono asociada al plan o programa,
  - g).- los bienes materiales,
  - h).- el patrimonio cultural,
  - i).- el paisaje
  - j).- Así como la interrelación entre estos factores.
- 7.- Las medidas previstas para prevenir, reducir y, en la medida de lo posible, compensar cualquier efecto negativo importante en el medio ambiente de la aplicación del plan<sup>38</sup>;
- 8.- Un Resumen de los motivos de la selección de las alternativas contempladas y una descripción de la manera en que se realizó la evaluación<sup>39</sup>;

<sup>34</sup> Y su evolución teniendo en cuenta el cambio climático esperado en el plazo de vigencia del plan o programa.

<sup>35</sup> Incluyendo los relacionados con cualquier zona de especial importancia medioambiental, como las zonas sobre espacios naturales y especies protegidas y los espacios protegidos de la Red Natura 2000.

<sup>36</sup> Y la manera en que tales objetivos y cualquier aspecto medioambiental se han tenido en cuenta durante su elaboración.

<sup>37</sup> Estos efectos deben comprender los efectos secundarios, acumulativos, sinérgicos, a corto, medio y largo plazo, permanentes y temporales, positivos y negativos.

<sup>38</sup> Incluyendo aquellas para mitigar su incidencia sobre el cambio climático y permitir su adaptación al mismo.

9.- Un programa de vigilancia ambiental y su seguimiento;

10.-Un Resumen de carácter no técnico de la información facilitada en virtud de los epígrafes precedentes.

Es por ello que ha de tenerse presente toda la planificación medioambiental. Y entre esos planes a tener en consideración debemos recordar los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales. Como sostiene el Preámbulo de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad: *«Desde la perspectiva de la utilización del patrimonio natural, los principios inspiradores se centran: en la **prevalencia** de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística»* (y así se recoge en el artículo 2.f) de esta Ley)<sup>40</sup>, siendo los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales *«determinantes respecto de cualesquiera otras actuaciones, planes o programas sectoriales»* (art. 19.3 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre), disponiéndose categóricamente que *«Cuando los instrumentos de ordenación territorial, urbanística, de recursos naturales y, en general, física, existentes resulten contradictorios con los Planes de Ordenación de Recursos Naturales deberán adaptarse a éstos. En tanto dicha adaptación no tenga lugar, las determinaciones de los Planes de Ordenación de Recursos Naturales se aplicarán, en todo caso, prevaleciendo sobre dichos instrumentos»* (ex art. 19.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre). Incluso los Planes Rectores de los Parques (cual espacio natural protegido) prevalecen sobre el planeamiento urbanístico (art. 31.6 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre)<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Incluidas las dificultades, como deficiencias técnicas o falta de conocimientos y experiencia que pudieran haberse encontrado a la hora de recabar la información requerida.

<sup>40</sup> «Son principios que inspiran esta ley: [...]f) La prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística y los supuestos básicos de dicha prevalencia».

<sup>41</sup> Las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2012 y de 30 de septiembre de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª; RJ 2012\9237 y RJ 2013\7759, respectivamente) recuerdan que: *«Cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva, lo hace bajo la consideración de que la adjudicación de competencia al Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las competencias autonómicas, [...] Es el caso, también, del informe vinculante de la Administración estatal con carácter previo a la aprobación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, cualquiera que sea su clase y denominación, que incidan sobre terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional; un trámite contemplado antes en la disposición adicional primera de la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones 6/1998 (RCL 1998, 959) y actualmente en la disposición adicional 2ª del vigente texto refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 (RCL 2008, 1260), que la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio (RTC 2001, 164), declaró adecuado al orden constitucional de competencias, aunque apuntando que "en el ejercicio de sus competencias el Estado debe atender a los puntos de vista de las Comunidades Autónomas, según exige el deber de colaboración insito en la forma de nuestro Estado.... Lo expuesto basta para rechazar que la LRSV haya impuesto de forma incondicionada la prevalencia del interés general definido por el Estado frente al interés general cuya definición corresponde a las Comunidades Autónomas. Obviamente, la forma en que en cada caso el Estado emita su **informe vinculante** es cuestión ajena a este proceso constitucional, siendo así que el simple temor a un uso abusivo de un instrumento de coordinación no justifica una tacha de inconstitucionalidad" (fundamento jurídico 48º)».*

También hemos de puntualizar que tanto en el Catastro, como en el Registro de la Propiedad quedará siempre incorporada la información perimetral referida a espacios naturales protegidos, Red Natura 2000, los montes de utilidad pública y los dominios públicos de las vías pecuarias y zonas incluidas en el Inventario Español de Zonas Húmedas, integradas en el Inventario Español del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad<sup>42</sup>, mediante un «servicio de mapas en línea con la representación gráfica georreferenciada y metadatada, que permita identificar y delimitar los ámbitos espaciales protegidos» que mantendrá actualizado el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

#### **14º.- NOTIFICACIÓN EN EL ORDEN PATRIMONIAL ESTATAL.**

Dispone el artículo 189 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas los Municipios están obligados a notificar, por medio de sus Secretarios<sup>43</sup>, a las Administraciones Públicas que sean titulares de bienes incluidos en el ámbito de un plan urbanístico que se esté elaborando todas sus aprobaciones (inicial, provisional y definitiva).

#### **15º.- INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN COMPETENTE PARA LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES.**

Recuérdese que la declaración de un Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, como Bienes de Interés Cultural, determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encontraren de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento, y que la aprobación de dicho Plan requerirá el **informe** favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados, que debe emitir en 3 meses y con silencio positivo.

Siendo de significar que «la obligatoriedad de dicho Plan no podrá excusarse en la preexistencia de, otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la existencia previa de planeamiento general»<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Ex art. 53 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

<sup>43</sup> Párrafo 3º del citado artículo («Corresponderá a los secretarios de los ayuntamientos efectuar las notificaciones previstas en este artículo»).

<sup>44</sup> Art. 20.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Vid también la Disposición Transitoria 6ª.

## 16º.- INFORME DE LA CONSEJERÍA COMPETENTE EN MATERIA DE PATRIMONIO HISTÓRICO.

Evoquemos que son órganos consultivos en la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, el Consejo Andaluz del Patrimonio Histórico - art. 96-, y las Comisiones Provinciales de Patrimonio Histórico -art. 99-.

Para el procedimiento para la inscripción de los Bienes de Interés Cultural, Monumentos, Jardines Históricos, de bienes de catalogación general y de bienes del Inventario General de Bienes Muebles del Patrimonio Histórico Español será requerirá informe favorable de alguno de los enunciados órganos consultivos, lo que evacuará en 2 meses y con silencio positivo.

Asimismo, aprobado inicialmente el plan o programa de que se trate, *«cuando incida sobre bienes incoados o inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico de Andalucía, en el Inventario de Bienes Reconocidos o sobre Zonas de Servidumbre Arqueológica, se remitirá a la Consejería competente en materia de patrimonio histórico para su **informe**, que tendrá carácter **preceptivo** cuando se trate de instrumentos de **ordenación territorial** y carácter **vinculante** cuando se trate de instrumentos de **ordenación urbanística o de planes o programas sectoriales**»*<sup>45</sup>. Dicho informe se evacua en 3 meses y opera el silencio positivo.

Y si en el procedimiento de aprobación del plan *«se produjeran **modificaciones** en el documento informado que incidan sobre el Patrimonio Histórico, el órgano competente para su tramitación volverá a recabar informe de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico»*<sup>46</sup>, con mismo plazo y silencio que el anterior.

## 17º.- INFORMACIÓN Y ANÁLISIS DE RESTOS ARQUEOLÓGICOS.

Previene el apartado 3 del artículo 29 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio histórico de Andalucía<sup>47</sup> que *«Los **planes urbanísticos** deberán contar con un **análisis** en los suelos urbanos no consolidados, los suelos urbanizables y los sistemas generales previstos, cuando de la información aportada por la Consejería*

<sup>45</sup> Art. 29.4 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía.

<sup>46</sup> Párrafo 5º del indicado art. 29 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre.

<sup>47</sup> Art. 29.1: «Los instrumentos de **ordenación territorial** o urbanística, así como los planes o programas sectoriales que incidan sobre bienes integrantes del Patrimonio Histórico identificarán, en función de sus determinaciones y a la escala que corresponda, los elementos patrimoniales y establecerán una ordenación compatible con la protección de sus valores y su disfrute colectivo. En el caso de planes urbanísticos, los elementos patrimoniales se integrarán en el catálogo urbanístico».



*competente en materia de patrimonio histórico, [...] haya constancia o indicios de la presencia de restos arqueológicos».*

El artículo 29.2 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía establece que «...*las entidades promotoras de su redacción [de planes urbanísticos] solicitarán **información** a la Consejería competente en materia de patrimonio histórico sobre los bienes integrantes del Patrimonio Histórico dentro del ámbito previsto*» disponiendo que la Consejería estará obligada a remitir «*la información solicitada en el plazo de **un mes**, relacionando todos los bienes identificados y su grado de protección, los cuales deberán ser objeto de un tratamiento adecuado en el plan o programa correspondiente, pudiéndose aportar directrices para su formulación*».

#### **18º.- INFORME DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.**

El artículo 3.i) de la Ley 6/2007, de 26 de junio de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía (en redacción dada por la Ley 3/2014, de 1 de octubre), establece entre las funciones y competencias de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía<sup>48</sup>, la de informar en el plazo de 1 mes, con carácter preceptivo, las normas con rango de ley y los proyectos de reglamento de la Administración de la Junta de Andalucía que incidan sobre las actividades económicas, afecten a la competencia efectiva o la unidad de mercado. Para las Entidades locales sólo se prevé sólo con carácter potestativo o facultativo<sup>49</sup>, así como para los acuerdos, resoluciones y demás actos de naturaleza administrativa autonómicos.

Mediante Resolución de 27 de enero de 2016, de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, se aprueban los criterios para determinar los supuestos en los que un proyecto normativo (normas con rango de ley y proyectos de reglamento de la Junta de Andalucía) puede incidir en la competencia, unidad de mercado, actividades económicas y principios de buena regulación (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 21 de 2 de febrero de 2016)<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Según lo establecido en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

<sup>49</sup> «... las entidades locales podrán solicitar la emisión de este informe en relación con sus propuestas normativas» (3.i) "in fine" de la Ley 6/2007, de 26 de junio).

<sup>50</sup> «Este mecanismo de **evaluación normativa**, que tras la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas, se extiende a las **normas con rango de ley y proyectos de reglamento** de la Administración de la Junta de Andalucía que incidan en la competencia efectiva en los mercados, en la unidad de mercado o en las actividades económicas, constituye un mecanismo primordial de la política de promoción de la competencia y un importante instrumento al servicio de la política de mejora regulatoria, ya que se orienta a la

## 19º.- INFORME DE DEFENSA NACIONAL.

Como ha sido tónica en nuestro acervo urbanístico, se mantiene en la Disposición Adicional segunda, apartado 1º del TRLS/2015 la obligación de solicitar al Ministerio de Defensa un **informe** preceptivo y vinculante en relación con la tramitación (con carácter previo a su aprobación) de «*instrumentos de ordenación territorial y urbanística, cualquiera que sea su clase y denominación, que incidan sobre terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional*»<sup>51</sup>.

Asimismo, es de tener presente el artículo 35 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional<sup>52</sup>.

Del mismo modo, hemos de evocar que aquellos planes que tengan como único objeto la defensa nacional quedan excluidos de la aplicación de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (ex art. 8.1.a) de la misma).

---

detección de las eventuales distorsiones que alteran el funcionamiento competitivo en los mercados y de las restricciones injustificadas o desproporcionadas que impongan a los operadores económicos» (E.M.).

<sup>51</sup> Recordemos también la Disposición adicional duodécima de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad para los procedimientos de elaboración de los Planes de Ordenación de Recursos Naturales y en los de declaración y determinación de la fórmula de gestión que la Administración competente determine en cada caso para los Espacios Naturales Protegidos y Espacios protegidos Red Natura 2000, pues emplea una fórmula parecida («[...] *en los que resulten afectados terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional, se recabará informe del Ministerio de Defensa, que tendrá carácter **vinculante** en lo que afecta a la Defensa Nacional y el cual deberá ser evacuado en el plazo de dos meses*»).

<sup>52</sup> Según el cual «1. Queda fuera del ámbito de aplicación de este capítulo y, por consiguiente, no se incluirá en el cómputo, la superficie ocupada por los **actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronteras o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales**. Respecto de las futuras, se aplicará lo previsto en este párrafo siempre que consten en planes aprobados conforme a lo establecido en la legislación urbanística que hayan sido **informados favorablemente** por el Ministerio de Defensa, o lo hubieran sido en su día por el Ministerio militar correspondiente.

2. A tales efectos, los Organismos a los que compete la aprobación definitiva de los planes urbanísticos, **antes de concederla** recabarán del Ministerio de Defensa los **informes** a que se refiere el número anterior, el cual deberá emitirse en plazo máximo de **dos meses**, transcurridos los cuales sin objeciones se considerará favorable.

3. Si alguno de los informes fuese desfavorable, tal circunstancia no impedirá la aprobación del plan urbanístico de que se trate, pero las adquisiciones inmobiliarias por parte de extranjeros en las referidas zonas urbanizadas o de ensanche quedarán sujetas a las limitaciones establecidas en el presente capítulo de este Reglamento.

4. En todo caso, en los actos de aprobación de los planes urbanísticos a que se refieren los dos números anteriores se hará constar el carácter favorable o desfavorable de los informes emitidos por el Ministerio de Defensa. Los Ayuntamientos harán constar estos extremos al expedir los certificados acreditativos de que un terreno está incluido en cualquiera de los planes urbanísticos que se hallen en estas condiciones.

5. A los efectos de este Reglamento, se considerarán poblaciones fronteras las ubicadas en términos municipales colindantes con una frontera».

## 20º.- INFORME DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO DE GÉNERO.

Ya en el año 2004 la Administración autonómica andaluza implantó y entró en vigor la norma por la que *«Todos los...reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno deberán tener en cuenta de forma efectiva el objetivo de la igualdad por razón del género y del respeto a los derechos de los niños según la Convención de los Derechos del Niño. A tal fin, en la tramitación de las citadas disposiciones, deberá emitirse un informe de evaluación del impacto por razón de género del contenido de las mismas»* (art. 139.1 Ley 18/2003, de 29 de diciembre). A nivel estatal, por esas fechas, también se toma en consideración dicha cuestión como podemos advenir con la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre las disposiciones normativas que elabore el Gobierno requiriéndose el que los reglamentos deban ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo.

En desarrollo de la indicada Ley andaluza se promulgó el Decreto 93/2004, por el que se regula el informe de evaluación de impacto de género en los reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno, recordando en su Exposición de Motivos que *«En el mes de febrero de 1996, la Comisión Europea aprobó la Comunicación "Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias" para el cumplimiento del compromiso recogido en la Plataforma de Acción aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín, 1995»*. Quedaba así definido el principio de Transversalidad cual actuación necesaria a implementar dirigida a integrar la perspectiva de género en todas las políticas. Y evocando que con *«la entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 del Tratado de Amsterdam, se formaliza el objetivo marcado explícitamente de que todas las actividades de la Unión Europea deben dirigirse a eliminar las desigualdades y a promover la igualdad entre hombres y mujeres (artículos 2 y 3)»*.

Así su artículo 4 imponía el contenido mínimo del citado *«informe de evaluación del impacto de género»*, disponiendo también que una vez emitido se tenía que enviar, junto a la disposición de que se trate, al Instituto Andaluz de la Mujer, quien en diez días podía realizar las observaciones que estimase (art. 5 del Decreto 93/2004).

Posteriormente, la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, aclaraba (art. 6.2) que todas las *«disposiciones reglamentarias y planes que apruebe el Consejo de Gobierno incorporarán, de forma efectiva, el objetivo de la igualdad por razón de género. A tal fin, en el proceso de tramitación de esas decisiones, deberá emitirse, por parte de quien reglamentariamente corresponda, un informe de evaluación del impacto de género del contenido de las mismas»*. Llegando a enfatizar en su artículo 50.2 que *«los poderes*

*públicos de Andalucía, en coordinación y colaboración con las entidades locales en el territorio andaluz, tendrán en cuenta la perspectiva de género en el diseño de las ciudades, en las políticas urbanas, y en la definición y ejecución de los planeamientos urbanísticos», y es por lo que desde algunos sectores se reclamaba dicha evaluación para todos los planes urbanísticos, ampliándose el ámbito del mismo. Si bien, ello no llegó a cuajar, limitándose, en norma posterior al «contenido de todos los ... proyectos disposiciones reglamentarias y planes que apruebe el Consejo de Gobierno» (art. 3.1 Decreto 17/2012, de 7 de febrero)<sup>53</sup>.*

## **21º.- INFORME DE EVALUACIÓN DE IMPACTO EN LA SALUD.**

Según la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía están sometidos a EIS las siguientes actuaciones: los planes y programas sectoriales con impactos potenciales en salud aprobados por Consejo de Gobierno; los instrumentos de planeamiento urbanístico general así como algunos de desarrollo; y las actividades y obras sometidas a instrumentos de prevención y control ambiental (con algunas excepciones)<sup>54</sup>.

Entendiendo por «*Evaluación del impacto en la salud*», la «*combinación de métodos, procedimientos y herramientas con los que puede ser evaluada una política, un programa, proyecto o actividad, en relación a sus potenciales efectos en la salud de la población y acerca de la distribución de esos efectos dentro de la población. La evaluación de impacto en salud integra la valoración y el informe de evaluación de impacto en la salud*»<sup>55</sup>, que tiene por objeto valorar los posibles efectos directos o indirectos sobre la salud de la población de los planes, programas, obras o actividades desde el correspondiente Informe<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Es así como mediante Sentencia de fecha 6 de Octubre de 2.015 del Tribunal Supremo, se declara la nulidad de pleno derecho del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga, precisamente por no contener dicha Evaluación de Impacto de Género, matizando que «*la referencia a los reglamentos que se hace en las citadas normas lo es, dado el preámbulo de las mismas, en el sentido amplio de disposiciones administrativas, emanadas del Consejo de Gobierno, que conforman el ordenamiento jurídico*». Y ello abarca a todos los Planes de ordenación territorial aprobados por dicho Consejo de Gobierno, por cuanto se equiparan estos Planes a los reglamentos al gozar de la naturaleza de disposiciones reglamentarias o de carácter general, si bien con el matiz de que se implanta desde el año 2.004 y sin efecto retroactivo.

<sup>54</sup> «BOJA» núm. 255, de 31 de diciembre de 2011 y «BOE» núm. 17, de 20 de enero de 2012.

<sup>55</sup> Ex art. 2.12º de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre.

<sup>56</sup> Ex arts. 2.1 (párrafos 5º y 26º) y 55 de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre. El «Informe de evaluación del impacto en la salud» es definido como el «*emitido por la Consejería competente en materia de salud, sobre la valoración del impacto en la salud realizada a un plan, programa, instrumento de planeamiento urbanístico, obra o actividad*» (art. 2.e) del Decreto 169/2014, de 9 de diciembre)

Y están sometidos (art. 56 de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre)<sup>57</sup>:

a) Los **planes** y programas que se **elaboren o aprueben por la Administración de la Junta de Andalucía** con clara incidencia en la salud, siempre que su elaboración y aprobación vengan exigidas por una disposición legal o reglamentaria, o por Acuerdo del Consejo de Gobierno, y así se determine en el acuerdo de formulación del referido plan o programa.

b) Los instrumentos de planeamiento urbanístico siguientes:

1.º Instrumentos de planeamiento general, así como sus innovaciones.

2.º Aquellos instrumentos de planeamiento de desarrollo que afecten a áreas urbanas socialmente desfavorecidas o que tengan especial incidencia en la salud humana. Los criterios para su identificación serán establecidos reglamentariamente.

c) Las actividades y obras, públicas y privadas, y sus proyectos, que deban someterse a los instrumentos de prevención y control ambiental establecidos en los párrafos a), b) y d) del artículo 16.1 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, que reglamentariamente se determinen (la resolución de evaluación del impacto en la salud estará incluida en el informe de impacto ambiental).

d) Aquellas otras actividades y obras que se determinen mediante decreto.

Debe tener presente, además, la cuestión del emplazamiento de los cementerios en general, y más concretamente el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de Andalucía, pues *«Las diferentes figuras del planeamiento urbanístico en Andalucía deberán ajustarse, en el momento de su revisión y en el supuesto de nuevo planeamiento, a las normas sobre emplazamiento de cementerios previstas por este Reglamento»<sup>58</sup>*, y es por ello que *«en los procedimientos de aprobación de instrumentos de planeamiento de desarrollo urbanístico, siempre que afecten a las condiciones de emplazamiento de cementerios, por su especial incidencia en la salud humana, será*

<sup>57</sup> Igualmente vid art. 3 del Decreto 169/2014, de 9 de diciembre, por el que se establece el procedimiento de la Evaluación del Impacto en la Salud de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 243, de 15 de diciembre de 2014). Sobre todo vid Anexo II.

<sup>58</sup> Ex art. 40.1 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de Andalucía, aprobado por Decreto 95/2001, de 3 de abril.

*preceptivo y vinculante el informe de evaluación de impacto en salud»<sup>59</sup>, que se evacuará en 3 meses y aplicándose el silencio positivo<sup>60</sup>.*

## **22º.- INFORME DE INCIDENCIA EN LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO (URBANISMO).**

Requiere la Disposición Adicional 8ª LOUA ("*Contenido del informe de incidencia territorial sobre los Planes Generales de Ordenación Urbanística*") que:

*«En la tramitación de los Planes Generales de Ordenación Urbanística, el **informe** que ha de emitir el órgano competente en materia de ordenación del territorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 32, apartado 1, regla 2.ª de esta Ley, analizará las previsiones que las citadas figuras de planeamiento deben contener según lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 1/1994, de Ordenación del Territorio de Andalucía, de 11 de enero, así como su repercusión en el sistema de asentamientos».*

Por su parte, el artículo 18.3 de la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio dispone que *«redactado el plan se emitirá informe, sobre sus aspectos territoriales, por el órgano competente en Ordenación del Territorio»*, para lo que dispone de 2 meses, y con silencio positivo.

## **23º.- INFORME DE LA CONSEJERÍA COMPETENTE EN MATERIA DE URBANISMO ANTE INNOVACIONES EN QUE LA APROBACIÓN DEFINITIVA SEA MUNICIPAL.**

Se requiere además la evacuación de informe previo preceptivo en innovaciones de los Planes Generales de Ordenación Urbanística, Planes Parciales de Ordenación, Especiales y Catálogos, cuando la aprobación definitiva sea de competencia municipal. Este informe se emite en el plazo de 1 mes desde la aportación del expediente completo, si bien cuando este informe se refiera a instrumentos de planeamiento de desarrollo se solicitará durante el trámite de información pública, tras la aprobación inicial (ex artículo 31.1.c) de la LOUA).

<sup>59</sup> Ex art. 40.2 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de Andalucía.

<sup>60</sup> Vid también la Disposición adicional 2ª del Decreto 169/2014, de 9 de diciembre, por el que se establece el procedimiento de la Evaluación del Impacto en la Salud de la Comunidad Autónoma de Andalucía ("*Informe de evaluación de impacto en salud ante ocupación de zona de policía sanitaria mortuoria*") que impone que *«Desde la entrada en vigor del presente Decreto será exigible el informe de EIS al que se hace referencia en los artículos 39 y 40 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de Andalucía, aprobado por Decreto 95/2001, de 3 de abril».*

## 24º.- INFORME DEL CONSEJO CONSULTIVO.

Las modificaciones que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos, así como las que eximan de la obligatoriedad de reservar terrenos para viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, requerirán de Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía<sup>61</sup>, el cual habrá de evacuarse en el plazo de 30 días «desde la recepción de la correspondiente solicitud de dictamen»<sup>62</sup>.

## 25º.- INFORME DE LA CONSEJERÍA COMPETENTE EN MATERIA DE VIVIENDA.

El artículo 10.4 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía impone que la Consejería competente en materia de vivienda emitirá informe preceptivo tras la aprobación inicial de los Planes Generales de Ordenación Urbanística, sobre la adecuación de sus determinaciones al Plan Andaluz de Vivienda y Suelo y a las necesidades de vivienda establecidas en el Plan Municipal de Vivienda, el cual ha de emitirse en el plazo máximo de 3 meses, entendiéndose favorable si no se emite en dicho plazo. Y si el planeamiento establece la ordenación detallada de las áreas o sectores, el informe se pronunciará además sobre los plazos fijados para el inicio y terminación de las viviendas protegidas previstas en las reservas de terrenos, conforme a lo dispuesto en el artículo 18.3.c) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

---

<sup>61</sup> Ex art. 36.2.c).2ª LOUA («Las modificaciones que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos, así como las que eximan de la obligatoriedad de reservar terrenos con el fin previsto en el artículo 10.1.A).b), requerirán dictamen favorable del Consejo Consultivo de Andalucía. Respecto a estas modificaciones no cabrá la sustitución monetaria a la que se refiere el artículo 55.3.a)). Dispone el artículo 17 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía que «El Consejo Consultivo de Andalucía será consultado preceptivamente en los asuntos siguientes: [...] 2. Anteproyectos de **leyes**. 3. **Proyectos de reglamentos** que se dicten en ejecución de las leyes y sus modificaciones. [...] 10. Expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Autónoma, en que la consulta venga exigida por Ley, en los supuestos contenidos en la misma, que se refieran, entre otras, a las materias siguientes: [...] e) **Modificación de figuras de planeamiento**, que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos previstos en un plan, así como los supuestos de suspensión de instrumentos de planeamiento que competen al Consejo de Gobierno».

<sup>62</sup> Ex art. 25 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.

## 26º.- INFORME DE LA CONSEJERÍA COMPETENTE EN MATERIA DE COMERCIO INTERIOR.

El artículo 33 ("*Ámbito de aplicación y alcance del informe comercial*") del Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía, exige **Informe** para la implantación y la ordenación pormenorizada de grandes superficies comerciales *«tras la aprobación inicial»* del Plan (art. 35), preceptivo y no vinculante (art. 33.3) con el siguiente tenor:

«1. *Los instrumentos de planeamiento urbanístico general y sus innovaciones que prevean o permitan la instalación de una gran superficie minorista o dispongan de usos terciarios comerciales con una superficie construida superior a 5.000 metros cuadrados se someterán a informe comercial de la Consejería competente en materia de comercio interior.*

2. *Igualmente, se someterá a informe de la Consejería competente en materia de comercio interior los instrumentos de planeamiento general o de desarrollo que establezcan la ordenación pormenorizada de grandes superficies minoristas».*

Para la emisión del mismo dispone de 3 meses siendo el silencio positivo (art. 35).

## 27º.- INFORME DE LA CONSEJERÍA DE TURISMO Y DEPORTE.

El Plan Director de Instalaciones Deportivas de Andalucía<sup>63</sup>, que tiene la consideración de plan con incidencia en la ordenación del territorio (art. 50.1 de la Ley 6/1998, de 14 de diciembre, del Deporte) dispone que *«Las modificaciones del planeamiento urbanístico, de aquellos municipios que tengan plan local de Instalaciones Deportivas, que supongan la eliminación o alteración sustancial de los espacios o reservas destinados a instalaciones deportivas requerirán informe de la Consejería de Turismo y Deporte sobre la necesidad de adaptar el plan local de instalaciones deportivas a los efectos de los dispuesto en el presente Decreto»* (y en idéntico parecer artículo 30.2 del Decreto 144/2001, de 19 de junio, sobre los Planes de Instalaciones Deportivas).

<sup>63</sup> Aprobado por Acuerdo de 8 de mayo de 2007, del Consejo de Gobierno (BOJA núm. 117, de 14 de junio de 2007).



## 28º.- INFORME SOBRE EXPLOSIVOS.

El artículo 44.2 del Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de explosivos previene la exigencia de Informe favorable del Ministerio de Industria y Energía (hoy Ministerio de Industria, Energía y Turismo) «*cuando se pretenda transformar en urbanizable o edificable el suelo comprendido dentro de las indicadas distancias, que no tuviera tales calificaciones en el momento de obtener la licencia municipal para el establecimiento de las fábricas*»<sup>64</sup>.

## 29º.- INFORMACIÓN E INFORME SOBRE VÍAS PECUARIAS.

Ya la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias establecía en su artículo 12 que «*En las zonas objeto de cualquier forma de ordenación territorial, el nuevo trazado que, en su caso, haya de realizarse, deberá asegurar con carácter previo el mantenimiento de la integridad superficial, la idoneidad de los itinerarios y la continuidad de los trazados, junto con la del tránsito ganadero, así como los demás usos compatibles y complementarios de aquél*»

Y según el artículo 41.1 del Decreto 155/1998, de 21 de julio, por el que se aprueba el reglamento de vías pecuarias de la comunidad autónoma de Andalucía<sup>65</sup>, «*iniciado el trámite de redacción del respectivo **Planeamiento Urbanístico General**, la Administración actuante recabará obligatoriamente **información** a la Consejería de Medio Ambiente sobre la situación de las vías pecuarias existentes en el perímetro a ordenar, el cual deberá evacuarse en el plazo máximo de un mes*». Además, y con carácter previo a la aprobación inicial del plan «*se solicitará a la Consejería de Medio Ambiente que **informe** sobre las posibles modificaciones de trazado propuestas*» (que se ha de emitir en 1 mes -párrafo 2º-).

Del mismo modo, el artículo 40.1 previene que «*Iniciados los trabajos de redacción de un plan de **ordenación del territorio** de ámbito subregional, se recabará **información** a la Consejería de Medio Ambiente sobre las vías pecuarias que discurran por su ámbito territorial*».

<sup>64</sup> Recuérdese que el artículo 32.1 de dicho RD impone que «Las fábricas de explosivos no podrán ser establecidas, modificadas sustancialmente ni trasladadas sino en virtud de autorización del Ministerio de Industria y Energía, previo informe favorable del Ministerio de Defensa y de la Dirección General de la Guardia Civil, oídos los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas».

<sup>65</sup> BOJA 87/1998, de 4 de agosto.

### 30º.- INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN COMPETENTE EN GESTIÓN FORESTAL.

Impone la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes en su artículo 39 ("*Delimitación del uso **forestal** en el planeamiento urbanístico*") que «*Los instrumentos de planeamiento urbanístico, cuando afecten a la calificación de terrenos forestales, requerirán el **informe** de la Administración competente en gestión forestal. Dicho informe será **vinculante** si se trata de montes catalogados o protectores.*»

*Los montes pertenecientes al dominio público forestal tendrán la consideración de suelo en situación rural, a los efectos de lo dispuesto por la legislación estatal de suelo, y deberán quedar preservados por la ordenación territorial y urbanística, de su transformación mediante la urbanización». Sobre este último particular, añade la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, en su artículo 27 que «*Los montes de dominio público tendrán la consideración a efectos urbanísticos de suelo no urbanizable de especial protección*». Matiz importante por cuanto los «*montes públicos pueden ser patrimoniales y de dominio público*» (art. 21).*

Asimismo, esta Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, previene en su artículo 8.2 que «*Cuando en la elaboración del planeamiento urbanístico se prevea alterar la clasificación de terrenos forestales para su conversión en suelo urbanizable o categoría análoga, el Ayuntamiento solicitará preceptivamente informe a la Administración Forestal*». Y si el órgano a quien compete la aprobación definitiva disienta del contenido de las observaciones de la Administración Forestal, la resolución corresponderá al Consejo de Gobierno.

También ha de tenerse presente para los PORN que el Consejo Forestal Andaluz (órgano superior de carácter consultivo y de asesoramiento en materia forestal) habrá de **informar** con carácter **preceptivo**, los Planes de Ordenación de Recursos Naturales y los Reglamentos Generales de Desarrollo y Ejecución de la Ley Forestal andaluza, así como «*cuantos asuntos en materia forestal sean sometidos a su consideración*»<sup>66</sup>.

### 31º.- INFORME DE LA CONSEJERÍA COMPETENTE EN MATERIA DE TURISMO (ORDENACIÓN TERRITORIAL).

Hay que tener presente que los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional son los que incorporan las determinaciones que permitan implementar el modelo turístico establecido para los distintos ámbitos territoriales en el Plan General

<sup>66</sup> Artículo 19.2 de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía.

del Turismo (o, en su caso, en los Marcos Estratégicos para la Ordenación de los Recursos y las Actividades Turísticas), y ello de acuerdo con el modelo territorial adoptado por el Plan de Ordenación del Territorio de ámbito subregional y conforme a las directrices establecidas en el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía para las áreas turísticas<sup>67</sup>.

Es por ello que en relación con esa planificación territorial disponga el artículo 17.3 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía que «*la Consejería competente en materia de turismo emitirá **informe** a los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional en el plazo de **un mes con carácter previo** a su sometimiento al trámite de información pública*».

### **32º.- INFORME DEL MINISTERIO SOBRE TELECOMUNICACIONES.**

El artículo 35.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones impone que «*los órganos encargados de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial o urbanística que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas deberán recabar el oportuno informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo*», que versará sobre la adecuación de esos planes con la Ley y normativa sectorial de telecomunicaciones y sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran.

Informe que es **preceptivo, vinculante y previo a la aprobación** del Plan de que se trate «*debiendo señalar expresamente los puntos y aspectos respecto de los cuales se emite con ese carácter vinculante*»<sup>68</sup>, que ha de emitirse en 3 meses y rigiendo el silencio positivo<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Art. 17 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía.

<sup>68</sup> Mismo artículo 35.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

<sup>69</sup> Las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2012 y de 30 de septiembre de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª; RJ 2012\9237 y RJ 2013\7759, respectivamente) recuerdan que: «*Cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva, lo hace bajo la consideración de que la adjudicación competencial a favor del Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las competencias autonómicas*, si bien, para que el condicionamiento legítimo de las competencias autonómicas no se transforme en usurpación ilegítima, resulta indispensable que el ejercicio de esas competencias estatales se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarla para proceder, bajo su cobertura, a una regulación general del entero régimen jurídico de la ordenación del territorio. Con ese fin, diversas leyes estatales han previsto un informe estatal vinculante respecto de los instrumentos de ordenación del territorio. [...] *Del mismo modo, la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998 (RCL 1998, 1056)* , en su art. 44.3 , *exigió a los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística que recabasen un **informe estatal** para determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones, añadiéndose que esos instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes elaborados en ese*

Ahora bien, *«a falta de solicitud del preceptivo informe, no podrá aprobarse el correspondiente instrumento de planificación territorial o urbanística en lo que se refiere al ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones»*.

La STS de 9 de marzo de 2011 (RJ 2011, 1297) (Recurso de casación núm. 3037/2008) anula la aprobación definitiva de un plan general de ordenación urbana por omisión del informe preceptivo en materia de telecomunicaciones, calificando también tal infracción como nulidad de pleno derecho del art. 62.2 de la Ley 30/1992 y diciendo que:

*«Es evidente que en el caso enjuiciado nos encontramos con la redacción de un instrumento de ordenación urbanística, al tratarse de un Plan General de Ordenación Urbana Municipal, claramente contemplado en el tan repetido artículo 44.3 de la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, de 24 de abril, que adolece de la falta de informe del Ministerio de Fomento con el fin de determinar las redes públicas de telecomunicaciones, defecto que, como vicio sustancial en la elaboración de una disposición de carácter general, debe acarrear su nulidad de pleno derecho, conforme a lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en consecuencia, el cuarto motivo de casación esgrimido por el Ayuntamiento y aducido también por las entidades mercantiles recurrentes debe ser desestimado al igual que todos los demás»<sup>70</sup>.*

### **33º.- INFORME EN SECTOR ELÉCTRICO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA Y MINAS<sup>71</sup> U ÓRGANO AUTONÓMICO QUE RESULTE COMPETENTE.**

El artículo 3.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico dispone que corresponde a la Administración General del Estado la competencia de

---

*trámite por el órgano estatal competente. En similares términos se mueve la posterior Ley General de Telecomunicaciones 32/2003 (RCL 2003, 2593 y RCL 2004, 743), en su artículo 26.2».*

<sup>70</sup> Doctrina reiterada, en relación con igual informe, por la STS de 7 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2063) (recurso de casación núm. 4199/2010) que anula la aprobación de un plan de ordenación territorial.

<sup>71</sup> Independientemente de las dificultades para conformar y hermanar las competencias concurrentes en un mismo espacio físico, lo cierto es que la ordenación de las actividades extractivas se desvincula mecánicamente de una supuesta titularidad estatal de los yacimientos en cuanto confluye con la ordenación del territorio (competencias autonómicas o locales) y conformando una complicada malla de correspondencias entre los diferentes grados de planificación, dado que la planificación autonómica puede llegar a circunscribir, ceñir y cercar extraordinariamente las funciones del titular del dominio público, según se infiere de las resoluciones judiciales (vgr. vid STS de 11 de febrero de 1995, RJ 2061 y STSJ Baleares 3 de mayo de 1996), que sostienen la priorización de las previsiones de la legislación y planeamiento autonómicos medioambientales frente a los permisos de investigación previamente otorgados por la autoridad minera estatal.

«Ejercer las facultades de **planificación eléctrica**» teniendo carácter **vinculante** la planificación de la red de transporte con las características técnicas que en la misma se definen<sup>72</sup>, y requiriéndose para ello la «**necesaria coordinación de la planificación con los planes urbanísticos**» (Exposición de Motivos epígrafe IIIº de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre). Y, por su parte, el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, impone en su artículo 154 que «*en la elaboración por parte de las distintas Administraciones públicas de [...] **planes** que puedan variar el tendido de una línea ya existente, se dará audiencia a la **entidad titular de la línea**, con objeto de que formule las alegaciones pertinentes sobre los aspectos técnicos, económicos y de cualquier otro orden respecto a la variación que se proyecte*» (párrafo 1º del precitado artículo), y en dicho expediente ha de emitir **informe** la Dirección General de Política Energética y Minas o el órgano autónomo que resulte competente -Dirección General de Industria, Energía y Minas; Consejería de Empleo, Empresa y Comercio<sup>73</sup>- (párrafo 2º del indicado artículo del Real Decreto 1955/2000). Precisando que «*la Administración competente sobre el [...] **plan** del que derive la necesidad de variación de la línea, una vez que éste haya sido aprobado, **abonará al titular de la línea el coste de la variante y los perjuicios ocasionados***» (párrafo 3º del reseñado artículo 154 del Real Decreto 1955/2000).

Asimismo, se prevé la necesaria coordinación entre la planificación de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica y la planificación urbanística<sup>74</sup> (ex art. 5.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico). Sobre ello, es de citar el artículo 11.1 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía que dispone que «*la Consejería competente en materia de energía elaborará un **Programa de Fomento de las Energías Renovables**, que tendrá en cuenta los condicionantes territoriales, ambientales, culturales, urbanísticos y de infraestructuras establecidos en*

<sup>72</sup> Según previene el artículo 4.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre «La planificación eléctrica tendrá por objeto prever las necesidades del sistema eléctrico para garantizar el suministro de energía a largo plazo, así como definir las necesidades de inversión en nuevas instalaciones de transporte de energía eléctrica, todo ello bajo los principios de transparencia y de mínimo coste para el conjunto del sistema. Únicamente tendrá carácter **vinculante** la planificación de la red de transporte con las características técnicas que en la misma se definen», requiriendo, a su vez, informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>73</sup> Vid también la Orden de 6 de febrero de 2015, por la que se dispone la publicación de los Presupuestos de Explotación y de Capital y del Programa de Actuación de Inversión y Financiación de la Agencia Andaluza de la Energía.

<sup>74</sup> «La planificación de las instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica, que se ubiquen o discurran en cualquier clase y categoría de suelo, deberá tenerse en cuenta en el correspondiente instrumento de ordenación del territorio y urbanístico, el cual deberá precisar las posibles instalaciones y calificar adecuadamente los terrenos, estableciendo, en ambos casos, las reservas de suelo necesarias para la ubicación de las nuevas instalaciones y la protección de las existentes».

*otras planificaciones*». Programa de fomento tendrá la consideración de **plan con incidencia en la ordenación del territorio** (Apartado I del anexo de la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía), teniendo que garantizar la planificación territorial y los planes urbanísticos *«que en los espacios vinculados a la generación y transporte de energías renovables previstos en las áreas preferentes contenidas en los programas territoriales [...] tenga **preferencia** este uso respecto a otros»* (art. 11.3 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo), y siendo consideradas estas instalaciones como **«Actuaciones de Interés Público»** (art. 12.1 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo), pudiendo declararse de Interés Autonómico *«las instalaciones de generación, en régimen ordinario y especial, y las infraestructuras de transporte y distribución energéticas»* (Disposición Adicional 1ª de la Ley 2/2007, de 27 de marzo).

En lo atinente a las actividades extractivas mineras, debemos significar que tradicionalmente, en nuestro acervo urbanístico y territorial, el subsuelo se ha instituido como el gran relegado, arrinconado y postergado por la planificación, no habiendo existido una idónea articulación o acoplamiento con la planificación socioeconómica, teniendo que ponderarse en cada caso la importancia para la economía nacional de la explotación minera de que se trata y el daño que pueda producir, por ejemplo, al medio ambiente. Tomando las palabras de nuestro Tribunal Constitucional *«se ha de armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza»*<sup>75</sup>.

Ahora bien, la planificación urbanística no debe desconocer las actividades extractivas que en ese momento dispongan de la correspondiente concesión administrativa, al objeto de no hacerla desaparecer con la consiguiente responsabilidad patrimonial al otorgar prevalencia del interés medio ambiental y/o urbanístico sobre el minero. Y ello porque (i) la titularidad de los derechos mineros no se erige como límite para una innovación del plan, (ii) la legislación urbanística no obliga al planificador a pronunciarse de forma expresa sobre las zonas de uso extractivo, ni otorga derechos de explotación, y (ii) no puede hablarse de derechos mineros adquiridos que puedan impedir o dificultar la revisión o modificación del planeamiento<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> STC 64/1982, de 4 de noviembre (FJ 2). Y añade que «Estas consideraciones son aplicables a las industrias extractivas como cualquier otro sector económico y supone, en consecuencia, que no es aceptable la postura del representante del Gobierno, repetida frecuentemente a lo largo de sus alegaciones, de que exista una prioridad absoluta del fomento de la producción minera frente a la protección del medio ambiente».

<sup>76</sup> Dice la Sentencia de 14 de octubre de 2010 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª; RJ 2010\7260 que *«la titularidad de los derechos mineros (art. 105 de la Ley de Minas (RCL 1973, 1366)) no se erige en límite para la modificación del Planeamiento y tampoco existen en la Legislación Urbanística precepto que obligue al planificador a un pronunciamiento expreso sobre las zonas de uso extractivo ni a otorgar derechos de explotación, pues*

Por otra parte, y en relación con los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN), evocar que la ya derogada Ley 4/1989 de 27 de marzo de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, en su artículo 13.2 permitía que en los Parques Naturales se pudiera limitar el aprovechamiento de los recursos naturales, prohibiéndose las actividades que sean incompatibles con las finalidades que hayan justificado su creación<sup>77</sup>. Si bien esta prohibición queda plenamente vigente en Andalucía con el artículo 6.1.1º de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía<sup>78</sup>. Y hoy, además, en ese afán de ir coordinando, conciliando y ajustando la planificación socioeconómica a la medioambiental, el artículo 18 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (en sus apartados "c)" y "d)") establece que son objetivos de los PORN, entre otros, (i) el «identificar la capacidad e intensidad de uso del patrimonio natural y la biodiversidad y geodiversidad y determinar las alternativas de gestión y las limitaciones que deban establecerse a la vista de su estado de conservación», y (ii) el «formular los criterios orientadores de las políticas sectoriales y ordenadores de las actividades económicas y sociales, públicas y privadas, para que sean compatibles con las exigencias contenidas en la presente ley».

Pero no entendamos una prevalencia categórica y absoluta de uno respecto del otro, pues habrá de analizarse caso a caso mediante un juicio de compatibilidad<sup>79</sup>,

---

*para ello han de seguirse específicamente los trámites marcados por la legislación específica en materia de minas, sin que ésta contenga obligaciones al respecto que se deban contemplar en un instrumento de planeamiento. Dicho en otras palabras, no puede hablarse de derechos mineros adquiridos que puedan impedir o dificultar la revisión o modificación del planeamiento, lo que en su caso ha de tener el correspondiente tratamiento bien a través de los supuestos indemnizatorios o a través de los instrumentos de gestión que materialicen la equidistribución».*

<sup>77</sup> Expone la Sentencia de 7 de abril 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª; RJCA 2010\265) que «*El criterio de la parte en el sentido de que el respeto a los derechos adquiridos supone la imposibilidad de aplicar restricciones a aquellas concesiones que fueron aprobadas antes de la declaración de Parque Natural, no puede ser aceptado por este Tribunal, ya que, como se ha dicho, tanto la Ley 4/1989 de 27 de marzo de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (artículo 13.2), como la ley 2/1981 de 18 de julio (sic) (LAN 1989, 237) de Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía (artículo 23) permiten con carácter general la limitación del aprovechamiento de los recursos naturales, prohibiéndose los que sean incompatibles con la finalidad que haya justificado la creación del Plan. Todo ello sin perjuicio de la indemnización que, en su caso, pudiese corresponder».*

<sup>78</sup> Que textualmente impone que «*Para el cumplimiento de los objetivos previstos en la presente Ley, la Comunidad Autónoma ostenta las potestades siguientes: 1.º Ordenar y planificar los recursos forestales, clasificando los terrenos forestales en función de los recursos naturales que sustentan y limitando los usos y aprovechamientos en razón de las determinaciones contenidas en los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales*». Vid también art. 8 de dicho cuerpo legal.

<sup>79</sup> El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 64/1982, de 4 de noviembre, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad formulado por el Presidente del Gobierno contra la Ley catalana 12/1981, de 24 de diciembre, de protección de espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas, resolvió que era inconstitucional el prohibir con carácter general la realización de actividades extractivas en un extenso espacio (con el fin de proteger el medio ambiente), por cuanto tal previsión vulneraba el artículo 128.1 de la Constitución. Lo que deduce al analizar dos valores protegidos en la Constitución: el interés público minero y el interés público en la protección del medio ambiente, imponiendo la necesidad

resultando preciso para ello el atender con carácter previo al elenco de técnicas<sup>80</sup> y requisitos que el legislador ha provisto, a fin de posibilitar y armonizar (si se puede) actividad minera y protección del medio ambiente.

### 34º.- INFORME DEL CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR.

Según el artículo 3 bis (punto 1º) del Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas *«Las Administraciones competentes para la concesión de una [...] modificación significativa de una instalación o actividad, que por sus características o situación pudieran suponer un impacto sobre una instalación nuclear o radiactiva de primera categoría, con carácter previo a la emisión de dicha [...] modificación, darán traslado al Consejo de Seguridad Nuclear del informe de seguridad o información suficiente sobre la cuestión, a fin de que por este organismo público se emita informe preceptivo, que será vinculante en los términos que establece la Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear. Si de la evaluación de esta información por parte del Consejo de Seguridad Nuclear, este organismo concluyera que no se puede descartar un incremento del riesgo de la instalación nuclear o radiactiva, como resultado de la nueva instalación o actividad, o la modificación de la instalación o actividad ya existente, podrán derivarse medidas a implantar, tanto en la instalación nuclear o radiactiva como en la instalación o actividad no nuclear»*. Y añade en su párrafo 2º que *«En caso de que no se produzca la comunicación prevista en el apartado anterior, el Consejo de Seguridad Nuclear podrá dirigirse de oficio a los órganos de la Administración competente y recabar la información necesaria para la elaboración de dicho informe. Los referidos órganos, en colaboración con el Consejo de Seguridad Nuclear, establecerán protocolos de comunicación que aseguren que los establecimientos así determinados y las instalaciones nucleares y radiactivas de primera categoría consideradas, se intercambien de manera adecuada los datos necesarios, para posibilitar que los titulares tomen en consideración el carácter y la magnitud del riesgo general de accidente grave en sus políticas de prevención de accidentes graves, sistemas de gestión de la seguridad, informes de seguridad y planes de emergencia interior»*<sup>81</sup>.

---

de llegar a un equilibrio, mediante un juicio de compatibilidad caso por caso entre la protección del medio ambiente (artículo 45 CE) y el desarrollo del sector económico minero (artículo 130.1).

<sup>80</sup> Como por ejemplo el Plan de Restauración previsto por el Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración de espacio natural afectado por actividades mineras, o la Evaluación ambiental estratégica, etc.

<sup>81</sup> Vid también los artículos 28, 30 y 38 bis de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de energía nuclear.



### 35º.- LA COORDINACIÓN, QUE NO INFORME, SOBRE HIDROCARBUROS.

El artículo 5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos impone que *«la planificación de instalaciones de transporte de gas y de almacenamiento de reservas estratégicas de hidrocarburos así como los criterios generales para el emplazamiento de instalaciones de suministro de productos petrolíferos al por menor, **deberán tenerse en cuenta** en el correspondiente instrumento de ordenación del territorio, de ordenación urbanística o de planificación de infraestructuras viarias según corresponda, precisando las posibles instalaciones, calificando adecuadamente los terrenos y estableciendo las reservas de suelo necesarias para la ubicación de las nuevas instalaciones y la protección de las existentes»*.

## EPÍLOGO

Seríamos pocos exhaustivos (y ello sin ánimo de serlos), si nuestro posicionamiento gravitara sólo entorno a dichos informes, y marginar el elenco de estudios, planes y resto de determinaciones a tener presente en la elaboración de un instrumento de planificación, tal y como pudiera suceder con el Resumen Ejecutivo de los planes<sup>82</sup>, el repertorio de criterios del artículo 20 del TRLS/2015, los planes territoriales<sup>83</sup>, la planificación medioambiental<sup>84</sup> y los planes sectoriales<sup>85</sup>, el Plan

---

<sup>82</sup> Ex art. 25.3 del TRLS/2015 («En los procedimientos de aprobación o de alteración de instrumentos de ordenación urbanística, la documentación expuesta al público deberá incluir un **resumen ejecutivo** expresivo de los siguientes extremos: a) Delimitación de los ámbitos en los que la ordenación proyectada altera la vigente, con un plano de su situación, y alcance de dicha alteración. b) En su caso, los ámbitos en los que se suspendan la ordenación o los procedimientos de ejecución o de intervención urbanística y la duración de dicha suspensión»), y art. 19.3 de la LOUA («Los instrumentos de planeamiento deberán incluir un **resumen ejecutivo** que contenga los objetivos y finalidades de dichos instrumentos y de las determinaciones del Plan, que sea comprensible para la ciudadanía y facilite su participación en los procedimientos de elaboración, tramitación y aprobación de los mismos de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.1, y que deberá expresar, en todo caso: a) La delimitación de los ámbitos en los que la ordenación proyectada altera la vigente, con un plano de su situación, y alcance de dicha alteración. b) En su caso, los ámbitos en los que se suspenda la ordenación o los procedimientos de ejecución o de intervención urbanística y la duración de dicha suspensión, conforme a lo dispuesto en el artículo 27»).

<sup>83</sup> Como el Plan de Protección del Corredor del Litoral de Andalucía (Decreto 141/2015, de 26 de mayo -BOJA nº 139, de 20/07/2015-) y el resto de planes de ámbito subregional.

<sup>84</sup> Como el Plan Estratégico Estatal del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (art. 12 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad), o los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (ex 16 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad). Téngase también en cuenta la Ley 2/1989, de 18 de julio, de Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía por la que se aprueba el inventario de espacios naturales protegidos de Andalucía.

<sup>85</sup> Fundamentalmente (i) en Aguas, los Planes Hidrológicos, (ii) en atmósfera, los Planes de mejora de calidad del aire, (iii) en biodiversidad, entre otros, los Planes de conservación y recuperación de especies amenazadas, (iv) los Planes de Calidad Ambiental, (v) los Planes de Caza y pesca (como el Plan Andaluz de Caza -Decreto 232/2007, de 31 de julio y modifica el Reglamento de Ordenación de la Caza aprobado por Decreto 182/2005, de 26 de julio-), (vi) el Plan Andaluz de Humedales -Resolución de 4/11/2002, de la Dirección General de la Red de Espacios Naturales Protegidos y Servicios Ambientales-, (vii) el Plan Forestal Andaluz -Acuerdo de Consejo de Gobierno el 7 de febrero de 1989- y el Plan de Emergencia por Incendios Forestales de Andalucía (Plan INFOCA) [debe tenerse presente los Planes de ordenación de los recursos forestales ex art. 31 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; y previene en su apartado 8º que «Cuando exista un plan de ordenación de recursos naturales (PORN) de conformidad con la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, u otro plan equivalente de acuerdo con la normativa autonómica que abarque el mismo territorio forestal que el delimitado según el apartado 5, la parte forestal de estos planes podrá tener el carácter de PORF, siempre y cuando cuenten con el informe favorable del órgano forestal competente»), (viii) la Planificación autonómica en materia de residuos [como el Plan Director Territorial de Gestión de Residuos No Peligrosos de Andalucía 2010-2019 -el Decreto 397/2010 de 2 de noviembre -, o el Plan de Prevención y Gestión de Residuos Peligrosos de Andalucía, 2012-2020], (ix) el Plan de Recuperación y Ordenación de Vías Pecuarias de Andalucía (aprobado mediante el Acuerdo de 27 de marzo de 2001), etc.

Andaluz de Vivienda y Suelo<sup>86</sup>, los **estudios complementarios** «*de suelo [...] y de tráfico, aparcamiento y transportes*»<sup>87</sup>, [teniendo que añadir como estudios complementarios los exigidos por el Reglamento de Planeamiento, a saber: (i) del Planeamiento vigente con anterioridad, (ii) el resultado del trámite de participación pública, (iii) las características naturales del territorio (como las geológicas, topográficas, climáticas, ...), (iv) el aprovechamiento de que sea susceptible el territorio (desde la óptica agrícola, forestal, ganadera, cinegética, minera, ...), (v) uso a que el terreno esté destinado (edificaciones e infraestructuras existentes), (vi) la diferente aptitud de los terrenos para su utilización urbana, (vii) señalamiento de los valores paisajísticos, ecológicos, urbanos e históricos y artísticos existentes en el ámbito territorial del Plan, (viii) posible incidencia de la legislación sectorial (espacios naturales, montes, costas, aeropuertos, cauces públicos, embalses, defensa nacional, ...), (ix) características de la población asentada sobre el territorio, sus condiciones económicas y sociales y las previsiones de su evolución, etc.)<sup>88</sup>, el «*estudio económico-financiero*» del Plan<sup>89</sup>, o el tener presente las áreas de transporte de mercancías en la Comunidad Autónoma de Andalucía<sup>90</sup>, o el Plan de Infraestructuras para la Sostenibilidad del Transporte en Andalucía<sup>91</sup> (en coherencia con el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte 2005-2020), o el estudio que pondere cualitativamente y analice las distintas alternativas de planeamiento posibles que hayan podido formularse inicialmente, justificando el modelo elegido<sup>92</sup>, etc.

Así se conforma en nuestro entorno el poliedro de la planificación, con lo que de por sí casa mal con las exigencias de simplificación y agilización que se reclaman desde la economía (inversión) y la sociedad, naciendo la norma casi inerte, vetusta y anquilosada.

---

<sup>86</sup> Vid arts. 11, siguientes y concordantes de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía («La Administración de la Junta de Andalucía y los ayuntamientos elaborarán sus correspondientes planes de vivienda y suelo, conforme a lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones que la desarrollen»).

<sup>87</sup> Ex art. 19.1.a), regla 1ª de la LOUA.

<sup>88</sup> Ex artículo 38.2 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento (de aplicación ex Disposición Transitoria 9ª, "a)" de la LOUA).

<sup>89</sup> Entre otros vid art. 19.1.a), regla 3ª de la LOUA («que incluirá una evaluación analítica de las posibles implicaciones del Plan, en función de los agentes inversores previstos y de la lógica secuencial establecida para su desarrollo y ejecución»).

<sup>90</sup> Vid Ley 5/2001, de 4 de junio (en especial vid arts. 5, 16, 17 y 20).

<sup>91</sup> La planificación estratégica de las infraestructuras de transporte parte de la ordenación del territorio. Plan previsto en el programa de actuaciones del POTA (Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, aprobado por el Decreto 206/2006, de 28 de noviembre y publicado en BOJA de 29 de diciembre de 2006) y formulado como plan con incidencia en la ordenación del territorio con los efectos previstos en la LOTA.

<sup>92</sup> Ex artículos 14.2 y 38 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento (de aplicación ex Disposición Transitoria 9ª, "a)" de la LOUA).



**COMPRENDIENDO LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA  
AUTONOMÍA LOCAL: DESDE CARL SCHMITT HASTA LA REFORMA DEL  
ART. 135 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

Manuel JARAMILLO FERNÁNDEZ

*Secretario General del Ayuntamiento de Cantillana*

El rechazo por determinados sectores doctrinales y políticos de las reformas realizadas en el régimen local español por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), suscita un mayor interés por el cuestionamiento que desde hace algunos años realizan algunos autores de la doctrina de las garantías institucionales. La pretendida superación de dicha doctrina, creada por Carl Schmitt y recibida por el Tribunal Constitucional de Alemania, así como por el Tribunal Constitucional español, por la llamada doctrina de la garantía constitucional podría incidir en la resolución del conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto contra determinados preceptos de la LRSAL, puesto que el cambio de doctrina constitucional ampliaría el ámbito de la autonomía local indisponible para el legislador.

**SUMARIO:**

1. Introducción
2. La Teoría de las Garantías Institucionales: Origen y desarrollo histórico.
3. Crítica de la Teoría de las Garantías Institucionales
4. Insuficiencias de la Teoría de la Garantía Constitucional de la Autonomía Local
5. La fuerza expansiva del Principio de estabilidad presupuestaria consagrado en el art. 135 de la Constitución y su incidencia en el Principio de Autonomía Local
6. Una curiosidad histórica: La recepción de la Teoría de las Garantías Institucionales por los Padres de la Constitución
7. Apuntes de actualidad: La STC de 3 de marzo de 2016
8. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

Las reformas operadas en el régimen local español por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), han generado el rechazo de amplios sectores doctrinales y políticos que consideran que muchas de sus disposiciones lesionan la autonomía local constitucionalmente garantizada. La oposición a determinados preceptos de la LRSAL se ha formalizado en el conflicto en defensa de la autonomía interpuesto por 2.302 municipios que representan a una población de 16.496.185 habitantes. A la vista del dictamen del Consejo de Estado 338/2014, de 26 de mayo, así como de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia (SSTC 103/2013, 143/2013 y 161/2013), pocas posibilidades de éxito pueden augurarse a los promotores del conflicto si se mantiene la aplicación de la teoría de las garantías institucionales como mecanismo de protección de la autonomía local. Sólo una mutación de la doctrina constitucional que sustituyese la teoría de las garantías institucionales por la denominada teoría de las garantías constitucionales podría alterar estas previsiones. En este trabajo, sin embargo, intentaremos demostrar la inconveniencia de desplazar la teoría de las garantías institucionales y las insuficiencias de la teoría de las garantías constitucionales. Delimitado de este modo el objeto del presente trabajo, aclararemos que no abordaremos el examen de la constitucionalidad de preceptos concretos de la LRSAL y, menos aún, por motivos distintos que la lesión de la garantía institucional de la autonomía local. Sin embargo, no se descarta por el autor de estas líneas, aventurarse en el futuro en tan ardua y apasionante tarea.

## 2. LA TEORÍA DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES: ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO

La teoría de las garantías institucionales tiene un desarrollo histórico casi centenario, de modo que es conveniente ilustrar al lector con su origen y desenvolvimiento hasta nuestros días como paso previo a la valoración de las críticas que le han sido realizadas y su operatividad en la actualidad.

### 1. Origen doctrinal

Carl Schmitt es el creador de la teoría de las garantías institucionales, tal y como afirma en su obra *Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich* (1931): «Yo concebí la idea de garantía institucional en mi *Teoría de la Constitución* (1928)». Es en estas dos obras donde expone con mayor amplitud su

doctrina de las garantías institucionales como una técnica constitucional limitadora del poder legislativo. En todo caso, debemos ir adelantando que la teoría de las garantías institucionales está inserta en la compleja *Teoría de la Constitución* schmittiana -cuya primera traducción al español se debe a mi paisano Francisco Ayala-, es decir, no se puede comprender adecuadamente sin atender al sistema de ideas de este autor.

El concepto de garantía institucional lo trata Schmitt en el apartado IV del Capítulo 14 de su *Teoría de la Constitución*, distinguiéndolo de los derechos fundamentales. Según Schmitt,

«mediante la regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa. Con terminología inexacta se suele hablar aquí de derechos fundamentales, si bien la estructura de tales garantías es por completo distinta, lógica y jurídicamente, de un derecho de libertad. Ni aun cuando siquiera cuando se aseguran la garantía institucional derechos subjetivos de individuos o de corporaciones –lo que no es obligado-, hay ahí derechos fundamentales ningunos. La garantía institucional es, por su esencia limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines».

De hecho, el ejemplo paradigmático de garantía institucional es el de la autonomía municipal consagrada por el art. 127 de la Constitución de 1919. Así lo manifiesta un poco más adelante:

«El instituto de la autonomía queda garantizado por ley constitucional del Reich, de manera que la institución de la administración municipal autónoma como tal no puede ser suprimida, y todas las leyes que por su contenido objetivo nieguen esta administración autónoma del municipio, o arrebaten su esencia, son inconstitucionales. Por el contrario, no se garantiza en esa prescripción un derecho a la existencia del municipio en particular, o de la asociación de municipios en particular. Por eso son posibles también anexiones de municipios, según derecho del país y contra la voluntad del municipio. Tampoco se fija el statu quo del contenido, existente en 14 de agosto de 1919, de las normas de administración autónoma contenidas en el derecho de los países; estas normas pueden ser cambiadas en cualquier momento por simple ley del país».

Asimismo es muy interesante esta otra consideración de Schmitt en la delimitación del concepto de garantía institucional, por la cual aun admitiendo el carácter de sujeto de derecho de los municipios y demás entidades locales los derechos de los que fueran titulares nunca pueden tratarse como «auténticos derechos fundamentales en el sentido del principio básico de distribución del Estado burgués de Derecho. Todas estas instituciones existen *dentro* del Estado, no antes y por encima de él. El auténtico derecho fundamental parte del individuo con su esfera de libertad ilimitada en principio. Una institución no puede darse como supuesta en manera semejante. El Estado moderno es una unidad política cerrada y, por esencia, el *Status*, es decir, un *status* total, que relativiza en su seno todos los otros *statu*. No puede reconocer en su seno ningún *Status* de Derecho público dado antes que él o sobre él, y por ello jurídicamente equiparado, y mucho menos miembros intermedios que sobresalgan por encima de él o junto a él, con independencia respecto de él, no puede tener relaciones de Derecho político, es decir, internas, sino sólo de Derecho internacional». Schmitt viene a explicar el fundamento teórico de la distinción entre los derechos fundamentales y las garantías institucionales. Ambas limitan al legislador, pero mientras los primeros se fundamentan en el iusnaturalismo racionalista de la Ilustración en el que se sostiene la ideología liberal burguesa, las garantías institucionales obedecen a decisiones del constituyente por las que considera adecuado proteger instituciones que se consideran socialmente valiosas y, por ello, dignas de una especial protección frente al legislador. Al no hallarse en el núcleo esencial de la ideología liberal burguesa que predomina en la Constitución weimariana (cuestión esencial a la que dedica Schmitt especial atención en la obra para determinar el marco interpretativo de la misma, pues su *Teoría de la Constitución* es realmente una teoría del constitucionalismo liberal), la eficacia de las garantías institucionales no puede equipararse a la de los derechos fundamentales. Sólo un iusnaturalismo municipalista podría justificar que se otorgara a la garantía institucional de la autonomía local un tratamiento análogo al de los derechos fundamentales, lo que es una tesis inasumible por un jurista positivista.

Asimismo, esta reflexión nos acerca a otra idea esencial en la *Teoría de la Constitución* schmittiana, con la que vamos a enlazar el concepto material de Constitución de Schmitt con la teoría de las garantías institucionales. Nos referimos a la distinción entre Constitución y ley constitucional. Se trata de una distinción crítica con el formalismo jurídico kelseniano. Desde un constitucionalismo formalista y relativista todas las determinaciones constitucionales tienen la misma trascendencia, por lo que advierte Schmitt que «con tal formalización no reciben carácter fundamental en ningún modo aquellas prescripciones particulares, sino al contrario, las auténticas prescripciones fundamentales son rebajadas al grado de detalles de la ley constitucional». Para Schmitt una Constitución «es una Constitución porque contiene



las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta de un pueblo». Esto es, identifica Constitución con el núcleo ideológico de una constitución determinada, núcleo que determina el contenido y la interpretación del resto de la constitución escrita y de todo el ordenamiento jurídico. Por el contrario, las leyes constitucionales son determinaciones constitucionales, que a pesar de su relevancia en la arquitectura constitucional, no se integran en ese núcleo ideológico central de la Constitución. Así, comenta Schmitt la táctica partidista por la que «se convertía en constitucional una prescripción para protegerla por cualesquiera razones prácticas frente al legislador, es decir, frente a las cambiantes mayorías parlamentarias».

Las garantías institucionales se asocian con carácter general a las prescripciones de las denominadas por Schmitt leyes constitucionales, es decir, aquellas prescripciones constitucionales que no forman parte de su núcleo central, incluso aunque se consideren instituciones esenciales de la arquitectura organizativa del Estado, puesto que realmente no se integran en la esencia del régimen político que se refleja en una determinada constitución. El que las garantías institucionales sean con carácter general el contenido de leyes constitucionales explica la flexibilidad que admite Schmitt en su configuración legal: aquello que no afecta a la esencia de la Constitución no debe compartir la misma rigidez de reforma y de protección frente al legislador que las determinaciones que sí representan la esencia del régimen político reflejado en la Constitución. Como denuncia en *Legalidad y legitimidad* (1932), el abuso de las leyes constitucionales actuando como garantías institucionales provoca disfunciones en el modelo tradicional de legalidad positivista formal.

Desarrolla con más amplitud y con más precisión Schmitt su teoría de las garantías institucionales en la citada *Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich*. No nos extenderemos en el análisis de supuestos concretos ni en la poco lograda diferenciación de las garantías institucionales de derecho público y de derecho privado (institutos), sino que atenderemos sólo a los pasajes que definen los elementos principales de su teoría. Partiendo de la señalada distinción entre Constitución y ley constitucional, Schmitt diferencia la garantía constitucional estricta del resto de garantías constitucionales al afirmar que «sólo se puede hablar de garantía constitucional en sentido estricto, cuando la propia Constitución se identifica con la garantía que provee, y cuando, por consiguiente, una infracción de la garantía implica, sin más, un daño a la misma Constitución». Se trataría de un concepto muy restringido de garantía institucional que excluiría de su ámbito la mayoría de las instituciones consideradas como tales. Incluso podría considerarse que la autonomía local no es una garantía institucional al ser dudoso que se identifique con las decisiones fundamentales de la Constitución. Siguiendo la argumentación schmittiana nadie consideraría un delito de alta traición un ataque contra el principio de autonomía local. Pero a continuación,

añadiendo cierta confusión, distingue entre la garantía institucional y la garantía constitucional de un contenido puramente político y contingente. La segunda obedece más a cuestiones de táctica política y por ello concluye en que «se excluye la garantía constitucional del sentido específico que corresponde a la categoría de la garantía, por su reforma dificultada, es decir, porque sólo mira a la defensa frente al legislador, es decir, frente a la mayoría parlamentaria». Por el contrario,

«el concepto de la garantía institucional presupone una auténtica garantía y efectivamente implica para nuestro derecho constitucional vigente una garantía constitucional, pero con un objeto determinado, a saber, una institución, porque en caso contrario no cabría hablar de “garantía institucional”. Este tipo de garantía se refiere en toda ocasión a algo presente, algo existente, organizado y formado, disponible. Es la garantía de una sustancia existente y de una situación jurídica, y contiene siempre elementos de la garantía de un *status quo*».

Este requisito de la preexistencia configuradora de la garantía institucional ayuda a entender mejor la teoría pero también será motivo de grandes dificultades para la aplicación al caso concreto. El problema interpretativo se produce principalmente al existir dos alternativas divergentes en la concepción de las garantías institucionales: una concepción de mera garantía petrificadora de un determinado *status quo* y otra concepción de protección genérica o nominal de una institución. Sin mucha claridad Schmitt propone que «entre estos dos extremos, es decir, entre una extremada garantía de *status quo* y una garantía institucional mínima, debería moverse la interpretación correcta».

Finalizaremos esta exposición general de la teoría de las garantías institucionales con un breve esquema-resumen de los niveles o ámbitos de aplicación de la misma:

NIVEL SUPERIOR	GARANTÍAS INSTITUCIONALES EN SENTIDO ESTRICTO→LAS RELACIONADAS CON EL NÚCLEO ESENCIAL DE LA CONSTITUCIÓN
NIVEL MEDIO	GARANTÍAS INSTITUCIONALES EN SENTIDO AMPLIO→LAS NO RELACIONADAS CON EL NÚCLEO ESENCIAL DE LA CONSTITUCIÓN, PERO QUE SÍ RESPONDEN A INSTITUCIONES PREEXISTENTES CON RELEVANCIA EN LA ARQUITECTURA CONSTITUCIONAL
NIVEL INFERIOR	APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES→ PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y POLÍTICAS DE CONTINGENCIA QUE SE PRETENDEN BLINDAR FRENTE A LA MAYORÍA PARLAMENTARIA DEL MOMENTO

## 2. La teoría de las garantías institucionales en Alemania

La teoría de las garantías institucionales tuvo una gran aceptación doctrinal desde su formulación y de ahí su recepción por el Tribunal Constitucional Federal alemán y los de sus Estados federados tras la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Curiosamente, el ámbito de la autonomía local es aquél en el que mayor trascendencia y aplicación ha tenido la doctrina de las garantías institucionales. Recogiendo el testigo del art. 127 de la Constitución weimariana, la Ley Fundamental de Bonn garantiza la autonomía administrativa local en su art. 28.2.

Centrándonos en la perspectiva objetiva, la garantía institucional de la autonomía local protege la institución de la «autonomía» o «autoadministración», esto es, el ejercicio de un ámbito propio de competencias bajo la propia responsabilidad, si bien hay que matizar que la intensidad de la protección es distinta para los municipios que para las agrupaciones de los mismos o entidades supramunicipales, como los *Kreis* de origen prusiano, pues mientras a los primeros se les garantiza el llamado principio de universalidad al corresponderles la gestión de «todos los asuntos de la comunidad local», para los segundos la garantía se limita al «ámbito de sus competencias legales».

Respecto a la dimensión objetiva de la «propia responsabilidad», con ella se garantiza un margen de actuación y configuración de los entes locales para organizarse y tomar decisiones conforme a sus propios criterios y para ejercer las tareas que tengan atribuidas sin instrucciones ni tuteladas del resto de sujetos públicos, especialmente del *Land*, pues no olvidemos que en Alemania la Administración Local es interiorizada por los *Land*. Esto impide los controles de oportunidad sobre las competencias locales de su círculo de acción propio, pero no excluye los controles de legalidad.

El legislador recibe, pues, el encargo constitucional de delimitar el contenido y alcance de la autonomía local, dentro de los límites sustantivos que se derivan del citado art. 28.2. Por tanto, aplicando la teoría de las garantías institucionales de Schmitt no se admite cualquier configuración legal ni todo tipo de injerencia en dicha autonomía. Ahora bien, en la práctica surge la difícil tarea de determinar los límites que debe respetar el legislador. Se han dado diferentes respuestas en el tiempo por parte de la doctrina y la jurisprudencia alemanas. Si en un principio se admitió el uso de las técnicas de protección desarrolladas en el ámbito de los derechos fundamentales como la del principio de proporcionalidad, desde la trascendental sentencia «Rastede», el Tribunal Constitucional Federal rechaza expresamente la aplicación del principio de proporcionalidad al ámbito de la garantía institucional del artículo 28.2 y sostiene que la

protección de la autonomía local derivada de este precepto se proyecta en dos direcciones fundamentales: por un lado, el respeto de un ámbito nuclear o contenido esencial de la autonomía local; y por otro lado, se introduce un principio material que apunta a un «reparto de tareas a favor del municipio».

La determinación del contenido inalterable por el legislador se ha pretendido llevar a cabo a través distintos métodos, fundamentalmente el de «evolución histórica» o el que atiende a la «forma típica o imagen característica» de la autonomía local.

Debido a esta indeterminación de la garantía institucional de la autonomía local, debe advertirse que no se protege un catálogo, preciso o determinable a priori de competencias locales. Asimismo, se cuenta dentro del núcleo esencial de la autonomía local la suficiencia financiera, es decir, una mínima dotación financiera que debe relacionarse con el ámbito competencial de las entidades locales, de modo que también puede considerarse lesivo de la autonomía local la atribución de competencias sin la correspondiente asignación de recursos económicos y financieros para su adecuado desarrollo. Este aspecto no se ha tenido suficientemente en cuenta por la doctrina española a la hora de valorar el garantismo de la autonomía local en las diferentes normas reguladoras de nuestro régimen local y, sobre todo, en la LRSAL.

Así, tan contrario a la autonomía local se considera la imposición de competencias a los municipios sin la correspondiente provisión financiera –y en este sentido ha operado la reforma constitucional alemana de 2006–, como que el legislador atribuya una competencia local a otra entidad pública distinta al municipio justificándola en motivos de simplificación administrativa o concentración de competencias. Únicamente pueden retirarse competencias a los municipios por motivos de interés general, de tal modo que no sea posible asegurar de otra manera el ejercicio conforme al ordenamiento jurídico de dichas competencias. Asimismo, los argumentos de la economicidad y el ahorro solo se admiten excepcionalmente en los supuestos en que mantener la competencia en el ámbito municipal produjese un incremento desproporcionado de los costes. En este sentido debemos apuntar que en Alemania, las reordenaciones del régimen local justificadas en motivos economicistas, sobre todo para la aplicación de economías de escala más eficientes, no tomaron la dirección de limitar las competencias de las entidades locales, sino que se centraron en la reforma territorial, fundamentalmente en una drástica disminución del número de municipios. En este sentido, siguiendo a Hellmutt Wollman en su colaboración («La reciente reforma de Gobierno Local en España. Reflexiones desde una perspectiva comparada») a la obra coordinada por F. García Rubio *Las reformas locales en el entorno comparado*, pueden

distinguirse dos grupos de países: los países en los que el tamaño medio de los municipios es mediano o grande como consecuencia de una política de fusión determinada coercitivamente por el Estado (o los Land en Alemania) y los países en los que existe un gran número de pequeños municipios. En el primer grupo se encuentran fundamentalmente países noreuropeos como Reino Unido, Suecia y la propia Alemania. En estos países se optó por un modelo en el que se atribuían importantes competencias a las entidades locales en la prestación de servicios sociales, es decir, se configuró a las entidades locales como piezas claves en el modelo del Estado del Bienestar. Pero una planta territorial fragmentada hacía económicamente inviable esta apuesta, de modo que en los años sesenta y setenta se disminuyó drásticamente el número de municipios y de entidades supramunicipales. Según Wollmann,

«la razón y la legitimación para esta –en última instancia– coercitiva estrategia de reforma territorial tiene su raíz en la convicción política y cultural de que el Parlamento, como intérprete y protagonista de una racionalidad coercitiva superior a la racionalidad local, posee la potestad y legitimidad de decidir y fijar los confines y el tamaño de los municipios».

En este sentido, desde un punto de vista subjetivo, se entiende por la doctrina y la jurisprudencia alemana que la garantía institucional de la autonomía local viene referida al conjunto de entidades locales, no individualmente a cada una de las existentes, lo que convierte en admisibles estos procesos de reforma territorial siempre que se otorgue audiencia a los municipios afectados y se justifiquen suficientemente las causas que motivan la medida. Esta necesidad de racionalización de la planta municipal se manifiesta en cuanto se incrementa el intervencionismo estatal y participan de ese proceso las entidades locales, como ya fue advertido en la Alemania de comienzos de los años treinta por Johannes Popitz y recogió Schmitt en *El defensor de la Constitución*. Schmitt ya venía advirtiendo en obras anteriores sobre la creciente intervención del Estado en todas las áreas, especialmente en la económica, y cómo ello afectaba a la tradicional dicotomía liberal Estado/Sociedad. Se trata de la evolución al Estado social al que él denomina Estado total. Pues bien, considera en cierto modo incompatible con la pretensión de racionalizar o planificar esta ampliación de la esfera de actuación del Estado con la autonomía municipal que «permite una extensión casi ilimitada de la economía municipal». Por ello sentencia que «todo intento de establecer y llevar a la práctica un amplio programa financiero y económico con directrices homogéneas para el régimen de la economía pública choca con los estorbos y obstáculos de esta policracia tan diversa, que está parapetada, en el Estado de Derecho,

detrás de una muralla legal, y que goza, al mismo tiempo, de la protección de las normas constitucionales». Sobre esta interesante idea volveremos más adelante.

Por el contrario, en los países del sur de Europa la tradición municipalista hace inconcebible reordenar la planta municipal de forma coercitiva; sólo se admiten procesos voluntarios de fusión, lo que impide grandes reformas territoriales y es la razón de que la mayor parte de los municipios no tengan el tamaño necesario para beneficiarse de las economías de escala y cuenten con los recursos financieros suficientes como para prestar adecuadamente muchos de los servicios que son propios del Estado social de nuestros días. Ante esta dificultad de partida, no es de extrañar que en los países sureuropeos se atribuyan menos competencias a las entidades locales, municipales o supramunicipales.

### 3. La recepción de la teoría de las garantías institucionales en España

Se señala como introductores en el ámbito doctrinal español de la teoría de las garantías institucionales a Nicolás Pérez-Serrano y sobre todo a Luciano Parejo Alfonso, esencialmente en virtud de su trabajo *Garantía institucional y autonomías locales* (1981), cuestión discutible –sin merma de la innegable trascendencia de esta obra– dada la temprana recepción de la obra schmittiana, que se remonta a los años veinte y treinta del pasado siglo y sobre la que ahondaremos en el epígrafe VI. Partiendo de la recepción doctrinal, el Tribunal Constitucional de nuestro país también aceptó la teoría de las garantías institucionales desde los primeros pronunciamientos que tuvieron por objeto la protección de la autonomía local constitucionalmente garantizada (SSTC 4/1981, 32/1981, 38/1983, 27/1987, 213/1988, 259/1988, 214/1989), línea jurisprudencial que ha llegado con mínimos matices hasta la actualidad. Desde estas primeras resoluciones del Alto Tribunal se pueden reconocer con claridad los mismos caracteres de la teoría schmittiana que hemos analizado anteriormente. Merece la pena transcribir este amplio fragmento del FJ 3 de la STC de 28 de julio de 1981:

«El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las formaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado cuya regulación orgánica se hace

en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se refiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto normación jurídica viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace».

En todo coincide esta concepción general del Tribunal Constitucional con la teoría schmittiana, aunque quizás resulte excesiva la afirmación de que las garantías institucionales son «componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales». No toda garantía institucional resulta imprescindible para asegurar los principios y valores constitucionales que fundan el régimen político español, sino sólo las garantías institucionales en sentido estricto. Desde luego que una reforma constitucional que suprimiese la autonomía local no tendría que afectar a la esencia de nuestro régimen político-constitucional, pues dicha autonomía es sólo una opción de organización territorial de los poderes públicos que no implica necesariamente que el Estado deje de ser social, democrático y de Derecho y que ya no se propugnen los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Se alega en los últimos años que la autonomía local es clave para nuestro régimen democrático destacando dos argumentos de filosofía política liberal complementarios relacionados con la calidad democrática: la mayor proximidad a la democracia directa y la división del poder. La Administración Local al ser la más cercana al ciudadano es la que más se aproxima al ideal de la democracia directa y por ello se considera a la misma la más adecuada desde un punto de vista de calidad democrática. Por otro lado, partiendo de la premisa de que la democracia se caracteriza de forma esencial por la desconcentración del poder, la articulación de distintos niveles de gobierno desde la perspectiva territorial devendría en una técnica complementaria a

la división horizontal o funcional de poderes propuesta por Locke y Montesquieu. Separación de poderes y descentralización territorial del poder no serían otra cosa que dos caras de la misma moneda. Hábilmente se ha llegado a invertir la relación entre democracia y régimen local: no es el principio democrático el que condiciona la organización y funcionamiento de las entidades locales, sino que considerando la descentralización del poder requisito *sine qua non* de la democracia, es el principio de autonomía el que condiciona al democrático. Veamos el caso de la sesgada lectura que se hace de STC 103/2013, a través de la que se invierten las premisas de su razonamiento. En la misma, partiendo de una perspectiva material del principio democrático, al modo schmittiano, se proyecta el mismo a la organización de los órganos de gobierno municipal, lo que implica que forzosamente dichos órganos deban tener carácter representativo y no se permita en ellos la presencia de personas que no han sido elegidas democráticamente. Por el contrario, en muchos comentarios sobre la relación democracia-gobierno local se invierte la perspectiva: el gobierno local no es un ámbito en el que se proyecta la democracia, sino que sin gobierno local no puede haber auténtica democracia. Este pensamiento ya ha empezado a calar incluso en la jurisprudencia constitucional, y así ya empieza a dejarse sentir en las SSTC 103 y 163/2013. No obstante, a mi juicio, en dichas sentencias no se ha invertido todavía la relación entre ambos principios, pues en ellas es el principio democrático el que se proyecta en el gobierno local y no la autonomía local la que incide en aquél. Extrañamente, aplicando este radical parámetro de calidad democrática, un país tan centralista como Francia, la patria de Tocqueville, referente del mundo municipalista, no sería un verdadero Estado democrático. Pero la realidad es tozuda y no siempre discurre por los mismos senderos que abre parte del mundo académico. Así, si atendemos a las diversas propuestas de supresión de las Diputaciones Provinciales y a la poca convicción con la que han sido defendidas por sus valedores, se puede constatar que frente a lo expresado por el TC, las mismas no son consideradas por una gran parte de la población como uno de los pilares maestros de nuestro edificio constitucional. También es significativo que en los debates electorales de las últimas elecciones a las Cortes Generales, apenas se haya tratado la cuestión de la reforma del régimen local y cuando se ha hecho ha sido para abrir un debate sobre la privatización de los servicios públicos y no para reflexionar sobre el gobierno local en sí mismo considerado, ni tampoco se está considerando como uno de los puntos clave en los pactos postelectorales que puedan producirse. Todo ello revela el escaso interés que suscita en los ciudadanos lo que para algunos especialistas en la materia es uno de los puntos centrales de nuestro sistema democrático. En definitiva, regresando a la teoría constitucional schmittiana, son los valores superiores del art. 1.1 y en general los principios del Título preliminar los que constituyen el auténtico núcleo esencial de la



Constitución de 1978, de modo que sólo las garantías institucionales directamente vinculadas con este núcleo primario son «componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales». Como explicamos anteriormente, la mayor parte de las garantías institucionales, incluso cuando constituyen elementos constitucionales relevantes, no son Constitución en el sentido schmittiano, sino leyes constitucionales.

Por otro lado, la flexibilidad que permite la teoría de las garantías institucionales concuerda con la doctrina de autolimitación a la que se disciplina nuestro Tribunal Constitucional y que se fundamenta en la especial prudencia que debe presidir la fiscalización del máximo intérprete constitucional sobre un legislador dotado de legitimidad democrática y atendiendo al valor superior del pluralismo político que debe admitir diversas políticas legislativas posibles en el seno de una sociedad democrática. Como manifiesta Manuel Zafra Víctor en su artículo *Garantía estatutaria de la autonomía local* (Anuario del Gobierno Local 2008, Fundación Democracia y Gobierno Local) y que repite con casi igual redacción en la página 71 de su obra *Respaldo político para buenas ideas*:

«El juez constitucional no precisa la mejor o la única respuesta posible, sólo constata el caso extremo. Cumplido el requisito elemental de participar o emitir informe y cubierto el mínimo, debe dejar a la configuración legal del legislador ordinario el margen comprendido entre *lo razonable* (núcleo esencial) y *el óptimo*. Entre uno y otro punto se hallan los mojones del control judicial, lo razonable como límite a partir del cual la actuación del poder público (legislador sectorial) no es justiciable».

Muy ilustrativo al respecto es el siguiente fragmento de la STC de 2 de febrero de 1981 (FJ 2):

«En un sistema de pluralismo político (artículo 1 de la Constitución) la función del Tribunal Constitucional es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, pues, en términos generales, resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo. Aplicado este criterio al principio de autonomía de municipios y provincias, se traduce en que la función del Tribunal consiste en fijar unos límites cuya inobservancia constituiría una negación del principio de autonomía, pero dentro de los cuales las diversas opciones políticas pueden moverse libremente».

Pero la recepción de la teoría de las garantías institucionales es mucho más profunda que una mera aceptación por parte de la doctrina científica o de la jurisprudencia constitucional; es incluso perceptible como un elemento sistemático de nuestra Carta Magna. En efecto, el art. 53.1 de la Constitución Española, en términos similares al art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn («en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia»), dispone que «sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades». Estos preceptos constitucionales suponen una asunción estructural y expansiva de la teoría de las garantías institucionales, al aplicarla tácitamente en el ámbito de los derechos y libertades, ámbito que aunque parecía quedaba excluido en la formulación schmittiana, realmente demuestra la versatilidad y la vis expansiva de la teoría de las garantías institucionales. No en vano expresa el jurista de Plettenberg que

«la razón por la que la idea de la garantía institucional resulta esclarecedora es que en cada una de las garantías de los tradicionales derechos fundamentales, incluso cuando no esté garantizada ninguna institución en sentido estricto, se puede encontrar la *garantía de una regulación en el sentido típico tradicional*».

### 3. CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES

Es un lugar común de un importante sector doctrinal la consideración de la debilidad de la autonomía local y la insuficiente regulación que le dedica nuestra Constitución, sobre todo si se compara con la dada a las Comunidades Autónomas (CCAA). La insatisfacción de ese sector doctrinal municipalista con la flexibilidad de la teoría de las garantías institucionales y la indeterminación en la que queda el concepto de autonomía local ha servido de motivación para diversos intentos de crítica y superación de tal teoría. Muchos son los trabajos que tratan esta cuestión, pero el más logrado de los que he tenido ocasión de estudiar es el publicado por Jorge Fernández-Miranda y titulado *El principio de autonomía local y la posible superación de la teoría de la garantía institucional*. El gran mérito de este trabajo reside en la sobresaliente síntesis de la argumentación favorable al concepto positivo de autonomía local, en la que se funden erudición y claridad expositiva. Por ello, en adelante me remitiré al mismo como obra representativa de tal sector doctrinal.

La crítica de Fernández-Miranda incide en tres puntos fundamentales:

- a) Los desfases derivados de la importación del principio del Derecho alemán al Derecho español. Siguiendo a Esteve Pardo, Fernández-

Miranda advierte que no existen en el caso español las premisas necesarias para una traslación acrítica de la teoría de las garantías institucionales respecto al principio de autonomía local. Opina que la autonomía local no era una institución asentada en la conciencia colectiva española en el momento constituyente de 1978 y que incluso aunque se tratase de una institución social y jurídicamente consolidada, el periodo franquista de la autonomía local y la tradición centralista española suponen un lastre que impide una aplicación aceptable del método historicista de la teoría de las garantías institucionales -que considera intrínseco en la concepción alemana- en nuestro Estado democrático. No obstante, Fernández-Miranda también reconoce que la ausencia de una conciencia social consolidada por carecer de un pasado que le permita delimitar una esfera irreductible, no es un obstáculo que necesariamente impida la aplicación de la teoría de las garantías institucionales al principio de autonomía local puesto que «podía haber favorecido el dinamismo de la concepción, haciendo más fácil la adecuación del principio a las nuevas tendencias, si bien no ha sido así». En este sentido, afirma con cierto optimismo «que con el transcurso del tiempo ese vacío –de un pasado con una autonomía local aceptable según sus parámetros- sea subsanado por la práctica diaria de los municipios y de los propios administrados. Poco a poco, la Administración local irá concienciándose del lugar que ocupa en el entramado constitucional, al tiempo que los particulares irán exigiendo de aquélla determinadas prestaciones que se le presuponen, desde un punto de vista tanto material como formal».

b) Como teoría de carácter limitador o negativo, no la considera una herramienta adecuada para construir un principio de autonomía local positivo. Tomando como base las ideas de García Morillo proclama que el perfil negativo de la teoría de las garantías institucionales como elemento de resistencia pasiva frente al legislador «no ofrece una garantía valiosa para dibujar un contenido competencial mínimamente exigible». En opinión de estos autores «la forma en que la Constitución reconoce la autonomía local trasciende de la mera garantía institucional». Para el sector doctrinal que aspira a la superación de la teoría de las garantías institucionales, la autonomía local no es una garantía de mínimos, sino que desde ella se articula un auténtico concepto positivo de cómo debe ser el régimen local. En una extensa cita de la obra de García Morillo *La configuración constitucional de la autonomía local* (Seminario de Régimen Local, Madrid, Marcial Pons, 1998), se sintetiza esta crítica contra el carácter negativo de la teoría de las garantías institucionales:

«La CE va más allá del mero establecimiento de una garantía institucional. En efecto, la Constitución no sólo protege a los órganos

locales, sino que regula sus características básicas, reitera su carácter autónomo y los inviste de uno de los valores superiores del ordenamiento constitucional, el de ser expresiones del pluralismo político y manifestaciones del principio democrático en lo referente a los órganos de gobierno de la colectividad. No parece, por ello, aventurado afirmar que la autonomía local es algo más que una mera garantía institucional o, dicho de otra forma, no parece atrevido asegurar que el concepto de garantía institucional es insuficiente para describir la regulación constitucional de la autonomía local. Una regulación del tenor que la CE realiza de la autonomía local es más bien propia de una auténtica garantía constitucional, esto es, de unos órganos que la Constitución no sólo quiere que existan, sino que desea que cumplan unas funciones determinadas -de considerable importancia- y que, en consecuencia, se elijan de acuerdo con los requerimientos del principio democrático. Desde esta perspectiva, la Constitución no sólo garantizaría la pervivencia de la institución, sino que añadiría a esa garantía de pervivencia un plus, el del diseño de los rasgos constitutivos de la institución garantizada.»

c) Finalmente, entiende Fernández-Miranda que la teoría de las garantías institucionales es incapaz de proporcionar un criterio seguro que permita delimitar lo que se entiende por «núcleo esencial» e infranqueable para el legislador ordinario. Las dificultades para precisar en el caso concreto el núcleo esencial e indisponible de una institución han generado graves problemas interpretativos que en Alemania el Tribunal Constitucional ha intentado solventar con diversos métodos interpretativos, partiendo del método histórico y evolucionando después a otros métodos como el de la sustracción. Este mismo problema hermenéutico ha dado lugar a la aparición de nuevas tesis en la doctrina científica como la teoría de las garantías constitucionales propugnada por el propio Fernández-Miranda. En resumen, existe un sector doctrinal que no considera aceptable la teoría de las garantías institucionales desde el momento en que no resulta operativa en el caso concreto y que, sobre todo, no consigue alcanzar el objeto de proteger efectivamente la autonomía local reconocida por la Constitución. Para Cruz Villalón, «si el constituyente ha pretendido realizar una “operación de salvamento” al incorporar a la Constitución determinados institutos, dicha pretensión resultaría ilusoria si en definitiva el respectivo precepto constitucional no vinculase en modo alguno al legislador. De lo que se trata, pues, es de salvar la normatividad del precepto sobre la base de identificar

un contenido institucionalizado social e incluso jurídicamente reconocido». Una adecuada funcionalidad del principio de autonomía local propia del carácter normativo de la Constitución de 1978 -que al igual que la Ley Fundamental de Bonn sobrepasaría en este sentido la regulación del art. 127 de la Constitución de Weimar- exigiría una interpretación de máximos y no una interpretación de mínimos. Con la teoría de las garantías constitucionales se superarían las críticas a la técnica de la garantía institucional basadas en la dificultad de delimitación de su contenido mínimo o esencial utilizando la naturaleza del concepto jurídico indeterminado que la garantía institucional de la autonomía local contiene y que puede ser determinable realizando una interpretación integradora junto con los grandes valores y principios constitucionales. Es decir, frente a la doctrina constitucional fiscalizadora de la razonabilidad que permite distintos desarrollos al legislador, se preconiza una teoría que delimitaría unos máximos de la autonomía local y que como en el caso del concepto jurídico indeterminado sólo daría lugar a una solución válida.

#### **4. INSUFICIENCIAS DE LA TEORÍA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL**

Expuestas las críticas a la teoría de las garantías institucionales y la propuesta de superación de la misma que consiste en la llamada teoría de la garantía constitucional, es momento de someterla a su vez a crítica o réplica, siguiendo la misma estructura tripartita, respondiendo a sus tres frentes o puntos de ataque de la teoría de las garantías institucionales.

a) Respecto a la crítica sobre los desfases derivados de la importación del principio del Derecho alemán al Derecho español se debe objetar que parte de un error de hecho y de una valoración excesivamente pesimista de la historia de nuestro régimen local. Fernández-Miranda sólo cita los cuarenta años de historia franquista como si nuestro régimen local no hubiera vivido más historia. Como demuestra el preámbulo de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), nuestro régimen local tiene una antigua y rica historia que permite reconocer una institución histórica y socialmente reconocida. Aun sabiendo de antemano que los preámbulos legislativos son proclives a los excesos retóricos no debe ignorarse el siguiente pasaje del mismo:

«Como demuestra nuestra historia y proclama hoy la Constitución, decir régimen local es decir autonomía. La pervivencia

misma, a lo largo del tiempo y bajo las más diversas circunstancias políticas, de esta nota caracterizadora, muestra, no obstante, la indeterminación y ambigüedad del concepto. Solo su configuración positiva desde unos postulados y en un contexto jurídico-político determinado, es capaz de dotarlo de un contenido preciso».

La determinación concreta de la autonomía local puede ser cambiante en cada momento histórico, pero la institución nunca ha llegado a desaparecer. Otra cosa es que el contenido tradicional de la autonomía local sea insuficiente para determinados sectores en el nuevo modelo de Estado democrático y social de derecho surgido de la transición y para la sociedad española actual, pero ahí reside precisamente una de las grandes ventajas de la teoría schmittiana de las garantías institucionales, pues la misma evita la petrificación de las instituciones y permite su adaptación a las nuevas realidades sociales. El que la historia de una institución no responda a la idealidad deseada no impide que sirva de punto de partida desde el que avanzar hacia el objetivo del ideal particular, que en una democracia pluralista ni siquiera puede que sea el ideal de toda la sociedad.

Asimismo, debemos destacar que la autonomía administrativa reconocida por el art. 127 de la Constitución de Weimar no protegía una institución de carácter moderno, sino más bien una institución enraizada en las tradiciones y privilegios del Antiguo Régimen. El art. 127 suponía cierta continuidad con el pasado del Imperio guillermino y la Constitución de 1871, una constitución federal de Estados monárquicos en su gran mayoría, es decir, de Estados en los que todavía pervivían las instituciones del Antiguo Régimen.

b) Por lo que respecta a la afirmación de que la teoría de las garantías institucionales es una teoría negativa incapaz de construir un principio de autonomía local positivo, curiosamente designaremos como paladín de la teoría schmittiana a su mayor rival académico: Hans Kelsen. Al tratar la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico en el Capítulo V de su *Teoría pura del derecho* (1934), admite en su sistema formal que una norma jurídica superior no sólo regule el procedimiento de creación de otra norma, sino también su contenido. Para Kelsen, la función esencial de una constitución

«es la de regular los órganos y el procedimiento para la creación del derecho que tenga un carácter general, o sea, la de regular la actividad legislativa. Puede prever asimismo el contenido de las

futuras leyes, y de hecho las constituciones positivas lo hacen con no escasa frecuencia al imponer o prohibir determinados contenidos».

Y un poco después añade que

«es mucho más eficaz que la constitución impida la promulgación de leyes que posean ciertos contenidos. Una parte que es típica de las constituciones modernas es la que recoge un catálogo de derechos y libertades fundamentales; pues bien, **dicha parte no es en definitiva otra cosa que una limitación de carácter negativo**».

Podemos encontrar en la misma obra la justificación de esta afirmación, pues al abordar el problema de la interpretación en el Capítulo VI, se refiere Kelsen a la indeterminación intencionada de la norma superior al delimitar la norma inferior. Expone Kelsen que «la indeterminación puede ser abiertamente intencionada, lo que significa que en tal caso esa indeterminación forma parte de la intención del órgano que ha impuesto la norma superior. Por eso, cuando se emite una norma general se hace siempre –teniendo en cuenta su naturaleza- al amparo de la suposición de que la norma individual que se cree como ejecución de aquella dará continuidad al proceso de determinación del sentido en los sucesivos niveles normativos». Y en el caso de las garantías de contenido normativo establecidas en una constitución no se puede sino afirmar que la indeterminación ha sido querida por el constituyente, pues ningún poder constituyente es tan ambicioso como para que pretender predeterminar de forma exhaustiva todo el desarrollo legislativo posterior. Por el contrario, la teoría de las garantías institucionales permite un justo equilibrio entre la garantía de un contenido mínimo que debe respetar el legislador y la posibilidad de desarrollar políticas legislativas adaptadas a las circunstancias y a las cambiantes convicciones de la sociedad.

Avanzando en el Capítulo VI de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen proclama que «en todos estos casos de indeterminación –intencional o no intencional- del nivel normativo inferior, se ofrecen a la ejecución varias posibilidades». Lo que se completa con el siguiente pasaje: «Conseguir, a partir de la ley, la sentencia judicial o el acto administrativo correctos, es una tarea que es esencialmente la misma que la consistente en promulgar la ley correcta dentro del marco de la constitución. No hay posibilidad de obtener leyes correctas por medio tan solo de la mera interpretación de la constitución, como tampoco es posible conseguir sentencias correctas por medio de la interpretación de la ley.

Ciertamente hay una diferencia entre ambos supuestos, pero se trata solo de una diferencia cuantitativa y no cualitativa; consiste en que, desde una perspectiva material, la vinculación del legislador es mucho menor que la del juez, siendo el primero mucho más libre que el segundo a la hora de crear derecho». Deberíamos apreciar esta disertación emitida por el teórico de la jurisdicción constitucional concentrada y magistrado constitucional durante más de diez años.

c) Por último, nos centraremos en el argumento por el cual se considera la teoría de las garantías institucionales como inútil para imponer límites al legislador debido a la dificultad para determinar el núcleo esencial de las instituciones indisponible para el mismo. Se trata de uno de los tres argumentos que ya utilizara Anschütz, otro de los grandes iuspublicistas alemanes, contra la teoría schmittiana y al que respondió Schmitt en su citada *Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich*. Lo denomina Schmitt «argumento de la “conclusión ilimitada”, puesto que de la dificultad de limitación, deduce la ausencia de límites». Schmitt replica reduciendo el argumento de Anschütz al absurdo:

«Tanto el derecho público como el privado conocen casos de difícil limitación de los que nadie puede colegir una ausencia de límites. Por ejemplo, en circunstancias y momentos críticos, resulta extremadamente dificultoso precisar de manera unívoca y sin que quepa lugar a duda, si una medida de la policía o un decreto del presidente del *Reich* son verdaderamente necesarios para conservar el orden público y la seguridad, o precisar qué es lo que teniendo por fundamento esa autorización se encuentra exactamente permitido. Pero, ¿quién podría llegar a pensar en deducir de lo dicho que la competencia del presidente o de la policía no conoce a resultas límite alguno? En lo que concierne en particular al concepto de autonomía administrativa municipal, nuestros conceptos jurídicos no están todavía tan equivocados como para impedirnos distinguir actualmente, con buena voluntad y con cierto conocimiento del tema, cuando nos encontramos ante un supuesto extremo en el que en vez de limitar el autogobierno de una comunidad, se opta por dejarlo de lado. Si lo que se pretende sugerir con esa conclusión sobre la ausencia de limitación es que existe un método para socavar y vaciar discretamente una institución que no puede ser protegida por ninguna garantía institucional, esto, dependiendo del tipo legislativo y de



su composición, puede ser acertado y además bastante peliagudo. Ahora bien, no parece el criterio más apropiado para la interpretación jurídica de una disposición constitucional y resulta sorprendente que, si en aras a la planificación se puede incurrir en la práctica de dejar constitucionalmente indeterminada una garantía, de ello deba concluirse que esa garantía constitucional no existe o que ¡carece de cualquier significado desde un punto de vista práctico! Tal lógica permitiría privar de sentido a numerosas disposiciones del derecho privado, del derecho penal y del tributario. Justamente un jurista orientado al positivismo debería rechazar esa conclusión de la manera más radical”.

Con su elegancia habitual Schmitt ha rebatido el «argumento ilimitado» e identifica su posición como la auténticamente positivista, la que reafirma el carácter normativo de la constitución. Y es que resulta absurdo el argumento por el cual la teoría de las garantías institucionales es previa a una consideración normativa de la constitución, cuando Schmitt es un jurista plenamente positivista y precisamente el primero que desarrolló una teoría constitucional atendiendo a su naturaleza y de carácter material. Esta crítica manifiesta el gran desconocimiento de la obra de Schmitt por aquellos que impugnan la teoría de las garantías institucionales.

Pero quizás, el argumento definitivo contra la denominada teoría de la garantía constitucional consiste en que frente a lo afirmado por el sector doctrinal que la apoya, ésta realmente no consigue una mayor operatividad que las garantías institucionales. En ningún momento se determina con precisión absoluta la configuración de la autonomía local, sólo se describe una metodología interpretativa que amplía el mínimo o núcleo esencial de la institución indisponible para el legislador. Se trata, pues, de una teoría que no constituye una superación de la teoría anterior desde un punto de vista técnico, sino que tiene una finalidad ideológica que pretende legitimar jurídicamente un concepto determinado de cómo debe ser el régimen local español. Precisamente, justo en la misma página en la que se encuentra la anterior cita que hemos transcrito, Kelsen realiza la siguiente advertencia: «Los comentarios “científicos” en los que se apoya la actividad aplicativa de la ley son de naturaleza absolutamente político-jurídica. Constituyen propuestas que hay que consultar de cara a la actividad legislativa, intentos de influir en la función creadora del derecho que es propia de los tribunales y de las autoridades administrativas». Es el Derecho Constitucional la rama jurídica más próxima a la política y todo escrito en esta materia –incluido el presente- puede tener cierto carácter polémico; cuanto más cuando en vez de determinar un modelo abierto al posterior desarrollo legal, es el jurista el que impone un modelo único y exclusivo que

deben acatar los políticos, limitándose la tarea del legislador a concretar el desarrollo de ese modelo preestablecido.

En esta misma línea se pronuncian autores como Carro Fernández-Valmayor y Zafra Víctor. Así, regresando al artículo sobre la *Garantía estatutaria de la autonomía local*, Zafra Víctor abunda en el problema de la inevitable indeterminación de toda garantía constitucionalmente establecida:

«La servidumbre de la autonomía local como principio constitucional aqueja su contenido de la inevitable indeterminación y consiguiente imprevisibilidad de las normas que le afecten. No salva sus carencias interpretar el artículo 137 de la Constitución, en lugar de cómo el mínimo de la garantía institucional, como un mandato de optimización al legislador, en ambos casos la apertura del margen proporciona demasiada libertad para considerar salvaguardada la calidad de las competencias locales en el sentido del artículo 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local: ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos».

Y partiremos otra vez de la obra del profesor Zafra *Respaldo político para buenas ideas*, para aportar un último argumento contra una interpretación expansiva de la garantía institucional de la autonomía local: el peligro de un exceso de protagonismo judicial. Cita Zafra la obra de Díez-Picazo «*Constitución, Ley y Juez*» (Revista Española de Derecho Constitucional, número 15):

«... una revaluación de la ley y por consiguiente un nuevo jacobinismo, acompañado naturalmente de la necesaria mejora de la calidad técnica de las leyes; una buena dosis de escepticismo y una tendencia restrictiva en la aplicación directa de la Constitución, no yendo nunca más allá de los genuinos supuestos en que la aplicación directa es posible y aun en estos casos no perdiendo nunca el hilo de la intermediación de la ley; abandonar la tentación de un Derecho judicial dando un nuevo énfasis al mandato del art. 1.7 del Código civil de resolver los asuntos ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

En realidad, Díez-Picazo toma esta argumentación contraria a los excesos de la justicia constitucional de una larga tradición de pensadores como Bentham y Montesquieu que abomina de la inseguridad jurídica que causa la creación judicial del Derecho. Es sobresaliente en este sentido la doctrina de otro de los grandes maestros del

Derecho público alemán, Ernst Forsthoff, quizás no por casualidad el discípulo más aventajado de Carl Schmitt. Forsthoff, que ocupó el exótico cargo de Presidente del Tribunal Constitucional de Chipre, trató el problema de la creación judicial en el ámbito de la justicia constitucional en su trabajo sobre la *Vinculación a la ley y al Derecho*. En la correspondencia con su maestro, Forsthoff, expone las ideas principales respecto a esta cuestión: «Mi conclusión es que el actual Estado es un Estado de jueces pues es el juez quien decide cuándo se encuentra vinculado a la ley y cuándo, invocando el Derecho, puede desvincularse de ella». «El Estado de Derecho, por el contrario, garantiza la certeza de la libertad acomodada a la ley, que es justamente lo que disuelve el Estado de jueces». «La moderna interpretación de la Constitución lleva a la inseguridad del Derecho constitucional y a un aumento del poder de los jueces».

Si nos atenemos a los comentarios y argumentos que hemos citado, dejará perplejo al lector saber que el profesor Zafra predica la inconstitucionalidad de la mayor parte de la LRSAL. Si este prestigioso profesor es consciente de las limitaciones de la teoría de las garantías constitucionales y de los riesgos de la creación judicial, ¿cómo puede ser su juicio tan radicalmente contrario a la LRSAL? Parece claro que la frustración al contemplar que el régimen local sigue un camino opuesto al que planteó en su aventura en dos direcciones generales le impide valorar con objetividad la nueva normativa. Sin embargo, el espíritu democrático y pluralista es bien otro: aceptar que si bien uno considera su opción normativa la más razonable y oportuna, debe aceptar que existen otras formas de concebir lo más oportuno, existen otras políticas legislativas legítimas en el marco de la Constitución. En este sentido, como cierre y dedicatoria al recientemente fallecido gran maestro, citaremos de nuevo el artículo de Díez-Picazo antes reseñado:

«Hablaba hace un momento de la ley zarandeada y de la ley sin «auctoritas». No aludo con ello a una mayor dosis de conductas contrarias a lo que la ley dispone. Creo que por regla general las leyes se observan y se cumplen. Aludo a otro fenómeno: a las presiones que todos los grupos interesados llevan a cabo para que las leyes contengan cláusulas que sean conformes con sus deseos, con sus aspiraciones o con sus intereses; en sentido inverso, al rechazo que en ocasiones la ley suscita y las formas de manifestación de este rechazo. La ley les parece además a muchos como algo originariamente viciado, contrario a los rectos principios. Las leyes que no nos gustan se tildan de inconstitucionales. No creo que sea sólo un problema nacido al calor del sistema constitucional. Más bien puede ser un reflejo de las conductas que adoptábamos en el sistema preconstitucional. Se trataba dentro de lo posible de rectificar, de corregir la ley. Los principios generales del derecho eran para ello un arma insustituible y a partir de una concepción iusnaturalista radical se ha

podido sostener entre nosotros la rectificación de las normas legales por el valor superior de los principios del derecho».

## **5. LA FUERZA EXPANSIVA DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA CONSAGRADO EN EL ART. 135 DE LA CONSTITUCIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA LOCAL**

Comienza el preámbulo de la LRSAL con el siguiente párrafo:

«La reforma del artículo 135 de la Constitución española, en su nueva redacción dada en 2011, consagra la estabilidad presupuestaria como principio rector que debe presidir las actuaciones de todas las Administraciones Públicas. En desarrollo de este precepto constitucional se aprobó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que exige nuevas adaptaciones de la normativa básica en materia de Administración local para la adecuada aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales. Todo ello exige adaptar algunos aspectos de la organización y funcionamiento de la Administración local así como mejorar su control económico-financiero».

Desde el primer momento, el legislador muestra la estrecha vinculación de la reforma que implica la LRSAL con la nueva redacción del art. 135 de la Constitución y la Ley Orgánica 2/2012. Es evidente que la motivación fundamental de la norma reside en reformar aquéllos aspectos del régimen local español que den lugar a gasto público ineficiente. La racionalidad de la organización y el sistema competencial de las entidades locales se pone al servicio de la estabilidad presupuestaria con el fin de asegurar la sostenibilidad a largo plazo de todo el sistema.

Acertadamente, el Dictamen del Consejo de Estado 567/2013, de 26 de junio, sobre el anteproyecto de la LRSAL, integra en su evaluación de la norma la relación de la misma con el principio de estabilidad presupuestaria consagrado por el art. 135 de la Constitución en su actual redacción y cómo la reforma de dicho art. 135 en septiembre de 2011 causa la alteración del canon o parámetro de constitucionalidad cuando se trata de enjuiciar si un precepto legal vulnera o no la garantía institucional de la autonomía local consagrada por la Constitución. En términos schmittianos, el art. 135 ha quedado integrado en el núcleo esencial de la Constitución, es Constitución en sentido estricto, lo que otorga al principio de estabilidad presupuestaria una capacidad de irradiación sobre

todo el ordenamiento jurídico. Se puede afirmar sin temor que la fuerza expansiva del principio de estabilidad presupuestaria es tal que ha redefinido el principio de autonomía local. Transcribiremos al efecto los ilustrativos siguientes párrafos del Dictamen del Consejo de Estado 567/2013:

«El anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local trae causa, según pone de manifiesto la exposición de motivos, de la necesidad de adaptar el régimen jurídico de las entidades locales a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, aprobada en desarrollo del artículo 135 de la Constitución que, tras la reforma aprobada el 27 de septiembre de 2011, menciona expresamente como principio que debe inspirar la actuación de las Administraciones Públicas el de estabilidad presupuestaria.

El alcance de esta reforma fue examinado por el Consejo de Estado en el dictamen 164/2012, relativo al anteproyecto de la que posteriormente fue aprobada como Ley Orgánica 2/2012, en el que se recordaba que, tal y como manifiesta la exposición de motivos de la reforma, "la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el artículo 1.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos".

De esta forma, continuaba el dictamen, "la estabilidad presupuestaria se configura como un límite constitucional, cuya contravención podrá acarrear inconstitucionalidad y nulidad, y también como una orientación constitucionalmente vinculante, que prescribe un programa constitucional obligatorio para la actividad financiera pública". Y recordaba que, como había señalado el Tribunal Constitucional en la primera de sus sentencias relativas a los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la legislación sobre estabilidad presupuestaria en la que se tomaba en consideración el nuevo artículo 135 de la Constitución (STC 157/2011, de 18 de octubre), "la consagración constitucional del principio de estabilidad presupuestaria introduce un nuevo canon de constitucionalidad al que debe atenerse al resolver tales recursos", resultando así que "el mandato constitucional de que todas las Administraciones Públicas deben adecuar sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria vincula a todos los poderes públicos y, en su sentido principal, queda fuera de la disponibilidad del Estado y de las Comunidades Autónomas"».

El principio de estabilidad presupuestaria consagrado por el art. 135 legitima, por tanto, la reordenación del ámbito competencial de las entidades locales y otras medidas como el redimensionamiento del sector público local o determinados controles de carácter económico-financiero que sin llegar a vaciar completamente la autonomía local, sí que sean medios necesarios para el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera.

Estas medidas han sido acusadas de recentralizadoras, tanto por disminuir la esfera de la autonomía local como por otorgar un mayor protagonismo al Estado frente a unas CCAA que habían intentado interiorizar en los años anteriores el régimen local inspirándose en el modelo federal alemán y buscando anclaje en los llamados estatutos de nueva generación. Pero dejando al margen cuestiones de oportunidad, la recentralización, por la que el Estado reafirma su normativa básica e impone los controles financieros previstos en la LO 2/2012 y en la LRSAL, es un hecho. Por un lado, la STC 31/2010, de 28 de junio, ha certificado la prevalencia de la normativa básica estatal sobre los estatutos de autonomía. Por otro lado, la mayor parte de la doctrina ha asumido que la reforma del art. 135 de la Constitución ha fortalecido la competencia estatal ex art. 149.1.14 sobre Hacienda general. Sobre esta cuestión se expresa también el Dictamen del Consejo de Estado 567/2013:

«Así lo reconoció expresamente el Tribunal Constitucional en la Sentencia 157/2011 al entender que la reforma del artículo 135 de la Constitución, de 27 de septiembre de 2011, supuso la confirmación de la competencia del Estado en materia de estabilidad presupuestaria, ya que la nueva redacción de dicho precepto encomienda el desarrollo de los principios a que se refiere el precepto a una ley orgánica -apartado 3- y no hay duda de que la remisión a una norma de este tipo presupone la competencia del Estado en la materia que a través de ella se pretende regular».

En realidad, ya habíamos visto en el epígrafe II.2 cómo Popitz y Schmitt, a comienzos de los años treinta del pasado siglo, ya habían advertido que en un Estado intervencionista es necesario que en algún momento se racionalice su actuación desde un punto de vista económico y ello conlleva ineludiblemente un proceso recentralizador que ordene la ingente actuación de los poderes públicos. Popitz y Schmitt ya habían visto la necesidad de racionalizar desde arriba el régimen local en los años treinta. En los países noreuropeos se acometió tal racionalización simplificando la planta municipal en los años sesenta y setenta. En la España actual, ante la resistencia social y doctrinal a una racionalización profunda de la planta municipal (en este sentido es representativo el

citado Dictamen 567/2013), la única alternativa que le ha quedado al legislador ha consistido en redefinir el ámbito competencial de las entidades locales y redimensionar la Administración institucional de las mismas.

## **6. UNA CURIOSIDAD HISTÓRICA: LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES POR LOS PADRES DE LA CONSTITUCIÓN**

Resulta sorprendente que se acepte acríticamente y circule de autor en autor la idea de que la recepción de la teoría de las garantías institucionales corresponde a Pérez-Serrano y a Parejo Alfonso -sin perjuicio de la altura intelectual de ambos maestros- cuando está bien documentada la temprana recepción de la obra de Schmitt en España desde los años veinte y treinta, que se intensifica en los años cuarenta, cincuenta y sesenta de la mano del Instituto de Estudios Políticos. Jerónimo Molina Cano, en su obra *Contra el "mito Carl Schmitt"*, relaciona una importante nómina de juristas españoles del s. XX influenciados por Carl Schmitt: Francisco Javier Conde, Carlos Ollero, Sánchez Agesta, Manuel García-Pelayo, Díez del Corral, Galán Gutiérrez, Jesús Fueyo, Fernández de la Mora, Antonio Truyol y Serra, Tierno Galván o Fernández-Carvajal. Culmina la vinculación de Schmitt con España con el matrimonio de su hija Ánima con el profesor Alfonso Otero y con la designación de Schmitt como Miembro de Honor del Instituto de Estudios Políticos en 1962, presidido por Manuel Fraga en aquellos momentos. En el acto de investidura, Fraga, estudioso conocedor de la obra del autor alemán, dedicó un elogioso discurso al jurista de Plettenberg.

Pues bien, se conoce como «padres de la Constitución» a los siete ponentes que se encargaron de la redacción de la Constitución española de 1978, a saber: Gabriel Cisneros Laborda, Miguel Herrero Rodríguez de Miñón, José Pedro Pérez-Llorca Rodrigo, Gregorio Peces-Barba Martínez, Manuel Fraga Iribarne, Jordi Solé Tura y Miquel Roca y Junyent. Todos ellos eran eximios juristas especialistas en Derecho Constitucional. Su dominio del Derecho Constitucional comparado es evidente a la vista de las múltiples influencias que se perciben en nuestra Carta Magna. De hecho se suele afirmar que la Constitución española de 1978 constituye un mosaico del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra mundial. De hecho, ya hemos señalado anteriormente las similitudes de la Constitución de 1978 con la Ley Fundamental de Bonn en lo que se refiere a la influencia estructural de la teoría de las garantías institucionales y, en concreto, respecto a la garantía de la autonomía local. Cae así por su propio peso la tesis de los defensores de la teoría de la garantía constitucional de la autonomía local por la cual la verdadera intención de nuestra Constitución no es proteger unos mínimos de contenido de la autonomía local conforme a la teoría de las garantías institucionales, sino que la misma determina un mandato al legislador para la

construcción positiva de un modelo de autonomía local de máximos. Los «padres de la Constitución» sabían muy bien lo que hacían: la indeterminación de la garantía institucional de la autonomía local fue totalmente intencionada e inspirada directamente en el modelo alemán.

## 7. APUNTES DE ACTUALIDAD: LA STC DE 3 DE MARZO DE 2016

Cuando hacía meses que estaba terminada la redacción del presente artículo y era inminente su publicación, ha recaído la trascendental STC de 3 de marzo de 2016. Aunque no aborda todos los preceptos controvertidos por la doctrina en cuanto que la asamblea legislativa extremeña no recurrió los preceptos relacionados con las competencias provinciales (entre los que se encuentra el conflictivo art. 26.2) sí que nos sirve para poder ratificar la tesis principal de este trabajo: que el grueso de la reforma introducida por la LRSAL es constitucional y que en realidad la mayor parte de los preceptos que han sido o pueden ser declarados inconstitucionales lo serán por vulnerar reservas de ley orgánica o la autonomía de las CCAA, pero no por lesionar la garantía institucional de la autonomía local.

La sentencia comentada contiene unas afirmaciones doctrinales que merecerían un artículo independiente por lo que intentaré ser breve. Como proclama la propia sentencia se articula en cuatro ejes temáticos: planta municipal y entes locales no necesarios, clarificación de la interpretación conjunta de los preceptos sobre competencias municipales, el plan económico-financiero y la retención de cantidades adeudadas por las Comunidades Autónomas con cargo al sistema de financiación autonómica. De estos cuatro ejes el más relevante es el referente a las competencias municipales y respecto a él realiza el Alto Tribunal una elaboración doctrinal impecable. Y digo esto porque ya me pronuncié respecto a la interpretación conjunta de los preceptos sobre competencias municipales en mi artículo *La reforma del régimen local y el problema constitucional del Título III del Estatuto de Autonomía para Andalucía*<sup>1</sup> en el mismo sentido que ahora lo ha hecho el máximo intérprete de la Constitución. Podemos sistematizar y resumir la doctrina constitucional del siguiente modo:

1. La relación de materias del art. 25.2 de la LRBRL es abierta, pues la interpretación sistemática permite una mejor armonización de la LRSAL con el modelo de organización territorial del Estado de nuestra Carta Magna y, sobre

<sup>1</sup> JARAMILLO FERNÁNDEZ, M., *La reforma del régimen local y el problema constitucional del Título III del Estatuto de Autonomía para Andalucía*, El Consultor de los Ayuntamientos, nº 10, 30 de mayo de 2015.



todo, con el principio de autonomía, referido tanto a las Entidades Locales como a las CCAA. Para adoptar una medida de tan hondo calado como la limitación de la potestad legislativa de la CCAA en materias de competencia propia el legislador estatal básico debería haber sido más explícito y tajante, de modo que existiendo duda debe realizarse la interpretación que menos desajustes pueda causar en el ordenamiento jurídico. Una interpretación distinta difícilmente sería conforme a la Constitución. Pero esto no debe entenderse como un éxito para los contrarios a la LRSAL, pues el TC interpreta que las leyes sectoriales que otorguen competencias a los municipios en materias distintas de las enumeradas en el art. 25.2 también deberán cumplir los requisitos exigidos en los apartados siguientes –reviviendo por vía interpretativa el apartado 6 *non nato* del art. 25-. De este modo, sin cumplir los requisitos formales y la dotación financiera necesaria para que los municipios puedan desarrollar esas competencias sin perjuicio para su estabilidad presupuestaria y suficiencia financiera las CCAA no podrán atribuir competencias propias a los mismos.

Una especial consideración merece el problema de la legislación sectorial dictada con anterioridad a la LRSAL. A mi parecer dichas leyes no están exentas del cumplimiento de los requisitos materiales exigidos por los apartados 3, 4 y 5 del art. 25 de la LRBRL en la redacción dada por la LRSAL; si bien, los requisitos formales no serían exigibles aplicando analógicamente la doctrina del TC sobre las normas preconstitucionales, las cuales debían sujetarse a las determinaciones materiales de la Constitución pero no a las nuevas exigencias formales de la misma. Ahora quedaría por determinar qué se consideraría por incumplimiento material. A mi juicio el incumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma de realizar la dotación económica que permita a los municipios el ejercicio de la competencia otorgada en perjuicio de su suficiencia financiera. Recordemos aquí que la suficiencia financiera de las entidades locales está constitucionalmente garantizada por el art. 142 de la CE y que ya la doctrina alemana consideraba tan lesivo de la garantía institucional de la autonomía local el vaciamiento competencial como la asignación competencial sin los medios financieros suficientes como para poder prestarlas adecuadamente. En este caso considero que si las CCAA quieren hacer eficaz su legislación sectorial a efectos de la nueva redacción dada al art. 25 de la LRBRL deberían ir realizando las oportunas dotaciones presupuestarias. Me atreveré a afirmar que, por ejemplo en el caso de Andalucía, no creo que ninguna ley sectorial atributiva de competencias a los municipios haya realizado la oportuna dotación de medios económicos o materiales para el desenvolvimiento de las mismas. Ni siquiera el art. 9 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA) podría entenderse operativo dado que no es

aceptable pensar que con la participación en los tributos de la comunidad autónoma (PATRICA) cumpla los parámetros del art. 25.4 de la LRBRL. Y es que a pesar de que el art. 24.1 de la LAULA haya parecido vincular las competencias del art. 9 a la financiación de la Ley 6/2010, dicha financiación no cumple mínimamente los parámetros de la norma estatal, sino que más bien parece desempeñar una función de financiación genérica de los municipios andaluces como demuestra un somero análisis de la determinación y distribución de los fondos de la PATRICA. La Ley 6/2010 se inspira en el modelo de la PIE diseñada en el TRLRHL, por lo que simplemente establece unas fórmulas para determinar el volumen de los fondos a repartir entre los ayuntamientos, así como los criterios para distribuirlos entre los mismos. Para su reparto se clasifican los municipios en distintos grupos y luego se aplican diferentes coeficientes que terminan de fijar la cantidad que corresponde a cada uno. Desde luego que esta metodología no tiene nada que ver con la finalidad del nuevo art. 25.4 de la LRBRL, que no es sino concretar para cada atribución competencial los recursos financieros necesarios para su ejercicio, lo que conecta a su vez con el coste efectivo de los servicios. A mayor abundamiento debemos referir que la misma redacción del citado art. 24.1 de la LAULA tampoco determina realmente que con la PATRICA queden cubiertas las competencias propias del art. 9, sino que realmente expresa que “la aportación de la Comunidad Autónoma de Andalucía a la financiación de las competencias locales propias y transferidas se realizará fundamentalmente a través del mecanismo de participación en los tributos de la Comunidad Autónoma”. Es decir, cubre todas las competencias propias -que desde luego exceden con mucho de la ya amplia relación del art. 9- y las transferidas -conforme a lo dispuesto en la misma LAULA-, y ni siquiera dice que constituya la financiación íntegra de las mismas, sino la financiación fundamental. En definitiva, es hora de que las CCAA demuestren su compromiso con el municipalismo con hechos y no con palabras. Lamentablemente, la experiencia nos hace temer que la Ley no se cumplirá: ni las CCAA realizarán la dotación financiera correspondiente a favor de los municipios ni éstos dejarán de ejercer competencias impropias en caso de no tenerla.

2. Poco cabe decir sobre la configuración de las competencias delegadas en la nueva redacción del art. 27 pues pocas dudas había sobre su constitucionalidad.

3. Respecto al ejercicio de competencias distintas de las propias y de las delegadas deberá adecuarse necesariamente al nuevo art. 7.4 de la LRBRL. El TC es tajante al negar la posibilidad de que las CCAA puedan establecer las

cláusulas generales de competencia o desvirtuar de cualquier otra manera el modelo competencial fijado por la LRSAL. Siguiendo nuestro razonamiento debemos entender contrario a la LRBRL el art. 8 de la LAULA –del que ya se puede afirmar sin tapujos que ha devenido inconstitucional y debería declararse como tal aplicando la doctrina sentada en las SSTC 1/2003 y 66/2011, si bien siempre me ha parecido más práctica y razonable la solución del desplazamiento propuesta en los correspondientes votos particulares-, así como el art. 2.3 del Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que ha sido inconstitucional *ab initio*. Ya no cabe la excusa de que existen dos leyes vigentes y el operador jurídico desconoce cuál aplicar; la STC de 3 de marzo, al rechazar la inconstitucionalidad de los preceptos de la LRSAL enjuiciados ya ha resuelto a su favor, de modo que anteponer normativa autonómica a la LRSAL supone una clara ilegalidad –y si se me apura incurriría en prevaricación-. Parafraseando al fallecido maestro Luis Ortega Álvarez la contrarreforma autonómica contra la LRSAL había «pretendido ir demasiado lejos»<sup>2</sup>.

4. En cuanto al blindaje estatutario de competencias de los municipios de las CCAA cuyos Estatutos recogen un listado de competencias propias como los de Cataluña y Andalucía, el TC se remite a la doctrina fijada en la STC 31/2010, de modo que las previsiones estatutarias sólo se considera que vinculan al legislador autonómico, pero nunca pueden limitar al legislador básico estatal. Debemos sacar a la luz la gravedad del conflicto constitucional que generan o pueden generar estos preceptos estatutarios. Unos preceptos estatutarios capaces de limitar al legislador básico estatal tienen una trascendencia máxima, pues afectan al núcleo del modelo de organización territorial del Estado. En el momento en el que se limita al Estado en el ejercicio de una competencia exclusiva se está sobrepasando un límite sagrado en el modelo de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA delimitado por los arts. 148 y 149 de la CE. El art. 149.1 establece las mínimas competencias que corresponden al Estado para asegurar el principio de unidad. Este es el auténtico fundamento teórico de la doctrina constitucional junto a que los Estatutos de Autonomía sólo son leyes orgánicas, de modo que su relación con las leyes básicas estatales no es de jerarquía, sino de competencia.

---

<sup>2</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, L., *La posición de los estatutos de autonomía con relación a las competencias estatales tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Revista Española de Derecho Constitucional núm. 90, septiembre-diciembre (2010).

Todo ello, unido a la declaración de inconstitucionalidad de las tres primeras disposiciones transitorias de la LRSAL nos deja en una situación en la que lejos de haberse debilitado el articulado de la LRSAL se ha fortalecido, pues además de verse avalada su constitucionalidad y su prevalencia sobre los Estatutos de Autonomía, ya no existen disposiciones que atrasen su aplicación inmediata en el ámbito competencial, de modo que deberían dejar de prestarse de forma inmediata todos los servicios municipales que no tuvieran cobertura en una ley sectorial que cumpla los requisitos del art. 25 de la LRRL o que hubiera sido delegada conforme al art. 27 de la misma norma, aunque como último recurso quedaría la tramitación del expediente previsto en el art. 7.4.

Pero tras este sucinto *excursus*, al que no me he podido resistir, sobre la situación en que queda el sistema competencial municipal, me gustaría recoger algunas de las consideraciones doctrinales con las que el TC arma su sentencia y que vienen a coincidir con las reflexiones realizadas a lo largo de este trabajo. Además de que a lo largo de la sentencia es evidente la omnipresencia de la reforma del art. 135 CE, que altera el canon de constitucionalidad que favorece a los preceptos enjuiciados, transcribiremos el siguiente fragmento de la sentencia (FJ 3º), crucial en mi opinión por su fuerza axiológica:

Por eso una legislación estatal que, respetando aquellos límites, pretendiera reducir la autonomía local al mínimo constitucionalmente garantizado podría ser tan básica y legítima como la que tratara de ensancharla al máximo. Ambas soluciones se corresponden con los polos dentro de los que puede moverse el legislador básico del régimen local en el marco de un sistema constitucional basado en el principio democrático (art. 1 CE).

La doctrina constitucional a este respecto se ha edificado sobre normas básicas habitualmente destinadas a consolidar o incrementar la autonomía de los entes locales. No obstante, de esta doctrina se desprende que para valorar si se está ante bases del régimen local que cumplen aquel primer cometido, resulta determinante que el precepto enjuiciado afecte a la autonomía de entes locales con relieve constitucional, no estrictamente su sentido ampliador o reductor de esa autonomía. A este criterio responden claramente las SSTC 103/2013, FJ 3, letras e), f) y g) y 143/2013, FJ 5. Abordaron el régimen orgánico de los denominados —municipios de gran población‖ introducido en la LRRL por la Ley 57/2003, de 16 de 27 diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que prevé la creación preceptiva de los —órganos de gestión desconcentrada‖ (art. 128 LRRL), la —comisión especial de sugerencias y reclamaciones‖ (arts. 20 y 132 LRRL) y el —consejo social de la ciudad‖ (art. 131 LRRL). Este Tribunal consideró que ese régimen es constitucionalmente legítimo y básico por referencia a la directa afectación de

los intereses de un ente local con autonomía constitucionalmente garantizada con independencia de que los llamados —municipios de gran población— perdieran parte de su capacidad decisoria en un ámbito típicamente local (organización interna).

Interpretar que la competencia normativa estatal empieza allí donde la legislación básica pretende incrementar esa autonomía local conduciría a concebir los arts. 149.1.18, 137, 140 y 141 CE como una suerte de garantía de irreversibilidad de las cotas de autonomía local alcanzadas mediante la ley; con ello el Estado carecería de competencia para derogar o modificar las normas previamente dictadas por él que ampliaban la autonomía local.

Pluralismo político, reversibilidad de las políticas legislativas y garantía institucional son conceptos que están inextricablemente unidos. En consecuencia, una concepción maximalista de la autonomía local es contraria al principio democrático.

## 8. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos intentado demostrar la conveniencia de mantener la vigencia de la teoría de las garantías institucionales creada por Carl Schmitt y que tan fructífera ha sido en Alemania y España pese a las dificultades interpretativas que en la aplicación al caso concreto supone la concreción del núcleo irreductible de una institución. Sin embargo, son diversos los argumentos a favor del mantenimiento de la teoría de las garantías institucionales:

1. El mismo problema hermenéutico en la fijación de límites concretos al legislador aflora en la teoría de la garantía constitucional de la autonomía local que un sector doctrinal propugna como superadora de la teoría de las garantías institucionales.
2. La congruencia de la teoría de las garantías institucionales con el valor superior del pluralismo político que se refleja en la metodología constitucional del juicio de razonabilidad.
3. La intención de los «padres de la Constitución» de incorporar esta teoría de origen germano a nuestra Carta Magna debido al conocimiento previo de los orígenes doctrinales y de los frutos que había dado la misma en Alemania.

No estamos, pues, ante una disquisición intelectual sin trascendencia práctica. Todo lo contrario: sin un cambio de la doctrina constitucional, es previsible que como ya anticipó el dictamen del Consejo de Estado 338/2014, de 26 de mayo, el grueso de la reforma operada por la LRSAL saldrá indemne del conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto contra la misma. Pero es más, la superación de la teoría de las

garantías institucionales supondría un cambio radical en la metodología de trabajo y el peso político de nuestro Tribunal Constitucional, puesto que supondría sustituir el modelo de juicio de razonabilidad constitucional por un modelo de estricta subsunción que limitaría la acción del poder legislativo hasta extremos hoy día inconcebibles, causando graves trastornos en el equilibrio de los poderes del Estado. Y es que si uno considera la cuestión con amplitud de miras, ¿por qué no trasladar la teoría de las garantías constitucionales a otros ámbitos? El régimen local sería sólo un ejemplo de ámbito determinado constitucionalmente casi al detalle y vedado al legislador, salvo en la concreción de pormenores. Cuando se quiere sustituir lo viejo por lo nuevo se deben sopesar previamente todas las consecuencias. La reflexión y el espíritu crítico no pueden desaparecer o verse arrastrados por la seducción del cambio, de lo nuevo. Afortunadamente la primera sentencia recaída sobre la LRSAL se mantiene en la tradicional doctrina de la garantía institucional.

#### 9. BIBLIOGRAFÍA DESTACADA:

AAVV (Coord. Santamaría Pastor): *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014

AAVV: *Las reformas locales en el entorno comparado*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2015

FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge, 'El principio de autonomía local y la posible superación de la teoría de la garantía institucional', *Revista de Administración Pública*. Nº 175/2008.

KELSEN, Hans: *Teoría pura del derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2011.

LUCAS VERDÚ, Pablo: 'Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debedor de la cultura político-constitucional demoliberal', *Revista de Estudios Políticos*. Nº 64/2009.

MELLADO RUIZ, Lorenzo: *Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma económica local?*, CEMCI Publicaciones, Granada, 2014.

MOLINA CANO, Jerónimo: *Contra el "mito Carl Schmitt"*, Universidad de Murcia, 2014.

SCHMITT, Carl:

- *Legalidad y legitimidad*, Ed. Comares, Granada, 2006.
- *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.
- *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009.
- *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2011.
- ‘Posiciones ante el derecho’, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

SOSA WAGNER, Francisco: *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y confidencias*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

ZAFRA VÍCTOR, Manuel: *Respaldo político para buenas ideas*, Ed. Iustel, Madrid, 2015.





## **EL SECTOR PÚBLICO LOCAL INSTITUCIONAL EN LA LEY 40/2015 DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONSORCIOS**

Amparo KONINCKX FRASQUET

*Funcionario de Habilitación Nacional. Secretario de Categoría Superior*

### **SUMARIO:**

1. El sector publico institucional de la Ley 40/2015.
  - 1.1. Introducción.
  - 1.2. Normativa aplicable a la Administración Local.
2. Los Consorcios.
  - 2.1. De la Ley de Bases de Régimen local a la actualidad
  - 2.2. Definición
  - 2.3. Régimen Jurídico.
  - 2.4. Adscripción
  - 2.5. Creación del consorcio
  - 2.6. Personal
  - 2.7. Régimen presupuestario, de contabilidad, control económico-financiero y patrimonial.
  - 2.8. Contenido de los estatutos.
  - 2.9. Separación y disolución

### **1. EL SECTOR PUBLICO INSTITUCIONAL DE LA LEY 40/2015.**

#### **1.1. Introducción.**

De todos es conocida la incidencia que la crisis económica ha tenido en la reforma de las administraciones públicas, reflejado en las normas de los últimos años de procedencia estatal y autonómica, especialmente dirigidas a la Administración institucional.

Y en sentido en el ámbito local uno de los objetivos de la Ley 27/20013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local, como es sabido, ha sido la redimensión el sector publico instrumental, mediante medidas dirigidas a la disolución de entes deficitarios o en situación de desequilibrio, la prohibición temporal en determinados casos de constituir o participar en entes y prohibición de entes de segundo grado A ello se unen otras limitaciones en cuanto a su organización y retribución de sus directivos.

Un paso más lo da la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Publico (LRJSP en adelante) objeto de nuestro comentario, que como expresa en su preámbulo: “En el ámbito de la denominada Administración institucional, la Ley culmina y hace efectivas las conclusiones alcanzadas en este ámbito por la CORA y que son reflejo de la necesidad de dar cumplimiento a lo previsto en el mencionado artículo 31.2 de la Constitución, que ordena que el gasto público realice una asignación equitativa de los recursos públicos, y que su programación y ejecución respondan a los criterios de eficiencia y economía. De forma congruente con este mandato, el artículo 135 de la Constitución establece que todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria”.

Esta Ley dedica el Título II a la organización y funcionamiento del sector público institucional, en el que se contiene una regulación de los distintos entes y organismo que constituyen el sector publico instrumental con dos claros objetivos.

De una parte, contiene una clarificación de los entes del sector publico instrumental del Estado de forma “*unificada*” ante la dispersión de normas hasta el momento, dado que si bien inicialmente se contenían en la Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, posteriormente diversas leyes regularon otras figuras como, entre otras, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones y, la Ley 28/2006, de 18 de julio, de las Agencias estatales, a la vez que se adoptan medidas concretas de racionalización del sector público estatal.

De otra parte, con carácter básico, aplicables por tanto también a la administración autonómica y local, recoge unos principios generales de actuación y medias para asegurar que los entes institucionales cumplen con su finalidad, y se establece la obligatoriedad de inscribir cualquier ente del sector público en el Inventario del Sector Publico Estatal, Autonómico y Local.

Por último, si los entes instrumentales locales han venido tradicionalmente regulándose entre los modos de gestión de los servicios públicos, tanto en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, como en la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local (LBRL), lo que se ha mantenido en la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (art. 85) con excepción de los consorcios y

fundaciones (aunque se incluyen en dicha regulación en algunas normas autonómicas), tras la LRJSP continúa la dicotomía de regular el sector instrumental estatal en las normas de organización, y en el ámbito local entre las formas de gestión, sin perjuicio de los Consorcios y alguna norma sobre las fundaciones como veremos.

## **1.2. Normativa aplicable a la administración Local.**

Centrándonos en el contenido de la LRJSP, como hemos dicho el capítulo I tiene carácter básico, abarcando los artículos 81 y 82.

En ellos se establecen los principios generales a que están sometidas en su actuación las entidades que integran el sector público institucional: legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y de transparencia en su gestión. Y en particular se sujetarán en materia de personal, incluido el laboral, a las limitaciones previstas en la normativa presupuestaria y en las previsiones anuales de los presupuestos generales (art. 81.1).

En realidad este precepto que no es más que una reiteración de lo previsto en el artículo 3 de la misma Ley (legalidad, eficiencia, y principio de transparencia), y de algunos principios recogidos en otras normas básicas (Ley 39/2015, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera) en cuyo ámbito de aplicación se incluye la administración institucional. Y en cuanto a los límites de personal, sabido es que ya las leyes de presupuestos generales del estado de cada año se encargan de aplicarle las limitaciones generales o de establecer las normas específicas para algunos de estos entes.

De mayor interés es la previsión legal, dentro la de filosófica de control del sector público instrumental y su sostenibilidad financiera, de un control de su eficacia para comprobar que cumplen con el fin para el que fueron creados

En este orden se exige a las Administraciones Públicas establecer un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes, con el objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad financiera, y que deberá incluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción (art. 81.2).

Acto seguido, sin carácter básico, referido al sector institucional estatal (art. 85), desarrolla en que consiste el control de eficacia (plan de actuación en el momento de la creación) y sistema de supervisión (verificación de la subsistencia de circunstancias que justificaron su creación, su sostenibilidad financiera y concurrencia de causa de

**AMPARO KONINCKX FRASQUET**

Página 4 de 25

disolución referida al incumplimiento de fines que justificaron su creación o que su subsistencia no resulte el medio más idóneo).

En consecuencia, se trata de evitar lo que ha sido una realidad más frecuente de la deseada, de tras crear un ente que en dicho momento se considera idóneo y sostenible este se mantenga a todas luces si no cumple con sus fines o no resulta sostenible financieramente, dicho de otro modo no solo ha de cumplir sus fines sino además de forma eficiente

De otra parte, el art. 82 regula a nivel legal de forma unificada el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local, configurándolo como un registro público administrativo que garantiza la información pública y la ordenación de todas las entidades integrantes del sector público institucional cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

En el ámbito local dicho inventario se estableció inicialmente en el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las Entidades Locales.

Se exige inscribir en dicho inventario, al menos la creación, transformación, fusión o extinción de cualquier entidad integrante del sector público institucional, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Para ello el titular del máximo órgano de dirección de la entidad (hay que entender que el Alcalde) notificará, a través de la intervención general de la Administración correspondiente, la información necesaria para la inscripción definitiva en dicho Inventario de Entidades del Sector, en los términos previstos reglamentariamente, en el plazo de 30 días hábiles a contar desde que ocurra el acto inscribible. Con ello se amplía el plazo establecido con anterioridad de 15 días en el RD1463/2007 citado para que las entidades locales comuniquen dichos acuerdos, que la Orden MAP 2105/2012, de 1 de octubre fijo posteriormente en un mes<sup>1</sup>.

En cualquier caso, todos los entes vinculados o dependientes de cualquier Administración Pública cualquiera que sea su naturaleza, existentes a la entrada en vigor de la LRJSP deberán estar inscritos en este Inventario del Sector Público en el plazo de tres meses desde dicha entrada en vigor (disposición adicional octava.2 LRJSP).

Pero la verdadera **novedad** de la LRJSP es que esta inscripción es requisito necesario para obtener la asignación del Número de Identificación Fiscal definitivo y

---

<sup>1</sup>.Siendo ahora 30 hábiles por ello algo mayor dada la exclusión del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos conforme al art. 30 Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común, de entrada en vigor junto con la LRJSP.

de la letra identificativa que corresponda a la entidad, de acuerdo con su naturaleza jurídica, por parte de la Administración Tributaria, ya que se requiere para ello la aportación de la certificación de la inscripción de la entidad en el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local (art. 83.2.c).

## 2. LOS CONSORCIOS

### 2.1. De la Ley de Bases de Régimen local a la LRJSP.

Si hemos dicho en el epígrafe primero que la crisis económica ha tenido incidencia en el sector público institucional, ello unido al informe del Tribunal de Cuentas de falta de control de los entes integrados por distintas administraciones públicas, cobra especialmente fuerza en relación con los consorcios, máxime los de carácter local, figura que ha sido objeto de especial atención por el legislador estatal en los últimos años.

Y ello frente a su escueta regulación tradicional del consorcio. En efecto, contemplado en el RSCL en varios los artículos 37 a 40 de forma breve, la LBRL de 1985 le dedica únicamente el art. 87 (sin perjuicio de alguna referencia en el art. 57 incluido en las relaciones interadministrativas) y uno también, el 110, Real Decreto Legislativo 781/1986 por el que se aprueba el Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en el ámbito de local.

En la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común por la modificación operada con la Ley 4/1999, se recogió en apartado 5 del art. 6 como forma de gestionar los convenios entre el Estado y Comunidades Autónomas.

La Ley 27/2013, de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, como sabemos incluyó en la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común una nueva disposición con carácter básico, denominada régimen jurídico de los consorcios (aunque pese a su denominación como veremos no regulaba de forma completa su régimen), además de otras disposiciones aplicables exclusivamente a la administración local.

Ha sido opinión compartida, las importantes limitaciones que establece esta norma para la creación y mantenimiento de los Consorcios<sup>2</sup>. Y es evidente que ello obedece además de las razones apuntadas con anterioridad en relación a todo el sector institucional, al aumento tan significativo de esta figura asociativa durante las últimas décadas.

---

<sup>2</sup> Toscano Gil, F. El consorcio en la encrucijada, REALA N° 3 .enero-junio 2015.

Casi nueve meses después, la Ley 15/2014, de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, también de carácter básico regulo por primera vez el derecho de separación y disolución del consorcio.

La LRJSP dedica un capítulo a los consorcios, comprendiendo los artículos 118 a 127, todas ellos básico salvo el apartado segundo del art. 123. Esta nueva Ley no solo recoge lo dispuesto en las dos leyes antes citadas sino que contiene una regulación más completa y detallada. En los siguientes epígrafes analizaremos los aspectos más significativos y novedosos así como en ver si resuelve los problemas que se han venido suscitando en torno a la figura del consorcio.

## **2.2. Definición.**

Como novedad en una norma básica, la LRJSP, define el consorcio, en el artículo 118, como *entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias.*

Pese a su configuración en los términos que tradicionalmente lo ha hecho la doctrina, debemos detenernos en efectuar **algunas consideraciones.**

En primer lugar, en relación con el art. 6 de la LRJPAC la novedad consiste en la posibilidad de constituir consorcios con entidades privadas, previsión contenida en el ámbito local a partir de la Ley 7 /1985 de Bases de Régimen Local si bien con el requisito de ser dichas entidades privadas sin ánimo de lucro.

La LRJSP no exige que sean sin ánimo de lucro, pero acto seguido, en concreto en el artículo 120.3 señala que cuando participen en el consorcio entidades privadas, el consorcio no tendrá ánimo de lucro.

En segundo lugar, el consorcio no solo pueden constituirlo la administración del Estado, Comunidad Autónoma y Entidades Locales sino también sus entes dependientes, lo que se deducía del art. 6 LRJPAC pero no se preveía en la LBRL.

Sin embargo, como veremos esto no se aplica de momento a la administración local, por la disposición adicional novena de la LBRL en redacción dada por la LRSAL, en las que nos detendremos con detalle al tratar de la creación del Consorcio, al prohibir a los entes institucionales participar en la creación de otros entes .

A las dos observaciones expuestas debemos añadir un interrogante clásico ¿puede constituirse un consorcio solo por municipios?, polémica debida a la referencia del art. 87

LBRL a la posibilidad de crear consorcios con “otras” administraciones públicas, sin especificar que tengan que ser de distinto orden o ámbito territorial.

Vaya por delante que hay consorcios constituidos únicamente por municipios. Si bien, para la mayoría de la doctrina deben participar entidades de distinto orden, y solo caben entre Entidades Locales si son de distinto nivel, esto es municipio y provincia pero no entre municipios.<sup>3</sup> Y esta fue la postura mantenida por el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 22/2001, de 14 de marzo, negando la posibilidad de consorcios integrados exclusivamente por municipios considerando que la composición de los consorcios ha de ser necesariamente heterogénea. En el mismo sentido el TS Comunidad Valenciana en sentencia de 3 de julio de 2006 (RJ 2007,234111) respecto a la prestación por ayuntamientos del servicio obligatorio de suministro de agua potable a través de un Consorcio.

Las leyes autonómicas de régimen local en su mayoría recogen los mismo términos del art. 87 LBRL, esto es la referencia a “otras “administraciones públicas, no obstante la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja y la actual Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía aclaran expresamente que las Entidades Locales pueden constituir consorcios con Entidades Locales de distinto nivel territorial. Por el contrario, la Ley 8/2010 de Régimen Local de la Comunidad Valenciana admite con consorcios con otras entidades locales de igual nivel territorial<sup>4</sup> .

A mi entender cuando la LRJSP se refiere a *diversas* administraciones se está refiriendo a administraciones de distinto nivel, pues el termino parece algo mas clarificador que el empleado por la LBRL, si bien no podemos por menos reprochar al legislador mayor precisión pues de sobra es conocida la polémica señalada entre los profesionales y estudiosos de la vida local.

Desde el ámbito objetivo, los consorcios podrán realizar actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes (art. 118.2).

No hace falta recordar que los fines del consorcio deberán ser competencia de los entes que le integren, habiendo muchos campos con intereses comunes donde las distintas administraciones tienen distinto grado de competencias (una la dirección ,planificación , coordinación , el Municipio la ejecutiva y la Diputación la colaboración) siendo una forma

<sup>3</sup> Entre otros, Rebollo Puig, Manuel. Los consorcios entre entes locales como forma de cooperación. Anuario de Gobierno local.1997.

<sup>4</sup> Artículo 108 1 LRLC: “En el marco de la coordinación y cooperación administrativa, las entidades locales valencianas podrán constituir consorcios con *otras entidades locales de igual o distinto nivel territorial*, así como con otras administraciones públicas para finalidades de interés común y con entidades privadas sin ánimo de lucro que tengan finalidades de interés público concurrentes”.

asociativa idónea para prestar servicios municipales de forma compartida, y a ello se refiere el art. 26.2 de la LBRL ,en redacción dada por la LRSAL lo que choca con los grandes impedimentos que dicha ley pone a los consorcios, sobre esto me detendré más adelante.

El apartado tercero del artículo que comentamos se refiere a los consorcios transfronterizos para la gestión de servicios públicos, que pueden constituirse de acuerdo con los convenios Internacionales ratificado por España, lo que fue incorporado en la LBRL por la Ley 57/2003 de Medias de Modernización del Gobierno local y que por ello no nos vamos a detener.

Finaliza el precepto disponiendo que la denominación de los consorcios deberá figurar necesariamente la indicación «consorcio» o su abreviatura «C», con el objeto de aclarar en el inventario su naturaleza, lo que se exige no solo respecto de esta figura sino de todos los entes institucionales ante la confusión que puede producir las diferentes denominaciones que se adoptan (especialmente los organismo autónomos figuran en los estatutos como patronatos, institutos ect).

### **2.3 Régimen Jurídico**

Con la, denominación “Régimen jurídico” el art. 119 LRJSP señala la legislación aplicable, siendo en primer lugar, dado su carácter básico, lo establecido en esta Ley, permitiendo su desarrollo por la normativa autonómica, la cual deberá en muchos casos adaptarse a la LRJSP en el plazo de un año a partir de su entrada en vigor como prevé la disposición final decimo séptima.

Acto seguido es de aplicación los estatutos a los que la LRJSP se remite en diversos preceptos (art. 124, 126 y 127), así como la legislación autonómica, a lo que hay que añadir - adelantándonos a lo que diremos en el lugar correspondiente – que exigiendo la LRJSP un convenio para crear un consorcio, los estatutos deberán desarrollar o ajustarse a las previsiones en el contenidas.

Por lo demás, ningún problema presenta en principio este apartado, al ser obvia la prelación que establece.

Dejaremos de momento a parte el apartado 2 referido la normativa sobre el régimen del derecho de separación, disolución, liquidación y extinción, para tratarlo en el epígrafe correspondiente a la separación y disolución, para ver las novedades que introduce.

Finalmente en el apartado 3 dispone que las normas establecidas en la Ley 7/1985 LBRL y en la Ley 27/2013, RSAL sobre los Consorcios locales tendrán carácter supletorio respecto a lo dispuesto en esta Ley.



Llama la intención que la LRSAP declare supletorias leyes básicas, si bien conforme a la doctrina del TC en lo que el Estado tiene competencias puede declarar que es supletorio a mi juicio ello no puede entenderse en su sentido literal en referencia a la administración local, porque como veremos persisten vigentes por ejemplo el art. 57 LBRL y disposición adicional novena de la LBRL, modificados por la LRSAL con carácter básico, en base no solo al art. 149.1.18 sino también a 149.1.14 sobre la Hacienda general y deuda del Estado (preámbulo y disposición final quinta LRSAL), debiendo entenderse en el sentido que la LBRL y LRSAL son normas específicas locales, sobre ellas volveré al tratar la creación del consorcio.

No podemos finalizar este epígrafe sin recordar que la LRSAP deroga expresamente por lo que se refiere a los consorcios:

- Art. 87 LBRL.
- Artículos 37 a 40 del RSCL.
- Art. 110 del TRRL.
- Artículos 12, 13, 14 y 15 y disposición adicional sexta de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa .

Además simultáneamente a la entrada en vigor de la LRJSP lo hará la Ley 39/2015, de Procedimiento administrativo Común (LPAC), que deroga la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y por ello regulación contenida en su disposición adicional vigésima sobre los consorcios<sup>5</sup>. Obsérvese que la LRJSP no contiene dispensa alguna lo que hace pensar que todos los consorcios quedarán también sometidos a sus normas.

No obstante lo dicho, no se ha derogado expresamente la disposición final decima de la ley 15/2014 que modifica la Ley 15/1997 respecto a los consorcios sanitarios, si bien dicha norma se remite a la regulación general de los consorcios y por tanto a esta nueva regulación (LRJSP) sin perjuicio de determinadas peculiaridades en cuanto a su personal según se verá.

## **2.4. Adscripción.**

La mayor novedad de la regulación de los consorcios introducida por la LRSAL, con carácter básico fue la adscripción de los mismos a una administración pública, lo cual

---

<sup>5</sup> Y puede entenderse que también la disposición adicional decimocuarta por la remisión a aquella que exceptuaba determinados consorcios sin pérdidas y no subvencionados.

adquiere importancia ante la problemática tradicional de su naturaleza jurídica, en concreto cuando está constituido por entidades locales y el Estado o la Comunidad Autónoma si se considera entidad local y por ello es de aplicación de normativa autonómica sobre régimen local y demás normativa de aplicación a las entidades locales.

No me puedo detener aquí en esta problemática que he tratado en otras ocasiones,<sup>6</sup> solo recordar que prescindiendo de antecedentes históricos la polémica se suscita en la LBRL al no incluir los consorcios en el art. 3 al enumerar las Entidades Locales<sup>7</sup>.

Pese a las distintas posturas doctrinales, la jurisprudencia ha sido bastante unánime en este aspecto. Destacaré por conocida y reiterada, la sentencia del TS de 30 de abril de 1999 (RJ 4692), en la que se analizan los estatutos del Consorcio de Extinción de Incendios y, Salvamento y Protección civil del Principado de Asturias constituido por los ayuntamientos y el Principado de Asturias. El TS se centra en dos consideraciones fundamentales. En primer lugar, que los fines que le atribuyen los estatutos a este del consorcio son competencias locales. En segundo lugar, declara el carácter no cerrado de la enumeración de entidades locales en el artículo 3 de la LBRL, considerando que el hecho de que no se incluyan los consorcios en tal artículo se debe a la amplitud de fines que pueden asumir los Consorcios, permitiendo que en cada caso, según las circunstancias concurrentes, pueda determinarse si el Consorcio constituido es o no una entidad local. En base a lo expuesto concluye la sentencia que en dicho caso se trataba de una entidad local.

A esta sentencia han seguido otras posteriores referidas también a consorcios entre entidades locales y la comunidad autónoma, declarando su carácter local por ser sus competencias locales y estar participada mayoritariamente por entidades locales<sup>8</sup>.

No obstante, los distintos legisladores comenzaron a regular cuando el consorcio pertenece al sector público estatal, autonómico o local, con distinto criterio<sup>9</sup>.

Ante este panorama normativo divergente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, podía dar lugar a dificultades de adscripción bien por tener que adscribirse simultáneamente a dos administraciones (por diferentes criterios) o no quedar adscrito (si se exige la concurrencia de varios simultáneamente).

Era pues necesaria una norma básica estatal que estableciera un criterio unificador. Y es así que la LRSAL de diciembre de 2013, en su disposición final segunda de la

<sup>6</sup> Koninckx Frasquet, Amparo. De nuevo sobre los consorcios, en el libro colectivo Reforma del Régimen Local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local: veinte estudios, Thomson Reuters .Aranzadi 2014 páginas 569 a 578.

<sup>7</sup> En consecuencia, también se omiten los consorcios en el RD 382/1986, de 10 de febrero, por el que se regula el Registro de entidades locales del Estado.

<sup>8</sup> SSTs 28 de noviembre de 2007 y de 20 de julio de 2011; STSJ Madrid de de 23 de marzo de 2012, de 25 de abril de 2012 y 5 de noviembre de 2013.

<sup>9</sup>Al respecto puede verse con más detalle, Koninckx Frasquet, Amparo obra citadas páginas 580 y 581.

LRSAL modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para incluir una nueva disposición adicional, la vigésima, sobre el régimen jurídico de los consorcios, con carácter básico aplicable a todas las administraciones públicas sin perjuicio de otras disposiciones específicamente aplicables a las entidades locales que veremos más adelante.

Si con la regulación del régimen jurídico de los consorcios podría haberse solucionado el problema tradicional del ordenamiento jurídico aplicable, no fue así, pues conforme a la filosofía de la LRSAL se centra en el control de gasto, sin entrar en su naturaleza jurídica, y solo prevé que el régimen presupuestario, de contabilidad, control y personal será el de la administración de adscripción.

Ello dio lugar a una nueva polémica, esto es porque ordenamiento se rige en lo demás, habiendo distintas posturas. Para unos hay que estar a lo que dispongan sus estatutos, según otros a las normas autonómicas de régimen local que regulen con detalle los consorcios, si bien no son todas y, una tercera interpretación por razones de seguridad jurídica aun conscientes de que no lo dice la ley, defiende que se rigen por el ordenamiento jurídico de la administración de adscripción.

Veamos lo que establece la LRJSP.

Con cierta mejora técnica respecto a la LRSAL, el artículo 120 LRJSP dispone que los estatutos de cada consorcio determinarán la Administración Pública a la que estará adscrito, pero dicha adscripción no se deja al arbitrio de sus órganos sino que se hará de acuerdo con los criterios que indica la propia Ley, (los mismos que introdujo la LRSAL), ordenados por prioridad en su aplicación y referidos a la situación en el primer día del ejercicio presupuestario, los cuales determina a que administración queda el consorcio adscrito, en cada ejercicio presupuestario y por todo este periodo. Dichos criterios son:

- a) *Disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno.*
- b) *Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.*
- c) *Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.*
- d) *Disponga de un mayor control sobre la actividad del consorcio debido a una normativa especial.*
- e) *Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.*

**AMPARO KONINCKX FRASQUET**

Página 12 de 25

*f) Financie en más de un cincuenta por ciento, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año.*

*g) Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial.*

*h) Tenga mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio.*

Los criterios enumerados han sido valorados de forma diversa por la doctrina<sup>10</sup>, pero no era fácil la tarea del legislador dada la diversidad de consorcios existentes, por ello entiendo razonable que optara por un gran número de los mismos.

Cuestión distinta es que afectivamente algunos criterios absorban otros, piénsese por ejemplo que el ente que ostente mayor número de votos normalmente será el que su representante sea el Presidente y por ende tener facultad para designar el personal directivo, si bien la práctica demuestra que esto no puede generalizarse dado que ello depende de lo que se establezca en los estatutos respecto a las atribuciones de los diversos órganos de gobierno, por lo que en este aspecto no considero del todo justas las críticas, casi podría decirse que cada consorcio es un mundo.

Ahora bien, por el criterio prioritario puede resultar que un consorcio constituido en su mayoría por entidades locales cuyos fines sean competencia municipal, quede finalmente adscrito a la Comunidad Autónoma porque esta ostente mayor número de votos (considerados los entes integrantes individualmente) aunque la suma de votos de todas las entidades locales sea superior al de la Comunidad Autónoma, pero definitivamente el legislador ha optado por este criterio frente al predominante en la doctrina (quizá influenciada por la jurisprudencia) de atender a las competencias y naturaleza de las entidades que lo integran (no sin alguna excepción como Nieto Garrido).

Además igual que la LRSAL aclara, que en el supuesto de que participen en el consorcio entidades privadas, estará adscrito a la Administración Pública que resulte de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado anterior. Esto es, que para determinar la adscripción se excluye a la entidad privada y se aplican los criterios vistos a las demás administraciones públicas que conformen el consorcio, para determinar actual de ellas queda adscrito.

Ello es acorde con su naturaleza “pública” y con la postura doctrinal que venía defendiendo que la intervención de un sujeto privado no podía llegar a condicionar el

<sup>10</sup> Muy crítica es Nieto Garrido, Eva. La reforma de las entidades instrumentales por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local. REDA nº 165. 2014 página 122.

régimen jurídico del consorcio, existiendo otras formulas para someterse a un régimen privado.

Además dada la exigencia de que conste en los estatutos la administración de adscripción se exige que *cualquier cambio de adscripción a una Administración Pública, cualquiera que fuere su causa, conllevará la modificación de los estatutos del consorcio en un plazo no superior a seis meses, contados desde el inicio del ejercicio presupuestario siguiente a aquel en se produjo el cambio de adscripción.*

La importancia de la adscripción del consorcio es debida a determinar la aplicación del régimen presupuestario, contabilidad, cuentas, personal y normas patrimoniales de la administración de adscripción.

Pero ¿en que se rige por todo lo demás? .Lógicamente esto ya no se contesta desde el debate tradicional de su naturaleza jurídica, no procede ya cuestionarnos si es o no una entidad local, el planteamiento es otro, pues es clara la configuración del consorcio como un ente institucional que debe adscribirse a una administración matriz, cuestión distinta es si está justificado el tratamiento diferenciado con respecto a las mancomunidades siendo igualmente una asociación de entidades. La problemática de la legislación aplicable (sin duda disminuida en los últimas décadas por la inclusión de los consorcios en normas básicas como LEBEP , TRLCSP, LEPSF y ahora por la mayor regulación contenida en la LRJSP), en todo lo que pudiera quedar como fleco ,entiendo que se rige por la legislación de la administración de adscripción, solución que alguna doctrina ha defendido ante la imprecisión de la LRSAL por razones de seguridad jurídica según se ha dicho, y que ahora tendrá sustento legal en la primacía de la LRJSP (art. 119.1), pues el art. 81 de carácter básico antes comentado dispone que *los entes dependientes de la administración autonómica y local se regirán por los preceptos básicos de esta ley así como la propia de la administración a que se adscriben.*

## 2.5. Creación del consorcio

Regulado en el art. 123, este precepto es solo básico en su apartado primero al establecer el apartado segundo a ciertas reglas para su creación por el Estado.

Se impone a los consorcios su creación mediante **convenio** suscrito por las administraciones, organismo público o entidades participantes.

La necesidad de un convenio para constituir un consorcio se prevé en el art.6 la LRJPAC para los consorcios entre el Estado y las Comunidades autónomas, pero no en la LBRL ni TRRL ni RSCL, solo aisladamente alguna norma autonomía de régimen local lo exige (vr.gr. art. 47 de la Ley 20/206, Municipal y de Régimen Local Illes Balears y art. 80 LALA).

En todo caso parece lógico que dado el carácter asociativo de los consorcios, las entidades a consorcial aúnen sus voluntades en un convenio.<sup>11</sup> Así requiriéndose en el art. 47.2 g) LBRL para constituir un consorcio el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación (art. 47.2 g) LBRL), ello será extensible al convenio de creación.

Ahora bien aquí no acaba todo lo que se requiere para constituir un consorcio por parte de las entidades locales ya que la LBRL en la modificación introducida por la LRSAL añadió al art. 57 los apartados 2 y 3.

A título de anécdota señalar que en el anteproyecto de LRJSP de enero de 2015 en la disposición derogatoria se incluía el art.57, y el Consejo de Estado en su dictamen así lo señala sin objetar nada al efecto, sin embargo en el proyecto que remitió finalmente el Gobierno al Congreso de Diputados ya no se incluía entre los expresamente derogados, y así ha quedado definitivamente.

Sin perjuicio de las críticas de que ha sido objeto la nueva redacción del art. 57 LBRL, en todo caso ninguna dificultad plantea el apartado segundo del mismo en cuanto exige *que los convenios y consorcios deben mejorar la eficacia de la gestión pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*, lo cual se requiere también en la LRJSP en relación a los convenios (art. 48.3 LRJSP) por lo que es de aplicación igualmente con carácter básico al ser necesario un convenio para crear el consorcio.<sup>12</sup>

Más problemático es el apartado 3 al art. 57 al disponer que *la constitución de un consorcio solo podrá tener lugar cuando la cooperación no pueda formalizarse a través de un convenio y siempre que, en términos de eficiencia económica, aquélla permita una asignación más eficiente de los recursos económicos.*

Esta subordinación del consorcio a los convenio, objeto de críticas doctrinales y políticas, sin lugar a dudas se debe como hemos reiterado al exceso incremento de los consorcios participados por entidades locales en las últimas décadas, ahora bien un gran número de ellos lo han sido a iniciativa de las Comunidades Autónomas .

El Consejo de Estado en su dictamen 338/2014, de 22 de mayo de 2014 con motivo de la cuestión de conflicto de autonomía local plantado por el ayuntamiento de Barcelona y otros ayuntamientos catalanes, ha señalado que los requisitos del 57.3 responden, a las exigencias propias del artículo 135 de la Constitución, desarrollado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. En todo caso, cabe observar que la "eficiencia" en la asignación de recursos no significa que la

<sup>11</sup> En este sentido con anterioridad ya lo señalaba Sosa Wagner, Francisco, los modos de gestión de los servicios públicos locales, Thomson Civitas, 2007 , pag, 378l

<sup>12</sup> Declarado constitucional por la reciente sentencia del TC de 3 de marzo de 2016.

LRSAL obligue a las Entidades Locales a optar por la alternativa que suponga un menor gasto en términos absolutos sino por aquella que, dentro de la sostenibilidad financiera de la Hacienda local en su conjunto, consiga una mejor relación entre costes previstos y beneficios esperados. En tales términos, los requisitos establecidos en el artículo 57.3 de la LBRL para la constitución de un consorcio deben considerarse compatibles con el derecho de las Entidades Locales a asociarse con otras Administraciones de la misma o distinta naturaleza. Por lo demás, la necesidad de que las Entidades Locales que pretenden constituir un consorcio acrediten ambos requisitos no es sino consecuencia del deber de motivación que incumbe a cualesquiera Administraciones públicas en la toma de decisiones que afecten al interés general y que entronca, en última instancia, con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos previsto en el artículo 9.3 de la Constitución.

Y al respecto el TC en la reciente sentencia de 3 de marzo de 2016 ,resolviendo el recurso de inconstitucionalidad num.1792-2014 interpuesto por la Asamblea de Extremadura, ha declarado que la preferencia de la formula convencional en detrimento de la consorcial puede discutirse políticamente ,pero constituye una directriz directamente encaminada a desarrollar una política de contención de personificaciones públicas que se sitúa dentro de los amplios márgenes de configuración legislativa que abre la Constitución y amparan los apartados 14 y 18 del art. 149.1 de la Constitución .

En todo caso, y como he dicho en otro lugar <sup>13</sup> antes de la citada sentencia del TC - y hoy considero acorde con su pronunciamiento-, no podemos hacer interpretaciones tan restrictivas, debiendo entenderse que la finalidad del legislador es evitar consorcios incensarios simplemente para organizar determinados eventos, lo que puede gestionarse mediante un convenio con previsión de órganos mixtos.

Ahora bien, si se trata de gestionar servicios públicos que en principio son permanentes parece más adecuada la constitución de una entidad con personalidad jurídica donde los entes implicados participan de continuo en las decisiones.

Pero no son estas las únicas limitaciones a la creación de un consorcio, sin duda superables como se ha visto.

Mayor incidencia tiene la disposición adicional novena de la LBRL , introducida por la LRSAL (denominada redimensión del sector público local), en la que no me detendré más de lo necesario, al vetar a las entidades locales adquirir, constituir o participar en la constitución de nuevos entes instrumentales , y entre ellos , los consorcio, *durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste*, se trata pues de un impedimento temporal a la prestación de servicios públicos de forma compartida mediante consorcio, si bien en algunos momentos puede tener gran

<sup>13</sup> Koninckx Frasquet, Amparo obra citada páginas 564 a 569.

**AMPARO KONINCKX FRASQUET**

Página 16 de 25

envergadura por el número de ayuntamientos que se puedan encontrarse en dicha situación.

Puede decirse que la dicha exigencia se encuentra también en la LRJSP porque en el convenio de creación ha de incluirse los compromisos económicos debiendo ser financieramente sostenible y tener capacidad para financiarlos quienes los suscriban (art. 48.5), pero precisamente la fórmula consorcial podría ser la solución a su situación financiera haciendo más sostenibles la prestación de algunos servicios de forma conjunta

Por último, no menos importante es el apartado 3 de la citada disposición novena, al prohibir a los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados o sean dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, a cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley o de sus organismos autónomos, no podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional

Siendo esta prohibición de crear entes instrumentales de segundo grado, cualquiera que sea la situación económico-financiera de la entidad, de carácter definitivo, y volviendo a la definición del consorcio en la LRJSP vista con anterioridad, podemos preguntarnos: ¿Deroga la LRJSP la prohibición de participar los entes dependientes de administración local en un consorcio?

A mi entender la definición de consorcio con carácter general no deroga esta disposición específica local, ni puede considerarse supletoria a lo que disponga la administración autonómica, motivada en la exposición de motivo de la LRSAL, por razones de eficiencia económica en base a la competencia exclusiva del Estado, como he señalado con anterioridad.<sup>14</sup>

En todo caso habrá que estar finalmente a lo que diga el TC, pues esta disposición ha sido cuestionada por violación de la autonomía local por el Ayuntamiento de Barcelona y otros, si bien en opinión del Consejo de Estado como la prohibición no afecta

---

<sup>14</sup> Y en relación a la competencia estatal para establecer dicha prohibición puede tenerse en cuenta: STC 103/2013, respecto al recurso de inconstitucional contra la ley 57/2003 en concreto respecto la competencia del Estado para establecer las especialidades de los organismos públicos locales en el art. 85 bis LBRL, declaro: Forma parte de la competencia estatal para regular la organización de las entidades instrumentales locales, ex art. 149.1.18 CE, aquellos aspectos que son necesarios para establecer un modelo común que, en todo caso, garantice un tratamiento común a los administrados, sin que exista razón alguna, que tampoco alega la representación del Parlamento de Cataluña, que permita afirmar que la competencia del Estado solo alcanza el establecimiento de un modelo, común para el Estado y las entidades locales –mediante la técnica de la remisión a la LOFAGE–, debiendo ser las Comunidades Autónomas las que, en ejercicio de su competencia de desarrollo legislativo de las bases estatales, lo modulen para las entidades locales. Y la reciente sentencia TC de 3 de marzo de 2016 en cuyo caso no se impugnaba dicha disposición, si bien respecto a la redacción dada por la ley 27/2013 al art. 85 .2 LBRL respecto a las preferencias de unas soluciones sobre otras e en cuanto a las forma de gestión directa ha declarado que ello condiciona la autonomía local, pero no la vulnera en absoluto, ajustándose plenamente a los principios generales de buena gestión financiera parcialmente garantizados por el art. 31.2 CE.



a la Corporación matriz sino a los entes dependientes no parece vulnerar la autonomía local (dictamen 338/2014).

## 2.6. Personal

Por lo que se refiere al personal, el apartado primero del art.121, con el fin no implicar incremento de gasto, dispone que *el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral y habrá de proceder exclusivamente de las Administraciones participantes, sometiéndolo al régimen jurídico de la Administración Pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla.*

Si bien la disposición adicional decimotercera de la LRSAL exceptúa a los consorcios constituidos antes de la entrada en vigor de dicha Ley, que presten servicios mínimos a los que se refiere el artículo 26 de la LBRL, en cuyo caso les permite tener personal propio . Así mismo *la Ley 14/2015 en su Disposición final décima modifica la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, para incluir una nueva disposición adicional única, en cuyo apartado 3 dispone que el personal al servicio de los consorcios sanitarios podrá ser funcionario, estatutario o laboral procedente de las Administraciones participantes o laboral en caso de ser contratado directamente por el consorcio.*

Al margen de estas excepciones, la obligada reutilización del personal de las administraciones participantes, prevista ya en la disposición adicional vigésima LRJAPC en un momento que hacía años estaba congelada la oferta pública de empleo supuso un obstáculo más a añadir a la creación de los consorcios, pues no parece que a la administración matriz le sobrara personal para destinarlo a los Consorcios. De hecho , acto seguido la disposición adicional séptima LPGE para 2015 permitió a los consorcios de ciencia, tecnología e investigación puedan realizar contratos indefinidos con un límite de 50 por ciento de su tasa de reposición (cuando para las demás administraciones se prohibía aplicar la consolidación de empleo prevista en DT 4 EBEP) y dicha permisibilidad se extiende en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016 todos los consorcios pudiendo realizar contratos indefinidos hasta un cincuenta por ciento de la tasa de reposición.

Parece que el Gobierno consciente de los escollos que supuso la LRSAL, en el apartado 2 del art 121 que comentamos, como **novedad** añade que *excepcionalmente*, cuando no resulte posible contar con personal procedente de las Administraciones participantes en el consorcio en atención *a la singularidad de las funciones a desempeñar*, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, u órgano competente de la

**AMPARO KONINCKX FRASQUET**

Página 18 de 25

Administración a la que se adscriba el consorcio, *podrá autorizar la contratación directa* de personal por parte del consorcio para el ejercicio de dichas funciones.

Ahora bien el apartado transcrito contiene importantes limitaciones comenzando por la excepcionalidad, que como tal no puede convertirse en regla general.

Pero además, la autorización viene determinada por *la singularidad de las funciones* a desempeñar, concepto jurídico indeterminado que habrá que determinar.

La noción de puesto singularizado procede del Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la administración del Estado y provisión de puestos de trabajo y promoción profesional, del año 1995, en cuyo art. 59 dispone que los *funcionarios que ocupen puestos no singularizados podrán ser adscritos por necesidades del servicio con carácter definitivo a otros puestos de la misma naturaleza y nivel de complemento de destino y específico.*

Realmente la singularidad o no de los puestos obedece a cuestiones organizativas, y se establece en cada relación de puestos de trabajo. Pero a ello se ha referido la jurisprudencia, así por significativa la STSJ de Galicia de 24 de marzo de 2010 (recurso 890/2006) declara que la singularidad debe atenerse a las funciones que debe desempeñar su titular y no a los cometidos específicos de cada trabajo, no existiendo por regla general singularidad dentro de la administración general entre sí ni tampoco entre los de la administración especial si pertenecen a la misma carrera u oficio. Así la singularidad los es por la función particular que lo distingue de los restantes puestos de la organización, como los desempeñados por los funcionarios de habitación nacional (Secretario, Interventor y Tesorero) Director de biblioteca o museos, jefe del Servicio de extinción de incendio, por requerir unos conocimientos específicos que no pueden desempeñarse por todos los funcionarios y no puede aceptarse que la singularidad sea simplemente porque ejerza funciones distintas a otros funcionarios, porque entonces todos los puestos, salvo los más bajos, serían singularizados cuando en realidad son de la misma naturaleza.

Ante esto, el problema sigue latente si realmente lo que se necesita es un titulado superior para tramitar expedientes de contratación y todos los incidentes que surgen durante la vida de los mismos o cuestiones de personal, pues no parece que este perfil entre en la singularidad.

En segundo lugar, lo que se permite es la “contratación”, y estando sometidos los consorcios al EBEP y normativa autonómicas sobre el empleado público mal se resuelve el problema si las tareas a realizar son de las que deben desempeñarse por funcionarios por tratarse de funciones propias de la actividad administrativa y de con carácter

permanente, pues como sabemos el termino contratación hace referencia a los laborales, los funcionarios se nombran.<sup>15</sup>

Por último es evidente que queda excluido del consorcio, el personal eventual, tanto propio como adscrito, lo que se desprende de este precepto y en el ámbito local se recoge con toda claridad en el art. 104 bis LBRL .Y en cuanto este adscrito a un ente local por aplicación de su régimen de personal deberán desempeñarse las tareas de secretaria e intervención por habilitados nacionales.

## **2.7. Régimen presupuestario, de contabilidad, control económico-financiero y patrimonial.**

Como habíamos adelantado, los consorcios estarán sujetos al régimen presupuestario, de contabilidad, control y normas patrimoniales de la Administración Pública a la que estén adscritos, sin perjuicio de su sujeción a lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Reflejo de la preocupación por la viabilidad financiera del consorcio, se requiere para determinar la financiación tener en cuenta los compromisos convencionales o estatuarios además de la financiación real, exigiendo un análisis de los desembolsos efectivos de las aportaciones realizadas.<sup>16</sup>

Y los consorcios deberán formar parte de los presupuestos e incluirse en la cuenta general de la Administración Pública de adscripción. A su vez la adscripción conlleva la obligación de esta de realizar una auditoría de las cuentas del Consorcio.

Esta regulación provoca en principio reticencias al consorcio, dada la situación de muchos de ellos, al computarle a la administración de adscripción para determinar si cumple con el periodo medio de pago o regla del gasto que es consolidado, siendo comprensible que no esté dispuesta a asumir una administración las consecuencias de que otras administraciones o entes que participen en el consorcio no cumplan los compromisos económicos al menos en plazo, si bien como veremos a continuación la ley establece mecanismo que pueden ser contundentes si se aplican para evitar esto último.

---

<sup>15</sup> Sin embargo, el termino contratación ha venido utilizándola el legislador en disposiciones adicionales de las leyes de presupuestos generales del estado referido a “*contratar personal funcionario o laboral*” (véase disposición adicional decimocuarta LPGE para 2016). Habrá que ver si las leyes de presupuestos de cada año aclaran en qué medida se permite la incorporación de personal. y si se está refiriendo a temporales o fijos, lo que tampoco se concreta.

<sup>16</sup> Este apartado que no se encontraba en la DA vigésima LRJPAC.

## 2.8. Contenido de los estatutos.

La LRJSP establece el contenido de los estatutos, con carácter de mínimos, pudiendo completarse por lo que dispongan las Comunidades Autónomas.

Los estatutos deben determinar la Administración Pública a la que estará adscrita el consorcio, así como su régimen orgánico, funcional y financiero de acuerdo con lo previsto en esta Ley, y ya hemos visto que será en función de la administración de adscripción, sin perjuicio de las adaptaciones oportunas en su traslación a esta figura.

Así mismo, han de concretar la sede, objeto, fines y funciones; identificación de participantes en el consorcio así como las aportaciones de sus miembros; órganos de gobiernos y administración, su composición<sup>17</sup> y funcionamiento, con indicación expresa del régimen de adopción de acuerdos y causas de disolución, estas últimas algunas previstas en la propia ley.

Pero, **lo más destacable** y novedoso del contenido de los estatutos, es la preocupación de la nueva ley por que se cumplan los compromisos financieros y aportaciones que se hubieren asumido. En efecto se exige incluir (imperativamente) cláusulas que limiten las actividades del consorcio si las entidades consorciadas incumplieran los compromisos de financiación o de cualquier otro tipo, así como fórmulas tendentes al aseguramiento de las cantidades comprometidas por las entidades consorciadas con carácter previo a la realización de las actividades presupuestadas.

Por otra parte, podrán (ahora con carácter potestativo) incluirse cláusulas que contemplen la suspensión temporal del derecho de voto o a la participación en la formación de los acuerdos cuando las Administraciones o entidades consorciadas incumplan manifiestamente sus obligaciones para con el consorcio, especialmente en lo que se refiere a los compromisos de financiación de las actividades del mismo.

Esta previsión se ha venido recogiendo con anterioridad en algunos estatutos, elevándose ahora a nivel legal, siendo del todo acertada porque la realidad demuestra que efectivamente se producen retrasos importantes por parte de algunos miembros del consorcio, sin que ello tuviera consecuencias prácticas.

Y en este orden debe traerse aquí a colación otra medida del todo drástica, de aplicación directa sin necesidad de previsión en los estatutos, me estoy refiriendo a la disposición adicional décima, que permite a las Administraciones Públicas o cualquiera

---

<sup>17</sup> Sobre la composición de sus órganos adquiere importancia la derogación del art. 110 TRRL, sobre la incidencia de la disposición adicional duodécima de la LBRL, en redacción dada por la LRSAL me remito a mi comentario en la obra citada página 595 a 597.

de sus organismos públicos o entidades vinculados o dependientes miembros de un consorcio, *no efectuar la aportación al fondo patrimonial o la financiación a la que se hayan comprometido para el ejercicio corriente si alguno de los demás miembros del consorcio no hubiera realizado la totalidad de sus aportaciones dinerarias correspondientes a ejercicios anteriores a las que estén obligados.*<sup>18</sup>

Si he considerado acertada la posibilidad de suspender el derecho de voto, por el contrario la no obligación de efectuar las aportaciones porque otro miembro no cumpla puede producir una rueda de impagos por efecto dómimo, que sin lugar a dudas hagan inviable el consorcio y lleve a su disolución.

## **2.9. Separación y disolución.**

Como hemos apuntado inicialmente, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, reguló con carácter básico y ex novo el derecho de separación de los miembros del consorcio administrativo y reglas sobre la disolución,

En la practica la separación de un miembro y disolución del consorcio, daba lugar a importantes interrogantes ante su escasa regulación tanto en la legislación autonómica sobre régimen local como en la mayoría de estatutos, teniéndose que acudir en muchos casos a lo previsto en le legislación autonómica respecto a las mancomunidades.

La Ley 15/2014 vino a corregir esta deficiencia porque además de establecer unas normas de básicas, contiene criterios más detallados aplicables en defecto de previsión estatutaria.

Dicha regulación ha pasado a la LRJSP (artículos 125, 126 y 127), con algunas modificaciones, aunque de escasa entidad y no muy afortunadas

Por lo que se refiere a la separación de un miembro, se distinguen, sin carácter tasado, tres supuestos de separación:

-Consortios que no tengan plazo de duración, en cuyo caso sus miembros, podrán separarse del mismo en cualquier momento, sin que precise la ley motivo específico alguno, coherente con su carácter asociativo y voluntario del consorcio.

- Cuando el consorcio tenga una duración determinada, cualquiera de sus miembros podrá separarse antes de la finalización del plazo determinado si alguno de los miembros del consorcio hubiera incumplido alguna de sus obligaciones estatutarias y, en particular,

---

<sup>18</sup>Prevista en la Ley 15/2014, si bien solo con referencia al Estado (Disposición adicional sexta).

**AMPARO KONINCKX FRASQUET**

Página 22 de 25

aquellas que impidan cumplir con el fin para el que fue creado el consorcio, como es la obligación de realizar aportaciones al fondo patrimonial.

Ya he insistido en la preocupación del legislador por la sostenibilidad financiera del consorcio, y como a esta alternativa de pedir la separación se prevé la de no efectuar las aportaciones si otras no han cumplido.

-Cuando un municipio deje de prestar un servicio, de acuerdo con lo previsto en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y ese servicio sea uno de los prestados por el Consorcio al que pertenece: el municipio podrá separarse del mismo.

Este supuesto obedece a la realidad existente de consorcios que prestan servicios que no son de competencia municipales, especialmente tras la LRSAL que redujo las Competencias municipales, por lo que pretende facilitarse el salirse del mismo por propia decisión.

De otra parte, la ley realmente no regula el procedimiento de separación, solo un requisito: se ejercitara mediante escrito notificado al máximo órgano de gobierno del consorcio, debiendo constar en dicho escrito, en su caso, el incumplimiento que motiva la separación si el consorcio tuviera duración determinada, la formulación de requerimiento previo de su cumplimiento y el transcurso del plazo otorgado para cumplir tras el requerimiento.

Un aspecto procedente de la Ley 14/2015, que no por ello debemos dejar de destacar por sorprendente es la previsión de que el ejercicio del derecho de separación produce la disolución del consorcio salvo que el resto de sus miembros, de conformidad con lo previsto en sus estatutos, acuerden su continuidad y sigan permaneciendo en el consorcio, al menos, dos Administraciones, o dos entidades u organismos públicos vinculados o dependientes de más de una Administración.

En cuanto a la exigencia de continuar dos administraciones o entes, debe entenderse como un mínimo que puede elevarse en los estatutos adaptándose al consorcio de que se trate. Piénsese que en la práctica hay consorcios que carecería de sentido de continuarse no solo aunque permanecieran dos sino incluso más administraciones. Vr, gr. Consorcios de tratamiento de residuos algunos con más de cincuenta entidades públicas en algunos casos para prestar conjuntamente ese servicio.

Y obsérvese que además se exige se acuerde expresamente su continuidad por los demás miembros. Con ello entiendo se trata de prevenir que antes de liquidar la cuota de separación de un ente se asegure que los demás quieren continuar, pues si no fuera así debería procederse a la disolución y liquidación del consorcio.

Para cuando el ejercicio del derecho de separación no conlleve la disolución del consorcio la Ley establece las reglas por la que se calculara su cuota de separación, en defecto de previsión estatutaria en los mismos términos que antes la ley 15 /2014, por lo que no nos detenemos<sup>19</sup>.

Como consecuencia de la necesaria adscripción, si la Administración que ha ejercido el derecho de separación del consorcio es a la que estaba adscrito, tendrá que acordarse por el consorcio a quien se adscribe, de las restantes Administraciones o entidades u organismos públicos vinculados o dependientes de una Administración que permanecen en el consorcio, en aplicación de los criterios establecidos en la Ley.

Por último se regula a la disolución del consorcio, la cual produce su liquidación y extinción (art. 127 LRJSP).

Las causas de disolución deben establecerse en los estatutos (art. 124), siendo en todo caso el incumplimiento de los fines para en que fue creado el consorcio.

Ahora bien, pese a la denominación del artículo que comentamos (disolución) más bien lo que regula es solo la liquidación, estableciendo, al igual que para la separación, las reglas para determinar la cuota de liquidación en defecto de previsión estatutaria (art. 127.3).

La **novedad** que introducéla LRJSP, respecto a la 15 /2014 es a quien se encarga de realizar la Liquidación.

Según establece la Ley 15/2014 el consorcio nombra al liquidador y a falta de acuerdo será el *administrador* del consorcio, figura de administrador que no existe o encaja realmente en el consorcio. Ello nos llevó al modificar los estatutos para adaptarlos a dicha ley a atribuirle tal función al gerente o un órgano del propio consorcio.

En la LRJSP, el máximo órgano del consorcio nombrara un liquidador, que será un órgano o entidad dependiente o vinculada a la administración pública que esta adscrita el consorcio (art.127.2).

---

<sup>19</sup> Se calculará la cuota de separación que corresponda a quien ejercite su derecho de separación, de acuerdo con la participación que le hubiera correspondido en el saldo resultante del patrimonio neto, de haber tenido lugar la liquidación, teniendo en cuenta el criterio de reparto dispuesto en los estatutos. A falta de previsión estatutaria, se considerará cuota de separación la que le hubiera correspondido en la liquidación. En defecto de determinación de la cuota de liquidación se tendrán en cuenta, tanto el porcentaje de las aportaciones al fondo patrimonial del consorcio que haya efectuado quien ejerce el derecho de separación, como la financiación concedida cada año. Si el miembro del consorcio que se separa no hubiere realizado aportaciones por no estar obligado a ello, el criterio de reparto será la participación en los ingresos que, en su caso, hubiera recibido durante el tiempo que ha pertenecido al consorcio. Se acordará por el consorcio la forma y condiciones en que tendrá lugar el pago de la cuota de separación, en el supuesto en que esta resulte positiva, así como la forma y condiciones del pago de la deuda que corresponda a quien ejerce el derecho de separación si la cuota es negativa. La efectiva separación del consorcio se producirá una vez determinada la cuota de separación, en el supuesto en que ésta resulte positiva, o una vez se haya pagado la deuda, si la cuota es negativa.

**AMPARO KONINCKX FRASQUET**

Página 24 de 25

Si bien, a mi entender en su literalidad no parece del todo adecuado, que sea el consorcio que decida el órgano de la administración de adscripción ¿va a decir el consorcio si es el Alcalde, la Junta de Gobierno o el Pleno? En todo caso acto seguido de su regulación, se entiende que dicha administración lo encarga a un empleado de la misma.

Retomando de nuevo el art.119, cuyo apartado segundo habíamos indicado que analizaríamos en este apartado, como **derecho supletorio** a lo previsto en esta ley, en la normativa autonómica y en sus estatutos se aplicara: respecto al derecho de separación, disolución y extinción lo dispuesto en el Código Civil para la sociedad civil, y respecto al régimen de liquidación lo dispuesto en el art. 97 de la propia LRJSP, (esto es lo relativo a la liquidación de los organismos públicos estatales) y en su defecto en el Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio (Texto Refundido de la Ley de sociedades de capital).

La diferencia con la Ley 14/2014, es que esta remite la liquidación supletoriamente a la TR Ley de sociedades de capital, lo que fue objeto de alguna crítica dada la distinta naturaleza jurídica, siendo más propio remitirse a las formulas de disolución de entes públicos.

Y en efecto en este sentido se ha hecho, lo que ocurre es que la remisión al art. 97 a mi entender es en vano ,porque lo único que añadiría es la previsión *de que el activo y pasivo pasa a la Administración General del Estado, y esta queda subrogada en relaciones jurídicas que tuviera el organismo que se liquida frente a acreedores*, y si bien ello es lógico cuando el Estado u otra administración liquida un organismo suyo , no es extrapolable al consorcio donde precisamente en la liquidación lo que se pretende es determinar que la cuota que corresponde pagar a cada miembro en su caso.<sup>20</sup>

Finalmente, se da una solución para continuar la actividad del consorcio: se podrá acordar, con la mayoría que se establezca en los estatutos, o a falta de previsión estatutaria por unanimidad, la cesión global de activos y pasivos a otra entidad del sector público jurídicamente adecuada ,implicando esta cesión la extinción sin liquidación del consorcio cedente<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> 127.3. El liquidador calculará la cuota de liquidación que corresponda a cada miembro del consorcio de conformidad con lo previsto en los estatutos. Si no estuviera previsto en los estatutos, se calculará la mencionada cuota de acuerdo con la participación que le corresponda en el saldo resultante del patrimonio neto tras la liquidación, teniendo en cuenta que el criterio de reparto será el dispuesto en los estatutos. A falta de previsión estatutaria, se tendrán en cuenta tanto el porcentaje de las aportaciones que haya efectuado cada miembro del consorcio al fondo patrimonial del mismo como la financiación concedida cada año. Si alguno de los miembros del consorcio no hubiere realizado aportaciones por no estar obligado a ello, el criterio de reparto será la participación en los ingresos que, en su caso, hubiera recibido durante el tiempo que ha pertenecido en el consorcio.

<sup>21</sup> Tomado de la Ley 15/2014.



## BIBLIOGRAFIA

KONINCKX FRASQUET, Amparo. 'De nuevo sobre los consorcios', en el libro colectivo *Reforma del Régimen Local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local: veinte estudios*, Thomson Reuters .Aranzadi 2014.

NIETO GARRIDO, Eva. 'La reforma de las entidades instrumentales por la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local'. *REDA* nº 165. 2014.

REBOLLO PUIG, Manuel. 'Los consorcios entre entes locales como forma de cooperación', *Anuario de Gobierno local*.1997.

SOSA WAGNER, Fráncico. *Los modos de gestión de los servicios públicos locales*, Thompson Civetas, 2007.

TOSCANO GIL, Francisco. 'El consorcio en la encrucijada', *REALA* Nº 3 .Enero-junio 2015.

