

Rf: La incidencia de la Directiva de servicios 2006/123/CE en el Urbanismo.

LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS 2006/123/CE EN EL URBANISMO

**Venancio Gutiérrez Colomina
Secretario General del Ayuntamiento
de Málaga y Profesor de Derecho
Administrativo de la Universidad de
Málaga.**

I.- LA DIRECTIVA 2006/123/CE COMO INSTRUMENTO DE DESARROLLO DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE SERVICIOS ENTRE LOS ESTADOS DE LA UE.-

1.- Antecedentes.- El art. 14.2 del Tratado de la Unión Europea recoge un espacio sin fronteras interiores. Para conseguir este Mercado Europeo de Servicios se establece por un lado la libertad de establecimiento y por otro la libertad de prestar servicios, como derechos fundamentales del operador que se desplaza dentro de la Unión Europea para ejercer una actividad de servicios. Si el operador está establecido en el Estado en que presta sus servicios entra en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimientos. En el caso, que no esté establecido en el Estado miembro en que presta el servicio, entra en el ámbito de la libre circulación de servicios. El carácter temporal de la libre prestación de servicios no excluye la posibilidad que el operador se dote de cierta infraestructura en el Estado donde se realice la prestación, en la medida necesaria para hacer efectiva la prestación del servicio.

En los artículos 43 a 49 del TUE se recogen estas libertades que no tienen carácter absoluto puesto que se limitan por razones de interés general relativas al ejercicio del poder público, al orden público, la seguridad pública y la salud pública.

La Jurisprudencia ha ido constatando la parquedad de estas razones de interés general y ha procedido a su ampliación, incorporando dentro de estas razones imperiosas de interés general, una serie de bienes jurídicos que son susceptibles de protección en colisión con la libertad de establecimiento, como son la protección de destinatario de los servicios, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la conservación del Patrimonio nacional histórico y artístico y los objetivos de política social y cultural, entre otros. Hay que destacar además que se trata de un concepto abierto y en evolución, por lo que podrán ir incorporándose nuevas razones de imperioso interés general.

En desarrollo del Tratado se han ido aprobando diversas directivas sectoriales que eliminaban obstáculos a la libre vinculación de las personas. No obstante la Comisión destacó en un informe en el año 2002 que existían un considerable número de obstáculos que frenaban el desarrollo en un Estado nacional de los servicios llevados a cabo por prestadores de otros Estados miembros, especialmente los prestados por la Pymes, consecuencia fundamentalmente de exceso de trámite administrativo, de inseguridad jurídica para las actividades transfronterizas y de la no confianza recíproca entre los Estados. La conclusión más importante de dicho informe es que los anteriores obstáculos no pueden ser suprimidos con la sola aplicación directa de los artículos que regulan estas dos libertades (arts. 43 a 49 TUE), siendo por tanto el antecedente de la propuesta de directiva de servicios formulado en Enero de 2004 por el comisario Fritz Bolkestein. Esta propuesta generó una gran polémica y fue vista con bastante desconfianza. Y el Texto final resultante ha tenido modificaciones sustanciales. Entre ella cabe destacar que el principio de reconocimiento mutuo se ha transformado hasta llegar al concepto de libertad de prestación de servicios, permitiendo al país en donde se presta el servicio

que se puedan introducir requisitos adicionales justificados con respecto a los del país de origen. Y lo que es aún más importante en relación con la propuesta original, la prevalencia de la legislación laboral del país donde se presta el servicio. Al final el elemento clave en la Directiva lo constituye el régimen de autorizaciones. El 16 de febrero de 2006 se aprobó por el Parlamento Europeo. Se publicó el 27 de diciembre de 2006 en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2006/123/CE (DS) estableciendo un plazo de transposición de 3 años que finaliza el 27 de diciembre de 2009.

2.- La Directiva Bolkestein: Objetivos, Ámbito de aplicación y Contenidos.- 2.1.- Ideas Generales.- La DS tiene por objeto establecer un marco general que facilite el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios.

La DS excluye de su ámbito una serie de actividades como los servicios no económicos de interés general, los financieros, los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, los del ámbito del transporte, los de las empresas de trabajo temporal, los sanitarios, los audiovisuales, las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, las vinculadas al ejercicio de la autoridad pública, los servicios sociales, los de seguridad privados, los prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la administración. Tampoco se aplicará a la fiscalidad.

La DS tiene el siguiente contenido:

- a) Normas de simplificación de los procedimientos y trámites aplicados a la actividad de servicios.
- b) Régimen de autorizaciones.
- c) Reconocimiento Derecho a libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios.
- d) Régimen mínimo de calidad exigible.
- e) Sistema de cooperación interadministrativa para facilitar cumplimiento obligaciones directivas.

2.2.- Simplificación Administrativa.- Los Estados de la UE deberán estudiar y proceder a la posterior simplificación de los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio.

Por su parte la Comisión podrá, establecer formularios armonizados a escala comunitaria referentes a certificados, acreditaciones u otros documentos exigidos para el establecimiento de un prestador.

Un elemento clave es la creación de ventanillas únicas, que tienen como misión la de habilitar un único punto de contacto con la Administración en el que el prestador puede realizar todos los procedimientos y trámites necesarios para acceder a sus actividades de servicios.

Los Estados harán lo necesario para que los prestadores y los destinatarios puedan acceder fácilmente a la información por medio de ventanillas únicas, entre otras la referida a los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en su territorio, a los datos de las autoridades competentes, a los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos, o las vías de recurso y a los datos de las asociaciones u organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener ayuda práctica.

Además de facilitar la información por vía telemática, los Estados miembros harán lo necesario para que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio se puedan realizar fácilmente, a distancia y por vía electrónica y a través de la ventanilla única.

2.3.- Regímenes de autorización.- Sólo se podrá supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización en el caso que el régimen de autorización no sea discriminatorio, esté justificada por una razón imperiosa de interés general y el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva.

Los regímenes de autorización deberán basarse en criterios claros que delimiten la facultad de apreciación de las autoridades competentes para reducir la discrecionalidad y evitar la arbitrariedad. Estos criterios deberán ser no discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados, claros e inequívocos, objetivos hechos públicos con antelación, transparentes y accesibles.

La autorización deberá permitir al prestador acceder a la actividad de servicios o ejercerla en la totalidad del territorio nacional, incluido la creación de agencias, sucursales, filiales u oficinas, salvo que haya una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización individual para cada establecimiento o una autorización que se limite a una parte específica del territorio.

Cuando el número de autorizaciones disponibles para una determinada actividad esté limitado, debido a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas, se aplicará un procedimiento de selección en el que se den todas las garantías de imparcialidad y de transparencia y, en concreto, se haga la publicidad adecuada del inicio, el desarrollo y la finalización del procedimiento.

Se podrá tener en cuenta, consideraciones en materia de salud pública, objetivos de política social, de salud y seguridad de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, de protección del medio ambiente, de conservación del patrimonio cultural y cualquier otra razón imperiosa de interés general.

A falta de respuesta en el plazo fijado se considerará que la autorización está concedida. No obstante, se podrá prever un régimen distinto cuando esté justificado por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros.

Existen una serie de requisitos prohibido a los que no podrá supeditarse el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios, entre otros los basados directa o indirectamente en la nacionalidad y en lo que se refiere a las sociedades, el domicilio social, (entre otros la exigencia de nacionalidad para el prestador a su personal o la de residir en el territorio nacional). También los referidos a la prohibición de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados, limitaciones de la libertad de elección en el tipo de establecimiento, condiciones de reciprocidad, así como la aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado. Tampoco se podrá imponer como requisito la intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes, con excepción de los colegios profesionales, de las Cámaras de Comercio y agentes sociales, o la obligación de constituir un aval financiero, o de suscribir un seguro con un prestador del territorio nacional, o la obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un periodo determinado en registros del territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad en dicho territorio.

Existen otros requisitos que aunque no estén prohibidos hay que evaluarlos para ver si se supedita el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a su cumplimiento, como pueden ser: Establecer límites cuantitativos o territoriales en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores; obligación del prestador de adoptar una forma jurídica particular, un capital mínimo o una cualificación profesional, prohibición de disponer varios establecimientos en un mismo territorio nacional; de tener un número mínimo de empleados; de respetar tarifas obligatorias mínimas o máximas debe respetar; y la obligación que el prestador realice, otros servicios específicos.

Para poder establecer estos requisitos es preciso evaluar si cumplen las condiciones: de no discriminación; que estén justificados por una razón imperiosa de interés general; y que estén proporcionados.

2.4.- Libre prestación de servicios.- Consiste en el respeto del derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos.

Los Estados no podrán restringir la libre prestación de servicios mediante la imposición de determinados requisitos, entre otros, que el prestador esté establecido en el territorio nacional, obligación de obtener una autorización salvo en los casos previstos en la Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario, prohibición de que el prestador se procure en el territorio nacional cierta forma o tipo de infraestructura, aplicación de un régimen contractual particular que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente, obligación de poseer un documento de identidad específico,

requisitos sobre el uso de equipos y material con excepción de los necesarios para la salud y la seguridad en el trabajo.

Por otra parte conviene señalar que en relación con la libre prestación de servicios, no se aplicará la directiva, entre otros, a los servicios de interés económico general, como los servicios postales, eléctrico, del gas, distribución y suministro de agua y los servicios de aguas residuales, a las actividades de cobro por vía judicial, a la posibilidad de imponer la obligación de visado o de permiso de residencia a los nacionales de terceros países que no disfruten del régimen previsto en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y a la matriculación de vehículos objeto de un arrendamiento financiero en otro Estado.

Con carácter excepcional, los Estados podrán tomar medidas relativas a la seguridad de los servicios respecto de un prestador que tenga su establecimiento en otro Estado, cuando las disposiciones nacionales no sean objeto de armonización comunitaria en el ámbito de la seguridad de los servicios, la medida ofrezca al destinatario un mayor grado de protección, el Estado del establecimiento no haya adoptado medidas o las adoptadas sean insuficientes y que sean proporcionadas.

Los Estados no podrán imponer al destinatario requisitos que restrinjan la utilización de servicios prestados por un prestador establecido en otro Estado.

2.5.- Calidad de servicios.- Los prestadores deberán poner a disposición del destinatario, una serie de informaciones referidas al nombre, estatuto y forma jurídica del prestador, datos de inscripción en el registro, en caso de autorización, los datos de la autoridad competente o de la ventanilla única; condiciones y cláusulas generales, utilizadas por el prestador, la existencia de una garantía postventa, no impuesta por la ley, el precio del servicio y las principales características, el seguro o garantías.

Cuando el servicio presente un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario, los prestadores deberán suscribir un seguro de responsabilidad profesional adecuado.

Se suprimirán las prohibiciones totales de realizar comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas.

Se fomentará que los prestadores aseguren de forma voluntaria la calidad de los servicios, a través de la certificación o evaluación de sus actividades por parte de organismos independientes o acreditados y por la elaboración de su propia carta de calidad o la participación en cartas o etiquetas de calidad elaboradas por organismos profesionales a nivel comunitario.

2.6.- Cooperación.- Los Estados se prestarán asistencia recíproca y tomarán medidas para cooperar de forma eficaz entre sí con el fin de garantizar el control de los servicios.

Se realizará la supervisión por parte del Estado de establecimiento en caso de desplazamiento temporal de un prestador a otro Estado.

Cuando un Estado tenga conocimiento de amenazas específicas de carácter grave que puedan ocasionar perjuicios graves para la salud o la seguridad de las personas o el medio ambiente en su territorio o en el de otros Estados e informará al Estado del establecimiento, a los demás Estados afectados y a la Comisión en el plazo más breve posible.

Los Estados a solicitud de una autoridad competente de otro Estado, comunicarán, las medidas disciplinarias o administrativas o condenas penales y decisiones relativas a insolvencias o quiebras fraudulentas que las autoridades competentes nacionales hayan adoptado con respecto a un prestador.

La Comisión, en cooperación con los Estados establecerá un sistema electrónico de intercambio de información entre los Estados.

Los Estados fomentarán, la elaboración de códigos de conducta, en particular por colegios, organizaciones y asociaciones profesionales, destinados a facilitar las libertades desarrolladas en esta Directiva.

Como máximo a la fecha de incorporación al Derecho interno de la Directiva (28 de diciembre 2009), los Estados deberán presentar a la Comisión un informe de evaluación relativo a los regímenes de autorización, los requisitos supeditados a evaluación y las actividades multidisciplinares que será examinado por los restantes Estados, así como por la Comisión.

Los Estados miembros dispondrán de un plazo de 6 meses desde la recepción de los informes para presentar sus observaciones sobre cada uno.

A la vista de las observaciones formuladas y a más tardar el 28 de diciembre de 2010, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe de síntesis al que podrá adjuntar propuestas complementarias.

Los Estados miembros tienen la obligación de transmitir a la Comisión toda modificación de los requisitos y sus motivos cuando la realicen con posterioridad a la presentación del informe. Esta información se comunicará a los demás Estados miembros.

3.- Las actuaciones de las Administraciones Públicas en orden a la transposición de la directiva.- Todas las Administraciones deberán adaptar su normativa a la directiva.

3.1.- Ámbito estatal.- Tres actuaciones son las que se llevan a efecto:

a) Proyecto de Ley de transposición.

Contiene un nuevo marco que contiene las siguientes innovaciones:

- Establece criterios de actuación para las Administraciones Públicas cuando lleven a efecto una nueva regulación.
- Como regla general se suprimen las autorizaciones, sustituyéndola si son necesarias por comunicaciones previas y declaración responsable.
- Establece directrices de cooperación.
- Regula un programa de simplificación administrativa.
- Refuerza los derechos de los consumidores.

b) Anteproyecto ley omnibus.- Además de los principios generales regulados por la ley general de transposición es necesario proceder a un ejercicio de evaluación de toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio para adecuarlo a la Directiva. Este anteproyecto recoge una serie de modificaciones legislativas entre las que destacan las siguientes:

- Modificación de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local (LRBRL). Destacan las siguientes:
 - Art. 70.- Adición apartado 4 que permite poder realizar los trámites para el acceso a la actividad de servicios a través de ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, salvo que se trate de inspección del lugar o del equipo que se utiliza en la prestación del servicio.
 - Art. 84.- Regula la intervención en la actividad de los ciudadanos y se adapta a la Directiva, incluyendo además de las previas licencias y otros actos de control preventivo, a los previstos en la ley de adaptación, como son sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable y a control posterior al inicio de la actividad, a efecto de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora.

Por otra parte se establece que la actividad de intervención de las Entidades Locales se ajustará a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue.

- Modificación de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo (LRJPAC).- Se modifica el Art. 43. La regla general es silencio positivo excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por causas justificadas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.

El que la ley, que establezca el silencio negativo, tenga que tener unas causas justificadas de interés general es un cambio significativo y vuelve a plantear la polémica de las licencias urbanísticas.

La existencia del silencio puede ser acreditada por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho. Se añade un nuevo artículo en el que se define la declaración responsable y la comunicación previa. Así como los

supuestos en que la comunicación pueda presentarse dentro de un plazo posterior. También se establece que la inexactitud o falsedad de los documentos esenciales que acompañen una declaración responsable o una comunicación previa implicará la nulidad de lo actuado e impedirá desde el momento que se conozca el ejercicio del derecho.

Además de estas medidas horizontales, recoge una serie de modificaciones entre las que destacan, la ordenación de la legislación relativa a la seguridad y calidad industrial, eliminación de los regímenes de autorización de actividades de comercialización en el ámbito de las leyes del Sector Eléctrico y de Hidrocarburos, elimina la intervención administrativa de precios en el sector de los transportes, en lo referente a servicios mediambientales y de agricultura establece la eliminación de ocho regímenes de autorización, así como las modificaciones en diversos sectores de los servicios relacionados con la distribución e importación de labores de trabajo, las entidades de gestión de la propiedad intelectual y servicios sanitarios.

c) Proyecto de Ley de Ordenación del comercio minorista.- Ha sido aprobado por el Consejo de Ministros, el 24 de abril de 2.009.

2.- Ámbito autonómico.- Las distintas Comunidades Autónomas están en proceso de aprobación de leyes sectoriales de transposición de la DS.

3.- Ámbito local.- Los entes locales tienen un papel importante puesto que son las Administraciones con más competencia en la normativa afectada. Al tener potestad reglamentaria, las Entidades Locales estarán obligadas a adoptar su propia normativa para adaptarse a la Directiva.

Los principios que implican la transposición son los siguientes:

- Conseguir los mayores cambios posibles en la simplificación de los procedimientos administrativos y una mejor estructuración de la Administración.
- Asumir la responsabilidad de la transposición en lo referente a sus competencias propias.
- Colaboración interadministrativa.
- Impulso proceso simplificación trámites
 - Revisión procedimientos
 - Ventanilla única.
- Impulso cultura buena regulación
- Mejora protección derechos consumidores y usuarios servicios.

El Ministerio de Administraciones Públicas ha elaborado una Guía orientativa para la evaluación de la normativa potencialmente afectado por la Directiva, estableciendo los siguientes pasos a seguir para adaptarse a esta:

- analizar detenidamente toda la normativa local para ver si está afectada.
- evaluar la normativa que se considere bajo el ámbito de aplicación y señalar lo que hay que modificar.
- modificar la normativa.

II.- LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS AL ÁMBITO URBANÍSTICO.- 1.- Ideas Generales.-

El considerando nueve de la Directiva 2006/123/CE establece que ésta solo se aplica a los requisitos que afectan al acceso a una actividad o a su ejercicio. Por tanto no sería de aplicación a requisitos que responden a una serie de normas de carácter general e imperativas que tienen que ser respetadas tanto por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica como por los particulares en su capacidad privada. Entre estas prescripciones, están las normas de tráfico rodado, normas de construcción y en concreto las relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural así como la regulación de las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas.

En principio por tanto la contestación a la cuestión sobre la aplicabilidad de la Directiva de Servicios al urbanismo tendría una fácil respuesta, sencillamente no le es de aplicación. No obstante, como diremos, esto es una simplificación que no responde a la realidad por una serie de razones.

La primera razón es, que el urbanismo está presente en la para algunos mal llamada Directiva Bolkestein, puesto que la protección del medio ambiente y del Entorno urbano, incluida la Planificación Urbana y Rural constituyen razones imperiosas de interés general que tienen una doble misión: justificar el establecimiento del régimen excepcional de la autorización (art. 9.1 b DS) y legitimar la excepción a la regla general del silencio positivo, estableciendo un régimen distinto que impida la obtención de la autorización para acceder al establecimiento de una actividad de servicios.

En segundo lugar hay que tener en cuenta, que incluso en el caso de actividades excluidas del ámbito de aplicación de ésta, la propia Directiva señala que los Estados miembros no pueden utilizar la regulación de estas actividades para restringir la libre prestación de servicios, sorteando de esa manera las normas establecidas en la Directiva. Así en el considerando 12 de la DS establece que “Los Estados miembros no deben tener la posibilidad de restringir la libre prestación de servicios mediante la aplicación de disposiciones de Derecho penal que afecten concretamente al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio eludiendo las normas establecidas en la presente Directiva”.

En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, refiriéndose a la actividad fiscal, a la que no le es de aplicación la Directiva 2006/123/CE (art. 2.3 DS), en Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de marzo de 2008 condena al Reino de España por haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 relativos a la libertad de establecimiento y a libre prestación de servicios, “al mantener en vigor un régimen de deducción de los gastos correspondientes a actividades de I + D + IT que es menos favorable para los gastos realizados en el extranjero que para los gastos realizados en España”. Esta Sentencia es consecuencia del recurso de la Comisión de las Comunidades Europeas referido a la ley española de 2.004, que regulaba el

Impuesto sobre Sociedades y que establecía que los gastos en I + D + i eran deducibles, pero en el caso que se efectuaran en el exterior, solo podrían ser objeto de desgravación si la actividad principal tenía lugar en España y siempre que no sobrepasara el 25% del importe total invertido.

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹ ha establecido reiteradamente que todas las medidas nacionales, incluidas por tanto la ordenación del territorio y el urbanismo, que restrinjan el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE únicamente pueden justificarse si reúnen los siguiente cuatro requisitos:

- aplicación de manera no discriminatoria
- que estén justificadas por razones imperiosas de interés general
- que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen
- no vayan más allá de lo necesario

Por tanto, en mi opinión, las únicas normas urbanísticas que justificarían restricciones a la libertad de establecimiento de servicios son exclusivamente las referidas a la protección, del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural. Y también estarían las referidas a la protección del medio ambiente. En efecto como hemos señalado ² . La Ley de Suelo 8/2007 de 28 de mayo integrada en el Texto Refundido, “parte desde una nueva perspectiva histórica, distinta a la tradicional, que implica un punto de vista diferente del Urbanismo, fundamentado sobre todo en el derecho a un medio ambiente adecuado”.

Conviene poner de relieve que en cualquier caso las razones imperiosas de interés general tienen que ser interpretadas restrictivamente, en el sentido que no vayan más allá de lo necesario; por ello la posibilidad de acceder a una actividad de servicio solo puede quedar supeditada a la obtención de una autorización por parte de las autoridades competentes, entre otros supuestos, a aquellos casos que no resultaría eficaz hacer un control a posteriori, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar a posteriori los defectos de los servicios en cuestión (piénsese en una actividad constructiva de demolición de un edificio protegido) y teniendo en cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control a priori.

También las razones imperiosas de interés general están delimitadas por la prescripción jurisprudencial de ser adecuada para la realización del objetivo que deben perseguir, Así la protección del entorno urbano y del medioambiente deben tener entre otros objetivos el conseguir un desarrollo sostenible apoyándose en el modelo de “ciudad compacta”. Desde esa perspectiva puede afectar a la actividad comercial. Hay que tener en cuenta que la directiva restringe el procedimiento de prueba económica individual en la autorización administrativa para el desarrollo de actividades comerciales, apuntando más bien a la aplicación de criterios de ordenación territorial, urbanísticos, medioambientales y de cohesión social vinculados al interés general.

¹ (Sentencias de 30 de noviembre de 1995, Gebbard, (55/94, de 9 de marzo de 1999, Centro, (212/97 y de 4 de julio de 2.000, Haim. (427/97).

² Véase “Estudio del Articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo Estatal.” Obra colectiva dirigida por Venancio Gutiérrez Colomina y Angel Cabral. Ed. Aranzadi 2009.

Del Pino González³ alerta sobre el peligro que se distorsionen los razonamientos jurídicos con el fin de encontrar nuevos enganches o fórmulas competenciales para evitar la aplicación de la Directiva. Señala a modo de ejemplo, los razonamientos de tipo realmente urbanístico. Pone de relieve que si estos razonamientos “apenas han preocupado a los responsables autonómicos en materia de comercio para diseñar su normativa en materia de segunda licencia de establecimientos comerciales sino que más bien ésta se ha guiado por consideraciones de carácter meramente económico no estaría justificada la aparición “ex novo” de nuevos regímenes presuntamente dirigidos a la preservación de la ordenación urbana y del medio ambiente promovidos por unidades administrativas carentes de competencia en esta materia”.

³ Del Pino González, Aurelio. “La nueva Directiva de Servicios y sus repercusiones en la ordenación de la distribución comercial”. Distribución y Consumo. 31 Julio-Agosto 2007.

2.- La afectación de la DS a la Ordenación Urbana.- 2.1.- El principio inspirador del actual urbanismo: la protección del medio ambiente.- Las Bases del régimen de Suelo se regulan en los artículos 10 al 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal (RD 2/2008 de 20 de junio). Dentro de éstos, los arts. 10.1 y 2; 11.1,2,3,4,6 y 7; 12; 13.1,2,3, letra a) párrafo primero y letra b) y apartado 4; 15 y 16 tienen el carácter de condiciones básicas de la igualdad y de bases del régimen de las Administraciones Públicas, de la planificación general de la actividad económica y de protección del medio ambiente.

Estas bases del régimen del suelo si bien deben ser desarrolladas por el legislador autonómico, no pueden ser desconocidas ni que este desarrollo autonómico las contradiga.

En efecto, la LS07 integrada y derogada por el TRLS08, ya partía desde una nueva perspectiva histórica, distinta a la tradicional, que implicaba un punto de vista diferente del Urbanismo, fundamentado sobre todo en el derecho a un medio ambiente adecuado.

La LS07 consideraba el suelo y el territorio como un recurso natural a proteger, al que se pretendía preservar de una actuación urbanística irracional y desmesurada que no tuviese en cuenta la escasez de este bien. Supone un cambio radical de punto de partida con respecto a la legislación urbanística española, que desde la segunda mitad del siglo XIX, había pivotado sobre una idea fundamental: la creación de nueva ciudad. Se trataban de leyes pensadas para la creación, desarrollo y gestión de nuevos suelos que permitieran “*el ensanche*” de las ciudades.

Conforme a esta legislación urbanística, el protagonista era el suelo urbanizable, que constituía la base sobre la que implantar los nuevos crecimientos de la ciudad. La nueva acción del Estado en materia de suelo y urbanismo tiene como protagonista al SNU que ahora se enfoca desde un concepto positivo, como suelo rústico tal como hemos venido manteniendo desde hace mucho tiempo⁴. Se trata de un suelo que se define por sus valores naturales o tradicionales y que hay que proteger; no se trata de un suelo definido en negativo por su imposibilidad, momentánea, de no someterse a procesos urbanizatorios y edificatorios.

La LS07, se basaba en la existencia de un bloque normativo constitucional compuesto por los arts. 45 a 47 que condicionan directamente la acción pública en materia de suelo y vivienda que, con el objetivo final puesto en la calidad de vida de todos los ciudadanos, tiene que contribuir de manera real a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales.

Derecho a una vivienda digna sobre la base de un uso racional de los recursos naturales, como el territorio y el suelo y de los recursos culturales, como el patrimonio urbano y el arquitectónico.

⁴ Gutiérrez Colomina, Venancio. “La Ordenación del espacio rural” Editorial Montecorvo. 1999

El art. 148.1.3ª de la CE señala que la Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda es una de las materias que podían asumir las CCAA. Y así ha ocurrido en España, donde las CCAA han asumido unánimemente estas competencias. Pero ello no implica que el Estado carezca de espacio en dicha materia, ya que al Estado, en virtud del art. 149 CE, le corresponden competencias que inciden claramente en el sistema urbanístico.

Igualmente la UE tiene entre sus objetivos la conservación, la protección y la mejora del medio ambiente así como la utilización prudente y racional de los recursos naturales. Por ello el art. 130.S.2 del TCE le confiere competencia al Consejo para que a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico Social, por unanimidad, adopte *“medidas de ordenación territorial y de utilización del Suelo, con excepción de la gestión de los residuos y las medidas de carácter general, así como medidas relativas a la gestión de los recursos hídricos”*.

Igualmente en el art. 2 del TCE, en la versión consolidada después del Tratado de Ámsterdam, se recoge *“un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista”*.

Y por ello, aunque propiamente la UE carece de competencias en materia de urbanismo, territorio, suelo y vivienda, si se ejercen otras políticas comunitarias que inciden de forma indirecta en este tema, como son las que se refieren al Medio Ambiente, a la Cohesión Económica y social, a la Salud o a los Transportes.

No obstante, como señala Fernández de Gatta Sánchez⁵, si tenemos en cuenta que *“nos encontramos en una de las partes del mundo más urbanizadas, la Unión Europea, a lo largo del tiempo, se ha preocupado del territorio, del suelo y de las ciudades desde puntos de vistas distintos, y Políticas Comunitarias también diversas”*.

La UE ha adoptado el modelo de desarrollo urbanístico equilibrado sostenible como modelo urbanístico para la ordenación del territorio en toda Europa, en contraposición a modelos anteriores más cercanos a criterios urbanísticos desarrollistas. A tal efecto en la reunión informal de ministros responsables de Ordenación del Territorio, aprobó en Potsdam en mayo de 1999, la ETE. Recientemente como medida específica de Medio Ambiente, la Comisión ha aprobado la Comunicación sobre *“Una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano”* [COM (2009) 718 final, Bruselas, 11-1-2006] y como medida de protección del Suelo, la Comisión adoptó en Septiembre de 2006 la Estrategia Temática para la Protección del Suelo.

⁵ Fernández de Gatta Sánchez, Dionisio. “Medio Ambiente, Urbanismo y Edificación: de la política de la Unión Europea al Código Técnico de la Edificación y a la nueva ley de Suelo”. RDU N° 235 Julio/Agosto 2007.

La ETE parte de la idea de que el crecimiento en sí, e incluso la nivelación de los indicadores económicos, no es suficiente para procurar una estructura económica, territorial, equilibrada y sostenible.

Es necesario procurar un desarrollo equilibrado y sostenible, especialmente mediante el refuerzo de la cohesión económica y social. Igualmente se requiere una adecuada política medioambiental.

Con el Tratado de Ámsterdam, la política de medio ambiente cobra una importancia aún mayor dentro de las políticas comunitarias. En la ejecución de las políticas y actividades comunitarias, han de estar integradas las exigencias de protección del medio ambiente, especialmente en lo que respecta a la promoción del desarrollo sostenible.

Entre los cometidos de la política de medio ambiente se incluyen disposiciones que insisten específicamente en la conexión con la ordenación del territorio y, especialmente, con el uso del suelo. Por ejemplo, debe constituirse una red de biotopos denominada “*Natura 2000*”, integrando las zonas protegidas de toda la Comunidad. Formarán parte de esta red las zonas de protección de aves, fauna, flora y hábitat, con el propósito de conservar determinados biotopos y especies, teniendo siempre en cuenta los intereses regionales y socioeconómicos.

La búsqueda de un equilibrio entre desarrollo económico y respeto al medioambiente ha venido siendo incorporado a eventos internacionales. Así cabe destacar que en la Declaración de Estocolmo de junio de 1972, producida en el marco de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio ambiente humano, señalaba el derecho fundamental del hombre al *“disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”*.

El *“desarrollo sostenible”* es el concepto nuclear del Derecho ambiental de nuestro tiempo. El origen de su formulación se remonta a 1987 cuando vio la luz, en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas, el informe *“Nuestro futuro común”*, elaborado por la Comisión Mundial del medio ambiente, más conocido como *“Informe Brundtland”*, que puso de manifiesto los problemas ambientales que amenazan nuestra supervivencia. El desarrollo sostenible se define en el informe como *“el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”*.

El desarrollo sostenible incluye no sólo un desarrollo económico respetuoso con el medio ambiente y que conserve para las generaciones futuras los recursos actuales, sino también un desarrollo territorial equilibrado.

Estos objetivos deben ser asumidos tanto por instrumentos comunitarios como por los niveles nacionales⁶, regionales y locales de gobierno y administración. Lo que determina por tanto la obligatoriedad de incorporar estos principios a esta legislación de suelo de España. Algunas CCAA han ido incorporando este concepto de desarrollo sostenible. Así el art. 3.1.a) de la LOUA en Andalucía señala como uno de los fines específicos de la actividad urbanística: *“Conseguir un desarrollo sostenible y cohesionado de las ciudades y del territorio en términos sociales, culturales, económicos y ambientales, con el objetivo fundamental de mantener y mejorar las condiciones de calidad de vida en Andalucía”*.

También el art. 3 de la LSUPV del País Vasco recoge como principio básico de la ordenación urbanística, el uso racional y sostenible de los recursos naturales y la ocupación sostenible del suelo.

En Cataluña se incorporó en la ley 2/2003 de 14 de marzo de Urbanismo, modificada por la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, para el fomento de la vivienda asequible, la sostenibilidad territorial y la autonomía local que ha sido objeto posteriormente, del TRLUC. Esta ley se pronunció claramente a favor del desarrollo urbanístico sostenible, sobre la base de utilización racional del territorio para compatibilizar el crecimiento y el dinamismo económico necesarios con la cohesión social, el respeto al medio ambiente y la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras. El concepto de desarrollo sostenible se ha incorporado igualmente a la reforma del Estatuto de Cataluña⁷.

Según la ETE, para conseguir un desarrollo territorial equilibrado, dentro de una integración completa en la economía mundial ha de seguirse en primer lugar un modelo de desarrollo policéntrico, que debe contribuir a evitar que continúe concentrándose excesivamente la riqueza y la población en el núcleo central de la UE. Es necesaria una política que ofrezca nuevas perspectivas para las zonas periféricas mediante una conformación más policéntrica del espacio de la comunidad⁸.

En segundo lugar debe perseguirse una estructura urbana descentralizada, mediante una red escalonada de ciudades que abarque todo el territorio comunitario.

Por otra parte es conveniente el fomento de la complementariedad entre ciudades y regiones para aprovechar las ventajas de la competencia económica entre ellas y, al mismo tiempo, superar los inconvenientes de dicha competencia. Complementariedad que no debe limitarse exclusivamente a lo

⁶ En el marco de la Estrategia de la UE de Desarrollo Sostenible y como aplicación en España de la Estrategia y Temática de Medio Ambiente Urbano, el Ministerio de Medio Ambiente ha elaborado y publicado la Estrategia y el Libro Verde de Medio Ambiente Urbano, en junio de 2006.

⁷ Carceller Fernández, Antonio. “El Urbanismo y el Medio Ambiente en el Nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña”. RDU N° 233.2007

⁸ Véase de Urrutia, Victor. “Los espacios urbanos de la desigualdad”. Del libro Diversidad y convivencia en las ciudades. Fundación Carles Pi i Sunyer. Barcelona 2004

económico, sino a todas las funciones de la ciudad, incluidas las culturales y sociales.

Para poder controlar mejor la continua tendencia a la expansión de las ciudades, los Estados miembros y sus autoridades locales y regionales deben apoyarse en la idea de la *“ciudad compacta”* (o ciudad de pequeñas distancias)⁹. Esto incluye, por ejemplo, el control de la extensión de las áreas urbanizables, en el marco de una política urbanística cuidadosa, particularmente en las periferias urbanas y en muchas zonas costeras. Por otra parte, la limitación de la expansión urbana sólo puede llevarse a cabo en un contexto regional. Para ello, es necesario intensificar la colaboración entre las ciudades y su entorno rural, así como encontrar nuevas formas de asociación para conciliar intereses contrapuestos¹⁰.

Es necesario complementarlo con un desarrollo endógeno de los espacios rurales. Los espacios rurales de la UE se caracterizan por su diversidad y su potencial de desarrollo endógeno. Son lugares con funciones económicas, naturales y culturales, es decir, *“lugares complejos”* que no pueden caracterizarse por criterios unidimensionales como la densidad de población, la agricultura o los recursos naturales. Las áreas rurales no pueden ser consideradas como espacios homogéneos de carácter urbanos, con los mismos requisitos de desarrollo.

Sin embargo, el crecimiento económico somete hoy en día a los espacios rurales a múltiples tensiones medioambientales. Entre las que se incluyen la fuerte presión ejercida por la construcción de viviendas sobre los espacios libres en las zonas próximas a la ciudad, el aumento del número de residencias principales y secundarias, las incidencias negativas de nuevas actividades de ocio, la contaminación del suelo, del aire y del agua debido a la manipulación y almacenamiento de residuos, etc. El atractivo de las zonas con paisajes de interés, como las regiones montañosas o costeras, se ve amenazado por el turismo de masas. La agricultura intensiva puede también generar presiones sobre los suelos y llevar a la destrucción del paisaje cultural. Sólo la planificación del uso del suelo a escala regional y la adopción de medidas apropiadas en cuanto al medio ambiente y la agricultura (por ejemplo, el restablecimiento del suelo, la extensificación y la diversificación de las prácticas agrícolas) permitirán contrarrestar estas presiones.

Hay que prestar una atención muy especial a los espacios rurales desfavorecidos. En todas estas zonas será necesario buscar la diversificación

⁹ El Decreto ley 2/2007 de 4 de diciembre de Aragón para la adaptación a la LS07, señala en el art. 2.nueve que el Plan general de ordenación urbana deberá concretar el modelo de evolución urbana y ocupación del territorio, ponderando desarrollo y sostenibilidad ambiental y económica, conforme, entre otros, al siguiente criterio: *“Primará la ciudad compacta y evitará consumos innecesarios de recursos naturales y, en particular, de suelo”*

¹⁰ El Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía aprobado por el Parlamento Andaluz, en sesión de 25/26 de Octubre de 2006 formula un conjunto de líneas estratégicas y medidas que propugnan la defensa de un modelo de ciudad compacta, evitando procesos de expansión indiscriminada y de consumo irrazonable de recursos naturales.

de la economía rural con el fin de evitar una excesiva dependencia respecto a estructuras unisectoriales, y crear oportunidades de empleo estable.

Desde finales de 1989 venimos manteniendo¹¹ la necesidad de ordenar adecuadamente el espacio rural, abandonar la perspectiva residual de su enfoque, es decir su consideración como lo que no es urbano o urbanizable, y la adopción de un enfoque positivo que tenga en cuenta las diversas funciones que pueden llevarse a cabo en el espacio rural, además de las tradicionales agrícolas y ganaderas, las nuevas de carácter tecnológico y turismo rural entre otras. Por otra parte hay que gravar y restringir los usos especulativos de carácter productivo residencial, comercial e industrial.

Finalmente hay que resaltar la necesidad de una gestión prudente de la naturaleza y el patrimonio cultural. La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una estrategia de la Comunidad Europea en materia de biodiversidad estipula que el desarrollo territorial puede tener un papel importante para el mantenimiento y la utilización sostenible de la biodiversidad a escala local y regional. Por otra parte, la naturaleza y el patrimonio cultural de la UE están amenazados permanentemente por distintas presiones. El patrimonio cultural de Europa que se extiende desde los paisajes culturales en el medio rural hasta los centros históricos de las ciudades, es la expresión de su identidad, y reviste una importancia mundial.

Es necesario armonizar la protección y el desarrollo, con limitaciones de éste que no deben, sin embargo, establecerse en detrimento de las condiciones de vida de la población. Al contrario, conviene aprovechar las prestaciones ambientales desde el punto de vista económico, por ejemplo, por medio de un sistema fiscal adecuado. Los ingresos obtenidos permitirían abrir nuevas perspectivas de desarrollo (adecuadas a su función) y preservar al mismo tiempo el patrimonio natural.

Una política de protección del agua y una gestión racional de los recursos hídricos se hacen indispensables. La ordenación relativa a las aguas superficiales, y también a las aguas subterráneas, debe coordinarse con la ordenación de desarrollo territorial. Siendo preferible aplicar medidas preventivas, destinadas a reducir el volumen de las aguas residuales, el consumo excesivo y la contaminación de los recursos hídricos, en lugar de recurrir a medidas de reparación a posteriori de los daños causados al medio. Como señala Caro-Patón Carmona¹² *“las decisiones del planeamiento general de calificación urbanística de suelo en su dependencia a la disponibilidad de agua, dejan de ser un aspecto discrecional del planeamiento para pasar a ser reglado”*.

¹¹ Gutiérrez Colomina, Venancio. “La Ordenación del espacio rural”. Editorial Montecorvo 1999

¹² Caron-Patón Carmona, Isabel. “La disponibilidad de agua como requisito de la aprobación de los planes urbanísticos. Algunas reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de Febrero de 2005”. RDU N^o 327 Julio/Agosto 2006

Los efectos de los grandes proyectos relacionados con la explotación del agua deberían evaluarse, antes de su ejecución, mediante estudios de impacto ambiental e impacto territorial.

La demanda de agua aumenta debido al consumo creciente del uso doméstico, la agricultura y el turismo. El problema es especialmente grave en las regiones mediterráneas.

La LS07, actualmente integrada en el TRLS08 recoge como principio básico el desarrollo sostenible propugnado en la ETE.

En efecto, el Título Preliminar de la ley reitera en numerosas ocasiones expresiones que insisten en esta idea: uso racional de los recursos naturales; protección del medio ambiente; prevención y reducción de la contaminación; medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna, la protección del paisaje; domicilio libre de ruido y otras inmisiones contaminantes.

La Exposición de Motivos de la LS07 se declara, en este apartado, inspirada por las políticas comunitarias, ya que, la UE, como hemos dicho, en diversos documentos comienza a hablar seriamente de la necesidad de adoptar políticas relacionadas con el medio ambiente urbano, con la protección del suelo y contra el desarrollismo ilimitado de las ciudades.

El suelo rural tiene, para la LS07 un valor ambiental digno de ser ponderado y la ordenación del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada de SUBLE. Por su parte, el SU que constituye la ciudad, tiene un valor ambiental como creación cultural colectiva que es objeto de una permanente recreación, por lo que sus características deben ser mantenidas sustancialmente y su ordenación debe favorecer su rehabilitación y fomentar su uso.

Especial mención tiene el art. 15 de la LS07 que establece la obligatoriedad de que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística estén 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 el propio precepto.

La legislación ambiental de algunas CCAA (como fue el caso de la Ley 7/1994 de Andalucía¹³) ya establecieron la obligatoriedad de que los Planes Generales de Ordenación Urbana se sometieran a técnicas de prevención ambiental, en particular a la evaluación de impacto ambiental.

Además, de a la legislación de evaluación de impacto ambiental, y como transposición de la directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2.001, el Estado ha dictado una norma que trata de profundizar y ampliar las actuaciones públicas que tienen que estar sometidas a controles medioambientales previos a su implantación, como es, la Ley

¹³ Derogada por la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, que entró en vigor el 20 de enero de 2.008.

9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

Además del correspondiente procedimiento de prevención ambiental, el art. 15 LS07 se refiere a la obligatoriedad, en el caso de que la legislación urbanística o sectorial no lo estableciese, de que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística cuenten necesariamente con otros informes que inciden en diferentes aspectos medioambientales de la legislación sectorial. En concreto, será obligatorio contar con los siguientes:

a) El de la Administración Hidrológica y que se pronunciará 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 afectación y del impacto de la actuación sobre la capacidad de servicio de tales infraestructuras.

La LS07 se refiere a otros dos documentos que necesariamente tendrán que estar presentes antes de aprobar un instrumento de ordenación territorial y urbanística y que pretenden dar el máximo de información posible sobre los efectos que de cara al futuro tendrá la acción urbanística proyectada:

- Por una parte, un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación que deberá incluirse en el informe de sostenibilidad ambiental.

- Y de la otra informe o memoria de sostenibilidad económica en el que se ponderará en particular el impacto del instrumento de ordenación territorial y urbanística 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.

2.2.- Otros principios y criterios preceptivos en la utilización del suelo.-

Como hemos señalado¹⁴ el art. 10 le impone a las Administraciones Públicas una serie de deberes o criterios básicos para la utilización del suelo con la finalidad de hacer efectivos los principios, derechos y deberes enunciados en el Título I para los ciudadanos, empresarios y propietarios.

Los criterios básicos recogidos en la LS07 son los siguientes:

a) Fin del principio de liberalización del suelo: Transformación exclusivamente del Suelo preciso y necesario.

La LRSV permitía la transformación en SUBLE de todo aquel suelo que no tuviese un determinado valor que lo hiciese ser digno de protección. Como veremos más adelante el proceso de liberalización del suelo se ha ido atenuando como consecuencia del desarrollo que fueron realizando las diferentes legislaciones autonómicas que ponían freno a una clasificación

¹⁴ Gutiérrez Colomina. Venancio.

indiscriminada del suelo¹⁵, de la STC 164/ 2001 que atenuó los principios liberalizadores a ultranza y a la consiguiente modificación de la LRSV por la ley 10/2003 que volvió a introducir como límite a este criterio de liberalización, el del suelo que se considerase inadecuado para el desarrollo urbano bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística.

La LS07 dió un paso más y señaló que solo cabía atribuir en la ordenación territorial y urbanística el paso de la situación de suelo rural a suelo urbanizado, mediante la transformación por la urbanización, al suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen e impedir la especulación.¹⁶ Poniendo formalmente fin al proceso de ocupación del suelo indiscriminado, legitimando a la Administración Pública a que establezca un crecimiento cero. Así el art. 2.3 del TRLS08 establece que “los poderes públicos promoverán las condiciones para que los derechos y deberes de los ciudadanos establecidos en los artículos siguientes sean reales y efectivos, adoptando las medidas de ordenación territorial y urbanística que procedan para asegurar un resultado equilibrado, **favoreciendo o conteniendo**, según proceda, los procesos de ocupación y transformación del suelo”.

b) Reserva proporcionada de una parte del uso residencial a vivienda sometida a un régimen de protección pública.- Mínimo 30% de la edificabilidad residencial del suelo incluido en actuaciones de urbanización. La función residencial con base en la vivienda habitual se convierte así en la actividad productiva preferente en el urbanismo.

c) Principios en la Ordenación de los usos del Suelo.- Se establecen en el apdo. c) del art. 10 una amalgama de principios que deben tenerse en cuenta a la hora de regular el uso del suelo:

- Por una parte se recogen principios de carácter social como son los de accesibilidad universal y de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

- Y por otro estarían una serie de principios medioambientales como son movilidad, eficiencia energética, garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra

¹⁵ El art. 46.1.k de la LOUA señala entre los terrenos que el PGOU debe adscribir al SNU, los que sea “*improcedente su transformación, teniendo en cuenta razones de sostenibilidad, racionalidad y las condiciones estructurales del municipio*”.

¹⁶ El art. 1.1 de la Instrucción Técnica Urbanística 1/2007, para la aplicación en la CA de Castilla y León de la LS07 (aprobada por Orden FOM/1083/2007 de 12 junio) señala: “*Conforme al apartado a) del artículo 10 LS, los artículos 13, 15 y 16 LUC y L y 27,30,31 RUC y L se interpretarán en el sentido que solamente pueden clasificarse como suelo urbanizable los terrenos precisos para satisfacer las necesidades que lo justifiquen. Los demás terrenos que conforme al Derecho Urbanístico de Castilla y León podrían ser clasificados como suelo urbanizable, deberán clasificarse como suelo rústico e incluirse en la categoría de suelo rústico común*”.

La ley 7/2007, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales y de Contenido Financiero, ha modificado el art. 103 de la LOTRUSC de Cantabria, estableciendo que “*tendrán la consideración de suelo urbanizable los terrenos que, motivadamente y conforme al planeamiento general, puedan ser objeto de transformación por ser los suelos precisos e idóneos para atender las necesidades de transformación urbanística*”.

la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medioambiente.

Estos principios contribuirán a limitar el carácter discrecional de la potestad de ordenación de las Administraciones Públicas.

Dentro de estos principios, destacan por su novedad en la incorporación a la ordenación, el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Para Isabela Velázquez¹⁷ *“la intervención de las mujeres en el urbanismo siempre se ha inclinado más por reflexionar sobre el espacio de lo cotidiano, lo que en términos muy actuales, podemos denominar la calidad de vida”*. En efecto como señala esta autora, *“el activismo de las mujeres siempre va en una misma dirección, la de mejorar las condiciones de vida cotidiana en las urbes, desde la higiene y la salubridad hasta el acceso a la cultura o la protección del arte, sus temas de interés se agrupan en una visión muy solidaria que recoge no solo sus propias necesidades sino las de la parte más vulnerable de la sociedad”*.

Entre las conclusiones de las jornadas *“Urbanismo y Género: una visión necesaria para todos”* que tuvieron lugar en Barcelona entre el 27 y 29 de abril de 2005, destacan las siguientes:

- Es necesario integrar en el urbanismo los temas y las necesidades que atiendan las nuevas pautas sociales de nuestro tiempo, debiendo incorporarse como línea estratégica la perspectiva de género.

- Es fundamental impulsar procesos participativos que aporten el conocimiento real sobre la vida cotidiana de las mujeres y de otros grupos socialmente poco visibles como usuarias intensivas de la ciudad.

- Aplicar la perspectiva de géneros se concreta en cambios en los planteamientos del urbanismo actual, introduciendo en sus prioridades temas cotidianos como la seguridad, proximidad, el tiempo y organización de los servicios, etc.

- La opción por un urbanismo en el que las necesidades de todos, mujeres y hombres, de todas las generaciones y procedencias sean valoradas como la mejor vía para conseguir la calidad de vida. Dando lugar a una ciudad más segura, más accesible, en la que sea más fácil combinar la vida personal y familiar con la laboral. Una buena ciudad para todos los ciudadanos. Todo ello requiere el compromiso de las instituciones a integrar los cambios que hagan posible la consecución del principio de igualdad de trato y oportunidades en la organización territorial de la ciudad¹⁸.

¹⁷ Isabela Velázquez. “Una mirada atrás: mujeres en el urbanismo y en la construcción de la ciudad”. De la obra colectiva *“Urbanismo y género. Una visión necesaria para todos”*. Diputación de Barcelona. Junio 2006.

¹⁸ El Decreto 369/2004, de 7 de septiembre, de la Generalitat de Cataluña que desarrolla la Ley 2/2004, de 4 de junio, de Mejora de Barrios, áreas urbanas y villas que requieran de atención especial, establece que el contenido de los proyectos de intervención integral en áreas urbanas de atención debe incluir, entre otros, la descripción de su situación urbanística y de su situación social actual, con mención de sus repercusiones sobre las desigualdades sociales, de género y edad en el acceso a la renta y los servicios.

La DA decimocuarta del TRLUC de Cataluña se refiere a la perspectiva de género, señalando que el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas debe incorporar la perspectiva de género en el desarrollo de esta Ley para garantizar la promoción de la representación paritaria en la composición de

2.3.- La Ordenación Territorial y Urbanística, como razones imperiosas de interés general, limitadoras de la libertad de establecimiento.- El art. 14 de la Directiva de Servicios establece los requisitos prohibidos a los Estados para supeditar el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio en su territorio. Entre ellos destaca el apartado 5 que prohíbe a tal efecto la aplicación caso por caso de una prueba económica. Esto quiere decir supeditar la concesión de la autorización por ejemplo a una necesidad económica o de una demanda en el mercado, o a que se evalúen los efectos económicos posibles o reales de la actividad o que se aprecie si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente. Ahora bien como señala el propio artículo esta prohibición no afecta a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que protejan objetivos de las razones imperiosas de interés general. Por tanto la planificación urbana y rural que tenga como objetivo la protección del medio ambiente y el entorno urbano y que incluya restricciones a la libertad de establecimiento, siempre que sean proporcionadas y no discriminatorias no van en contra de la Directiva de Servicios.

En efecto como señalan Salvador Armendáriz y Villarejo Galende¹⁹ “resulta discutible que las razones de política comercial, como la protección del pequeño comercio frente a la gran distribución que los Estados aducen para exigir la obtención de una autorización administrativa especial a los grandes formatos comerciales puedan enmarcarse en el concepto de razón imperiosa de interés general”. Por tanto el urbanismo comercial debe descansar en otros planteamientos, como pueden ser, entre otros, “la ordenación del territorio, que favorezca el comercio de proximidad y fomente el equilibrio social y urbano entre el centro y la periferia, entre zonas urbanas y rurales; la protección del medioambiente, el desarrollo sostenible y la calidad del urbanismo desde el punto de vista estético y paisajístico.”

En definitiva, la planificación urbana y rural podrá establecer restricciones a la libertad de establecimiento, pero tienen que estar justificadas por el cumplimiento de los principios a que nos hemos referido en las páginas anteriores y que constituyen las bases del régimen del suelo en el TRLS08, puesto que si no fuera así y tuviera unos objetivos distintos de carácter económico, prevalecería el derecho fundamental del TUE a la libertad del establecimiento.

Otro tema a considerar es si le es aplicable al régimen del silencio en la aprobación del planeamiento de ordenación del territorio y urbanístico, lo dispuesto en el art. 8.1, que dice que “en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”.

los órganos urbanísticos colegiados y de la evaluación del impacto de la acción urbanística en función del género.

¹⁹ M^a Amparo Salvador Armendáriz y Helena Villarejo Galende. “La Directiva de Servicios y la Regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra”.

Conviene aclarar que esta prescripción corresponde a la integración del art. 242.6 del TR-92 que se refería exclusivamente a las licencias de obras. Sin embargo ahora no tiene esta limitación, por lo que en principio no habría inconveniente en extenderlo a la aprobación del planeamiento. Ahora bien hay que tener en cuenta que esta regulación se ha integrado en el art. 8 que regula las facultades del derecho de propiedad, por lo que en nuestra opinión sólo sería de aplicación a los planes de iniciativa particular.

3.- La Gestión Urbanística como actividad económica susceptible de afectación por la DS.- 3.1.- Consideraciones Generales.- El TRLS08 amplía el ámbito subjetivo del urbanismo puesto que no sólo afecta a los propietarios del suelo sino a todos los ciudadanos del Estado. Por este motivo, se contiene una relación de derechos y deberes de todos los ciudadanos que resultan afectados por la acción urbanística.

La LS07 ya no hablaba del estatuto jurídico, de los propietarios sino de los sujetos afectados.

La LS07 y ahora el TRLS08 abandona el reduccionismo con que el legislador estatal venía abordando el estatuto de los derechos subjetivos afectados por el urbanismo. El urbanismo español había reservado tradicionalmente a la propiedad del suelo el derecho exclusivo a la iniciativa privada en la urbanización. Por ello el título competencial del Estado para regular las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales se ha venido reduciendo al derecho de propiedad, sin tener en cuenta que existen otros como el de la participación ciudadana en los asuntos públicos, el de libre empresa, el derecho a un medio ambiente adecuado y el derecho a una vivienda digna.

El Título I de la LS07 se refiere explícitamente a tres tipos de sujetos:

1. La ciudadanía en general.
2. La iniciativa privada empresarial para la actividad urbanística.
3. Los propietarios de suelo.

El art. 6 del TRLS/2008, regula la iniciativa privada en la urbanización y la construcción o edificación. Dentro de este apartado se contempla en primer término, el derecho de iniciativa de la ejecución de la urbanización cuando ésta no vaya a realizarse por la propia Admón competente. El fundamento de este derecho está, en el reforzamiento que del derecho fundamental de libertad de empresa, tiene que tener lugar en el ámbito del urbanismo español.

Este derecho establecido de manera general y categórica contiene al final de su enunciado uno de sus límites más importantes: *“sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que ésta prevea (la legislación urbanística aplicable) a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo”*. Se reconoce por tanto la posibilidad, no la obligación, de que la legislación urbanística autonómica atribuya un derecho de preferencia al propietario del suelo para su desarrollo urbanístico. En este precepto se señala también que la habilitación a los particulares para el ejercicio de esta actividad deberá atribuirse mediante

procedimientos con arreglo a los principios de publicidad y concurrencia para la selección del particular que vaya a llevar a cabo la efectiva actividad de ejecución urbanística. Evidentemente, este precepto trae causa de la reciente jurisprudencia comunitaria que, entiende aplicable a la actividad urbanística las reglas propias de la legislación pública de contratos y, en concreto, al agente urbanizador. Sin embargo no existe en el art. referencia alguna a la legislación de contrato como hubiese sido de esperar.

El derecho de iniciativa privada en la urbanización y la construcción o edificación a que se refiere este aptd. a) del art. 6 del TRLS/2008, se corresponde, en realidad, con lo establecido en los arts 15.1 y 16.1 de la anterior LRSV98 que establecía el derecho de los propietarios del Suelo Urbanizable (Subz) a promover su transformación en los términos en que se especificara en la legislación urbanística autonómica. La diferencia entre un precepto y otro radica en que ahora no es el propietario el que puede tener la iniciativa para la promoción del suelo sino, teóricamente, cualquier particular, además, por supuesto, de la Admón Pública. En cambio, sí se recoge en el aptd. c) del art. 6, como ha sido tradicional, el derecho a edificar del propietario; quien tiene derecho a realizar en sus terrenos por sí o a través de terceros, la instalación, construcción o edificación permitidas, siempre que los terrenos integren una unidad apta para ello por reunir las condiciones físicas y jurídicas requeridas legalmente, y se lleve a cabo en los plazos y condiciones previstas en la legislación territorial y urbanística.

3.2. - El agente urbanizador: Antecedentes y naturaleza jurídica.-

La ejecución del Planeamiento se llevaba a cabo directamente por los propietarios o por la Administración Pública. Pero en algunas ocasiones, la insuficiencia de estas iniciativas han provocado un considerable encarecimiento del suelo y han planteado la posibilidad de buscar fórmulas, consistentes en utilizar la figura de la concesión administrativa para seleccionar un urbanizador que no tenía porque ser propietario, a fin de ejecutar el planeamiento.

Los primeros antecedentes fueron la introducción en la Ley de Reforma de 1975 de la gestión del Subz No Programado a través de los Programas de Actuación Urbanística (PAU), que consistían en un urbanismo concertado, a imitación del modelo francés de las *“zones d’aménagement concerté”*. Los PAU, como regla general no fueron utilizados con la finalidad con que fueron concebidos sobre todo por su deficiente regulación. En efecto, no se regulaban convenientemente las relaciones entre los propietarios y el urbanizador. Por ello, sólo se promovieron los PAU por iniciativa pública. A partir de la LRSV98, se permitió que el Subz No Programado pudiera promoverse directamente, sin necesidad de concursos, mediante los instrumentos de planeamiento previstos en la legislación urbanística, lo que originó que se promovieran por los propietarios pero no dió lugar a la ejecución por el urbanizador.

La ejecución por el urbanizador, puede decirse que se incorpora de manera efectiva en nuestro derecho, a partir de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística de la CA valenciana que generaliza los PAU y la asunción de la ejecución por las empresas urbanizadoras.

La propia LRSV98 legitimó y generalizó la utilización de este sistema al establecer en el art. 4.3 que *“En los supuestos de actuación pública, la Administración actuante promoverá, en el marco de la legislación urbanística, la participación de la iniciativa privada aunque ésta no ostente la propiedad del suelo”*. La STC 164/2001 (FJ 9) declaró la constitucionalidad de este art., señalando que el control de las actuaciones urbanísticas le corresponde a la Admón y no debe ser determinado por los mecanismos del mercado; la procedencia del fomento de la participación de los particulares, sean propietarios o no; la fijación del marco de esta participación privada le corresponde fijarlo al Estado como condición básica para garantizar la igualdad de los propietarios y de los empresarios y estableciendo que la concreta regulación de la participación privada le corresponde a cada CA.

Esta figura tiene su base en la distinción entre las funciones de urbanizar y edificar. La actuación urbanizadora es una actividad pública de transformación del suelo a través de la urbanización que se configura como una actuación de interés público. Lo que no implica que esta actividad urbanizadora tenga que hacerla directamente en todo caso la Admón. A la Admón le corresponde la dirección del proceso y como señalaba el art. 4 de la LRSV98 suscitará la participación privada aunque no tenga la propiedad del suelo.

La relación que une al Agente Urbanizador (AGUR) con la Admón Pública ha sido objeto de una importante polémica doctrinal. Se partía de la aplicación de las normas de la contratación administrativa²⁰. La STJCE de 21 de julio de 2001, dictada a propósito de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de la Lombardia, ha tenido una incidencia clave en este tema. Esta S, pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el *“Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia”*, mediante resolución de 11 de junio de 1998, declaró: *“la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, se opone a una legislación nacional en materia de urbanismo que permite, apartándose de los procedimientos previstos por esta Directiva, la realización directa por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado, de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra o cuenta de la contribución adecuada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la Directiva”*.²¹ Esta Directiva ha sido sustituida posteriormente por la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios. La definición del contrato de obras públicas se mantiene en ambas directivas. La STJCE de 21 de julio 2001, conocida como “Scala 2001”, ha creado una controversia jurídica en su aplicación a la figura

²⁰ El art. 29.13 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística valenciana señalaba que *“las relaciones derivadas de la adjudicación del programa se regirán por las normas rectoras de la contratación administrativa en lo que éstas no contradigan lo dispuesto por esta ley”*.

²¹ El art. 14 de la LCSP regula el umbral de los contratos de obras y de concesión de obras públicas sujetos a una regulación armonizada.

del AGUR. Y muchos piensan que no puede extrapolarse de manera mimética a nuestro país²².

Sin embargo el TSJ de Valencia ha interpretado que es aplicable el derecho comunitario de manera prioritaria, con independencia de cual sea el rango de las normas internas y sin que tenga relevancia el que se hayan aprobado después. Y en consecuencia ha dictado una serie de SS, entre otras las de 1 de Octubre de 2.002 y de 5 de febrero y 8 de mayo de 2003 en las que se refiere al carácter contractual de la relación jurídica de la Admón con el AGURr y en donde ha establecido la aplicabilidad a la figura del AGUR de la STJCE “*Scala 2001*”. Según esta jurisprudencia hay que tener en cuenta que el Urbanizador, cuando no lo sea directamente la propia Admón, asume la realización de una función pública como es la urbanización del suelo que consiste en la producción de infraestructuras públicas y de la urbanización. Y como gestor indirecto de una función pública, en cuanto desarrolla una actividad que es de servicio público, participa de la condición de concesionario de un servicio público. Por otra parte, al asumir la realización de la obra pública de urbanización, el objeto de su cometido será el contrato de obras. El art. 120.b) del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas recogía como objeto del contrato de obras, “*La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos*”. Dicho TR contenía específicamente el contrato de concesión de obras públicas en su art. 130. Y por otra parte en el art. 159.2 se establecía la aplicación de los preceptos establecidos para la concesión obras públicas en el supuesto que el contrato de gestión de servicios públicos incluyera la realización de obras²³.

En cambio para García Capdepon²⁴ no podía considerarse como contrato de obra pública porque no se financiaba con cargo a la Admón sino con cargo a los propietarios o al propio peculio del promotor y tampoco serían aplicables los preceptos que regulaban el contrato de concesión de obra pública porque la financiación no se realizaba mediante la explotación de las construcciones, y era más acertada, la asignación del régimen jurídico del contrato administrativo especial²⁵. El art. 19.1.b) de la LCSP define a los contratos especiales como los de objeto distinto a los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro y servicios y de colaboración entre el sector

²² Véase González Varas-Ibañez, Santiago. “Urbanismo y Ordenación del Territorio”. 2004 Ramón Fernández, Tomás. “Urbanismo y Edificación” N° 2/2001. Bustillo Bolado, Roberto. “Urbanismo y Edificación” N° 1/2002.

²³ La LCSP regula el contrato de obras en el art. 6 y el de concesión de obras públicas en el 7. El art. 117.2 señala igualmente que a los contratos de gestión de servicio público que comprendan obras le será de aplicación los preceptos referidos a la concesión de obras públicas.

²⁴ García Capdepon, Pedro María. “Ejecución por adjudicatario en Concurso”. Del libro Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid. El Consultor. 2002.

²⁵ Véase en el mismo sentido Parejo Alfonso, Luciano y Blanc Clavero F. “El Derecho Urbanístico valenciano”. Tirant lo Blanch 1999. Igualmente Criado Sánchez, Alejandro Javier. “El agente urbanizador en el derecho urbanístico español. Editorial Reus. Madrid 2005. Pág. 175 y s.s., es de la misma opinión.

público y el privado, pero que tienen naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Admón contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contrato privado.

En cualquier caso cabe señalar, como ha declarado el TSJ de Valencia, en S de 1 de Octubre de 2.002, que *“La conexión que existe entre el Urbanizador y el Programa no puede justificar que en aras de la competencia que la Comunidad Autónoma ostenta en materia de urbanismo, la regulación del Urbanizador quede desvinculada de la legislación básica en materia de contratos”*. A tal efecto el TS en S de 28 de diciembre de 2006 ha declarado plenamente aplicables a la elección de la proposición más ventajosa para la adjudicación de los PA, prevista en el art. 47 de la mentada Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística de la CA valenciana, los criterios establecidos en los arts. 87 y 89.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que vino a incorporar el texto de la Directiva 93/37/CEE, en materia de contratos de obras, al ordenamiento interno español, preceptos que repite el TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2.000. E igualmente la STS de 27 de marzo de 2007 que señala que la figura del AGUR, aunque presente rasgos singulares, esto no permite sostener *“que deba estar al margen del régimen de prohibiciones para contratar con la Administración contenido en el ordenamiento estatal básico de aplicación general a las Administraciones Públicas en todo el territorio del Estado”*.

En mi opinión, dejando de lado estas controversias doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la relación que une al Agente Urbanizador con la Administración Pública, lo que si parece claro que la actividad que realiza el Agente Urbanizador puede encuadrarse dentro del concepto de actividad de servicio, al tratarse de una actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración. En efecto como señala el considerando 33 de la Directiva de Servicio, el concepto de servicio incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución; entre ellas se cuentan, entre otras, “los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos.”

Por tanto le será de aplicación a dicho servicio económico la DS. A tal efecto, teniendo en cuenta el art. 12 de la DS, habría una limitación de autorizaciones para acceder a prestar dicho servicio. Por tanto habrá que aplicar un procedimiento de selección del agente urbanizador en el que se den todas las garantías de imparcialidad y de transparencia, con la debida publicidad para el inicio y finalización del procedimiento. Estarán prohibidos por tanto los requisitos contenidos en el art. 14 de la DS, entre otros, los discriminatorios basados en la nacionalidad, los de residencia en el territorio nacional o los de estar establecidos en varios Estados miembros. Y habrá que evaluar la posibilidad de imposición de los requisitos establecidos en el artículo 15 (límites cuantitativos o territoriales, a adoptar una forma jurídica particular,

tarifas obligatorias mínimas o máximas, tener un número mínimo de empleados, etc).

Igualmente tendrá que respetarse el derecho de los prestadores de otro Estado miembro a participar en el procedimiento de selección (art. 16 y s.s. DS).

Por su parte los prestadores de los servicios de Agente urbanizador de cualquier Estado miembro deberán respetar “las disposiciones aplicables a las obligaciones contractuales” (DS 17.15) así como las prescripciones contenidas en la legislación urbanística que afecten al Agente Urbanizador.

4.- La intervención municipal en la edificación y uso del suelo.- 4.1.- La aplicación de la directiva de servicios al régimen de las licencias urbanísticas.- Como hemos señalado anteriormente, que la actividad de construcción puede considerarse una actividad que integre el concepto de servicio regulado por la Directiva, habría que plantearse si las licencias urbanísticas que permiten acceder a la prestación de este servicio, y que por tanto podrían encuadrarse dentro de lo que la directiva considera como autorización, requieren un nuevo análisis en relación con la Directiva de Servicio. Y si bien como señala el considerando 9 de la DS, ésta no se aplica a los requisitos referidos a las normas relativas a la ordenación del territorio y urbanismo, hay que tener en cuenta que según la Jurisprudencia comunitarias esto será así, siempre que la autorización se base en una razón imperiosa de interés general, que las medidas sean las adecuadas para conseguir los objetivos que persigue el interés general, que no se apliquen discriminatoriamente y no vayan más allá de lo necesario.

Esto requiere formularse una serie de cuestiones, como son, en primer lugar, que se considera protección del entorno urbano. Es indudable, que no toda actividad constructiva que se lleve a efecto, va a incidir en la protección del entorno urbano (piénsese por ejemplo en una obra menor que no requiera proyecto y que no se refiere a un bien de interés cultural o de protección). Por ello la legislación urbanística deberá definir que se entiende por protección del entorno urbano, a fin de que pueda acceder a la actividad urbanística de servicio que no pueda provocar daños en el entorno, utilizando otros mecanismos menos restrictivos como la declaración responsable o la comunicación previa.

En segundo lugar cabe plantearse si la DS afectará a la aplicación del silencio en las licencias urbanísticas puesto que si no afecta a una razón imperiosa de interés general (protección del entorno urbano, del medio ambiente) el silencio será positivo.

4.2.- La intervención municipal en la edificación y uso del suelo: Las licencias urbanísticas en el Texto Refundido 2/2008 de la Ley de Suelo.- a) Antecedentes.- Son abundantes las referencias a la edificación y a edificar en la normativa del Suelo. Pero también se contempla el régimen de las licencias urbanísticas en la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de Noviembre que complementa esta regulación. En el art. 5 de la LOE se establece que *“La construcción de edificios, la realización de las obras que en*

ellos se ejecuten y su ocupación precisará las preceptivas licencias y demás autorizaciones administrativas procedentes, de conformidad con la normativa aplicable”.

En el precepto se contemplan, por tanto, no solo las licencias de construcción, las licencias de ocupación sino también cualquier otro tipo de autorizaciones administrativas.

Aunque la regulación legal de las licencias urbanísticas es sustancialmente de carácter urbanístico y deberá acudirse primordialmente a la legislación autonómica para su estudio, ha de tenerse en cuenta que la STC/61/97 dejó sin anular una serie de preceptos del TR-1992, mantenidos vigentes por la disposición derogatoria única de la LRSV, que eran los siguientes:

- Art. 242.1, que establece el carácter preceptivo de la licencia municipal para todo acto de edificación.
- Art. 242.6, que establece la no adquisición de licencias por silencio positivo, contrarias a la legislación o al planeamiento urbanístico.
- Art. 243.1, en relación con la competencia de las entidades locales y la legislación local en materia de otorgamiento de licencias.
- Art. 243.2, que obliga a motivar la denegación de licencias.
- Art. 244.2, 3 y 4, que se refiere a los actos promovidos por Administraciones Públicas.

La LS07 dejó vigente todos los anteriores, excepto el art. 243.1 al que derogó. El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo, ha integrado en su articulado los anteriores artículos de la siguiente manera:

- a) Los Arts. 242.1, 243.2 y 242.6 del TR-92 se integran en el art. 8.1.b) párrafo segundo:

“Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo (242-1 TR-92) según la legislación de ordenación territorial y urbanística. Su denegación deberá ser motivada. (Art. 243.2).

En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”. (art. 242.6)

- b) El Art. 244.2, 3 y 4 se incorpora a una nueva disposición adicional, la décima que establece lo siguiente:

b).- La transformación de la naturaleza jurídica de la licencia de obras.-

Hasta la entrada en vigor de la LSV90, la jurisprudencia había entendido de manera casi unánime que la licencia de obras no concedía derecho alguno, sino que éste preexistía; y que tenía carácter reglado, sirviendo para comprobar la adecuación de la petición con el Ordenamiento Jurídico. Como

decía Tomás Ramón Fernández²⁶ *"la licencia urbanística es el tipo mismo de los actos de autorización. Responde pues, enteramente a la concepción clásica -que aquí sigue siendo válida- de esta clase de actos, con los que la Admón. remueve los obstáculos que se oponen al ejercicio de un derecho del que ya es titular el sujeto autorizado"*.

Sin embargo, a partir de la LSV90 se rompió este consenso doctrinal, fundamentalmente como consecuencia del art. 20 de la misma que decía: *"El otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar, siempre que el proyecto presentado fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable"*. Esto hizo afirmar a González Pérez²⁷ que *"en la concepción del derecho de propiedad de la L.R.R.U. la licencia ya no suponía la facultad de edificar, sino que la creaba. Partiendo del sistema de sucesión, adquisición de las facultades urbanísticas en la medida que se vayan cumpliendo los deberes que la Ley impone"... "el derecho a edificar se adquiere con el otorgamiento de la licencia"*. Más drástico aún era Soriano García²⁸, quien decía que *"la licencia pasaba a constituirse en un instrumento distinto de su configuración clásica como autorización (que remueve obstáculos pero que presupone un derecho preexistente) y se constituye en una concesión en la que los contenidos del derecho pertenecen a la Administración, que es la que otorga dicho ámbito jurídico"*.

No compartíamos estas interpretaciones, estábamos más en consonancia con lo que señalaba Lliset Borrell²⁹, cuando afirmaba que *"la licencia continúa siendo, pues, una licencia de control del cumplimiento de las condiciones del ejercicio edificatorio que surge con el plan, por más que el art. 20 L.R.S. haga derivar de la licencia el nacimiento del derecho a edificar"*, o con lo que señalaba más contundentemente Ballesteros Fernández³⁰ al decir que *"la licencia no otorga nada; no constituye un derecho; el derecho preexiste a la solicitud de licencia o es requisito necesario para su obtención; y la intervención administrativa se sigue limitando a un acto de control reglado"*. En consonancia con estas opiniones doctrinales entendíamos que no era la licencia la que hacía nacer tal derecho, sino que ésta tenía el carácter declaratorio de un derecho preexistente, que en este caso sería el derecho al aprovechamiento.

En cualquier caso a partir de la STC 61/97 se puede decir que la polémica queda desactivada ya que en ella se mantuvo el carácter declarativo de la licencia (FJ 34).

²⁶ Tomás Ramón Fernández. "Manual de derecho urbanístico". El Consultor, Madrid 1991, pag. 211.

²⁷ González Pérez, Jesús: "Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo". Editorial Civitas. Madrid 1990. Pag. 203. En su posterior obra "Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)". Editorial Civitas. Madrid 1993, ratifica que el derecho a edificar se adquiere con el otorgamiento de la licencia, aunque matiza no obstante que subsiste el carácter reglado del acto del otorgamiento en la nueva concepción de licencias de edificación. Pag. 242.

²⁸ Soriano García, J. Eugenio. "Las facultades dominicales en la tercera ley del Suelo". Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo. Colegio de Registradores de la Propiedad. Madrid 1991.

²⁹ Lliset Borrell, Francisco. "Nuevo Régimen Urbanístico". Publicaciones Abella. Madrid 1990. Pag. 114.

³⁰ Ballesteros Fernández, Angel. "Manual de Admón. Local". Cemci. Granada 1992.

Cabe no obstante plantearse si en el SNU la respuesta es diferente³¹. Es decir si la Administración cuando autoriza a edificar en el SNU, actúa discrecionalmente, generando o no el derecho y si entonces la licencia tendría valor constitutivo y no meramente declaratorio de un derecho preexistente. O bien cabe preguntarse si en estos supuestos en que existe aprovechamiento edificatorio estamos en presencia de conceptos jurídicos indeterminados, como señalaba Entrena Cuesta³². Lobato Gómez³³ se inclinaba por la primera alternativa y así, al referirse al SNU, señalaba que *"la posibilidad de un cierto aprovechamiento urbanístico de los mismos depende única y exclusivamente de la discrecionalidad de la admón"*.

En nuestra opinión, para resolver esta cuestión es preciso distinguir:

- En primer lugar, si nos encontramos ante lo que llamaríamos aprovechamiento de carácter rural o por el contrario tiene carácter urbanístico;
- En segundo lugar, si estos aprovechamientos están previstos o no en el Planeamiento.

Los supuestos que forman parte del aprovechamiento rural, y en ello coincidimos con Entrena Cuesta, son conceptos jurídicos indeterminados y constituyen para nosotros el uso normal del suelo rústico; el derecho a edificar, en este caso tiene carácter reglado y podrá autorizarse, directamente por el Ayuntamiento. Ahora bien, por otra parte, en relación con el derecho a edificar de carácter urbanístico, como era el caso de instalaciones de utilidad pública o interés social, edificaciones unifamiliares que no formen núcleo de población y vinculadas a un destino agrario, conviene resaltar que la declaración de utilidad pública o interés social o comunitario y la no formación de núcleo poblacional son conceptos jurídicos indeterminados y no se podrá evitar un cierto margen de discrecionalidad de la autorización, cuando no exista un instrumento de planeamiento que ordene positivamente el SNU. Es decir, la Administración va a tener una mayor discrecionalidad cuando considera al SNU como algo residual y negativo, y cuando el expediente de autorización suponga concretar, por tanto, una ordenación no preexistente y que permita un mayor margen de apreciación a la Administración.

Esta interpretación es la que parecía seguir de modo implícito la derogada Ley del Suelo Rústico 5/1987, de la CA de Canarias, ya que le daba carácter positivo al silencio en caso de que existiera planeamiento y carácter negativo en caso de inexistencia de planeamiento. De todas maneras, lo que también es cierto es que, incluso en el supuesto de que los aprovechamientos estuviesen recogidos en el Planeamiento, no se eliminaba tampoco cierto margen aleatorio en el actuar de la Administración, por lo menos a priori, contrariamente a lo que ocurre en el SU y SUBLE. En efecto, en estos suelos no se puede privar o conceder, a través del planeamiento, aprovechamiento a un particular sí y a otro no, ya que mediante los sistemas de gestión se

³¹ Véase "Licencia de primera ocupación y adquisición del derecho a edificar". Temas de Admón. Local nº 55.CEMCI Granada 1994.

³² Entrena Cuesta, Rafael "Licencias Urbanísticas y discrecionalidad administrativa" Derecho Urbanístico Local. Editorial Cívitas 1992

³³ Lobato Gómez, J. Miguel "Propiedad privada del Suelo y Derecho a edificar" Editorial Montecorvo. Madrid 1.985.

redistribuyen las cargas y beneficios. No ocurre así en el SNU donde se puede, a través del planeamiento, conceder o hacer nacer un determinado aprovechamiento para unos sí y para otros no, sin que además se produzca la redistribución de cargas y beneficios entre los propietarios. Para paliar esto, la legislación autonómica fue dotando de algunos instrumentos de gestión para este suelo, que vinculan determinadas cargas al otorgamiento del aprovechamiento.

En cuanto a la segunda cuestión, una vez que se ha ultimado el expediente de autorización por el Órgano competente³⁴, la licencia que deba otorgar el Ayuntamiento tendrá carácter reglado, como el resto de las licencias que se conceden en el SU y SUBLE. Es decir, siempre que se cumplan las condiciones del expediente y las normas constructivas municipales, si las hubiere, habrá que otorgarla. Así pues, la licencia municipal, en definitiva, en todo caso tendrá carácter reglado; otra cosa será que en el SNU o suelo no programado la previa autorización del órgano competente, en ausencia de planeamiento y ante la ambigüedad de los conceptos jurídicos indeterminados, la Administración tenga un cierto margen de discrecionalidad y disponga de cierta aleatoriedad para hacer nacer de manera singular el aprovechamiento de un determinado suelo a través del Planeamiento. Como señala la STS 18 julio 1997 (RJ 1997, 6039), debe reconocerse a la Administración Pública “un amplio margen de apreciación, no sólo por ello sino porque se utiliza una expresión, la del interés social, para cuya concreción es razonable que deba aceptarse en principio, la preferencia de las valoraciones de quien institucionalmente tiene encomendado el cuidado de los intereses colectivos, frente a los criterios lógicamente subjetivos de los particulares.

c).- El régimen jurídico del silencio administrativo.- El art. 43.2.a) de la LRJPAC, en su redacción original, confería valor positivo, a los procedimientos iniciados en virtud de solicitudes formuladas por los interesados en las que no hubiera recaído resolución en plazo y cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que la estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, en cuyo caso se entenderían desestimadas.

Cabía preguntarse si la falta de resolución de la licencia de obras en el plazo preceptuado, por las razones anteriores, determinaba el silencio positivo, en todo caso, pues la norma ni matizaba ni establecía excepción alguna. Podía pensarse que la entrada en vigor de la LRJPAC supuso en efecto un cambio en la forma de entender la aplicación del art. 242.6 del TR-1992, que establecía que “*en ningún caso se entenderá adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico*”, produciendo un cambio con respecto a lo que venía interpretando la doctrina y la jurisprudencia, ya que como señalaba García Tortajada³⁵ “*la institución del*

³⁴ En la LOUA de Andalucía la autorización del órgano autonómico se ha sustituido por la aprobación de un Proyecto de Actuación por el Ayuntamiento o por un Plan Especial en los supuestos de repercusión supramunicipal (arts. 42 y 43).

³⁵ García Tortajada, José Antonio. “El silencio positivo como forma de licencia y la autorización e inscripción de obra nueva”. R.D.U. nº 124 1991.

silencio positivo como remedio para obtener la licencia urbanística. Plantea problemas en relación con el principio de legalidad “cuando los efectos del silencio positivo se producen contra legem, por no ajustarse al ordenamiento jurídico la petición no resuelta”. Y al respecto, citaba la STS de 26 de septiembre de 1990, que señalaba que *“la existencia de una discordancia entre lo pretendido y la normativa urbanística aplicable que obligase a imponerla, es un límite legal a la obtención de las licencias por silencio positivo”*; y en este supuesto la Administración no tendría que acudir a la revisión de oficio para que el acto no produjera efecto, sino que sólo operará la eficacia *“cuando el silencio positivo se haya producido efectivamente, es decir, tanto por la concurrencia de los requisitos formales, como por la de los de carácter sustantivo”*. Sin embargo lo anterior no podía predicarse de manera tan taxativa con la entrada en vigor de la LRJPAC, ya que el silencio en la licencia de obras, había que entenderlo sin más remedio incardinado en su art. 62.1.f), que determinaba la nulidad de pleno derecho de los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico, por los que se adquirieran facultades o derechos, cuando se careciera de los requisitos esenciales para su adquisición, y había que concluir entonces, que la Administración para poner fin a la eficacia de este acto presunto, aunque fuera contrario al ordenamiento jurídico, tenía que acudir al procedimiento previsto en la LRJPAC, en el art. 102, de la revisión de oficio de actos nulos, a fin de poner fin a esta apariencia jurídica de legalidad.

Es decir, en el caso que se cumplieran los plazos preceptuados para entender que se había producido el silencio, podía pensarse que estábamos en presencia de un acto presunto positivo y eficaz aunque fuera contrario al Ordenamiento Jurídico; a cuya eficacia la Administración podía por supuesto poner remedio, pero siempre que acudiese a su revisión. Por otra parte, frente a los que rechazaban esta tesis aduciendo los graves perjuicios que podían producirse, hay que poner de relieve que la Administración podía y puede acudir al art. 104 de la LRJPAC que la faculta para que una vez iniciado el procedimiento de revisión de oficio, el órgano competente para resolver, suspenda la ejecución del acto, en el caso de que se puedan producir perjuicios de imposible o difícil reparación.

A pesar de lo antes dicho, según Diez Sánchez³⁶, aunque el ordenamiento no regulara expresamente la exigencia de condicionamiento para que se produjera el silencio, no podía entenderse que los efectos se producían *“ope legis”*, sino que *“frente a esa exégesis se levanta sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia rechazando que tal silencio prospera cuando lo que resulta concedido por el silencio no puede autorizarse con arreglo a las leyes”*.

Pero, como reconocía el propio autor, esta regulación garantista de los intereses generales distaba por diversas razones, de ser satisfactoria para resolver la inactividad administrativa. Y podía ocurrir, como señalaba Santamaría Pastor³⁷, que se invirtiesen las consecuencias favorables y desfavorables de los silencios negativo y positivo. Por todo ello, parecía mejor que el silencio positivo en el caso de la licencia de obras, se produjera por el

³⁶ Diez Sánchez, Juan José. “El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional”. Editorial Civitas. Madrid 1992. Pag. 309.

³⁷ Santamaría Pastor, J.A. “Silencio positivo: una primera reflexión” D.A. Nº 208. Pag. 112.

cumplimiento automático de los plazos; pues en caso contrario quedaría vacía de contenido la figura del silencio positivo y defraudaría las expectativas que los ciudadanos ponen en él como remedio para mitigar los efectos de la lamentable inactividad de la Administración. Además hay que tener en cuenta que existen instrumentos cautelares para garantizar los intereses generales en la LRJPAC.

Una postura intermedia a cuanto comentamos, era la mantenida por García Enterría³⁸ que señalaba que *“la solución debe circular por una tercera vía, en la que se admite el principio de la irrevocabilidad de la autorización o aprobación ganada por silencio positivo, pero con la importante salvedad de que el silencio no cubre en ningún caso los supuestos merecedores de la calificación de nulidad de pleno derecho”*.

La Ley 4/99 vino a inclinarse por los que éramos partidarios de la eficacia del acto administrativo presunto de carácter positivo afectado por cualquier tipo de invalidez, mientras no fuera revisado, al señalar en su Exposición de Motivos, que el silencio administrativo positivo producirá un acto administrativo eficaz, que la Administración Pública solo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley. En definitiva creo que quedaba meridianamente claro, que el silencio positivo producía un acto eficaz aunque fuese nulo de pleno derecho y que la única forma de eliminarlo del mundo jurídico era a través de los recursos o de la revisión de oficio.

Ahora bien, una vez expuesto lo anterior, y contrariamente a las tesis que sustentábamos, a partir de la entrada en vigor de la LRJPAC, no puede mantenerse, la misma rotundidad acerca de los efectos positivos del silencio en lo referente al otorgamiento de la licencia urbanística, una vez que se produjo la modificación de ésta por la ley 4/1999.

En efecto, hay que tener en cuenta la nueva redacción que la Ley 4/1999 dió al art. 43 en su aptd. 2, estableciendo que *“los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”*. Por tanto, en el caso de que exista en vigor una norma como el art. 17 de la Ley 2/1998, de 18 de julio, de Inventarios de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía que en su art. 17 señala que no podrán adquirirse por silencio administrativo facultades contrarias a las normas reguladoras de los espacios naturales protegidos, habría que pensar que el valor del silencio no podía considerarse positivo. Habrá que distinguir por tanto, que la licencia solicitada sea o no conforme con el Ordenamiento Jurídico.

- En el primer caso, si la licencia solicitada es conforme con el ordenamiento jurídico urbanístico, el silencio sin lugar a dudas tiene carácter positivo, ya que como señala la jurisprudencia, en el caso de que las obras no se opongan a la ordenación urbanística, *“la posterior denegación expresa constituye la revocación de un previo acto presunto declarativo de derechos, adoptado sin seguir el procedimiento establecido al efecto y, por ende, nulo de pleno derecho”* (STS de 6 de Mayo de 1998, RJ 1998\3615).

³⁸ García Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez Romás, Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”. Cuarta Edición. Editorial Civitas. Madrid 1983. Pag. 560

- En el segundo caso, es decir, cuando la licencia es contraria al ordenamiento urbanístico, habrá que distinguir la importancia de este incumplimiento. Ya que en definitiva una interpretación coherente con cuanto decimos podría estar en la línea jurisprudencial que mantiene que *“no parece lógico entender que cualquier infracción de dicha normativa, con independencia de su gravedad y, por tanto, por irrelevante que sea, enerva el otorgamiento de la licencia por silencio, pues en otro caso habría que admitir el absurdo de que la Ley, aún regulando el silencio positivo, lo hace de forma tal que resulta de hecho imposible, por ello la disconformidad con la ordenación capaz de evitar el juego de la técnica del silencio parezca que debe ser tanto sólo la que suponga una infracción significativa de determinaciones urbanísticas sustantivas y, más concretamente, esa disconformidad ha de identificarse con la que implique una infracción urbanística grave”*³⁹.

El Anteproyecto de ley de Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio a fin de adaptarse a la DS modifica el apartado 2 del art. 43 estableciendo que la excepción al silencio positivo será solo “en los supuestos en los que una norma con rango de ley por causas justificadas de interés general o una norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”.

La introducción de causas justificadas de interés general hay que considerarla como equivalente a razón imperiosa de interés general como puede ser en el ámbito urbanístico la protección del entorno urbano y de la protección del medioambiente.

Es indudable que si se quiere salvaguardar el derecho a obtener una autorización presunta positiva con la protección de los bienes jurídicos que defienden las razones imperiosas de interés general, es preciso que las legislaciones urbanísticas enumeren los supuestos en que proceda el silencio negativo de una manera específica y no genérica como hace el art. 9.1 del TRLS08.

c) Las innovaciones en la regulación de las licencias en el TRLS08.-

El Texto Refundido de la Ley de Suelo ha incluido en su art. 8 lo previsto en los arts. 242.1 y 243.2 del TR-92 en el sentido que todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo. No obstante no emplea el término licencia, como hacía el art. 242.1 del TR-92, sino la expresión más amplia de acto de conformidad que sea preceptivo, abriendo las posibilidades a otras técnicas de control, como hacía el

³⁹ La LRAU de la CA valenciana señalaba en su DA 4ª que como regla general la solicitud de licencias que no sea resuelta por el Ayuntamiento dentro de los plazos legales se entenderá estimada. Con dos excepciones:

- Las licencias que afecten a construcciones catalogadas que sólo puede otorgarse por resolución expresa.
- Las solicitudes cuyo contenido sea constitutivo de una infracción grave y manifiesta de la ordenación urbanística, nunca pueden entenderse otorgadas por silencio administrativo.

En la CA andaluza, la LOUA, en su art. 182.3, establece la posibilidad de legalización de edificaciones con disconformidades no sustanciales, por lo que parece lógico pensar que a sensu contrario en estos casos igualmente juegue el silencio positivo.

art. 84.1 b de la LRBR⁴⁰, y además para no contradecir la legislación autonómica. En efecto, las distintas legislaciones autonómicas han recogido otras técnicas de control preventivo. Como señala Chinchilla Peinado⁴¹. De acuerdo con las posibilidades abiertas por el art. 84.1 b) de la LRBR y por la Ley de Ordenación de la Edificación que en su artículo 5 señala que “La construcción de edificios, la realización de las obras que en ellos se ejecuten y su ocupación precisará las preceptivas licencias y demás autorizaciones administrativas procedentes, de conformidad con la normativa aplicable”, algunas Comunidades Autónomas han regulado expresamente junto a la licencia, la figura de la actuación urbanística comunicada o comunicación previa, referida a todas o a algunas obras menores para su agilización.⁴² También, como señala Chinchilla Peinado en otras Comunidades Autónomas que no está previsto este instrumento de control, diversos Ayuntamientos, amparándose en la normativa sobre régimen local, han asumido igualmente dicha figura.⁴³ Por otra parte se recoge el carácter motivado que debe tener su denegación. Igualmente recoge sustancialmente lo previsto en el art. 242.6 señalando que en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial urbanística, Entendemos que esta redacción estaría más acorde con las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia de Valencia y Andalucía⁴⁴. En efecto la redacción del 242.6 señalaba que lo que no podía obtenerse era la licencia en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico, en cambio el art. 8.1. b) del TRLS08 señala que lo que no puede adquirirse por silencio administrativo, son las “facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”. Existen otras opiniones contrarias que justamente concluyen lo contrario de la regulación del TRLS08 en cuanto al silencio. Así Ortega Montoro⁴⁵ dice que el TRLS08 “ahora nos aclara el tema sin duda al declararla vigente a todos los efectos y dotada de

⁴⁰ La modificación introducida por el conocido como Anteproyecto Ley Ómnibus, amplía los instrumentos de intervención de la Administración en la actividad de los ciudadanos, incluyendo la comunicación previa, la declaración responsable y el control posterior al inicio de la actividad.

⁴¹ Chinchilla Peinado, Juan Antonio. “El control municipal de los actos de uso del suelo y edificación a través de la figura de la comunicación previa como alternativa a la licencia urbanística. Análisis de la regulación legal y municipal de la aplicación judicial. R.D.U. Nº 242 Junio 2008.

⁴² En la legislación autonómica destacan las siguientes: Art. 194.2 Aragón, art. 156.1 a) Castilla la Mancha, Art. 179.4 DL 1/2005 de Cataluña, Art. 171.1 b) Ley 15/2001 de Ordenación Territorial de Extremadura, Art. 156 Ley 9/2001 de 17 de julio de la Comunidad Autónoma de Madrid y Art. 180.1.b) de la ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Régimen de la Administración Local de Navarra.

⁴³ Entre estos Ayuntamientos destacan el Ayuntamiento de Sevilla y el Ayuntamiento de Alicante, en su Ordenanza reguladora del procedimiento para otorgar licencias urbanísticas, de 1 de noviembre de 2003, en su artículo 10.2.

⁴⁴ Véase del autor. Manuel Básico sobre la ley de Suelo Estatal. Editorial Fundación Asesores Locales. Málaga 2008. En las páginas 313 y s.s de dicho Manual Básico sobre la ley de Suelo Estatal, en el apartado 4.5.3 se estudia la incidencia de la LRJPAC en el régimen jurídico de las licencias urbanísticas y en concreto el régimen del silencio administrativo. Se ponía de relieve que se estaba produciendo un cambio en la interpretación de esta institución, en el sentido de entender como señalaba la STSS de Andalucía con sede en Málaga, que “la influencia del art. 242.6 de la ley de Suelo, debe entenderse como un mandato dirigido tanto a la propia Administración como al solicitante de la licencia, Dicho precepto intenta evitar que por el juego del silencio positivo se otorguen facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico. Lo cual es, ni más ni menos, que un título habilitador para impugnar o revisar la licencia obtenida por silencio”.

⁴⁵ Ortega Montoro, Rodrigo J. “Silencio administrativo y licencias urbanísticas” lo que expresamente dice (y no calla) el refundidor estatal del suelo de 2008. El Consultor, nº 18, septiembre 2008.

carácter básico como no podía ser de otra manera. Ello coincide con la doctrina que ha venido manteniendo de modo inflexible el Tribunal Supremo". Más que inflexible, lo ha mantenido de manera mayoritaria, puesto que existen algunos pronunciamientos minoritarios a favor del silencio positivo. Así, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de fecha 22 de febrero de 2000 (TJ 2000, 3639) declaraba la obtención de la licencia urbanística por silencio contraria al ordenamiento jurídico en aras de preservar el principio de seguridad jurídica del administrado. Sin embargo lo mayoritario ha sido lo contrario, así en Sentencia de fecha 26 de marzo de 2004 (RJ 2005,2268), reproduciendo doctrina reiterada de la misma, entendía que no bastaba el transcurso del plazo para entender obtenida por silencio la licencia, si no que además se exige su conformidad con las normas urbanísticas de aplicación. También el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 5ª) en Sentencia de 17 de octubre de 2007, reitera en su Fundamenta de Derecho noveno lo siguiente:

"No compartimos la tesis de que una licencia urbanística, incluso en el caso de que lo solicitado sea disconforme con el ordenamiento jurídico con el que debe confrontarse, deba entenderse otorgada por silencio administrativo por el solo hecho de que haya transcurrido el plazo para resolver sobre ella, pues el artículo 43.2 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), en la redacción dada por la Ley 4/1999 (RCL 1999, 114.329), se cuida de advertir que la estimación por silencio lo será, o podrá así ser entendida, "salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario", siendo una norma con ese rango, como lo era el artículo 242.6 de la Ley del Suelo aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1992 (RCL 1992, 1468 y RCL 1993,485), que tiene el carácter de legislación básica según resulta del fundamento jurídico número 34, párrafo cuarto, de la STC 61/1997 (RTC 1997, 61), y que no fue derogado, sino mantenido en vigor, por la Disposición derogatoria única de la Ley 6/1998 (RCL 1998,959), la que disponía en aquel año 2001 en que se solicitó la licencia objeto de la litis que "en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico."

Es de resaltar que se ha producido una Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de dos mil nueve, resolviendo un recurso de casación en interés de ley, interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga. El Tribunal Supremo señala "que el art. 8.1 b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 ha incorporado lo que disponía el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992 con una redacción más general", cosa que como hemos señalado anteriormente no es así sino que se trata de una redacción distinta, y en base a ello el TS establece que "la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias

en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística”.

Esta Sentencia, de acuerdo con el art. 100.7 de la LJCA a partir de la publicación de la parte dispositiva en el BOE, vinculará a todos los jueces y tribunales por ser la Sala Tercera del Tribunal Supremo conforme a lo establecido en el artículo 123.1 de la Constitución, el órgano jurisdiccional superior en el orden contencioso-administrativo en toda España.

La STS de 28 de enero de 2.009 parecía haber cerrado de manera definitiva la interpretación del silencio para las licencias urbanísticas. En mi opinión sin embargo lo dispuesto en el art. 9.1 del TRLS08, habrá que interpretarlo de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y con la directiva de servicios, es decir tendrá que justificarse en una razón imperiosa de interés general. Si nos referimos a la protección del entorno urbano, es indudable, por ejemplo, que la licencia solicitada para obras en un inmueble de protección histórico-artístico, no podría obtenerse por silencio positivo puesto que además de afectar a la protección del entorno urbano, se podrían producir daños irreparables. No ocurriría igual en el caso de una licencia de obras para construir un edificio en una zona de la ciudad no sometida a protección, aunque fuese contrario al planeamiento puesto que la Administración podría acudir a la revisión de oficio, y aunque no hubiera utilizado medidas cautelares, los perjuicios no serían irreparables porque podría procederse posteriormente a la demolición.

Igualmente por ejemplo, en base a la protección del medioambiente, en el caso de una construcción en un SNU de especial protección, el silencio sería negativo pero no estaría tan claro si eso mismo puede predicarse de una construcción en el SNU común o sin protección específica.

En definitiva, en mi opinión, una transposición adecuada de la directiva requeriría la modificación de las legislaciones urbanísticas autonómicas, determinando específicamente las razones imperiosas de interés general del ámbito urbanístico, que produjeran el silencio negativo.