

DESAFIOS ACTUAIS EM MATÉRIA DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E ENERGÉTICA

DESAFIOS ACTUALES EN MATERIA DE
SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL Y ENERGÉTICA

COORDENADORA

SUZANA TAVARES DA SILVA

AUTORES

ALEJANDRO ROMÁN MARQUEZ

ANA RAQUEL MONIZ

ANTONIO ALFONSO PÉREZ ANDRÉS

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ

CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA

EMILIO GUICHOT REINA

ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN

FERNANDA PAULA OLIVEIRA

FERNANDO ALVES CORREIA

IRENE RUIZ OLMO

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE

JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS

MARÍA DE LOS ÁNGELES F. SCAGLIUSI

PEDRO ESCRIBANO COLLADO

ROBERTO GALÁN VIOQUE

RUI MANUEL MOURA RAMOS

SUZANA TAVARES DA SILVA

(Página deixada propositadamente em branco)

**DESAFIOS ACTUAIS EM MATÉRIA DE
SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E
ENERGÉTICA**

**DESAFIOS ACTUALES EN MATERIA DE
SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL Y ENERGÉTICA**

(Página deixada propositadamente em branco)

DESAFIOS ACTUAIS EM MATÉRIA DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E ENERGÉTICA

DESAFIOS ACTUALES EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL Y ENERGÉTICA

COORDENADORA
SUZANA TAVARES DA SILVA

AUTORES

ALEJANDRO ROMÁN MÁRQUEZ	IRENE RUIZ OLMO
ANA RAQUEL MONIZ	JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE
ANTONIO ALFONSO PÉREZ ANDRÉS	JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS
CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ	MARÍA DE LOS ÁNGELES F. SCAGLIUSI
CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA	PEDRO ESCRIBANO COLLADO
EMILIO GUICHOT REINA	ROBERTO GALÁN VIOQUE
ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN	RUI MANUEL MOURA RAMOS
FERNANDA PAULA OLIVEIRA	SUZANA TAVARES DA SILVA
FERNANDO ALVES CORREIA	

O presente trabalho foi realizado no âmbito das actividades do Grupo de Investigação “Crise, Sustentabilidade e Cidadanias” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013).

EDIÇÃO
Imprensa da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL
Instituto Jurídico
Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA
Ana Paula Silva | Jorge Ribeiro

CONTACTOS
Imprensa da Universidade de Coimbra
Email: imprensa@uc.pt
URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc
Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

ISBN
978-989-26-1402-1

ISBN DIGITAL
978-989-26-1403-8

DOI
<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1403-8>

DEPÓSITO LEGAL
400599/15

PRINT BY
CreateSpace

© JULHO 2017
IMPrensa DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ÍNDICE

Nota Prévia	9
APRESENTAÇÃO PRESENTACIÓN.....	11
I. SUSTENTABILIDADE DA MEMÓRIA E DA IDENTIDADE SOSTENIBILIDAD DE LA MEMORIA Y DE LA IDENTIDAD	
Apresentação dos Temas.....	21
Rui Manuel Moura Ramos	
1. EL ORDENAMIENTO DE LOS BIENES CULTURALES EN ESPAÑA..	23
Concepción Barrero Rodríguez	
2. PATRIMONIO CULTURAL, PAISAJE Y SOSTENIBILIDAD	47
Pedro Escribano Collado	
II. SUSTENTABILIDADE E RECURSOS NATURAIS SOSTENIBILIDAD Y RECURSOS NATURALES	
Apresentação dos Temas	71
José Carlos Vieira de Andrade	
3. O USO DE RECURSOS RENOVÁVEIS NA ENERGIA A REVISITAÇÃO DO PRINCÍPIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DOS INVESTIDORES A PRETEXTO DOS MODELOS DE FINANCIAMENTO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉCTRICA A PARTIR DE FER	73
Suzana Tavares da Silva	
4. EL USO DE RECURSOS RENOVABLES EN LA ENERGÍA.....	97
Roberto Galán Vioque	
5. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DE EMERGENCIA EN MATERIA ENERGÉTICA	125
Irene Ruiz Olmo	

6. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL: RELACIONES ENTRE NORMATIVA GENERAL Y NORMATIVA SECTORIAL. INCÓGNITAS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SOLUCIONES EN EL DERECHO PORTUGUÉS	137
Emilio Guichot	
7. TRANSPARÊNCIA EM MATÉRIA DE AMBIENTE.....	165
José Eduardo Figueiredo Dias	
8. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA “VERDE”	191
Alejandro Román Márquez	

III. SUSTENTABILIDADE E TERRITÓRIO

SOSTENIBILIDAD Y TERRITORIO

Apresentação dos Temas	235
Fernando Alves Correia	
9. RÉGIMEN DE USO DEL SUELO NO URBANIZABLE. EN ESPECIAL EL CASO DE LA NORMATIVA ANDALUZA	241
Antonio Alfonso Pérez Andrés	
10. A UTILIZAÇÃO DO SOLO RÚSTICO (“NÃO URBANIZÁVEL”).	271
Fernanda Paula Oliveira	
11. LITORAL E DIREITOS ADQUIRIDOS	291
Ana Raquel Gonçalves Moniz	
12. DERECHOS ADQUIRIDOS Y COSTAS	321
Concepción Horgué Baena	
13. LAS REPERCUSIONES MEDIOAMBIENTALES DE LAS ACTIVIDADES MINERAS	
LA PLANIFICACIÓN DE PROYECTOS MINEROS: DIFICULTADES Y DEBILIDADES DEL MARCO NORMATIVO VIGENTE (SU APLICACIÓN EN ANDALUCÍA).....	337
Encarnación Montoya Martín	
14. ÚLTIMAS ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE MINERÍA Y MEDIO AMBIENTE	367
María de los Ángeles Fernández Scagliusi	

AUTORES

Alejandro Román Márquez

Universidad de Sevilla

Ana Raquel Gonçalves Moniz

Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

Antonio Alfonso Pérez Andrés

Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo

Concepción Barrero Rodríguez

Universidad de Sevilla. Directora do Instituto García Oviedo

Concepción Horgué Baena

Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo

Emilio Guichot Reina

Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo

Encarnación Montoya Martín

Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo

Fernanda Paula Oliveira

Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

Fernando Alves Correia

Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

Irene Ruiz Olmo

Universidad de Sevilla.

José Carlos Vieira de Andrade

Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

José Eduardo Figueiredo Dias

Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

María de los Ángeles Fernández Scagliusi

Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo

Pedro Escribano Collado

Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo

Roberto Galán Vioque

Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo

Rui Manuel Moura Ramos

Universidade de Coimbra. Presidente do Instituto Jurídico

Suzana Tavares da Silva

Universidade de Coimbra. Instituto Jurídico

(Página deixada propositadamente em branco)

NOTA PRÉVIA

Os estudos *Desafios Actuais em Matéria de Sustentabilidade Ambiental e Energética* são as primícias de uma colaboração institucional entre o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Universitário García Oviedo.

No espírito do compromisso firmado por estas duas unidades de I&D está o desenvolvimento de actividades conjuntas de investigação jurídica, com o objectivo de promover o estudo comparado do direito administrativo, geral e especial, que tantos pontos de contacto conhece. A ‘circunstância ibérica’ – cispirenaica – dos dois países há muito que os ‘condenou’ a desenvolver um mercado conjunto e um nível adequado de harmonização normativa.

Condicionalidades que foram, de resto, potencializadas no contexto da adesão de ambos, na mesma data, à então Comunidade Económica Europeia, onde viriam a trilhar um caminho igualmente convergente, não obstante as suas diferentes estruturas político-administrativas.

Apesar dessas diferenças – e também por causa delas – o estudo comparado dos temas do direito administrativo é hoje uma enorme mais valia no contexto de uma ‘circunstância europeia e global’ – um contexto competitivo, mas no qual os cidadãos carecem de solidariedade; um contexto privatizado e liberalizado, mas onde a regulação eficiente é indispensável; um contexto dominado pela informatização dos procedimentos e colonizado pelos ‘chavões’ da gestão, mas onde a ética nas relações governadas pelo direito público é uma emergência.

Trata-se, pois, da ocasião perfeita para empreender este projecto, que se há-de multiplicar, pela vontade e pelos laços de amizade que unem os seus subscritores, em muitas e variadas acções colaborativas no domínio da ciência do direito administrativos e cujos resultados serão disseminados em Jornadas, como as que tiveram lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nos dias 15 e 16 de Outubro de 2015, ou em estudos, como aquele que agora se dá à estampa.

A obra divide-se em três partes. A primeira cuida do tema da “Sustentabilidade da Memória e da Identidade” e nela se incluem textos sobre o direito do património cultural.

A segunda parte, dedicada ao tema da “Sustentabilidade e Recursos Naturais”, é integrada por estudos sobre os actuais problemas financeiros e sociais que o sector eléctrico enfrenta com a integração da geração a partir de fontes renováveis, bem como uma reflexão sobre a legislação em matéria de transparência e o respectivo contributo para o aprofundamento da cidadania, incluindo a cidadania ambiental, e ainda uma análise dos novos desafios da ‘contratação pública verde’.

Na terceira parte são analisados alguns tópicos sobre “Sustentabilidade e Território”, em particular o uso do solo rústico e não urbanizável, o litoral e a exploração mineira.

Estamos assim perante um volume que reúne diversos contributos, com diferentes perfis e registos, que, no seu conjunto, proporcionam ao leitor novidade, informação, análise crítica e uma oportunidade para reflectir e comparar o modo como alguns problemas comuns encontram respostas político-normativas diferentes.

Coimbra, Outubro de 2015

Suzana Tavares da Silva
Coordenadora das Primeiras Jornadas
Coimbra-Sevilha de Direito Administrativo

APRESENTAÇÃO

PRESENTACIÓN

(Página deixada propositadamente em branco)

O Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra foi reconstituído em Janeiro de 2013 como unidade de investigação e desenvolvimento, ao abrigo dos novos Estatutos da Faculdade. Desta forma se dinamizou uma instituição centenária, constituída na sequência da Reforma dos Estudos Jurídicos que a Faculdade promovera em 1911, e que com o tempo se havia esvaziado de sentido, tendo-se essencialmente procurado dar realidade institucional a uma tradição com mais de um século, e nunca verdadeiramente interrompida, de ligação do ensino à investigação¹.

Nesta nova fase da sua existência, igualmente sintonizado com as preocupações dos nossos dias, o Instituto Jurídico propõe-se, mais especificamente, e desde logo, organizar a investigação na Faculdade de Direito em sete grupos de investigação (“O Direito e o Tempo”, “Vulnerabilidade e Direito”, “Contrato e Desenvolvimento Social”, “Risco, transparência e litigiosidade”, “As PME: Promoção da inovação, crescimento e competitividade”, “Crise, sustentabilidade e cidadanias” e “Globalização, economia e direito”). Estes grupos constituem por sua vez três linhas temáticas (“Pessoa e Direito”, integrada pelos dois primeiros, “Direito, Risco e Sociedade Técnica”, onde se agrupam os três seguintes, e “Transformação do Estado e Globalização”, que engloba os dois últimos). E é através desta estrutura, vocacionada para fomentar a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade, que o Instituto Jurídico, constituindo a casa comum dos investigadores que desenvolvem a pesquisa na Faculdade de Direito de Coimbra se propõe desenvolver um projecto estratégico em volta do lema “Desafios sociais, incerteza e direito”.

Assumindo abertamente que as características mais marcantes da vida contemporânea são a incerteza e a mudança, pois que nos diversos campos da actividade social o resultado da acção humana se foi tornando progressivamente mais incerto, o Instituto entende que aquela incerteza

¹ Nas palavras de Rui de FIGUEIREDO MARCOS, «O voto de alimentar a docência com a investigação surdiu estupendas consequências na Faculdade de Direito de Coimbra. A Reforma de 1911 transplantou o modelo estrangeiro, criando um estabelecimento congénere a que deu o nome de Instituto Jurídico.

Assumia todos os contornos de um centro de actividade científica, considerado de suma utilidade a professores e alunos. Aí se tenderia a implantar um ambiente de fervilhante debate de ideias». *In A Biblioteca da Faculdade de Direito de Coimbra: Memória e Sentido*, Coimbra: [s.n.], 2012, p. 19.

afecta não só a dinâmica da actividade social como o processo através do qual as regras jurídicas e os respectivos autores são produzidos. Consciente de que tal incerteza amplia os problemas causados pelas alterações das estruturas políticas, económicas e sociais que transformaram o mundo nas últimas duas décadas, o Instituto considera que os novos desafios societários são problemas do presente, e que o direito, enquanto instituição cultural, está enraizado no passado, pelo que se impõe uma reflexão global sobre o estatuto (metodológico, teórico e filosófico) actual do discurso jurídico como produto cultural de natureza particular, simultaneamente situado no tempo e promovendo a sua contínua re-invenção para o cumprimento da sua específica intencionalidade. É essa reflexão que o Instituto Jurídico pretende também levar a cabo, assumindo como “código genético” a consciência de que o direito é uma tarefa prática que requer uma base teórica sólida e precisa e a convicção de que a referência última do discurso jurídico é a eminente dignidade da pessoa humana.

Nas circunstâncias que são as presentes, o Instituto Jurídico considerou prioritário desenvolver a colaboração com centros estrangeiros de referência. É isto o que tem sido feito pelos diversos Grupos de Investigação, em que se subdivide o nosso Instituto, particularmente pelo Grupo 6 (*Crise, sustentabilidade e cidadanias*), inserido, como vimos, na Linha Temática *Transformação do Estado e Globalização* e dirigido pelo Professor Vieira de Andrade, cuja actividade nos últimos dois anos tem sido especialmente intensa e multiforme. Na verdade, lançou logo em 2013 o Projecto de Ensino, Investigação e Desenvolvimento SPES – Sociedade, Pobreza(s) e Exclusão Social, no âmbito do qual promoveria a partir de 2014 um Programa de Doutoramento em Direito Público | Estado Social, Constituição e Pobreza, que tem constituído um êxito assinalável, para além de se ter desmultiplicado na organização de seminários², ciclos de coló-

² Em particular sobre «A economia social e civil: um retrato prático e perspectivas teóricas — que caminhos de futuro?», a 7 de Março de 2014, e «A economia social e civil: enquadramento normativo e dimensões praxiológicas», a 11 de Abril de 2014. Ainda em 2014, um Ciclo de Conferências sobre «As novas bases jurídicas do solo, ordenamento do território e urbanismo, do ambiente e do espaço marítimo» (respectivamente a 18 de Setembro, 8 de Outubro, e 5 de Dezembro de 2014). Mais tarde, em 29 de Janeiro de 2015, foi organizado o «Seminário Internacional: Caminhos para a Socialidade», e, respectivamente a 29 e 30 de Abril e 4 de Maio de 2015, dois Seminários Internacionais Luso-Espanhóis sobre «Instrumentos para Melhorar a Eficiência do Sector Público», e «Controlo da estabilidade orçamental e limites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da UE». Por último, a 9 de Outubro último realizou-se o Seminário Nacional «Direito da Agricultura e da Produção Agro-Industrial», encontrando-se já programadas, no futuro próximo, para 6 de Novembro, as «Jornadas SPES III — Cooperação entre o Estado e as Entidades do Sector Social e Solidário».

quios³ e cursos de especialização⁴ sobre os mais diversos temas.

No desenvolvimento das relações com centros estrangeiros de referência, o *Instituto Jurídico* assinou, em 21 de Novembro de 2014, um primeiro acordo de cooperação, o Acordo Quadro de Colaboração Científica, com o *Instituto Universitário de Investigação “García Oviedo”*⁵. Ora, é no seu âmbito que se insere a presente obra, que constitui mais uma realização do referido Grupo de Investigação. Ela reúne um conjunto de estudos, alguns dos quais foram apresentados nas primeiras *Jornadas Coimbra-Sevilha de Direito Administrativo*⁶, que versaram sobre os «Desafios actuais em matéria de sustentabilidade ambiental e energética», e traduz um princípio de execução do referido protocolo de cooperação científica que uniu as duas instituições com o intuito de promover a cooperação dos seus investigadores em projectos comuns na área do direito administrativo. Tratou-se da primeira iniciativa científica, que se espera abra um ciclo destinado a renovar-se todos os anos, e que concretizou a vontade das duas instituições e traduziu o seu empenhamento em desenvolver um trabalho conjunto que, pelo nosso lado, antevemos frutífero.

O tema geral a que obedecem os trabalhos inseridos na presente obra não carece de ver sublinhada a sua importância. Na verdade, a sustentabilidade ambiental e energética está longe de não ser um problema, e os desafios que nesta matéria não podem deixar de ser enfrentados têm preocupado diversas instâncias nacionais e internacionais e sido objecto de reflexão nos mais diversos *fora*. Não se estranhará portanto que os dois institutos que se congregaram na organização desta obra lhes tenham dedicado a sua atenção, assim prolongando uma reflexão de que, designadamente entre nós, já era possível encontrar precedentes, ainda que sob uma diferente perspectiva⁷.

³ O Ciclo de Colóquios de Janeiro | Estado Social, Constituição e Pobreza, decorreu de 7 a 28 de Janeiro de 2015.

⁴ Sobre «Sistema de indústria responsável: aspectos jurídicos» (de 9 de Fevereiro a 22 de Abril de 2015) e «Direito das energias renováveis, cogeração e eficiência energética – Revisão da legislação» (de 10 de Abril a 5 de Junho de 2015).

⁵ Visando «Realizar conjuntamente trabalhos de investigação, estudos, publicações e difusão de resultados em matérias de interesse comum (i), Organizar, nos termos que venham a ser estipulados em cada caso, congressos, jornadas, seminários, colóquios e reuniões científicas sobre matérias de interesse comum (ii), Realizar acções conjuntas de formação científica (iii), e Constituir consórcios entre os respectivos investigadores para a apresentação de candidaturas a projectos de investigação organizada em Portugal, em Espanha e nas Instituições Europeias (iv). Veja-se o artigo primeiro do Acordo.

⁶ Realizadas em Coimbra, a 15 e 16 de Outubro do corrente ano.

⁷ Em particular sobre o ambiente e a sua tutela, cfr. os trabalhos de Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «El derecho al medio ambiente como derecho publico

Em particular, essa atenção traduz o reconhecimento do estatuto que a noção de sustentabilidade tem vindo a ganhar no debate científico⁸. Sem pretender definir o conceito, o que sempre estaria aqui e agora fora dos propósitos, cremos que ele pretende de algum modo sublinhar uma nota que aponta para a manutenção, no longo prazo, da possibilidade de os sistemas sociais, como as políticas públicas, continuarem a responder às finalidades para que foram desenhados (finalidades cujo repensar o aludido contexto de incerteza torna por vezes imperioso). Ora parece constituir uma evidência que tal questão se suscita, quer quanto às fontes de energia, quer quanto ao meio ambiente, o que, permitindo uma correcta caracterização da problemática que esta obra pretende tratar, bem justifica a sua consideração por parte dos que nela participam.

Recordado sumariamente o contexto em que se insere esta iniciativa, e sublinhada a importância de que se reveste a sua realização, resta-nos saudar calorosamente todos os autores cujos trabalhos figuram no presente volume, em particular, e muito vivamente, a Professora Concepción Barrero Rodríguez, e, na sua pessoa, todos os colegas do *Instituto García Oviedo* que assim se associaram a esta primeira publicação conjunta com o *Instituto Jurídico*. E, porque tal é de elementar justiça, agradecer ainda a todos aqueles que, com o seu entusiasmo e dedicação, tornaram possível esta obra, em particular à Doutora Suzana Tavares da Silva, a quem a sua realização muito fica a dever e que é por isso credora do nosso vivo agradecimento.

Coimbra, Outubro de 2015

Rui Manuel Moura Ramos

Presidente do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

subjectivo», José Joaquim GOMES CANOTILHO, «O direito ao ambiente como direito subjectivo», Angel MENÉNDEZ REXACH, «Protagonismo del Derecho Administrativo en la prevención y tutela del medio ambiente», e Fernando ALVES CORREIA, «Principais instrumentos da tutela do ambiente urbano em Portugal», inseridos, respectivamente, a p. 31-45, 47-57, 61-85, e 87-115, in *A Tutela Jurídica do Meio Ambiente: Presente e Futuro* (Stvdia Ivridica, 81. Colloquia – 13), Coimbra, 2005, Coimbra Editora.

⁸ No contexto do ordenamento internacional, e para abordagem global, cfr. N. SCHRIJVER, «The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 329 (2007), p. 217-412.

Sobre a sua utilização num outro domínio, cfr., entre nós, *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise* (Coord.: José CASALTA NABAIS e Suzana TAVARES DA SILVA), Coimbra, 2011, Almedina.

El Instituto Universitario de Investigación “García Oviedo” fue constituido en 1954 en la Universidad de Sevilla a iniciativa del Profesor D. Manuel F. Clavero Arévalo. Con su creación se rinde memoria y homenaje académico a D. Carlos García Oviedo, Catedrático de Derecho Administrativo de esta Universidad, de la que fue Rector además de Decano de su Facultad de Derecho. Son muchos naturalmente los cambios que en su ya larga historia ha tenido este Instituto en su constante adaptación a las exigencias propias de cada tiempo y en su voluntad permanente de satisfacer los retos que el Derecho y la sociedad de cada momento han planteado, a los que mis predecesores en su dirección, los Profesores, por citar tan solo a los más recientes, A. Pérez Moreno, P. Escribano Collado, F. López Menudo y J.L. Rivero Ysern supieron siempre responder con acierto. En el año 2011 el Instituto García Oviedo obtuvo su reconocimiento como Instituto universitario andaluz por la Junta de Andalucía renovando así su compromiso con la investigación jurídica y la transmisión de sus resultados.

Este Instituto, cuya sede se encuentra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, integra a todos sus Profesores doctores de Derecho Administrativo, así como a Profesores de esta disciplina de otras Universidades españolas, especialmente de Andalucía. Tiene como fines, según expresan sus propios Estatutos (artículo 7. Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad de Sevilla de 12 de febrero de 2013), “organizar y desarrollar actividades de investigación aplicada en el ámbito del Derecho Público, con particular atención al Derecho Administrativo, así como organizar actividades de formación y de difusión especializada de toda índole en esta disciplina jurídica”.

El Instituto García Oviedo despliega una intensa actividad investigadora a través de los distintos grupos y proyectos de investigación de sus miembros – en particular del que lleva por título “Recursos naturales y Energía” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y del que es investigador principal el Profesor Roberto Galán Vioque –, la celebración de congresos, jornadas y seminarios y la publicación de estudios y monografías jurídicas que, como señalaba en 1976, el Profesor Clavero Arévalo en el Prólogo a la monografía de P. Escribano “El derecho a la salud”, aspiran “a ser no sólo expresión pública de la labor investigadora del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla, sino también cauce abierto para que investigadores de nuestra y de otras Universidades

puedan exteriorizar sus trabajos relacionados con las materias que cultivó el profesor GARCÍA OVIEDO”. La colección “García Oviedo”, integrada en la “Editorial Universidad de Sevilla”, cuenta en su haber con obras fundamentales para la comprensión del Derecho Público, muchas de las cuales, ya agotadas, serán pronto accesibles gracias al proceso de digitalización puesto en marcha por la propia editorial.

El Instituto García Oviedo dispone además de una importante red de convenios con instituciones diversas – Instituto Nacional de Administración Pública, Instituto Andaluz de Administración Pública, Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo, entre un largo etcétera – en los que expresa su decidida voluntad de aunar esfuerzos y colaborar activamente con otras instancias en el común objetivo de promover e impulsar la investigación jurídica y la difusión de sus resultados. El Instituto Jurídico de Coimbra viene a sumarse, gracias al convenio de colaboración suscrito por ambas Universidad, a esta red, convirtiéndose en pieza fundamental en el necesario proceso de internacionalización de la investigación jurídica al que todos nos enfrentamos. La investigación jurídica necesita salir de los reductos aislados en los que tanto tiempo ha estado para buscar espacios más amplios y más competitivos. Es preciso establecer redes de conocimiento que nos unan en el análisis y estudio de los grandes temas del ordenamiento de nuestro tiempo. Y en este proceso, el Instituto García Oviedo siente al Instituto jurídico de Coimbra como uno de sus aliados naturales, no ya, o no solo, por las relaciones de afecto y amistad que nos unen con sus miembros, sino por nuestro interés compartido en el análisis de tantas materias, entre otras, y esta obra da buena cuenta de ello, en el Derecho medio ambiental, en el examen de sus problemas, en la respuesta a sus numerosos desafíos.

No me queda sino reiterar mi enorme satisfacción, compartida con todos los miembros del Instituto García Oviedo, por esta publicación colectiva, punto de llegada de esa intensa y rica relación emprendida hace poco tiempo, pero, a su vez, punto de partida de un camino que emprendemos juntos y que deseo, estoy segura de que así será, extraordinariamente fructífero para todos. Desde luego, ilusión y trabajo no han de faltar.

Sevilla, octubre 2015

Concepción Barrero Rodríguez

Directora del Instituto Universitario de Investigación García Oviedo
Universidad de Sevilla

I

SUSTENTABILIDADE DA MEMÓRIA E DA IDENTIDADE

SOSTENIBILIDAD DE LA MEMORIA Y DE LA IDENTIDAD

(Página deixada propositadamente em branco)

APRESENTAÇÃO DOS TEMAS

O tema geral ao qual se encontram subordinados os dois primeiros textos é constituído pela Sustentabilidade da Memória e da Identidade. Trata-se de dois elementos que hão-de ser considerados de forma unitária, não podendo a identidade ser considerada sem a memória, e sendo esta última, por seu lado, um elemento constitutivo daquela. Por exemplo, a identidade colectiva que define uma realidade nacional e que se exprime no vínculo de nacionalidade, é inseparável e depende da memória, que a definição do elemento pessoal do Estado não pode dispensar, o que de alguma forma se revela na aceitação do *ius sanguinis* como critério de atribuição do estatuto da cidadania.

Mas não é este importante aspecto, que iniludivelmente pertence, por igual, ao direito público, que constitui o objecto destes dois trabalhos. Antes, neles, o Professor Pedro Escribano Collado versará o tema «Património cultural, paisagem e sustentabilidade», enquanto a Professora Concepción Barrero Rodríguez se ocupará de «Una aproximación al ordenamiento de los bienes culturales en España».

Cremos que a escolha se revela inegavelmente feliz, pela importância de que se reveste o objecto dos dois trabalhos. De facto, o património cultural de um país constitui um valioso elemento identitário, cuja protecção no plano internacional remonta a 1954, à Convenção da Haia para a protecção dos bens culturais em caso de conflito armado. E, ainda no ordenamento internacional, reconhece-se, sobretudo após a Convenção da UNESCO, de 1970, sobre as medidas a tomar para proibir e impedir a importação, a exportação e a transferência de propriedade ilícitas de bens culturais, que integram o património cultural de um Estado os bens que para

ele se revistam de uma importância particular¹. Neste contexto, a defesa do património cultural tem vindo a ser objecto, nos diferentes Estados, de um diversificado conjunto de medidas que nos anos mais recentes conheceram um particular desenvolvimento²; sobre esta temática versará o estudo da Professora Concepción Barrero Rodríguez.

Se a área do património cultural tem merecido extensa atenção da nossa doutrina³, outro tanto se não poderá dizer de um domínio que lhe é próximo, o da protecção da paisagem, igualmente objecto de protecção internacional através da Convenção Europeia da Paisagem, assinada em Florença, a 20 de Outubro de 2000⁴. E é sobre esta problemática, e também sobre as modificações que a entrada em vigor deste texto na ordem jurídica espanhola, ocorrida a 1 de Março de 2008, importou para o sistema jurídico do país vizinho, que incide o estudo do Professor Pedro Escribano Collado.

Rui Manuel Moura Ramos

Catedrático de Ciências Jurídicas
Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

¹ Mais perto de nós, o artigo 2.º da Convenção Unidroit sobre Bens Culturais Roubados ou Ilicitamente Exportados, assinada em Roma em 24 de Junho de 1995 (e em vigor em Portugal desde 1 de Março de 2003) considera «bens culturais», para os fins daquele instrumento, «os bens que, por motivos religiosos ou profanos, possuem importante valor arqueológico, pré-histórico, histórico, literário, artístico ou científico e que integram uma das categorias enumeradas em anexo à presente Convenção».

Sobre este texto, ainda que no estágio de projecto, cfr., entre nós, António Marques dos SANTOS, «Projecto de Convenção do UNIDROIT sobre a restituição internacional dos bens culturais roubados ou ilicitamente exportados», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra, 1998, Almedina, p. 220-252.

² Para um panorama da situação vivida entre nós, como noutros sistemas jurídicos, veja-se o conjunto de trabalhos inseridos em *Direito do Património Cultural* (coordenação: Jorge MIRANDA/João Martins CLARO/Marta Tavares de ALMEIDA), Lisboa, 1996, INA; e, num domínio particular, cfr. António Marques dos SANTOS, «Le statut des biens culturels en droit international privé», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional* (cit. supra, nota 1), p. 167-202.

³ Sendo aliás objecto, desde há muito (em particular, desde o Decreto-Lei n.º 27.633, de 3 de Abril de 1937), num domínio específico (o da restituição de bens culturais roubados ou ilicitamente exportados), de medidas legislativas particularmente inovadoras. A este propósito, cfr. MOURA RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, 1990, Almedina, p. 718 e nota 728. Para uma visão mais detalhada da referida problemática, cfr. FERRER CORREIA, *A Venda Internacional de Objectos de Arte e a Protecção do Património Cultural*, Coimbra, 1994, Coimbra Editora.

⁴ Publicada entre nós em anexo ao Decreto n.º 4/2005, de 14 de Fevereiro, que a aprovou para ratificação, e que se encontra em vigor na nossa ordem jurídica desde 1 de Julho de 2005.

1.

UNA APROXIMACIÓN AL ORDENAMIENTO DE LOS BIENES CULTURALES EN ESPAÑA*

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho Administrativo
Instituto Universitario "García Oviedo"
Universidad de Sevilla

Sumario: I. CONSIDERACIÓN PREVIA. II. SOBRE EL CONCEPTO DE PATRIMONIO HISTÓRICO. III. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN DE TUTELA DE LOS BIENES HISTÓRICOS. IV. VALORACIÓN FINAL.

I. CONSIDERACIÓN PREVIA

Estas páginas no pretenden naturalmente la exposición del concepto y régimen jurídico del Patrimonio cultural en España. Ello es sencillamente inviable y además ya existe una amplia bibliografía que se ocupa de la materia con el interés y la atención que merece¹. Pretendo un objetivo

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2013-48329-C2-1-P1 "Recursos naturales y Energía" financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Así, y por orden cronológico de aparición, pueden consultarse las monografías de C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación del Patrimonio Histórico*, Civitas-Instituto García Oviedo, Madrid, 1990; M.R. ALONSO IBÁÑEZ, *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*; J.M. ALEGRE AVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico (Configuración dogmática de la Propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio)*,

mucho más concreto y también más modesto, el de dejar simple constancia de cuales son los bienes que integran hoy esta categoría jurídica y los principales problemas que su delimitación plantea, así como, de otra parte, el de destacar los rasgos más característicos de su régimen jurídico propio para igualmente poner de manifiesto las dificultades con las que en este ámbito nos encontramos.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE PATRIMONIO HISTÓRICO

El ordenamiento de los bienes culturales en España ha venido marcado, en su evolución histórica, por la progresiva ampliación de sus fronteras. Prescindiendo de otros antecedentes importantes, como es el caso señalado de la Ley de Antigüedades de 7 de julio de 1911, podemos trazar un recorrido que con origen en la Ley de 4 de marzo de 1915 y final en la vigente Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE) y las muchas disposiciones autonómicas dictadas con posterioridad, permite comprobar como la categoría del bien histórico ha ido progresivamente ampliándose hasta comprender, en nuestros días, cualquier bien que incorpore un valor cultural, o lo que es lo mismo, que “sea significativo para el conocimiento de la historia de la civilización”, que “nos aproxime a los diferentes modos de vivir, pensar y sentir de los hombres en el tiempo y en el espacio”, en expresiones tomadas del Informe Franceschini², estudio elaborado por el Parlamento italiano en 1966 con las miras puestas en la reforma de la legislación en la materia de aquél país y que, a partir fundamentalmente del ya clásico estudio de M.S. GIANNINI “I beni culturali”³, se convierte en referente del Derecho de los bienes históricos en Europa y en otros países fuera de sus fronteras.

Son varios los hitos que han marcado en España ese continuo proceso de expansión de las fronteras de lo histórico, reflejado en algunas de las disposiciones más importantes de nuestra historia⁴. Entre ellas figura, sin duda, la indicada Ley de 4 de marzo de 1915, con la que se inicia una intervención pública en la propiedad privada que se ha ido acrecentando

Ministerio de Cultura, Madrid, 1994; Civitas-Universidad de Oviedo, Madrid, 1991; y L. ANGUITA VILLANUEVA, *Derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*, Dykinson, Madrid, 2001.

² Su texto puede encontrarse en el número 1 de la *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico* del año 1966.

³ *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, núm. 1, 1976.

⁴ Una evolución que expuse con detalle en *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, op. cit., págs. 31-95.

a lo largo del siglo transcurrido y que confiere a este ordenamiento una de sus notas definitorias. A esta disposición se debe igualmente la aparición del concepto formal de bien histórico; en otras palabras, la exigencia de procedimientos de declaración que constaten cuales son los bienes que presentan los valores que, en cada momento, tutela la norma, de tal forma que para el Derecho el bien histórico al que, por consiguiente, se dispensa protección es el declarado como tal. Esta Ley se caracterizaba finalmente por su objeto propio, los “monumentos arquitectónicos artísticos”, a los que su artículo 1 definía como “los de mérito histórico o artístico, cualquiera que sea su estilo, que en todo o en parte sean considerados como tales en los respectivos expedientes, que se incoarán, ..”. Estamos pues ante una norma y un momento histórico en el que la acción protectora del Derecho se circunscribe al bien aislado, al que en su individualidad presenta un interés digno de protección.

Habrà que esperar a otra norma fundamental, el Decreto Ley de 9 de agosto de 1926, sobre protección y conservación de la riqueza artística, para que nuestro ordenamiento, de forma precursora en relación con lo acontecido en otros países, supere esa atención centrada en el bien aislado para extenderla a los conjuntos históricos, espacios urbanos que bien sea por su trama, la tipología de sus edificaciones o, lo que es más común, la conjunción de estos y otros elementos presentan un interés digno de conservación en su unidad⁵. Los conjuntos históricos, junto con los monumentos y los bienes muebles, conforman también el Patrimonio histórico en la Ley de 13 de mayo de 1933 del Patrimonio Histórico-Artístico⁶, dictada en cumplimiento del artículo 45 de la Constitución republicana de 1931⁷ y bajo cuya

⁵ Su artículo segundo, letra b), los definía como “las edificaciones o conjuntos de ellas, sitios y lugares de reconocida y peculiar belleza, cuya protección y conservación sean necesarias para mantener el aspecto típico, artístico y pintoresco característico de España, siempre que así se haya declarado o en lo sucesivo se declare por el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes”.

⁶ Como resulta fundamentalmente de sus artículos 1, 14 y 33. Este último extendía “todas las prescripciones referentes a los Monumentos” a “los conjuntos urbanos y rústicos –calles, plazas, rincones, barrios, murallas, fortalezas, ruinas-, fuera de las poblaciones que por su belleza, importancia monumental o recuerdos históricos, puedan declararse incluidos en la categoría de rincón, plaza, calle, barrio o conjunto histórico-artístico”.

⁷ Su artículo 45 proclamaba expresamente que “toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su celosa custodia y atenderá a su perfecta conservación.

vigencia, hasta su sustitución por la Ley de 1985, se produce una fuerte destrucción y deterioro de nuestra valiosísima riqueza histórica. El siguiente hito decisivo vendrá determinado por la extensión de la protección a los entornos de monumentos y conjuntos, espacios que careciendo, en sí mismos, de un valor cultural, presentan una influencia decisiva en la conservación de los que sí lo presentan. Ahora bien, ello, aunque con el importante precedente representado por el Decreto de 22 de julio de 1958 que extendía la intervención de la Administración en defensa de los monumentos “a las obras que pretendan modificar edificios, calles o plazas inmediatas a aquél y a las de nueva construcción en igual emplazamiento o que alteren el paisaje que lo rodea o su ambiente propio, caso de estar aislado”, no se produce realmente hasta el Derecho dictado tras la aprobación de la Constitución de 1978 que en su artículo 46 dispone que “los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad”, así como que “la ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”. Un Derecho al que igualmente van a incorporarse, como posibles bienes históricos, otras realidades como es el caso de las tradiciones y costumbres propias de los pueblos, el denominado Patrimonio inmaterial o etnográfico, integrado, según establece el artículo 46 de la LPHE por “los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultural tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales”. Unos bienes, por cierto, coincidentes con esos “activos intangibles que constituyen parte de la identidad portuguesa y la memoria colectiva”, en expresión del artículo 2.4 de la Ley de Protección y mejora del Patrimonio cultural de Portugal del año 2001.

Ahora bien, la extensión del concepto de Patrimonio Histórico no es solo el resultado de esa ampliación en los bienes susceptibles de declaración. A ella se une una segunda línea de evolución importante que afecta a los valores o intereses que determinan la condición de un bien como histórico. En este sentido, y al margen de las matizaciones que resultarían de un análisis más detallado, puede decirse que también aquí el ordenamiento ha seguido una línea favorable a la incorporación al ámbito de la protección jurídica de nuevos valores, de tal forma que desde esos originarios intereses artístico e histórico, entendido este exclusivamente en su referencia a la vida pública de los pueblos, que vertebran la protección jurídica bajo la vigencia

El Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico”.

de las disposiciones de 1915, 1926 y 1933 va a pasarse, bajo el influjo de la doctrina italiana del bien cultural, traída hasta nosotros por E. GARCÍA DE ENTERRÍA⁸, a la protección del valor cultural, del valor histórico en su más amplia acepción equivalente a la historia de la civilización. Un valor cultural del cual el interés histórico y el artístico, recogidos en la propia Constitución, no serían sino dos de sus muchas concreciones posibles, aquellas que por su tradición histórica en nuestro Derecho y trascendencia misma ha querido la Norma fundamental que cuenten siempre con protección jurídica en nuestro ordenamiento. Ahora bien, el valor cultural puede tener, y de hecho tiene tanto en la LPHE como en las diferentes normas autonómicas, otras plasmaciones distintas. Así el interés científico, arqueológico, paleontológico, etnográfico o técnico. Así queda establecido en el artículo 1.2 de la ley estatal: “Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico”, a lo que añade que “también forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico”.

En definitiva, el ordenamiento español vigente ofrece un concepto de Patrimonio Histórico articulado en torno al valor cultural. En él se integran los bienes significativos para el conocimiento de la historia de la civilización, ya sean de titularidad pública o privada, ya presenten ese valor singularmente considerados –un monumento- o en su conexión con otros bienes o elementos –un conjunto histórico- y cualquiera que sea finalmente su naturaleza, pues ese valor cultural puede manifestarse en bienes de muy distintas características. En monumentos, jardines históricos, conjuntos de interés cultural, sitios históricos o zonas arqueológicas, tratándose de bienes inmuebles⁹ pero, también, en bienes muebles y en esos conocimientos

⁸ “Consideraciones generales sobre una nueva Legislación del Patrimonio artístico, histórico y cultural”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39, 1983.

⁹ El artículo 15 ofrece la definición de cada una de estas figuras: a) Son monumentos “aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social”; b) Jardín histórico es “el espacio delimitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementado con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos sensoriales o botánicos”; c) El conjunto histórico “la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es Conjunto Histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado”; d) El sitio histórico “el lugar o paraje natural vinculado a aconte-

y actividades que “son expresión de la cultural tradicional del pueblo español”. En el caso de bienes inmuebles, es indiferente además que se trate, como es ciertamente lo más común, de un espacio construido o de un espacio natural si la razón determinante de su tutela es el valor cultural.

La definición del bien histórico por referencia a su valor cultural aboca a la indefinición del concepto. El valor cultural constituye, en sí mismo, un concepto ambiguo e indeterminado, susceptible de juicios diversos, sometido, en todo caso, a un continuo y cambiante proceso de mutación, de valoración histórica. Es, en expresión del Tribunal Supremo, “un concepto jurídico indeterminado”¹⁰; en palabras de M.S. GIANNINI, “una noción abierta” a la que el ordenamiento jurídico “no le otorga un contenido propio en base a conceptos jurídicos precisos, sino que opera mediante el reenvío a disciplinas no jurídicas”¹¹. Es comprensible por ello, como ya anticipamos, que el Derecho precise, en aras de las demandas impuestas por el principio de seguridad jurídica, de procedimientos de declaración, de concreción de los bienes históricos a los que va a aplicarse el correspondiente régimen de protección jurídica. La LPHE establece dos procedimientos al respecto: la declaración de bien de interés cultural y la inclusión en el inventario general de bienes muebles, a los que han de sumarse aquellos otros establecidos por el ordenamiento autonómico. En este sentido, resulta de interés reseñar que la LPHE otorgó al Gobierno de la nación la competencia para resolver, a través de dichos procedimientos, sobre el carácter histórico de un bien, pero el Tribunal Constitucional, en un importante fallo interpretativo de la Ley, vino en su Sentencia 17/1991, de 31 de enero, a reconocer la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el particular, Comunidades que, a partir de ese momento, se van a sentir también legitimadas para crear en su propio ordenamiento otros procedimientos de declaración y, por consiguiente, otras categorías de protección distintas de las previstas en la disposición estatal, de tal forma que, en sus respectivos territorios, los bienes más relevantes desde el punto de vista de su interés se declaran de interés cultural, acogiendo el resto de las categorías previstas, de denominación variable en las distintas Comunidades Autónomas, a aquellos otros bienes cuyo valor no sea suficiente para fundar una declaración de esta naturaleza.

cimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico” y e) La zona arqueológica “el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas”.

¹⁰ Sentencia de 23 de octubre de 1995 (RJ 1995/7766).

¹¹ “I beni culturali”, op. cit. pág. 8.

Con la creación de estas otras categorías de protección, las leyes autonómicas dan respuesta a la extraordinaria diversidad existente en cuanto a la relevancia y significación de los bienes, al tiempo que han logrado una ampliación sin precedentes de nuestro Patrimonio Histórico. En el debe, en cambio, de un modelo de estas características se denuncia la pérdida del valor de la LPHE como norma “general en su materia” que “intenta globalizar el tratamiento integral de su objeto”¹², la excesiva proliferación de declaraciones¹³, o la dispersión en los criterios conforme a los cuales se procede a la integración de bienes en el Patrimonio Histórico¹⁴, de tal forma que bienes de similares características, y aún iguales, son declarados de interés cultural por algunas Comunidades Autónomas, en otras, hallan cobijo en sus categorías propias de protección y en otras quedan sencillamente al margen de la tutela del Derecho al no haber sido objeto de una previa declaración¹⁵.

El concepto de Patrimonio Histórico, someramente descrito en su evolución y delimitación actual, se enfrenta a retos importantes en los que

¹² A. PÉREZ MORENO, “El postulado constitucional de la promoción y conservación del Patrimonio Histórico-Artístico”, *Revista de Derecho urbanístico*, núm. 19, 1990, pág. 36.

¹³ Fenómeno ya advertido por F. LÓPEZ RAMÓN en 1999 (“Reflexiones sobre la indeterminación y amplitud del Patrimonio cultural”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm 15, 1999, págs. 193-219) y al que más tarde se ha referido, en términos abiertamente críticos, T.R. FERNÁNDEZ RÓDRIGUEZ (“La ordenación urbanística de los conjuntos históricos: breve denuncia de los excesos al uso”, *Urbanismo y Edificación*, núm. 1, 2000, págs. 37-45).

¹⁴ Denunciada, entre otros, por C. LÓPEZ BRAVO (“Los bienes culturales en el Derecho estatal y autonómico de España”, *Patrimonio cultural y Derecho*, núm. 3, 1999, pág. 28), J. GARCÍA FERNÁNDEZ (“La protección jurídica del Patrimonio Cultural. Nuevas cuestiones y nuevos sujetos a los diez años de la Ley del Patrimonio Histórico Español”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 1, 1997, pág. 6) o A. PÉREZ DE ARMÍNÁN (“Una década de aplicación de la Ley del Patrimonio Histórico Español”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, número 1, 1997, pág. 15).

¹⁵ El conocido “Toro de Osborne” ilustra bien esta idea. Excluida su retirada por la propia Legislación de Carreteras, las Comunidades Autónomas han reaccionado de manera muy distinta ante su necesaria tutela. Existen Comunidades Autónomas, es el caso de Andalucía, que lo ha incluido en su Catálogo General del Patrimonio Histórico en la modalidad de inscripción específica, lo que supone la aplicación de unas instrucciones particulares para su protección (Orden de la Consejería de Cultura de 13 de noviembre de 1996, BOJA núm. 19, de 13 de febrero); otras lo han declarado bien de interés cultural en tanto que otras, finalmente, no han procedido a su integración en el Patrimonio Histórico.

Una interesante recopilación de documentos y una reflexión sobre el tema puede encontrarse en el estudio de C. CHINCHILLA MARIN y J. PRIETO DE PEDRO “Las nuevas fronteras del concepto de patrimonio cultural: el Toro de Osborne” (*Patrimonio cultural y Derecho*, núm. 1/1997 págs. 279 y ss.).

se expresan las propias insuficiencias de nuestras normas y la necesidad, por consiguiente, de una reflexión encaminada a aquellas reformas que puedan contribuir, en último término, a un mejor cumplimiento del mandato que el artículo 46 de la Constitución española impone a todos los poderes públicos de conservar y acrecentar el patrimonio histórico, mandato que se suma al que establece el precepto anterior en relación con la tutela del medio ambiente. Aunque no es posible profundizar en el análisis de las insuficiencias y dudas que suscita la determinación del Patrimonio Histórico que efectúa nuestro Derecho, si pueden, no obstante, quedar brevemente enumeradas algunas de sus carencias más destacadas.

Un primer ámbito para la reflexión es el que se abre ante la incorporación al Patrimonio Histórico del denominado patrimonio inmaterial o etnográfico. Ya integrado, como hemos señalado, en esta categoría jurídica por la LPHE de 1985, hemos asistido, sin embargo, en los últimos años, a pesar de los loables esfuerzos realizados fundamentalmente a nivel autonómico, a su práctica desprotección dada la falta de adecuación de las técnicas de tutela previstas en las Leyes de Patrimonio Histórico, pensadas para el tratamiento de bienes muebles e inmuebles, a estos otros de características y necesidades muy diferentes. Como señala el Preámbulo de la reciente Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio cultural inmaterial, el tránsito, de los “bienes cosa” a los “bienes actividad” requiere nuevas fórmulas y técnicas de protección adecuadas a la naturaleza de esta singular parte del Patrimonio Histórico, que su artículo 2, desarrollando la definición establecida en 1985 por la LPHE, concreta en “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos, reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”. Entre sus previsiones destaca quizás la posible “declaración de manifestación representativa del Patrimonio cultural inmaterial” por la Administración General del Estado¹⁶, así como el conjunto de medidas de carácter educativo, de información y sensibilización y transmisión, difusión y promoción de estos bienes que establece¹⁷. Es pronto aún para valorar en que medida esta norma cumple con unos objetivos que, sin duda, requieren de la paralela actuación de las Comunidades Autónomas, titulares de importantes competencias en esta materia.

Otro de los grandes retos, en un plano muy distinto, al que se enfrentan las Leyes de Patrimonio Histórico es el representado por los entornos de los bienes históricos, cuya tutela constituye, como ya hemos señala-

¹⁶ Véase artículo 12.

¹⁷ Véanse artículos 6 a 8.

do, una de las características más destacadas del Derecho del Patrimonio Histórico de finales del siglo pasado y comienzos del actual. Las normas vigentes, en el sentido marcado por numerosos textos internacionales, incorporan, en efecto, a sus preceptos la protección de los entornos, concepto de tan fácil definición teórica como difícil concreción práctica. Son espacios, en expresiones tomadas del Tribunal Supremo¹⁸, en los que la protección legal no supone un fin en si misma sino que “entraña un medio para el indicado fin”, espacios que sin ser portadores de un valor cultural ejercen, sin embargo, una influencia directa sobre la conservación y disfrute de áreas que si lo tienen. Son, en otras expresiones al uso, la “zona de respeto” o “zona de influencia”; áreas, en definitiva, en las que la protección legal y la acción administrativa que sobre ellas se despliega se fundamentan en la adecuada conservación de esos otros espacios a los que sirven. La LPHE no contiene una definición de los entornos, aunque alude a ellos en diversas ocasiones¹⁹. Sí nos ofrecen, en cambio, su concepto las normas autonómicas que, aunque en términos no siempre coincidentes, extienden, bajo la figura de los entornos, su protección a zonas, contiguas o no al espacio histórico, que en si mismas carecen de valor cultural, pero en las que cualquier intervención sobre ellas puede repercutir, dada su situación o características, en su conservación, contemplación o estudio. Es claro que la delimitación del entorno de cada monumento o conjunto histórico habrá de efectuarse caso por caso en una operación, sin duda, compleja y que, como expresamente señalan algunas disposiciones, deberá ser motivada por la Administración, idea en la que también insisten los Tribunales que mantienen que el Derecho se sirve, en su definición de esta categoría jurídica, de conceptos jurídicos indeterminados que a la Administración corresponde concretar y llenar de contenido en los correspondientes procedimientos de declaración²⁰.

Ahora bien, el problema de los entornos no estriba solo en su difícil determinación, sino también en la falta de uniformidad y precisión de nuestras normas sobre cual ha de ser su régimen jurídico propio. Así hay Leyes autonómicas que optan por remitirlo al propio acto de declaración

¹⁸ Sentencia de 8 de marzo de 1991 (RJ 1991/2510).

¹⁹ Concretamente en su artículo 17 al disponer que “en la tramitación del expediente de declaración de Bien de Interés Cultural de un Conjunto Histórico deberán considerarse sus relaciones con el área territorial a que pertenece, así como la protección de los accidentes geográficos y parajes naturales que conforman su entorno”; y también en el 11.2 que exige a la resolución que declare un bien de interés cultural la delimitación del “entorno afectado por la declaración...”.

²⁰ En este sentido se pronuncian, entre otras, las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Extremadura de 21 de junio de 2001 (RJCA 591), Galicia de 20 de febrero de 2004 (RJCA 789) y Canarias de 30 de junio de 2004 (RJCA 165).

de bien de interés cultural del que la fijación del entorno constituye contenido necesario; otras, por la aplicación, aún con matizaciones, del régimen previsto para el bien cultural con el que se integran, sin que falten finalmente Leyes que nada disponen sobre cual ha de ser el régimen jurídico propio de estos espacios aunque prevean el control de la Administración de Cultura sobre las actuaciones que se desarrollen sobre ellos. Sólo excepcionalmente, y en relación con los entornos de los monumentos, se establecen reglas específicas para estos espacios que no difieren en mucho de las previstas para los bienes que tienen valor cultural²¹. En realidad, y en el fondo de todas estas soluciones distintas, subyace una cuestión fundamental, la de hasta qué punto es razonable y acorde con las propias notas que caracterizan a los entornos la decantación legal por un régimen jurídico que en poco o nada difiere del aplicable al bien o espacio de interés cultural, cuando puede, incluso, resultar que sea la propia protección de este valor la que exija medidas que no podrían aplicarse al monumento o conjunto histórico. Ante ello se impone reflexionar sobre su posible alternativa, esto es, la remisión del tratamiento de estos espacios, en la línea que ya apuntara M^a.R. ALONSO IBÁÑEZ²² y alguna jurisprudencia²³, a los instrumentos al servicio de la planificación urbanística y la ordenación del territorio, los únicos capacitados probablemente para establecer, en atención a las características singulares de cada entorno, el régimen de actuación que proceda en la búsqueda siempre de esa triple sostenibilidad ambiental, cultural y social que, según figura en numerosos documentos internacionales, ha de presidir la actuación sobre la ciudad.

Ahora bien, es probablemente la respuesta a la concurrencia en el espacio del valor cultural y natural una de las cuestiones más importantes a definir por nuestro Derecho. Ya indicamos anteriormente como, en la actualidad, los espacios naturales pueden ser objeto, en el caso de presentar un valor cultural, de una declaración como bien histórico. La LPHE, y en el mismo sentido el ordenamiento autonómico, lo hacen posible a través concretamente de la figura de los sitios históricos, definidos por el artículo 15.4 de la norma estatal como “el lugar o paraje natural vinculado a acon-

²¹ Son los casos de las Leyes 8/1993, de 30 de octubre, del Patrimonio cultural de Galicia (artículo 44), 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio cultural valenciano (artículo 39.3) y 11/1998, de 13 de octubre, del Patrimonio cultural de Cantabria (artículo 52) o de la Ley foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio cultural de Navarra (artículo 40).

²² *Los espacios culturales en la ordenación urbanística* (op. cit. págs. 20 y 1).

²³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 21 de junio de 2001 (RJCA 591).

tecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico”. También las disposiciones protectoras de los espacios naturales recogen categorías específicamente previstas para aquellos lugares en los que razón determinante de su particular tutela estriba en la existencia de un valor cultural²⁴. No son estos, sin embargo, los espacios que suscitan el mayor interés, sino aquellos otros resultados de la interacción de elementos naturales y humanos en los que es, entre otros elementos, la presencia conjunta de valores culturales y naturales lo que los singulariza y los hace merecedores de la atención del Derecho. Las Leyes de Patrimonio Histórico solo muy recientemente han incorporado, bajo denominaciones diversas, a estos lugares a su ámbito de aplicación. Son los casos de los parques culturales en la Comunidad Autónoma de Aragón²⁵ o de las zonas patrimoniales en la de Andalucía²⁶, que plantean numerosas cuestiones de interés que afectan tanto a su propia delimitación como a la determinación de su régimen jurídico propio en el que confluyen disposiciones que tienen a su cargo a la tutela de intereses diferentes.

Sin ahondar en la exposición de estas figuras, si que puede afirmarse que es probable que el correcto tratamiento de estos espacios haya de enmarcarse en la más amplia respuesta ofrecida por el Derecho al paisaje, en el que, como establece el Convenio europeo del paisaje de 20 de octubre de 2000, ratificado por España en 2007, “los conceptos de Patrimonio Cultural y natural por primera vez se fusionan”, englobando en su protección “las acciones encaminadas a conservar y mantener los aspectos significativos o característicos de un paisaje, justificados por su valor patrimonial derivado de su configuración natural y/o la acción del hombre”²⁷. Ahora bien, la del

²⁴ Es el caso, por ofrecer algún ejemplo, de los monumentos naturales y los paisajes protegidos en la Comunidad de Aragón de acuerdo con lo establecido en el Decreto Legislativo 1/2015, de 29 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de espacios naturales protegidos (arts. 12.2 y 13).

²⁵ Según dispone el artículo 1 de la Ley 12/1997, de 3 de diciembre, de esta Comunidad Autónoma, “un Parque Cultural está constituido por un territorio que contiene elementos relevantes del patrimonio cultural, integrados en un marco físico de valor paisajístico y/o ecológico singular, que gozará de promoción y protección global en su conjunto, con especiales medidas de protección para dichos elementos relevantes”.

²⁶ Son, en la definición que ofrece el artículo 26.8 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía “aquellos territorios o espacios que constituyen un conjunto patrimonial, diverso y complementario, integrado por bienes diacrónicos representativos de la evolución humana, que poseen un valor de uso y disfrute para la colectividad y, en su caso, valores paisajísticos y ambientales”.

²⁷ Véase artículo 1.e).

paisaje es una categoría jurídica precisada, sin duda, de una mayor reflexión y de un tratamiento más completo que el que actualmente se le dispensa, como expone en esta misma obra P. ESCRIBANO COLLADO a cuyas consideraciones, por consiguiente, me remito.

III. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN DE TUTELA DE LOS BIENES HISTÓRICOS

Si ya expresamos las dificultades existentes para exponer, en las páginas necesariamente breves de este trabajo, las notas más destacadas del propio concepto de Patrimonio cultural, la tarea se torna absolutamente imposible si de la noción de bien histórico descendemos al ámbito concreto del régimen jurídico establecido para su protección ante la extensión y complejidad que este ha alcanzado en nuestros días. Si ya en 1966, R. MARTIN MATEO, en su clásico estudio sobre “La propiedad monumental”, calificaba el ordenamiento histórico-artístico como un sector formado “por un verdadero aluvión normativo”, consecuencia del “sucesivo arrastre de sistemas y disposiciones no revisados formalmente”²⁸, su afirmación, verídica ciertamente en un contexto normativo bien diferente al actual -el que tenía por cabecera a la Ley del Patrimonio histórico-artístico de 1933- y por razones bien concretas -el oscurecimiento “de las líneas reales de las auténticas vigencias”-, cobra hoy renovada actualidad si con ella se hace referencia a las muchas de disposiciones que inciden, en un sentido u otro, sobre los bienes culturales. Varios factores contribuyen a ello. De una parte, el extraordinario desarrollo del ordenamiento autonómico resultado de las importantes competencias autonómicas en la materia²⁹. De otra, la concurrencia, en el cumplimiento de los objetivos constitucionales de conservación y enriquecimiento del Patrimonio Histórico, de competencias de muy diverso contenido y alcance -ordenación del territorio, urbanismo, vivienda, protección de la naturaleza, contaminación industrial, etc.-. Finalmente, la propia amplitud y heterogeneidad de los bienes que integran el Patrimonio cultural, circunstancia de la que deriva la existencia de regímenes especiales que, en relación con ciertos bienes, desplazan al establecido

²⁸ “La propiedad monumental”, *Revista de Administración Pública*, núm. 49, 1966, pág. 54

²⁹ La Constitución de 1978 reserva en su artículo 149.1.28 al Estado “la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación”, en tanto que el 148.1.16 permite a las Comunidades Autónomas asumir, lo que efectivamente ha ocurrido, las competencias sobre “patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma”.

con carácter común o general. Es el caso, por citar quizás el más significativo, del previsto para los museos que ya disponían de normas especiales en la LPHE de 1985³⁰ y que han sido objeto de un importante desarrollo en el Derecho de las Comunidades Autónomas.

Abandonada pues cualquier pretensión de ofrecer una exposición estructurada y desarrollada de ese ordenamiento, me limitaré a destacar algunas de sus notas más significativas al objeto de poder finalmente extraer, a modo de balance, algunas conclusiones sobre la realidad de la tutela del Patrimonio cultural en España.

La propiedad cultural constituye uno de los estatutos de este derecho avalado hoy por la propia Constitución que en su artículo 33, al tiempo que reconoce “el derecho a la propiedad privada y a la herencia”, determina que “la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo, con las leyes”. La protección de los bienes históricos descansa así, en buena medida, en la propia actuación de sus propietarios a los que se imponen un conjunto de obligaciones y restricciones en su derecho fundadas en el mantenimiento y preservación de su valor característico. Las medidas de esta naturaleza, que tienen su origen en la normativa que va sucediéndose en el transcurso del siglo XX hasta la promulgación de la Ley vigente de 1985, son muy numerosas y afectan tanto a las facultades de disposición del bien, como a su utilización.

Así, y siguiendo un principio de gran tradición en nuestro ordenamiento y común, por otra parte, al Derecho de otros Estados, el artículo 38 de la LPHE –y en el mismo sentido las normas autonómicas dictadas con posterioridad- reconocen a las Administraciones Públicas un derecho adquisición preferente -tanteo o, en su caso retracto-, respecto de aquellas transmisiones que el propietario se proponga realizar dentro del territorio nacional, toda vez que las exportaciones de los bienes de interés cultural están, como establece el artículo 5.3, prohibidas³¹, a menos que tengan como

³⁰ Las establecidas en el Capítulo II del Título VII de la Ley que lleva por título “Del Patrimonio documental y bibliográfico y de los archivos, bibliotecas y museos”, objeto de desarrollo, en el ámbito estatal, por el Real Decreto 620/1987, de 10 de abril, del Reglamento de los museos de titularidad estatal y del sistema español de museos. No obstante, la regulación de los museos se produce a nivel fundamentalmente autonómico, pues son las Comunidades Autónomas las competentes sobre estas instituciones, toda vez que la competencia estatal se circunscribe, a tenor del artículo 149.1.28 de la Constitución, a los museos de su titularidad “sin perjuicio de su gestión por las Comunidades Autónomas”.

³¹ El propio precepto define en su apartado 1º la exportación como “la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, incluidas aquellas que tengan por destino los países de la Unión Europea”.

destino otro Estado de la Unión europea, en cuyo caso quedan supeditadas a la correspondiente autorización³².

De igual modo, las Leyes de Patrimonio Histórico establecen numerosas limitaciones que afectan a la utilización del bien por los propietarios. En este grupo puede incardinarse la que les obliga, en términos del artículo 13.2 de la LPHE que reproducen y desarrollan las Leyes autonómicas, a permitir su “visita pública en las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados”³³, o la que les impide la colación de publicidad comercial en los edificios singularmente declarados de interés cultural. Ahora bien, es el de conservación el más importante y característico de los deberes impuestos a los propietarios de bienes históricos, recogido, con precedentes claros en el Derecho anterior, tanto en la LPHE como en el ordenamiento autonómico. El artículo 36.1 de la norma estatal lo formula en los siguientes términos: “Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes”.

Se trata, como puede apreciarse en esa disposición, de un deber configurado en términos genéricos y a partir de conceptos jurídicos indeterminados. Es claro, no obstante, que en él se expresa la obligación impuesta a los propietarios y demás titulares de derechos sobre bienes históricos de su mantenimiento en aquel estado que, en cada caso, exija la adecuada custodia de su valor cultural, pues no tiene otro fin, en expresiones tomadas de algunas Leyes autonómicas, que el de “la salvaguarda de sus valores”, el

³² Ha de tenerse en cuenta en esta materia lo establecido por el ordenamiento comunitario. Así el Reglamento N° 116/2009, del Consejo de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales y la Directiva 2014/60/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de Estado miembro.

Sobre el tema puede consultarse la obra de J. M^a MAGÁN PERALES, *La circulación ilícita de bienes culturales*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

³³ La Disposición Adicional 4^o del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, regula las condiciones del derecho de visita pública a los bienes históricos que sus propietarios han de asegurar. Ha de reconocerse, no obstante, que su garantía no siempre es fácil, en la medida en que ha de hacerse compatible con los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar, como expresamente reconocen algunas disposiciones autonómicas, como es el caso de la Ley 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio cultural vasco (artículo 24). La propia Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen preceptúa en su artículo 8.1 que “no se reputarán intrusiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”.

de “asegurar su integridad y evitar la pérdida o deterioro de su valor cultural”³⁴; de ahí que opere en un doble sentido: exigiéndoles cuantas actuaciones concretas sean necesarias para su correcta preservación, al tiempo que impidiéndoles aquéllas otras que, de alguna manera, pudieran ponerla en peligro. En garantía de que la actuación del propietario se ajusta realmente a las exigencias derivadas de la conservación del bien, las Leyes de Patrimonio Histórico, en la que constituye otra de sus notas más destacadas, supeditan cualquier actuación sobre los bienes culturales a un previo control de la Administración. Así, los artículos 19.1, 20.3 y 22 LPHE, en un principio posteriormente reiterado por todas las Leyes autonómicas, exigen autorización para todas “las obras, interiores o exteriores, que afecten directamente a un inmueble declarado Monumento o a cualquiera de sus partes integrantes, a un Jardín histórico o su entorno o a algunos de los inmuebles ubicados en un Conjunto, Sitio histórico o Zona arqueológica”. Esta regla general se completa además con la previsión de concretas actuaciones para las que igualmente se requiere de dicho control. Es lo que ocurre con los cambios en la utilización o uso del bien³⁵, su desplazamiento o remoción salvo que resulte imprescindible por causas de fuerza mayor o de interés social³⁶, la colocación de cualquier clase de rótulo, señal o símbolo en los monumentos y jardines históricos, o la intervención sobre los bienes históricos, regulada en el artículo 39 de la LPHE y en las Leyes autonómicas³⁷ en términos que han sido objeto de pronunciamientos importantes del Tribunal Supremo – Sen-

³⁴ Artículos, respectivamente, 14.1 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía y 28.1 de la Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio cultural del Principado de Asturias.

³⁵ En tal sentido, y entre otros, artículos 43 y 61.1.b), respectivamente, de las ya citadas Leyes del Patrimonio cultural de Galicia y Cantabria.

³⁶ Supuesto previsto, en términos que plantean importantes dudas interpretativas, en el artículo 18 de la LPHE y en el ordenamiento autonómico como puede verse, a título puramente ilustrativo, en los artículos 29 de la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura o 46 de la Ley 7/2004, de 18 de octubre del Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja.

³⁷ El artículo 39.2 de la LPHE y las normas autonómicas establecen con detalle cuales son los fines que han de inspirar esas intervenciones: “la conservación, consolidación y mejora” de los bienes; los criterios que deben presidirlas: prohibición de las reconstrucciones salvo cuando se utilicen partes originales de los bienes y “pueda probarse su autenticidad”, necesario reconocimiento de los materiales que deban añadirse al bien objeto de restauración “por ser indispensables para su estabilidad o mantenimiento”, “respeto a las aportaciones de todas las épocas existentes” y carácter excepcional de la retirada de elementos, operación que sólo cabe cuando los que traten “de suprimirse supongan una evidente degradación del bien y su eliminación sea necesaria para permitir su mejor interpretación histórica”.

tencias, entre otras, 16 de octubre de 2000, 22 de marzo y 18 de diciembre de 2002³⁸, de así como del análisis, por lo general crítico, de la doctrina³⁹. Las obras efectuadas sin las correspondientes autorizaciones serán ilegales por lo que órganos competentes podrán ordenar, si fuere preciso, su reconstrucción o demolición, con cargo al responsable de la infracción⁴⁰. Debe indicarse finalmente que estas autorizaciones, de competencia autonómica pues son las Comunidades Autónomas las que con carácter general tienen atribuidas las facultades de aplicación del ordenamiento del Patrimonio Histórico, vienen a añadirse a la licencia municipal requerida, en la mayoría de los casos, para esas mismas actuaciones, en una dualidad competencial tradicionalmente muy criticada y que el ordenamiento vigente solo ha conseguido superar de forma muy limitada por la vía de declarar suficiente, en determinados supuestos, la licencia urbanística, una vez aprobado el plan de protección del conjunto⁴¹.

En definitiva, el deber de conservación establecido en el artículo 36.1 de la LPHE y sus concordantes en Leyes autonómicas, se traduce en el deber positivo de los titulares de los bienes de custodiarlos y mantenerlos en las condiciones que garanticen su valor cultural, de donde derivan un conjunto de obligaciones de imposible concreción *a priori*. Las Leyes de Patrimonio Histórico acompañan la imposición al propietario del deber de conservación de un conjunto de medidas destinadas a garantizar su cumplimiento. Así el propio artículo 36 de la norma estatal faculta a la Administración para que de órdenes de ejecución a los propietarios que

³⁸ RJ2000/7777, 2002/4614 y 2003/431, respectivamente. La primera y la última en dos casos especialmente destacados por su importancia y trascendencia como fueron la intervención, de una parte, en el Teatro romano de Sagunto y, de otra, las obras en el claustro y parte del atrio adyacentes a la Iglesia de San Jerónimo de Madrid para la ampliación del Museo del Prado.

³⁹ Como puede comprobarse en la obra de S. MUÑOZ MACHADO, *La resurrección de las ruinas* (Cuadernos Civitas, Madrid, 2002). En la monografía, de otra parte, de L.J. SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ (*La restauración inmobiliaria en la regulación del patrimonio histórico* (Aranzadi, Pamplona, 2004) puede encontrarse un completo análisis del régimen de la restauración de los bienes históricos en España.

⁴⁰ Así se establece en el artículo 20 de la LPHE en términos que reproducen las disposiciones autonómicas que, en algunos casos, reconocen también al órgano competente de la Comunidad Autónoma la potestad para ordenar cautelarmente la suspensión de las obras contrarias a los planes aprobados o que no se estén desarrollando en los términos que han sido autorizadas, como hacen, entre otras, las ya citadas Leyes de Patrimonio cultural del Principado de Asturias (artículo 37) o Castilla y León (artículo 44.3).

⁴¹ Como resulta del artículo 20.3 de la LPHE y dispone igualmente por el ordenamiento autonómico. En mi estudio *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos* (Iustel, Madrid, 2006, págs. 262-289) puede encontrarse un desarrollo de esta cuestión.

estos deberán realizar a su costa, prevé la ejecución subsidiaria por la Administración de las actuaciones requeridas por la conservación, la realización por su parte de “las obras necesarias si así lo requiere la más eficaz conservación de los bienes”, la concesión de ayudas “con el carácter de anticipo reintegrable que, en el caso de bienes inmuebles, serán inscritas en el Registro de la Propiedad” e, incluso, la expropiación “ante el incumplimiento de las obligaciones establecidas”. Las normas autonómicas completan, por lo general, estas medidas y así, por ejemplo, prevén la colaboración de la Administración con los particulares “mediante la prestación del asesoramiento técnico y jurídico necesario y, si procede, de la concesión de ayudas de tipo económico-financiero”, imponen al titular del bien un deber de información sobre su estado, reconocen a la Administración una amplia potestad para su examen, recogen la posibilidad de que los destinatarios de las órdenes de ejecución se liberen de la carga impuesta siempre que el coste o previsión de las obras sea superior al 50% del valor total del bien, u obligan, incluso, a los propietarios a la realización de inspecciones técnicas dirigidas a determinar el estado de conservación del bien y las obras de conservación que, en su caso, fueran precisas.

El deber de conservación se impone pues a los propietarios y el ordenamiento parece disponer de una regulación adecuada al respecto. Ahora bien, sin dudar de la bondad de la regulación legal, sí que pueden, en cambio, plantearse serias reservas sobre su eficacia última si no van acompañadas de la paralela disponibilidad por la Administración de aquellos fondos de los que viene, en última instancia, a depender su correcta aplicación. En éste, como en tantos otros aspectos del Patrimonio Histórico, el éxito de la protección no es resultado sólo de la mejor o peor regulación jurídica o del mayor o menor celo de la Administración a la hora de su cumplimiento, sino que es también consecuencia, en muy buena medida, de consideraciones de naturaleza puramente económica. La conservación no se garantiza con la sola imposición de ese deber del propietario si esa imposición no va acompañada de las previsiones que consigan allegar los fondos necesarios para ella, fondos de los que no siempre dispone el propietario. Las insuficiencias del Derecho en este punto se hacen especialmente patentes en el tratamiento que se dispensa a la ruina de las edificaciones históricas, en donde en muchos casos, no podemos adentrarnos en su exposición detallada, se prohíbe al propietario su derribo –así ocurrirá siempre que el órgano competente no lo autorice o así éste legalmente establecido⁴²- y se le impone

⁴² Así resulta de la regla establecida en el artículo 24.2 de la LPHE: “En ningún caso podrá procederse a la demolición de un inmueble, sin previa firmeza de la declaración de ruina y autorización de la Administración competente, que no la concederá sin informe favorable de al

su conservación aún cuando el inmueble haya sido formalmente declarado en este estado, rompiéndose así la regla tradicional en nuestro ordenamiento según la cual con la declaración de ruina cesa el deber de conservación del propietario⁴³. Un régimen que, al margen de otras dudas, suscita serias objeciones desde el punto de vista de su misma oportunidad que surgen ante la simple constatación de su elevado grado de inaplicación. Y es que hay ser conscientes de que la conservación de los edificios históricos en ruina no se resuelve con la sola imposición legal al propietario del deber de conservar cuando la realidad muestra, como nos ha recordado el propio Tribunal Supremo⁴⁴, que muchos de ellos se ven en “la imposibilidad de efectuar la conservación por falta absoluta de medios”.

A cuanto antecede ha de añadirse, centrada específicamente la atención en el Patrimonio cultural inmobiliario, que el régimen jurídico de los monumentos y conjuntos históricos, de la ciudad histórica, en definitiva, es un régimen de neto contenido urbanístico. Lo era ya con anterioridad a la Ley de 1985 y, lo es más, si cabe, a partir de esta fecha, cuando las Leyes de Patrimonio Histórico incorporan a sus preceptos una auténtica regulación del planeamiento de protección en el que, por lo general, hallan concreción el conjunto de limitaciones legales derivadas de la naturaleza cultural del bien y a cuya suerte se ligan, además, las propias competencias autonómicas y municipales de intervención en esos espacios. Las Leyes de Patrimonio Histórico, en términos que exceden de este análisis, declaran la obligación de todo espacio declarado de interés cultural de contar, en términos del artículo 20.1 de la LPHE, con “un instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla, en todo caso, las exigencias en esta Ley establecidas”, determinan los planes posibles para la ordena-

menos dos de las instituciones consultivas a las que se refiere en artículo 3”. Sin embargo, algunas Leyes autonómicas han prohibido directamente que determinados inmuebles históricos pueden derivarse. Así lo hace, a título puramente ejemplificativo, la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía que prohíbe la demolición de los monumentos (artículo 38).

⁴³ Son mayoría, en efecto, las disposiciones autonómicas que, en una expresión que repiten muchas de ellas, establecen que si el propietario ha incumplido las órdenes dadas por la Administración “para el mantenimiento de las características y elementos singulares del edificio”, él deberá devolverlo “a su primigenio estado” (así figura, entre otras, en las ya citadas Leyes de Patrimonio Histórico de Galicia (artículo 41), Extremadura (artículo 35.4), Asturias (artículo 34.3), Castilla y León (artículo 40.2) o la Rioja (artículos 25.5 y 45.3) o que, en términos más drásticos, disponen, como hace el artículo 40.1 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio cultural valenciano que, en los casos de ruina de inmuebles históricos, no es aplicable “el límite del deber normal de conservación que establece la legislación urbanística”.

⁴⁴ Sentencias de 11 de octubre de 2000 (RJ 2000/9128) o 7 de junio de 2004 (RJ 2005/6).

ción de los conjuntos históricos con una clara decantación, ya perceptible en el citado precepto legal y confirmada en el ordenamiento autonómico, en favor de los planes especiales⁴⁵, establecen su ámbito territorial –como mínimo, la superficie afectada por la declaración siendo también posible, en algunas Comunidades Autónomas, que el conjunto se ordene por varios planes-⁴⁶, y fijan con detalle su contenido posible, cuestión, como es notorio, de particular trascendencia, pues de este contenido depende, en última instancia, la consecución de los objetivos que los justifican. Aunque las Leyes de Patrimonio Histórico difieren en su regulación de la materia, no resulta, desde luego, difícil extraer de ellas un denominador común que puede concretarse en el conjunto de determinaciones necesarias para garantizar la adecuada conservación de los conjuntos históricos que es, en último término, lo que declaran las Leyes del Suelo de las Comunidades Autónomas cuando en referencia a las determinaciones propias de los Planes especiales de protección de estos concretos espacios establecen que “tendrán el contenido necesario y adecuado a su objeto”⁴⁷. Delimitación de usos posibles, fijación de áreas de rehabilitación integrada que permitan la recuperación de la edificación y de las actividades económicas adecuadas, criterios relativos a la conservación de fachadas o determinaciones sobre colocación de publicidad u otros elementos en el espacio constituyen así, de conformidad con lo establecido en el artículo 20.3 de la LPHE y normas autonómicas, elementos esenciales de un contenido que el artículo 21 de la norma estatal completa con la exigencia de catalogación de los bienes “según lo dispuesto en la legislación urbanística” y con una regulación de las “operaciones de remodelación urbana”, permitidas siempre que “impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial o urbano o eviten los usos degradantes para el propio conjunto”, que se ha convertido, en lo que hace sobre todo al “mantenimiento de las alienaciones existentes”, en uno de los aspectos de la regulación legal que más problemas viene planteando en su aplicación. La protección de los conjuntos históricos a través de su ordenación permitirá además el reparto equitativo de los beneficios y cargas derivados

⁴⁵ El precepto legal se refiere, en efecto, a “un Plan Especial de Protección u otro instrumento de planeamiento”. Leyes autonómicas como las ya citadas de Galicia o Valencia o la Ley 4/1999, de 15 de diciembre de Patrimonio Histórico de Canarias y la Ley del Patrimonio cultural navarro imponen que la ordenación de los conjuntos históricos se efectúe por planes especiales, con exclusión de otras figuras de planeamiento posibles (artículos 45.1, 41, 34.2, 30.1 y 37.1, respectivamente).

⁴⁶ Así las de Leyes de Patrimonio Histórico de Aragón (artículo 41) y Andalucía (artículo 30.3).

⁴⁷ En expresión tomada, por ejemplo, del artículo 14.4 de la Ley 7/2000, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

del planeamiento a través de las técnicas de compensación previstas en las Leyes del Suelo, ámbito en el que el ordenamiento vigente precisa, sin duda avanzar⁴⁸. La consecución de la conservación y acrecentamiento de nuestro valioso Patrimonio histórico pasa por el adecuado equilibrio entre las limitaciones o cargas impuestas a los propietarios y las compensaciones o beneficios que, a cambio de ello, recibe.

En esta misma línea, no debemos dejar de mencionar el conjunto de medidas que el ordenamiento, consciente de la carga que puede suponer para el propietario la conservación del bien, dispone con el doble objetivo de compensarle, siquiera sea parcialmente, por ella así como de incentivarlo para que cumpla con sus deberes en tal sentido. Tanto la LPHE como las normas autonómicas regulan, como ya apuntamos, diferentes tipos de ayudas económicas a los propietarios para la realización de las obras que han de ejecutar a su costa, previsiones a la que se suman otras medidas de diferente tipo destinadas, en todo caso, a allegar recursos para labores de conservación, entre las que, sin duda, destaca el conocido como uno por ciento cultural que obliga, como determina el artículo 68.1 de la LPHE, a que “en el presupuesto de cada obra pública, financiada total o parcialmente por el Estado”, se incluya “una partida equivalente al menos al 1 por 100 de los fondos que sean de aportación estatal con destino a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística, con preferencia en la propia obra o en su inmediato entorno”. Singular interés presentan, no obstante, los diferentes beneficios fiscales que, para ciertos bienes del Patrimonio Histórico y en relación con determinadas actuaciones, prevén, como ocurre en el impuesto de bienes inmuebles, su exención⁴⁹ o, como es el caso del impuesto de la Renta de las personas físicas, una deducción fiscal⁵⁰.

IV. VALORACIÓN FINAL

Sería, desde luego, injusto dejar de reconocer los grandes avances experimentados por la ordenación del Patrimonio Histórico de los últimos años en el contexto, además, de una sociedad cada vez más consciente del

⁴⁸ En mi trabajo *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, puede encontrarse un amplio desarrollo del planeamiento de protección de los conjuntos históricos (op. cit., págs. 183-320).

⁴⁹ Artículo 62.2.b) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales.

⁵⁰ Artículos 68.5 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

valor que aportan los bienes heredados del pasado y de la necesidad de preservarlos y legarlos a las generaciones futuras. Ahora bien, el reconocimiento de la importante labor desarrollada por nuestros Legisladores, no debe, sin embargo, ocultar las carencias y problemas interpretativos que este Derecho presenta, ni constituir motivo para dejar de denunciar las dificultades que, a veces, encuentra en su aplicación efectiva.

Así, y en lo que hace a la propia determinación de la realidad jurídica tutelada, cabe observar cómo el reconocimiento por el Tribunal Constitucional de la competencia de las Comunidades Autónomas para declarar bienes históricos y la ulterior acción legislativa desarrollada por sus Parlamentos, se ha traducido en una proliferación de categorías de protección y sistemas de tutela de las que si bien no cabe dudar en términos constitucionales, sí que ha de reconocerse que han venido a añadir complejidad y, probablemente, cierta confusión a este sector del ordenamiento jurídico, además de haber supuesto un aumento muy significativo de las declaraciones de bienes históricos. No dudamos, por supuesto, de que cualquier bien que presente un interés digno de preservación ha de contar con el nivel de protección que la medida de ese interés exija, lo que cabe cuestionar es si determinados niveles de interés o relevancia requieren inexcusablemente la declaración de bien histórico o bastaría con la protección que les dispensa el Derecho Urbanístico. Al final, y en no pocas ocasiones, nuestras Leyes terminan por someter a bienes que carecen de una especial significación a un régimen de restricciones del derecho de propiedad muy similar cuando no enteramente coincidente con el establecido para los bienes de interés cultural. El resultado suele ser el incumplimiento de las normas ante la impotencia de las propias Administraciones Públicas para controlar la ingente riqueza declarada, exigir a los propietarios, si es que están en condiciones de hacerlo, el cumplimiento de los deberes que las normas les imponen e invertir ellas mismas los recursos que la preservación de ese Patrimonio impone.

Si la atención, de otra parte, se centra en el estatuto propio de los bienes históricos, puede considerarse que disponemos hoy de una regulación completa y acabada. Podrá ser necesario perfilar algunas de sus reglas, o dudarse de la bondad o conveniencia de alguna de las soluciones, pero lo que no parece discutible es que el Derecho ofrece a las Administraciones Públicas competentes un arsenal de medidas jurídicas insertas tanto en el ámbito de las tradicionales medidas de policía administrativa como en el del urbanismo con las que actuar decididamente en defensa del Patrimonio Histórico. Los muchos problemas que evidentemente aquejan a la acción pública sobre estos bienes no están hoy tanto en el plano normativo, cuanto en el de la correcta aplicación del Derecho, afirmación que no es, desde

luego, incompatible con la posibilidad de mejorar o corregir algunas reglas jurídicas concretas.

Ha de reconocerse que el Derecho del Patrimonio Histórico no ha sido nunca un ordenamiento de fácil aplicación, dado la necesidad que la norma tiene de rellenarse con contenidos procedentes de los más diversas ciencias ajenas al Derecho, lo que exige, y no siempre ocurre, que la Administración disponga de suficientes expertos en las distintas materias de las que depende la aplicación de la norma y que cuente con los mecanismos que hagan posible la integración de especialistas allí donde las circunstancias del caso los requieran, perspectiva desde la que cabe preguntarse si el actual diseño de las Administraciones de Cultura y de sus procedimientos responde adecuadamente a las singulares características del ordenamiento que han de aplicar y si procederían algunas reformas normativas destinadas a facilitar esa ineludible exigencia de especialización que le es consustancial.

Con todo, los problemas más importantes que la aplicación el ordenamiento vigente presenta son los que hacen relación a la falta de disponibilidad por la Administración de los necesarios medios personales y materiales que exige su labor. La Administración ha de contar, lo que parece que hoy con carácter general no ocurre, con los suficientes cuerpos de inspección destinados a vigilar el cumplimiento de las normas por los propietarios y titulares de derechos sobre los bienes históricos y ha de disponer, también, de los medios de reacción suficientes para los casos frecuentes en los que constaten incumplimientos. En este sentido no puede olvidarse que los deberes del propietario implican, a la vez, un correlativo deber de vigilancia y, en su caso, de sustitución a cargo de la Administración.

Ahora bien, como ya he manifestado en ocasiones anteriores⁵¹, el problema de los medios necesarios para la conservación del Patrimonio Histórico es de mayor calado y cuestiona uno de los rasgos más básicos y definitorios de nuestro actual modelo o sistema de protección jurídica, el que hace recaer sobre el propietario toda la carga de la conservación.

En verdad, no existen soluciones fáciles a esta situación y es seguro que la respuesta adecuada exige medidas de muy diversa naturaleza. Quizá deba insistirse en la necesidad de una mas depurada selección de los bienes que han de pertenecer al Patrimonio Histórico y en una definición más precisa de los distintos niveles de protección que han de corresponderles. Hay

⁵¹ Así en las reflexiones finales de la obra *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, op. cit., págs. 327-333.

que tener en cuenta también que la respuesta a la búsqueda de fórmulas de compensación de las cargas inherentes a la conservación puede estar en el avance de las técnicas de distribución de beneficios y cargas propias del planeamiento urbanístico. Por su parte, las medidas de fomento que la Administración puede otorgar son, desde luego, importantes pero insuficientes por si mismas para hacer frente al elevado coste que la conservación de un Patrimonio Histórico tan extenso implica. Qué duda cabe que hace falta, por último, una mayor implicación de toda la sociedad en las tareas de conservación de unos valores de los que, como gráficamente afirmaba M. S. GIANNINI⁵², ella es la titular.

⁵² “I beni culturali”, op. cit.

(Página deixada propositadamente em branco)

2.

PATRIMONIO CULTURAL, PAISAJE Y SOSTENIBILIDAD

(TÉCNICAS DE ORDENACIÓN Y PROTECCIÓN JURÍDICAS)¹

PEDRO ESCRIBANO COLLADO
Catedrático de Derecho Administrativo
Instituto Universitario García Oviedo
Universidad de Sevilla

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. EL SIGNIFICADO METAJURÍDICO DEL PAISAJE. 1.1. Elementos constitutivos del paisaje. 1.2. El paisaje como percepción subjetiva y como realidad objetiva. 3. El paisaje como realidad estática o dinámica. II. EL PAISAJE COMO OBJETO DE PROTECCIÓN PARA EL DERECHO. 2.1. La protección fragmentada del paisaje. 2.2. La Convención Europea sobre el Paisaje: el paisaje como recurso natural. 2.3. Las posibilidades de protección jurídica del paisaje: el objeto protegible. 2.4. La ordenación del paisaje: los PORN y los planes territoriales y urbanísticos. 2.4.1. *Protección del paisaje y espacios naturales*. 2.4.2. *Protección del paisaje y ordenación del territorio*. 2.4.3. *Protección del paisaje y urbanismo*. 2.5. Nuevas perspectivas de ordenación paisajística: Las Leyes autonómicas sobre Paisaje.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2013-48329-C2-1-PI “Recursos naturales y Energía” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

I. INTRODUCCIÓN: EL SIGNIFICADO METAJURÍDICO DEL PAISAJE

El paisaje es una realidad natural, cuya delimitación y significado trasciende al derecho, si bien su propia naturaleza, los elementos que lo componen y las características que lo definen competen a diversas ramas no jurídicas del conocimiento. Para cualquier ordenamiento jurídico el concepto de paisaje le viene dado, o por lo menos propuesto, a partir del cual se puede establecer su ordenación jurídica.

De forma elemental puede decirse que el paisaje constituye el *aspecto exterior del territorio*, de lo cual se deriva que nos encontramos ante un elemento inmaterial del entorno y que todo el medio que nos rodea, e incluso el propio ser humano, forma parte del paisaje. Esta doble consecuencia explica las dificultades que presenta inicialmente su tratamiento jurídico en orden a su valoración y delimitación y al establecimiento de su concreto régimen jurídico. No obstante, pueden efectuarse algunas consideraciones preliminares a fin de delimitar su objeto.

1.1. Elementos constitutivos del paisaje

El paisaje ha sido considerado por el legislador tanto en algunas de sus manifestaciones singulares, como de una forma genérica en cuanto referencia abstracta y estática del territorio. En el primer caso, se trata de bienes o partes delimitadas del mismo que la ley identifica en base a valores o intereses propios y peculiares que los diferencian del resto. Son las denominadas *bellezas* o *monumentos* naturales, tradicionales o culturales a los que se dota de un régimen específico de protección y, en su caso, de uso, afectando al régimen de ejercicio de los derechos existentes sobre los mismos. Supuestos como el de tutela del *Palmar de Elche* (Ley 1/1986, de 9 de mayo, de la C. Valenciana); la declaración de la zona litoral y boscosa de la costa sur del término municipal de *Ciutdadella* (Menorca), como área natural de especial interés (Ley 1/1988, de 7 de abril, de las I. Baleares), entre otras muchas declaradas por esta Comunidad Autónoma como enclaves de especial interés paisajístico; la declaración de monumentos naturales de los *Glaciares Pirenaicos* (Ley 2/1990, de 21 de marzo, de la C. de Aragón); la declaración del monumento natural de las *Médulas* (León, D. 103/2002, de 1 de agosto, de la C. de Castilla y León), o, en Andalucía, además de las declaraciones específicas de “Monumentos Naturales”, las relativas a Paisajes Protegidos (como los de “El Corredor Verde del Guadiamar, por el D. 112/2003, de 22 de abril; y “Río Tinto” por el D. 558/2004, de 14 de diciembre), consti-

tuyen ejemplos de los muchos existentes en nuestro derecho positivo.

En el segundo caso, la ley se manifiesta sobre el paisaje sin una concepción previa precisa. El objetivo de preservar y proteger el paisaje sin mayor concreción, en el ámbito de un espacio amplio que es objeto de ordenación en algunos o todos sus elementos naturales y/o tradicionales que lo componen, constituye una previsión legal genérica, referida al territorio tal y como es globalmente resultado de la combinación de sus diferentes elementos. En tal caso, el paisaje no es objeto de regulación directa por la ley, sino indirectamente a través de los distintos recursos que son ordenados y protegidos. Esta forma de referirse las normas al paisaje ha caracterizado a un amplio periodo de nuestro derecho, en el que predomina la norma sectorial reguladora de un determinado recurso natural (los montes, por ej.) o del uso y aprovechamiento del territorio (el urbanismo).

En la actualidad, dicho planteamiento jurídico se encuentra en un proceso de rápida superación, debido a la nueva concepción del paisaje aportada por las convenciones y demás normas internacionales sobre la protección del medio ambiente y la conservación de la naturaleza, y la recepción que de las mismas se está efectuando por el derecho estatal y por el derecho propio de las Comunidades Autónomas competentes para la regulación de los espacios naturales.

1.2. El paisaje como percepción subjetiva y como realidad objetiva

Como se ha señalado con anterioridad, el paisaje es primariamente el aspecto, la apariencia de un territorio determinado. Se refiere, pues, al conjunto de elementos, naturales o artificiales, que lo componen, diferenciándose de los mismos en cuanto percepción sensorial (no sólo visual) de dicho conjunto. Para el derecho la relevancia del paisaje aparece cuando éste representa un valor o interés, que puede ser patrimonial, definido por su titular o intrínseco al propio bien, o inapropiable, previéndose en tal caso la intervención del legislador a fin de dotarlo de un determinado régimen de protección.

El paisaje puede así encerrar un valor estético, cultural, ecológico, científico o la combinación de todos ellos, que ha de ser convenientemente apreciado no sólo desde un punto de vista técnico, sino también a partir de la percepción que la sociedad tiene del mismo. El paisaje constituye un factor determinante de la calidad de vida del ser humano y de la comunidad, además de un elemento integrante de su cultura y señas de identidad; todo

lo cual hace necesaria la participación social, en un sentido amplio, tanto en los procedimientos de declaración de bienes y recursos paisajísticos de interés público, como en el acceso a los mismos, priorizando su uso y disfrute públicos y comunes, ante cualquier otro privativo o especial. La Convención Europea del Paisaje, aprobada por el Consejo de Europa, supuso un impulso trascendental para que las legislaciones y políticas ambientales nacionales incorporaran al Paisaje como un recurso natural o cultural.

1.3. El paisaje como realidad estática o dinámica

La protección jurídica tradicional de las bellezas o monumentos naturales se caracteriza por su preservación frente a cualquier alteración que no venga requerida por un interés conservacionista y de mantenimiento de sus características peculiares. El paisaje recibe así un tratamiento jurídico similar al de los bienes de carácter histórico, que contienen de una forma ya inmodificable el valor de una determinada civilización o cultura.

Sin perjuicio de la existencia de paisajes naturales que, por los procesos biológicos que contiene, conviene preservar lo más ampliamente posible de cualquier intervención humana, el resto constituye recursos que pueden ser objeto de un uso o aprovechamiento económicos. La característica de *sostenibilidad* aplicada a los recursos naturales, y al medio ambiente en general, expresa la posibilidad de hacer compatibles tales usos o aprovechamientos con su conservación.

Por otra parte, la acción del hombre ha deteriorado, cuando no degradado, muchos entornos naturales cuyos paisajes precisan de urgentes medidas de restauración, abriéndose para los poderes públicos nuevas posibilidades de intervención dirigidas a su mejora o renovación, actuaciones que si no son en sí mismas completamente nuevas², comienzan a desarrollarse en la actualidad sobre áreas o espacios en los que tradicionalmente no abundan la restauración paisajística, como sucede en entornos agrícolas, por ejemplo.

² Hay que recordar, al respecto, las previstas en relación con las actividades mineras en los RR DD 2994/1982, de 15 de octubre, y 116/1984, de 9 de mayo, y más recientemente el D. 36/2002, de 14 de marzo, del Principado de Asturias, por el que se declara el Paisaje Protegido de las Cuencas Mineras (Langreo, Laviana, Miéres y San Martín del Rey Aurelio).

II. EL PAISAJE COMO OBJETO DE PROTECCIÓN PARA EL DERECHO

El paisaje no ha recibido en nuestro país un tratamiento jurídico unitario en cuanto componente singularizable del entorno, ya se trate de urbano o rural. A diferencia de otros países, el paisaje no ha estado tradicionalmente definido y ordenado como un elemento diferenciado del territorio o como un recurso natural, que puede ser objeto de una ordenación o planificación específica y que presenta con frecuencia unos intereses públicos propios y peculiares, bien aisladamente o en su interrelación con otros recursos. En este sentido, en la legislación estatal y autonómica ha predominado el paisaje bien como un referencia abstracta, que vive inmersa en una realidad más amplia que lo trasciende y a la cual sirve (por ej. el paisaje no calificado perteneciente a un espacio natural protegido), bien como objeto de una regulación y protección singular atendiendo a los valores específicos que lo distinguen de su entorno (monumento natural o de carácter histórico).

En el primer caso, el paisaje no representa un valor cultural o natural en sí mismo, en cuanto los intereses o valores ambientales objeto de ordenación y protección son los del conjunto del territorio o del espacio ordenado, en relación con el cual se determinan los objetivos e instrumentos de tutela. En el segundo caso, el valor paisajístico está inmerso en un bien o en varios conjuntamente, siendo ambos inseparables, con independencia de la concurrencia de otros valores e intereses que lo definan. Dicho valor paisajístico constituye una cualidad intrínseca de tales bienes.

Ambas nociones no agotan las posibilidades de tratamiento jurídico del paisaje, en cuanto éste puede ser protegido en sí mismo como recurso o elemento del entorno, portador de valores o intereses propios.

2.1. La protección fragmentada del paisaje

En un trabajo doctrinal pionero sobre la protección del paisaje, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.³ señalaba que “en el sistema jurídico vigente se renuncia a planteamientos globales y se adopta un sistema de soluciones casuísticas y pormenorizadas, que se apoya en principio en la técnica de las declaraciones específicas y formales para casos concretos”.

El carácter indirecto de la protección del paisaje (a través de otros bienes y elementos del territorio) y su singularidad han predominado pues

³ *Problemas jurídicos de la tutela del paisaje*, Revista de Administración Pública, 71 (Mayo-Agosto-1973), pág. 425.

en la legislación española. Aunque tales características son generalizables a la mayoría de los recursos y bienes integrantes del medio ambiente, basta remitir ahora a los ejemplos de la legislación de aguas, de montes o la reguladora del patrimonio histórico⁴. En la primera citada, la conservación de márgenes, cauces y riberas de los cursos de aguas está prioritariamente orientada al mantenimiento de la integridad de éstos y de la calidad del recurso. Por su parte la legislación de montes ha incorporado una cierta preocupación paisajística, dentro de sus principios reguladores, de la delimitación de la figura legal de monte, del régimen de su función social y de su protección. En una línea semejante a las anteriores, la legislación reguladora del patrimonio histórico ha protegido tradicionalmente determinados enclaves o lugares como “parajes pintorescos”, “jardines o sitios”, atendiendo a su valor e interés históricos preferentemente.

En el ámbito de la legislación urbanística y sus instrumentos de ordenación territorial, la relevancia del planeamiento urbanístico en la definición y protección del paisaje ha sido escasa por las propias limitaciones de los propios planes (de reforma interior o especiales), limitados a operaciones puntuales referidas a lugares, bienes o elementos singulares del territorio. Más eficaz ha sido, sin embargo, la protección paisajística a través de la categoría del suelo rústico o no urbanizable de especial protección, preservado de la urbanización y destinatario de normas de aplicación directa en relación con la actividad edificatoria y el uso natural del suelo, favorables al mantenimiento de las características naturales del territorio, y excluido de actuaciones que puedan implicar la transformación de su destino o lesionar el valor específico que se quiera proteger. No obstante, sus normas reguladoras no prevén actuaciones respecto de tales espacios protegibles en atención a su valor paisajístico o natural, ni siquiera ofrece criterios que permitan su identificación, posible mejora, transformación o, en definitiva, su posible uso por la comunidad⁵.

⁴ Puede verse el análisis más pormenorizado de BERMEJO LATRE, J.L. *La Pianificazione del Paesaggio*, ed. Università degli Studi de Bologna-Maggioli Editori, 2002, págs. 287 y ss.

⁵ Vid. SÁNCHEZ SÁEZ, A.J. *La Protección de la Estética en el Derecho Urbanístico*, ed. Tirant Lo Blanch-Instituto García Oviedo, Valencia 2013.

2.2. La Convención Europea sobre el Paisaje: el paisaje como recurso natural

La Convención Europea sobre el Paisaje, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de julio de 2000 y ratificada por España (BOE de 5 de febrero de 2008), supone en el ámbito del derecho europeo sobre el medio ambiente y la protección de la naturaleza un cambio de gran importancia en cuanto a la consideración del paisaje como un recurso natural, en la línea ya mantenida por otros países entre los que destaca Italia, pionero desde 1939 en su ordenación y protección, e iniciada por el propio Consejo en otros documentos⁶. Dicho cambio comienza por la caracterización que se efectúa del paisaje, al considerarlo como un recurso favorable para el desarrollo de la actividad económica, sometido desde hace años a un proceso acelerado de transformación, a la vez que componente del patrimonio cultural y natural de los pueblos y factor determinante de la calidad de vida.

El paisaje así considerado⁷ no se agota en algún elemento o característica singular del territorio, sino que es éste mismo tal y como se manifiesta y es percibido por la población, resultado de la combinación de factores naturales y de la acción del hombre. De la nueva concepción del paisaje cabe resaltar dos aspectos. Uno de tipo técnico que hace referencia a los elementos significativos y característicos que definen su valor e interés en cada caso, es decir, su peculiar configuración natural o cultural. Dichos elementos precisan de su identificación y valoración en orden al establecimiento de una política del paisaje. Pero ésta no es una tarea exclusiva de los expertos, junto a ella debe verse unos mecanismos adecuados de participación social que permitan hacer llegar a las Administraciones públicas la percepción que cada comunidad tiene del paisaje en el que se integra (mecanismos que van desde la descentralización hasta la participación directa de los ciudadanos).

El Consejo de Europa propone a los Estados firmantes que incorporen a su derecho interno el reconocimiento jurídico del paisaje en los térmi-

⁶ Recomendación nº R (95) 9, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a la conservación de los paisajes culturales; y la Carta del Paisaje Mediterráneo -Carta de Sevilla-, incluida como anexo 2 en la Resolución 256 (1994) de la Asamblea de Poderes Locales y Regionales sobre la Tercera Conferencia de las regiones mediterráneas (Taormina, 5-7 de abril de 1993).

⁷ El paisaje se define en el artículo 1, a): “por «paisaje» se entenderá cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos.”

nos definidos por la Convención⁸, la aprobación y aplicación de políticas específicas del paisaje que incluyan su ordenación, así como la integración de la protección paisajística en las políticas sectoriales. El marco jurídico que aporta la Convención se completa con las previsiones contenidas en el Sexto y Séptimo Programas de Acción Comunitaria en materia de Medio Ambiente (DOCE, nº L 242, de 10 de septiembre de 2002 y DOUE nº L 354, de 28 de diciembre de 2013), coincidentes en cuanto a diagnóstico y objetivos con los del Consejo de Europa. Especialmente relevantes son, en el Sexto Programa, los objetivos generales contenidos en el artículo 2.2, en relación con los planteamientos estratégicos establecidos en el artículo 3.10), o los objetivos y ámbitos prioritarios de actuación respecto de la naturaleza y la biodiversidad recogidos en el artículo 61; y, en el Séptimo Programa, la apelación que efectúa dentro del objetivo prioritario nº 8, a la reintroducción de la naturaleza en el medio ambiente y el paisaje urbanos (92).

2.3. Las posibilidades de protección jurídica del paisaje: el objeto protegible

Las modalidades de ordenación y protección jurídica del paisaje en el derecho español pueden diferenciarse atendiendo a su objeto y alcance. Es posible distinguir las tres siguientes:

A) La protección jurídica de *elementos singulares del territorio*, que representan o encierran en sí mismos un valor o interés paisajístico. Dentro de este ámbito es posible mencionar tres posibilidades:

- a) Que predomine en el elemento singular un interés de los recogidos en los artículos 1.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE), ó 2 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía (LPHA), cuya declaración puede dar lugar a su clasificación, preferentemente, como *Jardín Histórico* (arts. 15.2 LPHE y 26.3 LPHA) o *Sitio Histórico* (arts. 15.4 LPHE y 26.4 LPHA), que en principio no resulta incompatible con otras declaraciones provenientes de la legislación reguladora de los espacios naturales o del planeamiento

⁸ Así lo hace el artículo 3 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en el que se incluyen, además, otras definiciones que contienen o implican al paisaje, como sucede con la custodia del territorio, geodiversidad, patrimonio natural, recursos naturales y patrimonio geológico.

territorial⁹. Resulta frecuente que determinados Bienes de Interés Cultural (BIC), gestionados por la Consejería competente en materia de Cultura, formen parte a su vez de espacios sometidos a una protección jurídica integral por sus características o valores naturales, como sucede con algunos de los integrantes de la Red de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía (RENPA), gestionada por la Consejería competente en materia de Medio Ambiente.

- b) Que el elemento singular represente un interés protegible de carácter paisajístico de ámbito local, que puede ser ordenado y protegido a través del planeamiento urbanístico municipal. Cuando se trate de bienes o áreas determinadas de carácter estético o pintoresco, con un valor paisajístico tradicional, cultural o natural para la localidad, serán los planes especiales los instrumentos que llevarán a cabo su ordenación y protección, en los términos tradicionalmente planteados en la legislación urbanística (artículo 14.1.f) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), así como los catálogos urbanísticos (art. 16 LOUA).
- c) En último término, el elemento singular puede constituir un interés paisajístico regional, en cuyo caso su ordenación y protección habrá de articularse a través de alguna de las categorías establecidas en la Ley estatal 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB), especialmente los *Monumentos Naturales* y los *Paisajes Protegidos* (arts. 30, 34 y 35)¹⁰, o en la Ley 2/1989, de 18 de julio, que aprueba el Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección, gestión y desarrollo socio-económico (LIENPA), especialmente los *Parajes Naturales* y los *Parques Periurbanos* (art. 2)¹¹.

⁹ Están declarados como Jardines Históricos en la ciudad de Sevilla, el Paseo de Catalina de Ribera y Jardines de Murillo, el Parque de las Delicias y el Parque de María Luisa.

¹⁰ El R.D. 556/2011, de 20 de abril, para el desarrollo del Inventario Español del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, prevé la confección de un Inventario de Paisajes dentro del grupo de Ecosistemas.

¹¹ En esta línea podrían citarse la declaración como monumento natural del Pino Centenario del parador nacional de Mazagón, o las ya citadas del Corredor Verde del Guadamar y del Río Tinto, como paisajes protegidos, así como la elaboración por la Consejería de Medio Ambiente de un Inventario de Árboles y Arboledas Singulares de Andalucía. Hay que hacer mención asimismo al artículo 21.e) de la Ley 2/1992, de 15 de julio, Forestal de Andalucía (LFA), en que se prevé la afectación al dominio público de montes que signifiquen elementos importantes del paisaje.

B) La protección del paisaje integrada en la definida para determinados *espacios o zonas del territorio y diferenciada o no dentro de ella*. Existen al respecto diversas posibilidades:

- a) La protección ofrecida por los planes generales de ordenación urbana, cuyo objeto en materia de ordenación y protección paisajística se ha visto ampliado por la LOUA. Cabe citar, al respecto, las previsiones contenidas en el artículo 10, sobre las determinaciones de aquéllos, apartado 1.A), letra h), relativas a la normativa “de las categorías del suelo no urbanizable de especial protección, con identificación de los elementos y espacios de valor histórico, natural o paisajístico más relevantes...”; y apartado 2.A), letra e), “Definición de los restantes elementos o espacios que requieran especial protección por su valor urbanístico, arquitectónico, histórico, cultural, natural o paisajístico, que no hayan de tener el carácter de estructural”. Se trata, pues, de una triple función a desempeñar por el plan general en relación con dichos espacios: diagnóstico, identificación y definición y regulación de su protección.
- b) La protección ofrecida por los planes de ordenación del territorio. Aunque la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de Andalucía (LOTA), no establece expresamente dentro del contenido del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía (POTA) determinaciones relativas al paisaje, han de entenderse comprendidas, en cuanto criterios territoriales básicos, en otras más amplias incluidas en los apartados 1.c) y e) del artículo 7¹². De manera más específica, los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional (POTSR) deberán contener la “indicación de las zonas para la ordenación y compatibilización de los usos del territorio y para la protección y mejora del paisaje, de los recursos naturales y del patrimonio histórico y cultural, estableciendo los criterios y las medidas que hayan de ser desarrolladas por los distintos órganos de las Administraciones Públicas”. (art. 11.1.c) LOTA).
- c) En último término, cabe citar la protección ofrecida por los Planes de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) a los que se refiere la legislación estatal y autonómica ya citada. A las cate-

¹² “c) Los criterios territoriales básicos para la delimitación y selección de áreas de planificación territorial, ambiental, económica y sectorial.” Y “e) Los criterios territoriales básicos para el mejor uso, aprovechamiento y conservación del agua y demás recursos naturales y para la protección del patrimonio histórico y cultural”.

gorías mencionadas con anterioridad hay que añadir ahora las de los *Parques y Reservas Naturales* (arts. 30 y 31 de la ley estatal 42/2007), en los que la belleza de sus paisajes, la representatividad de sus ecosistemas o la singularidad de su flora, de su fauna o de sus formaciones geomorfológicas, representan unos valores ecológicos, estéticos, educativos y científicos cuya conservación merece una atención preferente (art. 31.1). En Andalucía hay ya un amplio conjunto de declaraciones y de planes aprobados al respecto, concretamente, existen 28 Reservas Naturales y 24 Parques Naturales, que forman parte de la Red de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía.

C) Por último, la protección del paisaje puede constituir el *objeto específico de la norma, del plan o del instrumento ordenador* de que se trate. En tal caso, el paisaje constituye el recurso o elemento territorial, de entre otros concurrentes, que motiva las previsiones y actuaciones dirigidas a su protección o restauración. Éstas estarán orientadas prioritariamente a la preservación del aspecto que presenta una determinada zona del territorio, en cuanto él mismo representa un valor o interés natural, artificial o ambos, y sintetiza el estado óptimo o deseable del resto de los elementos que lo integran. Las medidas previstas se dirigirán principalmente a mantener una determinada configuración paisajística y, subsiguientemente, la de los elementos naturales o artificiales que la componen. Tal sería el caso, por ejemplo, de la ordenación y protección paisajística de la línea de costa o del litoral, o de los ríos y lagos, hasta una determinada profundidad.

Por otra parte, en cuanto elemento del territorio en permanente transformación, tanto por la acción de la naturaleza como del hombre, el paisaje puede ser objeto de ordenación para restaurarlo, adecuándolo a nuevos criterios de utilización, que permitan corregir desequilibrios naturales, alteraciones artificiales que lo degradan o para lograr, junto a su protección y restauración, el desarrollo socioeconómico de la población¹³.

En cuanto a las operaciones de recuperación del paisaje, éstas se presentan en nuestro derecho ciertamente complejas. Junto al problema de determinación de la administración competente para abordarlas, de acuerdo con los intereses públicos concurrentes que impondrán fórmulas de colaboración y cooperación interadministrativas, está el de la normativa

¹³ El artículo 20 LIENPA prevé la aprobación de un Plan de Desarrollo Integral para los municipios incluidos en los Parques Naturales y en su zona de influencia socioeconómica.

aplicable, pudiendo concurrir tanto la legislación territorial y urbanística, como la reguladora de los espacios naturales protegidos o de los bienes de carácter histórico, pues todas en principio prevén fórmulas de restauración paisajística, como hemos podido comprobar. La aplicación de una u otra dependerá en cada caso de factores como el ámbito territorial o espacial del paisaje a restaurar, de la categoría o clase de suelo, de los valores e intereses naturales, tradicionales o culturales que representa, entre otros.

2.4. La ordenación del paisaje: los PORN y los planes territoriales y urbanísticos

Como se ha podido comprobar en el epígrafe anterior, son diversos los planes públicos que pueden pronunciarse sobre la ordenación y protección del paisaje. No obstante, de la legislación vigente se deriva que estas corresponden en primer lugar y específicamente a los PORN, cuyas determinaciones, son de aplicación preferente a cualquier otra contenida en el planeamiento territorial o físico¹⁴. Ello no impide que éste último disponga de su propio ámbito ordenador del paisaje, ya que los PORN no agotan la planificación paisajística. Así, los planes territoriales y urbanísticos podrán establecer previsiones y determinaciones paisajísticas respecto de espacios no comprendidos en aquéllos y en todos los casos en que los mismos requieran ser desarrollados o complementados por la planificación territorial.

2.4.1. Protección del paisaje y espacios naturales

La ordenación de los espacios naturales está atribuida en nuestro derecho a los PORN, regulados con el carácter de legislación básica por la LPNB. Dicha ordenación está prevista para aquellos espacios que contengan “sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo”, o estén dedicados especialmente “a la protección y el man-

¹⁴ Artículo 18 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, que establece en su apartado segundo: “Cuando los instrumentos de ordenación territorial, urbanística, de recursos naturales y, en general, física, existentes resulten contradictorios con los Planes de Ordenación de Recursos Naturales deberán adaptarse a éstos. En tanto dicha adaptación no tenga lugar, las determinaciones de los Planes de Ordenación de Recursos Naturales se aplicarán, en todo caso, prevaleciendo sobre dichos instrumentos”, si bien se matiza a continuación que las “actuaciones, planes o programas sectoriales sólo podrán contradecir o no acoger el contenido de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales por razones imperiosas de interés público de primer orden, en cuyo caso la decisión deberá motivarse y hacerse pública.” (apartado 3).

tenimiento de la diversidad biológica, de la geodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados.” (art. 28.1 a) y b).

El instrumento de ordenación de tales áreas o elementos lo constituye el PORN, cuyo contenido habrá de versar, entre otros aspectos, sobre la identificación, diagnóstico y evolución previsible del recurso; los objetivos de conservación, restauración y mejora; la calificación del espacio en alguna de las categorías previstas en la Ley (arts. 30 y ss.), y la determinación de su régimen, cuyos aspectos principales (art. 20) se refieren al establecimiento de limitaciones para el ejercicio de actividades dentro del ámbito territorial del espacio protegido o el sometimiento de éstas a evaluación de impacto ambiental; a la determinación de criterios orientadores para las políticas sectoriales con incidencia en el mismo; y de medidas para garantizar la conectividad ecológica en el ámbito territorial objeto de ordenación.

La Ley andaluza (LIENPA), como el resto de la legislación autonómica en la materia, parte del régimen básico estatal completándolo con algunas medidas. Así, amplía el número de categorías definidoras de espacios naturales protegidos (art. 2.a) y b), así como el régimen de las limitaciones de actividades (arts. 10, 11.2, 14 y 15.1-4); regula la servidumbre de instalación de señales (art.23.3), las zonas periféricas de protección (art. 31) y los planes de desarrollo sostenible (art. 20).

En aplicación de la Ley andaluza, se han aprobado en la Comunidad Autónoma un número considerable de PORN, Reservas Naturales y Parques Naturales, como se ha indicado¹⁵. En la mayoría de ellos el paisaje adquiere una relevancia particular, además de quedar implícitamente protegido por la ordenación y protección de los restantes recursos naturales del territorio. Así, se contiene una serie de aspectos referidos directamente al paisaje como recurso natural de gran interés. En este sentido, son especialmente relevantes dentro de las propuestas de ordenación, las referentes al aprovechamiento de recursos paisajísticos, así como al turismo en el medio rural y turismo activo, o, dentro de la normativa del plan, las normas de ordenación de recursos paisajísticos.

A diferencia de lo que sucede con el planeamiento territorial, que constituye un instrumento de transformación del suelo, los PORN no tienen pormenorizadas en la ley sus previsiones o determinaciones de ordenación y protección del espacio o área al que se refieren. Aquélla sólo determina el marco jurídico en el que el plan deberá formular su diagnóstico, la

¹⁵ Puede verse la relación de los mismos en la web de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio (<http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/site/portalweb>), enlace Espacios Protegidos, (fecha 7 de octubre de 2015).

definición de los valores e intereses protegibles, los objetivos a conseguir, las acciones a realizar y, en definitiva, la ordenación del recurso paisajístico.

2.4.2. Protección del paisaje y ordenación del territorio

La planificación territorial es, por su propia naturaleza y contenido, un instrumento que ordena las transformaciones y utilización del territorio. Se trata, pues, de un planeamiento que genera su propia concepción del paisaje, transformando algunos o todos los elementos que configuran un determinado espacio. Quiere señalarse con ello que estos planes no tienen entre sus cometidos prioritarios la ordenación del paisaje, como es asumida por los PORN, sino en un sentido más amplio su preservación compatibilizando los usos previstos del territorio con las exigencias de aquélla. No obstante, el POTA¹⁶ dedica una parte importante de su título tercero, dedicado a las Estrategias de Desarrollo Territorial, a formular criterios, directrices y otras medidas ordenadoras y protectoras del paisaje. Sirvan de ejemplo las siguientes:

- a) En relación con los asentamientos urbanos, la determinación de Criterios dirigidos a la planificación territorial para la protección, mejora y puesta en valor del paisaje (apartados 25.7, en relación con el Programa andaluz de ciudades, 31.3.e), en relación con las Redes de ciudades medias, y 39.4.c), en relación con los asentamientos en áreas rurales).
- b) Orientaciones para los procesos de urbanización y la calidad urbana, que contienen Directrices paisajísticas relativas a: la implantación de actividades comerciales (apartado 52.3 y 5); urbanización de áreas turísticas (apartado 53.3.d), g) y h); sostenibilidad del sistema urbano (apartado 58.1.c); calidad ambiental del medio urbano (apartado 60.3), cuyo objetivo común es la “protección de la imagen paisajística de la ciudad en el territorio en que se inserta”.
- c) Previsiones sobre preservación del paisaje relativas a actuaciones sectoriales sobre el territorio en materias de: infraestructuras de transporte (apartado 63), carreteras (apartado 66), puertos y aeropuertos (apartado 69), infraestructuras y planificación energética (apartado 85), recuperación de paisajes fluviales (apartado 90.h), embalses (apartado 92), de recuperación del río Guadalquivir (apartado 98).

¹⁶ El POTA ha sido aprobado por Decreto 129/2006, de 27 de junio, y publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía-BOJA de 17 de julio.

- d) Dentro del Sistema de Patrimonio Territorial, se incluyen previsiones sobre Inventarios de Paisajes (apartado 114.4.c), ordenación de paisajes a través de directrices (apartado 115), y fomento del paisaje (apartado 116), a través del denominado Programa Coordinado sobre el Paisaje, especialmente relevantes en el ámbito de las cuatro zonas en que se estructura dicho Sistema Territorial¹⁷, y finalmente la cooperación internacional de la Comunidad Autónoma con las Regiones Mediterráneas en materia de paisaje. Todas estas previsiones del POTA han permitido la aprobación de la Estrategia de Paisaje de Andalucía¹⁸, a la que nos referimos más adelante.

Por otra parte, la LOTA asigna a los POTSR la misión de compatibilizar los usos del territorio con la protección de aquellos elementos que deban conservarse. De forma específica, el artículo 11.1.c) establece, como contenido de aquéllos, la indicación de las zonas para la ordenación y compatibilización de los usos del territorio y para la protección y mejora del paisaje, de los recursos naturales y del patrimonio histórico y cultural, “estableciendo los criterios y las medidas que hayan de ser desarrolladas por los distintos órganos de las Administraciones Públicas”. En la actualidad, se encuentran aprobados 18 planes subregionales, en los cuales se incluyen objetivos de restauración paisajística, que se concretan a través de zonas de mejora y recuperación ambiental y paisajística, y una normativa reguladora de sus usos.

Especial relevancia tiene, finalmente, la aprobación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía¹⁹, entre cuyos objetivos se encuentran preservar de la urbanización las zonas con valores ambientales, naturales, paisajísticos, culturales, agrícolas y forestales de los espacios litorales, armonizar la regulación del suelo no urbanizable en el ámbito del Plan, y favorecer la biodiversidad a través de la continuidad de los espacios del interior con el litoral, definiendo dos zonas litorales de protección territorial, en las que se incluyen los suelos que cuentan con características naturales o paisajísticas relevantes para la preservación de la franja litoral, colindantes con el dominio público marítimo-terrestre o con espacios naturales protegidos, los sometidos a riesgos naturales y aquellos otros que permiten la conexión de la costa con los espacios naturales protegidos del

¹⁷ Sierra Morena-Los Pedroches, Valle del Guadalquivir, Sierras y Valles Béticos y Litoral.

¹⁸ Acuerdo del Consejo de Gobierno de 6 de marzo de 2012, publicado en el BOJA de 29 de marzo.

¹⁹ Decreto 141/2015, de 26 de mayo, publicado en el BOJA de 20 de julio.

interior (ZLPT-1), y los terrenos que cuentan con valores naturales, paisajísticos o agrícolas, y los terrenos que permiten la conectividad de la costa con el interior, evitando así la conurbación o contribuyendo a mejorar la calidad ambiental y urbana, especialmente en zonas muy urbanizadas (ZLPT-2).

2.4.3. Protección del paisaje y urbanismo

En el ámbito de la planificación urbanística son los planes generales municipales y los planes especiales los que recogen en su contenido previsiones ordenadoras o de protección del paisaje. Se trata, además, de una característica común a la legislación autonómica en la materia, que ha tomado de la legislación estatal vigente hasta 1997. Elemento común que, sin embargo, aparece regulado de forma muy desigual en cada ley autonómica. En relación con la LOUA, el artículo 3.2.h) establece que la ordenación urbanística contenida en los instrumentos de planeamiento tendrá por objeto, en todo caso, la “incorporación de objetivos de sostenibilidad que permitan mantener la capacidad productiva del territorio, la estabilidad de los sistemas naturales, mejorar la calidad ambiental, preservar la diversidad biológica, y asegurar la protección y mejora del paisaje”, criterio legal que incorpora planteamientos internacionales sobre la protección de los recursos, compatibles con un determinado nivel de desarrollo económico en su ámbito de influencia. Se trata de un precepto dirigido al planificador, de obligado cumplimiento, aunque la propia Ley queda también comprometida en el sentido de ofrecer otros criterios o directrices más concretos, así como procedimientos adecuados para su determinación, que permitan formular y poner en práctica dichos objetivos.

Las previsiones que, al respecto, contiene la Ley sobre el Plan General de Ordenación (PGO) son, fundamentalmente, de orientación conservadora, de protección de los recursos paisajísticos. Así lo establece, primeramente, el artículo 9.A).g), referente a los objetivos de dicho plan, en el sentido de asegurar la “preservación del proceso de urbanización para el desarrollo urbano” de los terrenos en los que concurren valores “naturales, históricos, culturales, paisajísticos”, entre otros. Por otra parte, el artículo 10, al regular las determinaciones obligatorias del PGO, hace referencia a las normativas de las categorías de suelo no urbanizable de especial protección con identificación de los elementos y espacios de valor histórico, natural o paisajístico más relevantes (art. 10.1.A).h.).

En cuanto a las previsiones relativas a los Planes Especiales (PE), hay que destacar que el artículo 14 les atribuye, entre otros fines, los de

conservar, proteger y mejorar el medio urbano (1.b.), el medio rural (1.e.) y el paisaje (1.f.), pudiendo formularse tanto en desarrollo como en ausencia de PGO y en desarrollo de los planes territoriales. Sin embargo, estos planes no tienen la sustantividad necesaria en la Ley para calificarlos inicialmente como instrumentos idóneos para la planificación paisajística. Como planes de desarrollo del PGO, carecen de directrices y criterios propios de ordenación paisajística, salvo los que puedan establecerse para el suelo no urbanizable de especial protección. Y como planes independientes del PGO, a su falta de sustantividad ordenadora, hay que añadir su desconexión de los PORN, a los que la LOUA no menciona²⁰. Cabe esperar una mayor operatividad cuando los PE desarrollen planes de ordenación del territorio.

Como complemento de los planes citados, la LOUA regula la figura de los Catálogos, que tienen por objeto “complementar las determinaciones de los instrumentos de planeamiento relativas a la conservación, protección o mejora del patrimonio urbano, arquitectónico, histórico, cultural, natural o paisajístico” (art. 16.1). El catálogo se refiere a bienes o elementos singulares del territorio que presentan alguno de los valores citados, pudiendo formularse y aprobarse de forma independiente o integrados en un plan.

2.5. Nuevas perspectivas de ordenación paisajística: las Leyes autonómicas sobre Paisaje

En la última década, algunas Comunidades Autónomas han completado su legislación reguladora sobre recursos naturales con la aprobación de normas legales de ordenación y protección del paisaje. La perspectiva del legislador en estos casos es más precisa que la ofrecida en la legislación sobre espacios naturales protegidos, al considerar al paisaje, como recurso natural o cultural, objeto directo de la acción pública de la Comunidad y de un régimen jurídico diferenciado. Las Leyes a que nos referimos son la Ley 8/2005, de 8 de junio, sobre Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje de Cataluña; la Ley 7/2008, de 7 de julio, de Protección del Paisaje de Galicia; la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana, y la Ley 4/2014, de 22 de diciembre, del Paisaje de Cantabria. No se trata en este momento de analizar con detalle el contenido de estas leyes, lo que desbordaría el objeto de la ponencia, sino de destacar algunos aspectos que innovan los planteamientos más generales examinados de la legislación territorial y sobre espacios naturales.

²⁰ Que pueden tener relevancia en las denominadas ciudades medias y, sobre todo, en los municipios rurales.

a) Un *objetivo común* a todas ellas es el llevar a cabo una *identificación y valoración* de los paisajes existentes, su tipología, valores y estado de conservación. Se asigna esta función a uno o varios instrumentos creados con este cometido específico, como es el caso de los *Catálogos del Paisaje* (arts. 10 de la Ley 8/2005-CAT, y 9 de la Ley 7/2008-GAL), y de los *Estudios de Paisaje* (art. 16 de la Ley 4/2014-CANT), o bien se encomienda a la planificación urbanística y territorial con “carácter previo a la ordenación de usos y actividades del territorio” (art. 4.4 de la Ley 5/2014-CVAL).

b) Las Leyes citadas crean *instrumentos propios de ordenación del paisaje*, con efectos jurídicos sobre el planeamiento territorial y urbanístico. Así, en la Ley 8/2005-CAT, además de los Catálogos citados, que proponen objetivos de calidad de los paisajes, son las *Directrices de Paisaje* las que contienen las determinaciones que “precisan e incorporan normativamente las propuestas de objetivos de calidad paisajística en los planes territoriales parciales o en los planes directores territoriales”, los cuales determinan, a su vez, los supuestos en que las directrices son de aplicación directa, los supuestos en que son de incorporación obligatoria cuando se produzca la modificación o revisión del planeamiento urbanístico, los supuestos en que las actuaciones requieren un informe preceptivo del órgano competente en materia de paisaje, o constituyen recomendaciones para el planeamiento, en cuyo caso los planes o programas que se aprueben deben ser congruentes con las mismas (art. 12). Por su parte, la Ley 7/2008-GAL, añade a la figura de las Directrices, los *Estudios de Impacto e Integración Paisajística*, exigibles en los proyectos que deban someterse al procedimiento de declaración de impacto ambiental, en el que se evaluarán los efectos e impactos que el proyecto pueda provocar en el paisaje y las medidas de integración paisajística propuestas por las entidades actuantes (art. 11), y los *Planes de Acción del Paisaje en áreas protegidas* que, en desarrollo y aplicación de las Directrices de Paisaje, contendrán medidas para el mantenimiento, mejora, recuperación o regeneración de los paisajes presentes en su ámbito, integrándose en el PORN correspondiente (art. 12).

La Ley 5/2014-CVAL establece como instrumentos de paisaje, que se integran en el planeamiento, los tres siguientes: los *Estudios de Paisaje*, que analizan la ordenación urbana y territorial y los procesos que inciden en el paisaje, en los planes sometidos a evaluación ambiental y territorial estratégica, fijando objetivos de calidad paisajística y estableciendo medidas destinadas a su protección, ordenación y gestión; los *Estudios de Integración Paisajística*, que valoran los efectos sobre el carácter y la percepción del paisaje de planes no sometidos a evaluación ambiental y territorial estratégica, así como de proyectos y actuaciones con incidencia en el paisaje y establecen

medidas para evitar o mitigar los posibles efectos negativos; y los *Programas de Paisaje*, que concretan las actuaciones necesarias para garantizar la preservación, mejora y puesta en valor de paisajes que requieren intervenciones específicas e integradas (art. 6). En los anexos correspondientes de la Ley se concreta el contenido y funcionalidad de cada uno de estos instrumentos.

Finalmente, la Ley 4/2014-CANT ofrece un amplio conjunto de instrumentos de ordenación y actuación sobre el paisaje en su artículo 13: a) Planes especiales del paisaje; b) Directrices de paisaje; c) Estudios de paisaje; d) Proyectos de actuación paisajística; y e) Análisis de impacto e integración paisajística. Todos ellos operan a partir de los Ámbitos Paisajísticos del territorio de la Comunidad definidos y delimitados por la Ley (art. 10 y Anexo I), en cuyo ámbito los *Planes Especiales* delimitan las *Unidades de Paisaje*, que constituyen un área territorial que, como resultado de la combinación específica de componentes paisajísticas de índole ambiental, cultural y estética y de dinámicas históricas, posee un carácter particular, homogéneo, coherente y diferenciado de sus colindantes, y contienen normas de directa aplicación, directrices y determinaciones dirigidas a su protección, gestión y ordenación. Los restantes instrumentos (directrices, proyectos de actuación paisajística y análisis de impacto) tienen una función similar a las de otros de la misma denominación ya mencionados.

c) En la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Consejo de Gobierno ha aprobado la *Estrategia de Paisaje de Andalucía*²¹, dirigida a orientar la política paisajística de la Junta de Andalucía afectando a la planificación territorial y urbanística y las actuaciones sectoriales, a través de la formulación de objetivos, criterios, directrices, que han de integrarse para ser operativos en los procedimientos de elaboración de aquéllas. Entre sus objetivos generales de calidad paisajística, hay que destacar, en línea con la legislación autonómica citada: la identificación y valoración de los paisajes andaluces, en la que sobresale la actuación a través del Sistema compartido de información sobre el Paisaje de Andalucía (SCIPA); la definición de instrumentos de protección, gestión, ordenación y evaluación orientados específicamente al paisaje (hasta ahora asumidos por el resto de planeamiento natural o territorial, como se ha examinado), que se concretan en la figura de las directrices de paisaje, la integración de la evaluación paisajística en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y otras fórmulas de informes de impacto o evaluación territorial y urbanística, catálogos de paisaje, y desarrollo de programas coordinados para la mejora y diversificación del paisaje, para los ámbitos identificados por el POTA (directriz 115).

²¹ Acuerdo de 6 de marzo de 2012, publicado en el BOJA de 29 de marzo.

La Estrategia de Paisaje ha sido sometida a un primer informe de evaluación, publicado bajo el título de Informe de Situación y Perspectivas de los Paisajes de Andalucía²², en el que se destaca, entre otras medidas adoptadas, la aprobación de Catálogos Provinciales de Paisaje (Sevilla y Granada), el análisis de la percepción social del paisaje en Andalucía a través del Ecobarómetro de Andalucía 2013, la elaboración del Manual de Buenas Prácticas de paisaje para el planeamiento urbanístico, y la Guía de integración paisajística de Parques eólicos de Andalucía.

A MODO DE REFLEXIONES FINALES

- España ha incorporado satisfactoriamente a su ordenamiento las recomendaciones de la Convención Europea sobre Paisaje, tanto a un nivel estatal, como autonómico, aunque se trata de un proceso legislativo aun no finalizado.
- Fundamentalmente se ha introducido entre los objetivos y contenidos de los instrumentos de ordenación de los recursos naturales (PORN) la identificación y valoración del paisaje, así como la definición de objetivos de calidad paisajística, su ordenación y protección. Tales determinaciones trascienden al planeamiento territorial, urbanístico y sectorial que debe someterse a una evaluación de impacto ambiental-paisajístico.
- Por otra parte, la planificación territorial superior ofrece en su ámbito posibilidades reales para llevar a cabo una compatibilización de los usos del territorio, incluidos los paisajísticos, y su puesta en valor, como proponen el POTA y en su desarrollo los POTSR en la Comunidad de Andalucía.
- Finalmente, se observa en algunas Comunidades Autónomas, una cierta proliferación de instrumentos de ordenación del paisaje, que se acumulan a los PORN y, en su caso, a los planes territoriales superiores. Esta acumulación de instrumentos planificadores no es deseable, por su complejidad, posibilidad de interferencias, e ineficiencia. Es preferible que la ordenación paisajística se integre en los PORN, como un recurso diferenciado y, sólo subsidiariamente, genere su propia planificación u ordenación.

²² Publicada en la web de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/web/temas_ambientales/ordenacion_territorio/paisaje/epa_web.pdf (enlace de fecha 7 de octubre de 2015).

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA RECOMENDADA

- BERMEJO LATRE J.L. *La Pianificazione del Paesaggio*, ed. Università degli Studi, Bologna-Maggioli Editori, 2002.
- FABEIRO MOSQUERA A., *La protección del paisaje: su creciente importancia en el ámbito internacional y la dispersión de instrumentos jurídicos para su protección integral en el Derecho español*, Revista española de Derecho Administrativo, 131, 2006, págs. 517-547.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C., *La protección del paisaje: un estudio de derecho español y comparado*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C., *El estreno de nuestro Derecho en la ordenación paisajística: a propósito de la ordenación y protección del paisaje en la legislación valenciana*, Revista de Administración Pública, 172, 2007, págs. 363-401.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN M., *Notas sobre el derecho al paisaje como derecho entrañable* (La emergencia de una categoría constitucional), El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 30, 2012, págs. 4-13.
- LÓPEZ TUBÍA E., *La protección de los espacios naturales en el País Vasco y el desarrollo del agroturismo. Los casos de Txingudi y la Reserva de Biosfera de Urdaibai*, Turismo y gestión de espacios protegidos: XII Congreso Internacional de Turismo Universidad y Empresa (Dir. Diego López Olivares), 2010, págs. 541-560.
- MARTÍN MATEO R., *La tutela del paisaje en la legislación del suelo, Ordenación del territorio y desarrollo sostenible* (Coord. José Millaruelo Aparicio y Enrique Orduña Rebollo), 2004, págs. 53-77.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *Problemas jurídicos de la tutela del paisaje*, Revista de Administración Pública, 71, 1973.
- MARTÍNEZ NIETO A., *La protección del paisaje en el derecho español*, Revista de Derecho Ambiental, 10, 1993, págs. 9-48.
- MOLINA SALDARRIAGA C.A., *El paisaje como categoría jurídica y como derecho subjetivo*, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 116, 2012, págs. 159-194.
- PEÑA CHACÓN, *La tutela jurídica del paisaje*, Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de Derecho Ambiental, 12-13, 2005.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A.J. *La Protección de la Estética en el Derecho Urbanístico*, ed. Tirant Lo Blanch-Instituto García Oviedo, Valencia 2013.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BIC: Bien de Interés Cultural

BOJA: Boletín Oficial de la Junta de Andalucía

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

LIENPA: Ley de Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía

LOUA: Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía

LOTA: Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía

LPHA: Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía

LPHE: Ley de Patrimonio Histórico Español

LPNB: Ley de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad

PE: Plan Especial

PGO: Plan General de Ordenación

PORN: Plan de Ordenación de Recursos Naturales

POTA: Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía

POTRS: Plan de Ordenación del Territorio de ámbito Subregional

RENPA: Red de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía

ZLPT: Zona Litoral de Protección Territorial

II

SUSTENTABILIDADE E RECURSOS NATURAIS

SOSTENIBILIDAD Y RECURSOS NATURALES

(Página deixada propositadamente em branco)

APRESENTAÇÃO DOS TEMAS

Sob o mote da sustentabilidade reúnem-se nesta Parte II três temas fundamentais para a sociedade actual: o uso de recursos renováveis na energia, a transparência em matéria ambiental e a contratação pública verde.

Encarado na perspectiva do jurista, o uso das energias renováveis na energia suscita hoje problemas especialmente relevantes no que respeita ao seu regime de financiamento. Todos – em Portugal e Espanha, tal como na Europa e no Mundo – estão de acordo em que é importante incentivar a produção de energia a partir de fontes renováveis, em nome da sustentabilidade ambiental, mas todos sabem que isso implica um estímulo aos produtores e um custo acrescido para os consumidores. Torna-se, por isso, indispensável encontrar um regime de financiamento do sector que seja adequado e, ele próprio, sustentável do ponto de vista social e político. Os modelos legais têm-se revelado instáveis, por várias razões, e a crise económica e financeira tem posto em causa, de modo acentuado, os encargos que se consideram excessivos para os consumidores, apelando para uma redução dos apoios aos investidores. A incerteza do regime ou a reversão dos benefícios ao investimento convocam o direito para a descoberta de uma solução equilibrada, que assegure um regime de financiamento estável e justo, protegendo a confiança criada pelos incentivos estaduais e garantindo a sustentabilidade do sistema.

Sobre isto escrevem os Professores Suzana Tavares da Silva, de Coimbra, e Roberto Galán Vioque, de Sevilha, ambos com vasta e importante obra publicada na área do direito da energia, bem como a doutoranda Irene Ruiz Olmo.

A transparência é um dos valores hoje mais acarinhados no espaço público, sendo uma marca das sociedades abertas e desenvolvidas. Do ponto de vista jurídico-administrativo, manifesta-se num princípio, inscrito em leis e tratados, que consagra direitos e deveres de informação e de participação, que são indispensáveis para o desenvolvimento das políticas públicas, num quadro de “good governance”. Em matéria de ambiente, a transparência assume mesmo foros de essencialidade, dada a transversalidade política e social dos interesses em presença, que envolvem, além de todos os decisores públicos, a todos os níveis de administração, a generalidade das empresas, organizações sociais e cidadãos. Para além da formulação do princípio, cabe à lei, no quadro europeu e internacional, organizar um modelo de acesso à informação, pública e privada, relevante em matéria de ambiente, bem como um conjunto de meios que assegure a efectiva prestação de informação e a participação nas decisões com impacto ambiental.

Em Espanha, suscitam-se problemas específicos na harmonização das normas que regulam o acesso à informação ambiental com as normas que regulam, em geral, o acesso às informações públicas – e disso se ocupa o Prof. Emilio Guichot Reina, da Universidade de Sevilha. O Prof. José Eduardo Figueiredo Dias, por sua vez, trata o tema em geral, salientando os instrumentos jurídicos europeus e portugueses relevantes para assegurar o papel decisivo da informação e da participação no domínio ambiental.

Por último, a contratação pública verde constitui um tema da maior importância e actualidade no contexto da denominada transição para a economia verde e num momento em que a União Europeia, assumindo esta transição como um elemento estrutural das suas políticas, impõe, no contexto das novas Directivas em matéria de contratação pública – Directivas 2014/23/UE (adjudicação de contratos de concessão), 2014/24/UE (contratos públicos) e 2014/25/UE (contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais) – inúmeros objectivos e metas ambientais que hão-de ser alcançadas por esta via. A este tema dedica-se o trabalho do Prof. Alejandro Román Marquez.

José Carlos Vieira de Andrade

Catedrático de Direito Público
Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

3.

O USO DE RECURSOS RENOVÁVEIS NA ENERGIA

A REVISITAÇÃO DO PRINCÍPIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DOS INVESTIDORES A PRETEXTO DOS MODELOS DE FINANCIAMENTO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉCTRICA A PARTIR DE FER

SUZANA TAVARES DA SILVA
Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra
Instituto Jurídico

Sumário: I. INTRODUÇÃO. II. UM ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PARA OS INVESTIDORES. 2.1. A protecção constitucional dos investidores ao abrigo de regimes legais de promoção do investimento. 2.2. O enquadramento jurídico-constitucional dos regimes legais de revisão dos benefícios outorgados. 2.3. Fundamento jurídico-político do poder de modulação legislativa dos benefícios. 2.4. O status constitucional do investidor. III. A METÓDICA DO PRINCÍPIO DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DOS INVESTIDORES.

I. INTRODUÇÃO

No estudo jurídico das energias renováveis, os problemas suscitados pelos regimes de financiamento da geração eléctrica a partir de FER têm assumido um relevo especial. Em síntese, a questão principal tem-se baseado na necessidade de assegurar formas de incentivo à geração eléctrica a

partir de fontes renováveis para que estas não só possam competir em mercado com as instalações tradicionais que utilizam combustíveis fósseis (em especial, o carvão, o fuel e mais recentemente o gás natural)¹, como ainda venham a ser instalados centros electroprodutores em número suficiente para responder às exigências da política europeia, e, simultaneamente, procurar que esses incentivos financeiros, ao serem suportados pelos consumidores de energia eléctrica, não agravem excessivamente as facturas a pagar, não só por razões sociais (vulnerabilidade financeira de uma parte importante dos consumidores deste serviço essencial²), mas também por razões políticas (não exceder o limite máximo que os consumidores-cidadãos estão dispostos a pagar em nome da sustentabilidade ambiental e da promoção de uma política de combate às alterações climáticas³).

As insuficiências do Direito na resposta a este problema têm vindo a ser evidenciadas pelos legisladores e pelos tribunais em quase todo o mundo⁴. No plano legislativo, as propostas procuram acompanhar os novos

¹ Importa lembrar que em matéria de investimento a estrutura de custos entre as instalações que utilizam combustíveis fósseis e as que utilizam fontes renováveis é muito distinta, pois as primeiras associam baixos custos fixos a elevados custos de operação, derivados da aquisição do gás, do carvão, do fuelóleo e das licenças de emissão de CO₂, ao passo que às segundas correspondem elevados custos fixos, em especial em tecnologias menos maduras (ondas e marés) ou que envolvem custos de fabrico elevados (fotovoltaica) e baixos custos operacionais – v. José Ignacio MORALES PLAZA, *Las Claves del Éxito de la Inversión en Energías Renovables*, CIFF, Universidad de Alcalá, Marcial Pons, Madrid, 2012.

² Esta é, de resto, uma das novas formas de pobreza – a *pobreza energética* – que justifica a criação de apoios sociais específicos para os denominados consumidores vulneráveis – v. Francisco SILVA ARDANUY, *Pobreza Energética en España. Alcance y Protección Constitucional*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014; Isabel GONZÁLEZ RÍOS, «Del “servicio universal” y “las obligaciones de servicio público” en el sector eléctrico a la protección del cliente vulnerable frente a la pobreza energética: regulación comunitaria y derecho español», *Estudios de Direito da Energia N.º 0* (Org. Suzana TAVARES DA SILVA), DaeDe – Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2014, pp. 67ss.

³ A repartição social dos custos da mudança de paradigma energético depende também de alguns aspectos sociológicos, pois só com um apoio estrutural da Sociedade, que aceite participar no financiamento, será possível prosseguir estas políticas – v. René MONO, «Umsetzung der Energiewende durch Bürgerbeteiligung», in DEGENHART / /SCHOMERUS (Hrsg.), *Recht und Finanzierung von Erneuerbaren Energien: Bürgerbeteiligungsmodelle*, NomosBaden-Baden, 2014, pp. 17-31.

⁴ São já algumas as decisões judiciais em que recentemente se vem discutindo a compatibilidade das alterações legislativas em matéria de incentivos à produção de energias renováveis a partir de FER e à cogeração com o princípio constitucional da protecção da confiança (v. por exemplo, acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 48/2015 e acórdão do Tribunal Supremo STS 1116/2015), com o *standard ‘fair and equal treatment’* do direito do investimento estrangeiro (v. por exemplo, *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19), com o regime dos auxílios

desenvolvimentos que vêm surgindo na área tecnológica – as quais representam reduções significativas nos custos – e as novas propostas no plano económico e financeiro – que buscam soluções eficientes para este sector; mas são cada vez mais complexas, abandonando os institutos tradicionais dos benefícios fiscais e das subvenções directas (o tradicional *feed-in-tariff*), para passarem a integrar novas fórmulas articuladas com os mercados (ex. prémios que acrescem aos preços de mercado, também denominados *feed-in-premium*, mercados ou leilões de capacidade, novas formas de financiamento das reservas de capacidade)⁵. Acresce ainda que os modelos legais têm vindo a sofrer constantes modificações que afectam a previsibilidade e minam o necessário ambiente regulatório de confiança para os investidores, ao mesmo tempo que a estabilização dos regimes jurídicos ou a proibição de retrospectividade das novas soluções corre o risco de se traduzir em ‘rendas’ para os operadores económicos e/ou encargos excessivos para os consumidores, a que se somam ainda assimetrias normativas prejudiciais ao financiamento da inovação e da investigação científica na área⁶.

No plano judicial, o problema assenta, maioritariamente, na duc-

de Estado da União Europeia (acórdãos do TJUE PreussenElektra, Proc. C-379/98 e ÅlandsVindkraftAB, Proc. C-573/12, §57) e até situações em que a revogação dos benefícios é necessária para cumprir o direito europeu, o que tem como consequência uma condenação pela arbitragem internacional do investimento, seguida de uma condenação no âmbito do direito europeu pela execução da sentença condenatória no âmbito do investimento estrangeiro (*v. caso Micula v Romania* - C(2014) 6848 final).

⁵ Economistas e decisores políticos têm encontrado muitas dificuldades em construir um modelo adequado para a integração da produção de energia eléctrica a partir de fontes renováveis nos esquemas de mercados grossistas marginais. As soluções apresentadas são variadas, desde a transição para regimes de *real-time pricing*, à conjugação com leilões de capacidade, sendo certo que existe uma quase unanimidade em relação às dificuldades que o actual modelo representa – *v. Maria KOPSAKANGAS-SAVOLAINEN / Rauli SVENTO, Modern Energy Markets. Real-Time Pricing, Renewable Resources and Efficient Distribution*, Springer, London, 2012; Lev BELYAEV, *Electricity Market Reforms. Economic and Policy Challenges*, Springer, London, 2011.

O modelo alemão para a transição (*‘electricity market 2.0’*) busca a construção de um esquema que permita articular, em regime de mercado, a garantia de uma reserva de capacidade apta a responder de forma segura às intermitências da geração eléctrica a partir de fontes renováveis (o que entre nós se denomina como garantia de potência) e a optimização do despacho, ou seja, do serviço que dá as indicações para cada centro electroprodutor entrar no sistema, mas a experiência tem revelado que a criação de mercados de capacidade leva muito tempo, pelo que a solução transitória passa pelo correcto financiamento da reserva de capacidade – *v. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), An electricity market for Germany’s energy transition*, 2015.

⁶ Sobre estas questões *v. o nosso*, «O princípio da sustentabilidade económico e financeira do sistema eléctrico liberalizado sob regulação especial», *XI Coloquio Hispano-Português de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2015 (em publicação).

tilidade da metódica aplicativa do *princípio da protecção da confiança* em diferentes jurisdições (judicial, administrativa, constitucional, europeia, internacional) e culturas jurídicas (*common law* e *administrative law*), abrindo espaço a uma litigiosidade crescente, ultra especializada e que, em última instância, acarreta não só mais densidade do que clareza à solução destes problemas, como ainda aumenta os custos finais deste serviço essencial ao bem-estar nas sociedades actuais.

E a questão agrava-se quando a orientação política europeia aponta para a necessidade de cumprir metas quantitativas obrigatórias em matéria de incorporação de energias renováveis na quota nacional de energia (27% de energias renováveis em 2030), que alguns países tornaram ainda mais ambiciosas, como Portugal, que previu uma meta de 35% até 2020⁷, ou a Alemanha, que pretende liderar este sector, apostando numa meta de 45% a 55% em 2025, 55% a 69% em 2035 e 80% em 2050⁸.

A directriz normativa para os regimes jurídicos que hão-de regular os instrumentos de incentivo às energias renováveis é serem “*tão flexíveis quanto necessário e tão estáveis quanto possível*”⁹, o que revela bem a especificidade que os caracteriza em relação à directriz da protecção da confiança legítima, onde a orientação principal é a continuidade dos regimes jurídicos que geram situações de confiança legítima, salvo casos de necessidade na promoção de interesses superiores¹⁰.

⁷ Referimo-nos à estimativa constante do PNAER 2020, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 20/2013, de 10 de Abril, que estipula uma quota de electricidade de base renovável de cerca de 60% (por contraposição aos 55% que constavam do PNAER 2010) tal como a meta global de cerca de 35% (face à meta de 31% do PNAER 2010).

⁸ Na Alemanha a questão tem sido especialmente discutida desde a decisão de promover uma mudança radical no modelo energético nacional (*Energiewende*), que abandonará o nuclear para se concentrar essencialmente na geração a partir de fontes renováveis. Para uma visão global da política *v.* FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC AFFAIRS and Energy, *The energy transition – a great piece of work. Making a success of the energy transition. On the road to a secure, clean and affordable energy supply*, 2015 (documento disponível *on-line*); para uma percepção das diversas críticas no plano jurídico *v.* Michael QUAAAS & DEUTSCHES ANWALTINSTITUT (Hrsg.), *Rechtsprobleme der Energiewende*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

⁹ Markus KAHLES / Jana LUTZ / Philipp SCHÜTTER, «Grundlagen der EEG-Vergütung», in Müller (Hrsg.), *20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien*, Nomos, 2012, pp. 538, apud Wolfgang KAHL / James BEWS, *Ökostromförderung und Verfassung*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 162.

¹⁰ Maria Lúcia AMARAL, «A protecção da confiança», *V Encontro de Professores de Direito Público* (Carla Amado Gomes Org.), ICJP, 2012, pp. 21-29; Federico CASTILLO BLANCO, *Protección de Confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

Mesmo a revisitação deste princípio entre nós no contexto da crise económica e financeira apenas permitiu sublinhar que o “respeito pela estabilidade das situações constituídas ao abrigo de regimes jurídicos anteriores” só deve ser perturbado perante “a necessidade de prevalência de um interesse público superior e na medida dessa prevalência”¹¹. Mas a influência da crise no princípio da protecção da confiança não foi sequer interpretado de modo unânime pela doutrina internacional¹², pelo que não podemos retirar daqui soluções para o nosso problema.

Aliás, a questão que nos ocupa prende-se com a necessidade de criação de regimes jurídicos flexíveis para regular novas relações jurídicas económicas, e não com a flexibilização de normas que outorgam direitos em situações de crise. A diferença fundamental está na *dicotomia* da normalidade da relativa instabilidade da regulação fundamentada na necessidade de permanente ajustabilidade a novas condicionantes técnicas e políticas, *versus* a excepcionalidade da revisibilidade fundamentada em condicionantes inesperadas, mas preponderantes. O sucesso da política das energias renováveis depende da boa construção normativa destes regimes jurídicos¹³.

Ora, um primeiro elemento que importa esclarecer na construção normativa destes novos regimes jurídicos é a sua ancoragem jurídico-constitucional. Em outras palavras, buscar um *estatuto jurídico-constitucional para os investidores em produção de energia eléctrica a partir de fontes renováveis*, que, em

¹¹ Entre nós, por todos, Paulo MOTA PINTO, «A Protecção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios críticos*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 133ss.

¹² Para alguns, o contexto da crise não podia sequer ser invocado como razão suficiente para o ‘retrocesso’ em algumas áreas da socialidade, como o aumento de taxas moderadoras na saúde ou a redução das prestações no desemprego – Andreas FISCHER-LESCANO, *Human Rights in Times of Austerity Policy. The EU Institutions and the Conclusions of Memoranda of Understanding*, Nomos, Baden-Baden, 2014 (pp.72-73) – enquanto outros vêm neste contexto o fundamento para o fim da distinção entre “expectativas normativas” e “expectativas cognitivas”, propondo que as soluções se baseiam mais na equidade e menos na normatividade típica de uma regulação social sistémica – Moritz RENNERT, «Death By Complexity – The Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society», in Kjaer/Teubner/Febbrajo (Hrsg.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford University Press, 2011, pp. 93-111.

¹³ A doutrina germânica tem discutido intensamente os riscos, as desvantagens e os benefícios associados ao novo modelo energético centrado no encerramento da produção nuclear e na ‘viragem’ para as renováveis e a verdade é que política e tecnicamente não tem sido possível construir os modelos sustentáveis que a doutrina imaginava no contexto de um modelo regulatório complexo, baseado na conjugação do planeamento, com incentivos financeiros e alguns expedientes de mercado, mais ou menos artificiais – v. Michael FEHLING, «Neues Regulierungsrecht im Anschluss an die Energiewende», *Die Verwaltung*, 2014/27, pp. 313-348.

nosso entender, não pode deixar de ser comum, pelo menos nos seus aspectos essenciais, a todos os investidores/operadores económicos que actuam em sectores que o legislador premeia com a outorga de incentivos financeiros.

II. UM ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PARA OS INVESTIDORES

No contexto do actual modelo económico global, que aqui não iremos analisar nem discutir, o investimento privado é considerado um dos principais ‘drivers’ do crescimento sustentável e os auxílios públicos um ‘driver’ desse investimento privado¹⁴, o que significa que os instrumentos económicos tradicionais de estímulo ao investimento, como as subvenções públicas¹⁵ e os benefícios fiscais¹⁶, bem como os novos instrumentos financeiros deste tipo, entre os quais devemos incluir, desde logo, as tarifas dos produtores de energia eléctrica a partir de fontes renováveis¹⁷, devem ser

¹⁴ Estas premissas constam de quase todos os documentos produzidos pelos principais *fora* económicos mundiais – V, a título de exemplo, OCDE, *Investment for Sustainable Development*, Element 11, Paper 3, OECD and POST-2015 Reflections, 2015 (disponível *on-line*); United Nations Economic and Social Council (ECOSOC), *Public Aid as a Driver for Private Investment*, 2013 (disponível *on-line*).

¹⁵ O regime jurídico das subvenções públicas em Portugal consta do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 64/2013, de 27 de Agosto.

¹⁶ Para além do regime jurídico geral dos benefícios fiscais, previsto entre nós no Estatuto dos Benefícios Fiscais, importa destacar, para este efeito, o Novo Código Fiscal do Investimento, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 162/2014, de 31 de Outubro.

¹⁷ Referimo-nos, obviamente, ao que no modelo português corresponde ao regime de remuneração garantida dos produtores em regime especial, actualmente previsto no artigo 33.º-G/1 *b*, do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto [“a electricidade produzida é entregue ao comercializador de último recurso, contra o pagamento da remuneração atribuída ao centro electroprodutor”], na sua redacção actualizada pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de Setembro, e na Portaria n.º 243/13, de 2 de Agosto. Para os centros electroprodutores que utilizam fontes renováveis e que foram instalados antes da entrada em vigor deste regime jurídico, prevê-se um regime remuneratório garantido e diferenciado em função da tecnologia, cujos montantes são calculados segundo o disposto no anexo II do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 313/95, de 24 de Novembro, 56/97, de 14 de Março, 168/99, de 18 de Maio, 312/2001, de 10 de Dezembro, 339-C/2001, de 29 de Dezembro, 33-A/2005, de 16 de Fevereiro e 225/2007, de 31 de Maio, a que se junta ainda, o Decreto-Lei n.º 35/2013, de 28 de Fevereiro, respeitante à tecnologia eólica.

Em termos gerais, o sistema reconduz-se ao modelo de *feed-in-tariff*, ou seja, as tarifas são suportadas pelo Comercializador de Último Recurso, sendo depois reflectidas nas despesas de Uso Geral do Sistema, que por sua vez é reflectido na tarifa de venda de electricidade aos consumidores e suportada por estes.

orientados para o cumprimento dos referidos objectivos.

As instituições económicas internacionais e os autores destacam que o sucesso destas políticas de *incentivo ao investimento* assentam fundamentalmente na criação de um *clima jurídico de confiança*, que seja capaz de atrair os investidores. Um *‘ambiente regulatório’* que no domínio do investimento estrangeiro conta com um instrumentário normativo – os denominados *standards de protecção do investimento estrangeiro* – e institucional – referimo-nos, em particular, ao *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, instituído pela Convenção de Washington, que também consagra um conjunto de regras processuais específicas – próprio¹⁸, mas que no plano do direito interno e da protecção jurídico-constitucional dos investidores não tem sido especialmente estudado, para lá do que sejam os regimes de garantias no quadro dos contratos públicos e do princípio da protecção da confiança legítima em matéria de limites à livre revogação de benefícios fiscais, em especial no caso de benefícios fiscais temporários¹⁹.

Ora, o que nos propomos neste escrito breve é precisamente tratar o regime de protecção dos investidores no plano do direito constitucional, pois, como veremos, até agora as questões têm, maioritariamente, sido tratadas sob a metódica tradicional do *princípio da protecção da confiança legítima*²⁰, mas, tal como sucedeu a propósito da crise financeira, existem especificidades relevantes que justificam a (re)construção deste *standard* de protecção aplicado ao investimento, *i. e.* aos investidores, de forma a assegurar, em geral, o que no domínio dos sistemas de incentivo econó-

¹⁸ Para uma visão geral dos instrumentos normativos e institucionais da protecção dos investidores no sistema de protecção do investimento estrangeiro *v.*, por todos, Thomas ROE / Matthew HAPPOLD, *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charters Treaty*, Cambridge University Press, 2011; Rudolf DOLZER / Christoph SCHEUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008; Fulvio Maria PALOMBINO, *Il Trattamento «giuste ed equo» degli investimenti stranieri*, il Mulino, Bologna, 2012; Roland KLÄGER, *‘Fair and Equitable Treatment’ in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011 e, entre nós, Tiago DUARTE, «As fronteiras do Direito Público e a Arbitragem Internacional de Protecção de Investimentos», *Scientia Iuridica*, 2011, pp. 293-301.

¹⁹ Neste sentido, por todos, Alberto XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, polycopiado, Lisboa, 1981 pp. 144. A jurisprudência, contudo, não tem sido unânime da aplicação deste ‘princípio’ – *v.* acórdão do Tribunal Constitucional n.º 410/95; acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 4 de Março de 1998 (Proc. 16580); e acórdãos da arbitragem fiscal n.ºs 107/2012, 120/2012, 150/2012, 2/2013 e 4/2013.

²⁰ Sobre este tema em geral *v.* João Carlos LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra Editora, 2010; José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 257ss.

mico-financeiro às energias renováveis já se tornou evidente: que o regime jurídico de protecção do investimento seja “*tão flexível quanto necessário*”, para neutralizar fenómenos económicos perniciosos como a captura de ‘rendas’ por força de circunstâncias como a aceleração das curvas de aprendizagem, a introdução de inovações tecnológicas ou efeitos de situações conjunturais que representem uma redução significativa nos custos; e “*tão estável quanto possível*”, para evitar que os investidores possam ser confrontados com fenómenos atentatórios da necessária confiança²¹, como alterações arbitrárias e inesperadas de regimes jurídicos sem razão justificativa preponderante e fora das dinâmicas típicas do exercício da livre conformação do legislador, a adopção de novas soluções legais lesivas sem negociação e ou audição prévia²² ou até a sucessão de modificações legislativas que se traduzam numa ‘expropriação (indirecta) dos investimentos’²³.

2.1. A protecção constitucional dos investidores ao abrigo de regimes legais de promoção do investimento

Apesar de todos estes agentes económicos privados que realizam investimentos ao abrigo de regimes jurídico-legais de promoção dos mesmos (incluindo o produtor de electricidade a partir de fontes renováveis) efectuarem essas actividades no âmbito da sua liberdade de iniciativa económica e empresarial (artigos 61.º/1 e 80.º/c da CRP), a instituição de um regime legal especial de fomento desses investimentos deve ser interpretado como uma nova forma de intervenção do poder público na economia (artigo 80.º/a e 83.º da CRP).

Trata-se de uma forma de intervenção pública na economia típica

²¹ Beatrice WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1983 e Guido BÖMER, «Amtshaftung und Vertrauensschutz», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 8/1996, pp.749-753.

²² O modelo anglo-saxónico reconhece um valor jurídico essencial à protecção das *legitimate expectations* enquanto concretização da justiça, o que em termos metódicos se reconduz à combinação de três dimensões fundamentais: a *procedimental* (a forma como a mudança normativa é adoptada), a *substantiva* (a medida em que as expectativas são afectadas e a densidade que lhes é atribuída) e a *compensatória* (as medidas adoptadas para permitir a transição de regime causando a menor lesão possível) – Søren SCHØNBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2003

²³ Para uma visão global da articulação entre a protecção de legítimas expectativas fundadas em um investimento e as diversas modificações legislativas posteriores que se podem reconduzir a actos de ilegítima privação dos resultados económicos desses investimentos v. Rudolf DOLZER, «Indirect Expropriations: New Developments?», *New York University Environmental Law Journal*, 2002, pp. 64-93 (78ss).

do *Estado incentivador*²⁴, que por essa razão não tem entre nós um tratamento constitucional explícito, uma vez que a última revisão constitucional ordinária que abrangeu a parte económica da constituição portuguesa data já de 1997 e nos quase vinte anos entretanto decorridos registaram-se inúmeras alterações importantes na estrutura económica, social e empresarial do país²⁵. Entre as principais modificações conta-se a privatização de vários sectores dos tradicionais serviços públicos – electricidade, telecomunicações, transportes – e uma aposta no crescimento a partir do investimento privado²⁶.

Neste novo contexto político económico, as normas que visam incentivar o investimento privado – sobretudo o investimento em sectores de reconhecido interesse público, como a prestação de serviços públicos – são aptas a constituir na esfera jurídica do investidor uma *expectativa legítima à continuidade* das condições económicas subjacentes ao regime normativo incentivador²⁷. Este princípio (constitucional) da continuidade fundamenta-se, por um lado, na essencialidade dos serviços prestados ou dos bens fornecidos pelos investidores ao bem-estar das populações, que justifica a permanência do interesse público na garantia da efectiva prestação do serviço (dimensão do *Estado garantidor*²⁸), independentemente da margem de livre conformação do legislador quanto ao modo de efectivação daquela

²⁴ O *Estado Incentivador* é a designação dada a um modelo que abandona os instrumentos típicos de uma economia pública, como a planificação económica ou a limitação de certos sectores à iniciativa privada, para, na esteira dos ensinamentos dos novos princípios económicos, passar a trabalhar com todos os agentes económicos na prossecução do interesse público através de instrumentos de estímulo às actuações de base privada (*Anreize*), o que inclui estímulos financeiros (ex. subvenções), estímulos comportamentais (ex. reconhecimentos de sistemas de auto-regulação em matéria de certificação ambiental) e estímulos éticos ou meritórios (ex. *rankings*, atribuição de títulos) – sobre o tema, por todos, Ute SACKSOFKY, «Anreize», in Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 1459-1516.

²⁵ Cf. Luciano AMARAL, *Economia Portuguesa, as últimas décadas*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

²⁶ Alfredo MARVÃO PEREIRA, *Os Investimentos Públicos*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013; Joaquim MIRANDA SARMENTO, *Parcerias Público-Privadas*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

²⁷ Markus MÖSTL, *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004 e Anna LEISNER, *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

²⁸ Sobre o conceito de *Estado Garantidor* em geral *v.*, por todos, Matthias KNAUFF, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge.: Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV*, Duncker & Humblot, 2004 e, mais recentemente, no contexto da sua operacionalização em tempos de crise, *v.* Matthias KNAUFF, «Gewährleistungsstaatlichkeit in Krisenzeiten: Der Gewährleistungsstaat in der Krise?», *Die Öffentliche Verwaltung*, 2009, pp. 581ss.

garantia, e, por outro, na circunstância de muitas destas actividades as-sentarem em investimentos de capital intensivo, deixando os investidores numa situação de especial vulnerabilidade em relação à amortização desses investimentos, incluindo a remuneração do respectivo capital²⁹. Um capital que muitas vezes não é próprio do investidor, mas sim fruto do recurso ao crédito, envolvendo, por isso, também uma dimensão de garantia do aforro captado pelo sistema financeiro e, por conseguinte, de ‘risco sistémico’³⁰.

A *especial situação de vulnerabilidade* ou *dependência económica* em que fica instituído o investidor que responde positivamente aos estímulos públicos accionados pelos referidos regimes jurídicos há-de traduzir-se, no plano constitucional, em uma (nova) forma de *limitação intencional da liberdade económica privada*, não por via restritiva, mas sim por via *moduladora*, ao instigar o investidor a desenvolver aquela actividade considerada de interesse público, em vez de outras que não são subvencionadas.

Com efeito, no contexto de uma economia fechada, regimes normativos como a lei de delimitação dos sectores, que impedia o investimento privado em certas áreas, reconduziam-se constitucionalmente à categoria de *restrições legais* ao exercício de actividades económicas privadas; restrições que eram consideradas conformes à constituição com base no reconhecimento de um poder público de ingerência do Estado na economia para assegurar a prossecução de certos interesses públicos no contexto do Estado de bem-estar³¹. Por identidade de razão, no contexto de uma economia aberta, aquela intervenção pública faz-se igualmente necessária para a prossecução dos mesmos objectivos de interesse público – em especial o de assegurar os princípios do serviço público em sectores privatizados –, mas os instrumentos normativos utilizados é que são distintos, pois em vez da restrição,

²⁹ A ‘nova estrutura da economia’ influencia e é influenciada pelo direito público, ou seja, pelo papel que o Estado, através dos processos políticos próprios, entende dever assumir neste campo, onde as principais novidades têm surgido na regulação dos tradicionais serviços públicos, agora privatizados, entre as quais assumem destaque as formas de subvencionar a produção de energia eléctrica a partir de fontes renováveis, maioritariamente através de soluções que oscilam entre os instrumentos de mercado, a fixação de preços e os instrumentos tributários – v. Michael FEHLING, «Struktur und Entwicklungslinien des Öffentlichen Wirtschaftsrechts», *Juristische Schulung*, 2014, pp. 1057-1064 (1059); Martin ALTROCK, «Subventionierende» Preisregelung. *Die Förderung erneuerbarer Energieträger durch das EEG*, Beck, München, 2002 e Wolfgang KAHL / James BEWS, *Ökostromförderung und Verfassung, Nomos, Baden-Baden*, 2015.

³⁰ Conceito que aqui é empregado no sentido que lhe é atribuído pelo *Bank for International Settlements (BIS)* “risk that the failure of a participant to meet its contractual obligations may in turn cause other participants to default” – v. Steven L. SCHWARCZ, «Systemic Risk», *The Georgetown Law Journal*, Vol. 97, Issue 1 (November 2008), pp. 193-250 (197).

³¹ Cf. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/85.

o legislador opta pelo ‘condicionamento’ da liberdade económica dos privados a partir de normas incentivadoras, *i. e.*, de *normas* que promovem a constituição de direitos subjectivos de substrato económico, como o direito a uma subvenção, a uma remuneração garantida dentro de um sistema de preços regulados ou fixos ou a um crédito de imposto.

Trata-se, por conseguinte, de normas que no plano legal *modulam* a liberdade económica fundamental dos privados sem se reconduzirem a restrições da mesma³². A doutrina há muito nos diz que grande parte das normas legais não visam restringir os direitos fundamentais, mas apenas “completar, complementar, densificar ou concretizar o conteúdo fragmentário, vago aberto, abstracto ou incompleto, dos preceitos fundamentais garantidores de direitos fundamentais³³; ou ainda ser apenas “ordenadoras, condicionadoras, interpretativas (delimitadoras ou concretizadoras), constitutivas (ou conformadoras), protectoras, promotoras e ampliativas dos direitos fundamentais”³⁴. O que caracteriza estas leis é a inexistência de uma intenção de reduzir o conteúdo de um direito fundamental e a circunstância de não afectar o seu núcleo essencial. No mais, a tarefa de corporizar em cada momento o conteúdo desse direito cabe ao legislador.

Ora, é exactamente isso que sucede com a liberdade de iniciativa privada (artigo 61.º/1 da CRP), cujo exercício, de resto, o próprio texto constitucional circunscreve aos quadros definidos pela Constituição e pela lei “*tendo em conta o interesse geral*”. Por aqui se depreende que existe uma certa ‘*funcionalização da liberdade de iniciativa privada à prossecução do interesse geral*’, o que justifica a necessidade de uma permanente *modulação legislativa* do conteúdo da mesma, seja no sentido de desincentivar comportamentos e/ou actividades económicas (ex. tributação do tabaco e, mais recentemente em alguns países, a tributação de alguns ingredientes alimentares ou alimentos, no contexto da denominada *fat tax*³⁵), seja no sentido de a estimular ou

³² Para maiores desenvolvimentos sobre a diferença entre as normas *moduladoras* ou *conformadoras* dos direitos fundamentais e as normas restritivas *v.* MAUNZ / DÜRIG, «Grundrechtsschranken», *Grundgesetz-Kommentar*, Mai 2015 (Beck-online, acesso em 3.9.2015); José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 1263ss e José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 208ss.

³³ Cf. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 1263.

³⁴ Cf. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 208.

³⁵ Cf. Katherine PRATT, «A Constructive Critique of Public Health Arguments for Anti-Obesity Soda Taxes and Food Taxes», *Tulane Law Review*, Vol. 87, N.º 73, 2012 (<http://>

promover (ex. concessão de benefícios fiscais ou subvenções).

É bem certo que uma parte significativa da ‘promoção’ ou incentivo das actividades de reconhecido interesse público acaba por se reconduzir a formas clássicas no contexto da *contratualização de tarefas públicas* (contratos de concessão de serviço público, de aquisição de bens e serviços ou de atribuição de subvenções) ou a institutos mais recentes no contexto de uma tendência para a fungibilidade no uso do acto e do contrato no contexto das formas típicas da actividade administrativa (contratos de associação no caso do ensino, a delegação de poderes públicos em privados, os contratos de concepção, financiamento, produção e gestão de serviços e obras públicas, as parcerias público-privadas de natureza contratual), mas que em última instância permitem reconduzir estas entidades a uma relação jurídico-administrativa³⁶, e localizá-las dentro da organização administrativa (concessionários, co-contratantes), no âmbito de uma relação especial com o Estado e, nessa medida, ao abrigo da protecção do regime do direito à reposição do equilíbrio económico e financeiro³⁷, seja no caso dos contratos, seja hoje também, expressamente, no caso dos actos administrativos em caso de revogação ou anulação administrativa³⁸.

Mas essa protecção já não abrange os investidores que são atraídos por regimes legais ao abrigo dos quais não se constitui qualquer regime contratual ou que não pressupõem nenhum acto administrativo prévio, como sucede entre nós, por exemplo, com alguns benefícios fiscais ao investimento (ex. o Regime Fiscal de Apoio ao Investimento, actualmente previsto no Decreto-Lei n.º 162/2014 de 31 de Outubro, que permite às empresas deduzir à colecta apurada uma percentagem do investimento realizado em activos não correntes, tangíveis e intangíveis) e com uma parte dos investimentos em energias renováveis, que beneficiam de tarifas fixas e da obrigação de compra da totalidade da energia produzida ao abrigo de regimes legais, mas onde não existe um contrato que regule essa relação³⁹. Esta é, de resto,

ssrn.com/abstract=2171493); Laura CORNELSEN / Angela CARREIDO, «Health-related taxes on foods and beverages», *Food Research Collaboration*, 2015 (recurso on-line).

³⁶ Sobre o estudo destas figuras entre nós *v.* Pedro GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005 e *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013.

³⁷ Sobre o tema aplicado às empreitadas de obras públicas – *v.*, entre nós, por último, Licínio LOPES MARTINS, *As Empreitadas de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2014.

³⁸ Cf. artigos 167.º e 168.º do Novo Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro,

³⁹ A questão que se pode suscitar neste caso é a de saber se a posição jurídica destes produtores de energia eléctrica se pode considerar inteiramente desprovida de

a tendência nos regimes de simplificação administrativa, onde a desburocratização pressupõe menos controlos preventivos, acompanhados de regimes jurídicos mais claros e previsíveis e de uma maior responsabilidade dos operadores privados, também imposta por regimes contra-ordenacionais.

Em relação aos investidores que respondem positivamente a estes incentivos podemos então formular duas questões: existe entre eles e o Estado-Administração algum tipo de relação jurídica? Que tipo de protecção jurídica há-de ser reconhecida aos investimentos por eles realizados?

Quanto à primeira questão, a resposta deve em nosso entender apontar para a constituição de um *tipo especial de relação económica jurídico-pública*, decorrente da *constituição do privado investidor*, por efeito da realização do investimento, ou seja, em decorrência e por efeito da reacção positiva ao estímulo público, *de um estatuto de relativa dependência económica* perante os efeitos ‘prometidos’ pelo regime jurídico promotor do investimento.

Em boa verdade, não se trata de uma verdadeira relação jurídico-administrativa, pois do que cuidamos não é de alargar o espectro das categorias dos auxiliares na promoção das tarefas públicas, reconduzindo a esta categoria os sujeitos que actuam em actividades hoje privatizadas, mas sujeitas a uma intensa regulação pública⁴⁰, e sim o de buscar uma *nova tipologia de relações jurídico-públicas*, de base económica e não administrativa, na qual ficam inseridas as pessoas privadas que exercem actividades económicas privadas ao abrigo de regimes jurídicos de incentivo ao investimento.

Esta *relação jurídico-pública de dependência económica* caracteriza-se: *i)* pela livre adesão do sujeito económico (sem dependência de acto prévio habilitador ou de reconhecimento) a um regime jurídico do qual resultam imediata e objectivamente direitos de natureza patrimonial, ainda que de conteúdo modulável; *ii)* pela colocação do privado numa situação de vulnerabilidade (dependência) económica temporária (até à amortização e remuneração do capital investido) por mero efeito da realização do investimento, sobretudo porque a maior destes investimentos é de capital intensivo e em

‘administratividade’ também nos casos em que os centros electroprodutores são construído ao abrigo de concursos públicos para atribuição de potência (de instalação e de injeção na rede) e quando a licença de exploração incorpora o prazo de duração da remuneração garantida. Apesar destes ‘momentos administrativos’ que, a seu modo, representaram um instrumento para a promoção da política de fomento às energias renováveis, parece-nos ser mais correcto reconduzir a posição jurídica destes produtores a uma tutela jurídica de base essencialmente legal.

⁴⁰ Ainda que assim fosse haveria dúvidas quanto a integrar aqui os produtores de energias renováveis, pois esta categoria, na actual configuração do sector eléctrico, parece estar limitada aos gestores das redes.

regra “one-shot”; iii) pela inexistência de qualquer vínculo contratual ou administrativo entre o investidor e as entidades administrativas⁴¹.

A posição jurídica que caracteriza a situação deste tipo de investidor uma vez realizado o investimento não se reconduz a um verdadeiro direito adquirido a uma prestação pública de montante pré-determinado⁴², mas antes à de titularidade de um direito patrimonial de natureza *sui generis*, que pode ser *modulado pelo legislador*, desde que essa modulação não se reconduza a uma intencionalidade de anulação do referido direito patrimonial já constituído. Em outras palavras, o direito patrimonial de natureza *sui generis* de que o investidor é titular por efeito da realização do investimento não significa que ele tenha adquirido um direito patrimonial certo e líquido, ou seja, um direito a um certo montante, um tal efeito não se coadunaria com a *natureza jurídico-económica* deste regime jurídico, que responde prioritariamente a critérios de justiça e de equidade dentro de um esquema de flexibilidade que opera no âmbito de uma margem circunscrita de segurança jurídica (o direito a não ser privado arbitrariamente do investimento e da respectiva remuneração razoável).

Assim, a margem de *modulação* deste direito por parte do legislador significa que o valor do benefício legalmente previsto no momento da realização do investimento pode vir a ser efectivamente diminuído em razão da adopção de outras medidas de política económica e financeira de carácter geral ou mesmo sectorial que resultem colateralmente numa diminuição do respectivo valor⁴³.

⁴¹ Mais uma vez destacamos que o regime português de incentivo às energias renováveis, ao promover a diferença entre a produção em regime especial com direito a remuneração garantida atribuída por concurso e a restante produção que apenas pode beneficiar de um regime de remuneração em mercado, assegura um nível de protecção jurídica diferenciada aos primeiros.

⁴² Neste particular, podemos encontrar algumas semelhanças entre a posição jurídica do investidor e a do contribuinte-beneficiário dos regimes públicos de segurança social – v. João Carlos LOUREIRO, *Direito da Segurança Social entre a necessidade e o risco*, Coimbra Editora, 2014.

⁴³ Vale a pena lembrar duas decisões judiciais em matéria de energia onde o tribunal aceitou que medidas posteriores pudessem afectar a remuneração de certos investidores: i) em primeiro lugar a anulação do regime de isenção fiscal dos biocombustíveis antes do prazo esperado, tendo o legislador alemão optado pela substituição desta medida por outras, com a justificação de que esta seria a melhor forma de promover aquela política, tendo o TJUE considerado que a referida decisão não violava o disposto na Directiva dos Biocombustíveis (Directiva n.º 2003/30) – caso *Plantanol* (Proc. C-201/08); ii) mais recentemente, o mesmo legislador alemão, com o objectivo de promover a já mencionada alteração do modelo energético daquele país, decidiu criar um imposto sobre combustível nuclear, e mais uma vez o TJUE, chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade desta medida com o mercado interno, concluiu que a medida não vio-

O que já se afigura mais duvidoso sob o ponto de vista constitucional é a adopção pelo legislador de *medidas especiais e/ou concretas* que afectem *significativamente* o direito patrimonial constituído na esfera jurídica do investidor, *i. e.*, medidas que ponham em causa a amortização do investimento e o direito a uma taxa de retorno adequada, especialmente quando estas medidas não se destinem, de forma evidente, a cumprir outros objectivos ou finalidades político-económicas. Nestes casos, impõem-se dois critérios para a avaliação da constitucionalidade das medidas: a *intencionalidade expropriativa* e *intensidade da redução dos benefícios*.

2.2. O enquadramento jurídico-constitucional dos regimes legais de revisão dos benefícios outorgados

A circunstância de estarmos perante direitos patrimoniais de natureza *sui generis* significa que a revisão pelo legislador dos montantes dos incentivos financeiros ou da respectiva forma de cálculo ou ainda de outras condicionantes do regime jurídico que se repercutam nestas, mesmo que tenha eficácia retrospectiva, deve reconduzir-se a uma *modulação legislativa do mencionado direito patrimonial* de natureza *sui generis* e não a uma restrição de um direito subjectivo de natureza patrimonial constitucionalmente tutelado pelo 62.º da CRP⁴⁴.

Contrariamente ao que sucede num direito patrimonial *tout court*, em que o valor patrimonial integra *ab initio* a esfera dos direitos subjectivos do respectivo titular⁴⁵, nos direitos patrimoniais de natureza *sui generis*

lava a Directiva n.º 2003/96/CE, que reestrutura o quadro comunitário de tributação dos produtos energéticos e da electricidade, nem a Directiva n.º 2008/118/CE, relativa ao regime geral dos impostos especiais de consumo – caso *Kernkraftwerke* (Proc. C-5/14).

Entre nós, o tribunal arbitral fiscal, no processo n.º 702/2014-T, também considerou que o artigo 92.º do CIRC, ao impor a obrigação de pagamento de uma colecta mínima não violava o direito de liberdade económica do investidor nem o princípio da protecção da confiança legítima, mesmo que este, por efeito dessa medida, viesse a estar colocado numa posição de impossibilidade de recuperação do crédito fiscal obtido por via da realização do investimento, por considerar que a norma posterior do artigo 92.º do CIRC se limitava a conformar o exercício daquele direito crédito, no contexto de emergência económica e financeira que o país atravessava.

⁴⁴ Mesmo a ‘generosa’ jurisprudência do Tribunal Constitucional Português na interpretação do conteúdo normativo do artigo 62.º/1 da CRP (Cf. acórdãos 491/02, 273/04 e 620/04) não deverá abranger este tipo de direitos patrimoniais de natureza *sui generis*.

⁴⁵ É, de resto, esta característica que explica que em caso de expropriação a indemnização justa seja “aquela que, repondo a observância do princípio da igualdade violado com a expropriação, compense plenamente o *sacrifício especial* suportado pelo expropriado, de tal modo que a perda patrimonial que lhe foi imposta seja equitativamente

aqui em apreço, designadamente nos direitos patrimoniais adquiridos ao abrigo de regimes legais de incentivo ao investimento, o valor patrimonial não integra *ab initio* a esfera dos direitos subjectivos do investidor, nem se constitui como tal na mesma uma vez realizado o investimento. Tal como dissemos, não se trata neste caso de um direito adquirido e sim de um *direito patrimonial imperfeito*, que se vai periodicamente tornando certo e líquido (nos períodos de vencimento e ou de exercício dos direitos de crédito), sem prejuízo de o legislador, que é responsável pela condução geral das políticas económicas, poder ir modulando o respectivo conteúdo ao longo do tempo, sempre que essa modulação se não traduza numa anulação arbitrária daquele.

A faculdade de *modulação legislativa* do benefício económico do investidor explica-se pela circunstância de este ser, antes de mais, um benefício associado a uma actividade económica privada que, em si, já comporta algum risco e que a atribuição dos benefícios não pode nem deve pretender neutralizar. A finalidade dos benefícios é atrair o investimento para estas actividades, mas isso não significa nem pode significar que o exercício das mesmas se passe a realizar em condições económicas isentas de risco, ou ainda que o investidor passe a beneficiar de um estatuto ‘protegido’ pelo contexto de uma relação jurídico-administrativa típica de natureza contratual ou equivalente.

Por essa razão, alguns destes benefícios podem até pressupor o preenchimento de certas condições económicas por parte do sujeito passivo para o respectivo exercício – é o que sucede com as modalidades das deduções à colecta que pressupõem que o sujeito passivo tenha resultados económicos positivos, susceptíveis de constituir uma obrigação de imposto, para que os benefícios possam ser deduzidos⁴⁶.

Isto significa que o investidor-beneficiário realiza o investimento ao abrigo do regime especial de incentivo motivado pela existência do benefício económico que irá receber, mas que essa condicionante, para ser válida,

repartida entre todos os cidadãos” – v. Fernando ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 150-151.

⁴⁶ Referimo-nos, por exemplo, ao regime do crédito para dedução à colecta do IRC decorrente dos investimentos realizados ao abrigo do RFAI ou do SIFIDE II (artigos 23.º e 38.º do Novo Código Fiscal do Investimento aprovado pelo Decreto-Lei n.º 162/2014, de 31 de Outubro, respectivamente), que apenas serão efectivamente fruídos pelo respectivo titular se este obtiver resultados positivos que permitam fixar um montante de colecta a pagar. Caso o investidor não venha a obter resultados económicos positivos durante os anos em que a lei permite o exercício do direito à dedução, o direito ao crédito de imposto acaba por não poder ser efectivado. Para além disso, o legislador impõe ainda outras condições económicas para a fruição do benefício fiscal, como a inexistência de dívidas ao Estado e à segurança social.

há-de fundar-se igualmente em *razões económicas*. Ou seja, a consagração legal do benefício instiga o investimento, mas um *investimento que se baseia em razões económicas válidas*, não podendo estas esgotar-se na percepção do benefício. Primeiramente, é importante traçar uma fronteira entre o incentivo de uma iniciativa económica privada e a aquisição de serviços a privados ou a outorga de condições económicas especiais decorrentes, por exemplo, do direito de exclusivo para a exploração de uma certa actividade. Em seguida, é fundamental analisar se comportamento do investidor se reconduz a uma racionalidade económica, *i. e.*, se se trata efectivamente de uma reacção normal a estímulo económico razoável, distinguindo este comportamento de casos de outorga de privilégios economicamente desrazoáveis, provenientes de casos de corrupção ou de erros grosseiros de política económica, que não devem merecer tutela⁴⁷. Em outras palavras, o *benefício estimula o investimento*, mas *a realização do investimento é ainda uma decisão que se inscreve no exercício da liberdade económica privada*.

Assim, na avaliação da conformidade constitucional da modulação legislativa desses benefícios pode e deve ponderar-se, por exemplo, a intensidade *da dependência económica* do investidor em relação ao benefício em cada circunstância concreta, podendo aquela intervenção legislativa, sempre que fundamentada em razões económicas válidas, ser mais ‘agressiva’ se a referida relação de dependência for (ou entretanto se tornar) pouco significativa – *i. e.*, se o investidor tivesse realizado aquele investimento independentemente do benefício ou se entretanto as condições de mercado lhe permitirem alcançar os resultados que ele só esperaria alcançar no momento da realização do investimento através do benefício.

2.3. Fundamento jurídico-político do poder de *modulação legislativa dos benefícios*

Para alguns autores, esta (re)compreensão da metódica do princípio da protecção da confiança aplicado aos direitos patrimoniais *sui generis* constituídos ao abrigo de regimes legais de incentivo ao investimento em cer-

⁴⁷ Aplicamos aqui o critério europeu para avaliação do carácter legítimo das expectativas dignas de tutela jurídica, que pressupõem a exigência de um grau de prudência e diligência aos operadores económicos, pois é suposto eles conhecerem as situações do mercado onde operam e as margens de lucro razoáveis aí praticadas (*caso Irish Farmers*, Proc. C-22/94 e *caso Emesa Sugar* Proc. C-17/98,§36), devem contar com um certo grau de risco no contexto de regimes legais de subvenções (*Caso Agrargenossenschaft*, Proc. C-545/11,§26-31 e *Caso Union Malt*, Proc. C-51/77,§34-36), devem saber que não são tutelados se adoptarem comportamentos especulativos (*caso Azienda Agricola*, Proc. C-495/00,§55).

tas actividades ou sectores económicos está também associada, em muitos casos, a um novo modelo de financiamento dos benefícios atribuídos, que põe em evidência os novos postulados da igualdade na contribuição para os encargos públicos e da cidadania financeira.

Com efeito, uma parte significativa de alguns dos novos instrumentos económicos de fomento ao abrigo dos quais se geram estes tipos de direitos patrimoniais *sui generis* dos investidores, que se materializa em direitos de crédito, repousa sobre novas relações jurídico-financeiras mediadas pelo Estado em moldes diferentes do tradicional sistema fiscal. Referimo-nos à generalização de novas formas de intervenção pública económico-financeira que visam alcançar uma *função de perequação* de benefícios e encargos no âmbito dos *custos da privatização* – é o caso das contribuições financeiras que sustentam as obrigações de serviço universal⁴⁸ e também do mecanismo de repercussão tarifária utilizado para repercutir sobre os consumidores finais de electricidade os sobrecustos da mudança de paradigma energético no cumprimento dos objectivos da política global do ambiente e do clima⁴⁹.

⁴⁸ É caso das contribuições pagas pelas empresas de comunicações para o fundo de compensação previsto no artigo 97.º da Lei das Comunicações (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro) e regulado pela Lei n.º 35/2012, de 23 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 149/2015, de 10 de Setembro.

⁴⁹ Referimo-nos, no caso português, à repercussão tarifária sobre o consumidor final dos custos com a produção de electricidade a partir de fontes renováveis (*feed-in-tariff*), ou seja, à obrigação de compra da electricidade produzida pelos produtores em regime especial que beneficiem de remuneração garantida por parte do comercializador de último recurso, que depois repercute na tarifa de uso global de sistema, nos termos previstos no Regulamento Tarifário a diferença entre os custos reais incorridos na aquisição de energia produzida pelos produtores de electricidade em regime especial com remuneração garantida e o custo real incorrido nas restantes formas de aquisição – *v.* artigo 55.º/1a e 6, do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, na sua redacção actualizada, e Regulamento ERSE Regulamento n.º 551/2014, publicado no DR, II.ª Série de 15 de Dezembro.

Um modelo semelhante de *feed-in-tariff* foi instituído na Alemanha, embora um pouco mais complexo atendendo à existência de mais operadores. Na *Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012*, a obrigação legal de compra aos produtores de electricidade renovável, a preços fixados na lei, impedia sobre os operadores das redes de distribuição, que depois repercutiam esse sobrecusto sobre os operadores da rede de transporte, que por seu turno colocavam essa electricidade no mercado e exigiam aos fornecedores o valor do sobrecusto suportado, admitindo a lei, posteriormente, que estes repercutissem esse custo sobre os consumidores finais (à excepção dos consumidores industriais de sectores especialmente expostos à concorrência), de modo discriminado nas respectivas facturas. Importa destacar que a partir de 2009 a transmissão da energia renovável adquirida pelos distribuidores deixou de ser física, passando apenas a operar um regime financeiro de repercussão do sobrecusto, qualificado como um encargo especial (*EEG Abgabe*) – *v.* Marian PASCHKE, «The German “Energiewende” – A National Concept in the Framework of the EU», *TLQ* 1/2015, pp. 3-21 (recurso on-line).

Nestes casos, o direito ao crédito (ao montante da subvenção) é exercido de *forma intersubjectiva e intrasistémica* – diferentemente do que acontece nas subvenções públicas típicas, que são suportadas pelo orçamento geral do Estado⁵⁰ – perante os outros operadores económicos do sector, que a repercutem juridicamente até ao consumidor final do serviço (ex. por via de repercussão tarifária) ou perante novas entidades (ex. fundos de estabilização tarifária) ou ainda directamente perante os outros regulados, no caso das obrigações de solidariedade no financiamento (ex. contribuições para o fundo de resolução⁵¹ e o sistema de protecção dos investidores⁵²).

Assim, este direito de crédito do investidor tem como correspondente um especial *dever de pagar* que impende sobre outros agentes económicos, incluindo consumidores, o que originou um intenso debate na doutrina alemã quanto à sua natureza tributária ou não – designadamente, para saber se os encargos financeiros acrescidos que são impostos aos consumidores de energia eléctrica se inscrevem ou não no contexto do novo universo tributário das demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas (as contribuições financeiras de financiamento ou de solidariedade⁵³). A doutrina considera que neste caso não estamos perante verdadeiras con-

Contudo, nem sempre é fácil encontrar e desenhar soluções financeiro-tributárias deste tipo que se coadunem com as regras e os princípios do direito europeu, seja no plano das liberdades consagradas nos tratados, seja no contexto do direito emanado das Instituições Europeias, como atesta o longo e controverso litígio a propósito da violação ou não das regras europeias em matéria de auxílios de Estado, em especial após as alterações introduzida pela *Erneuerbare-Energien-Gesetz* 2014 (C(2014) 8786 final)

Um dos últimos casos de ‘fracasso’ deste tipo de iniciativas foi a tentativa de criação de um tributo sobre as emissões de CO₂ (*CO₂-Abgabe*) pelo Governo alemão destinado a financiar a mudança de paradigma energético daquele país – v. Wolf Friedrich SPIETH, «Europarechtliche Unzulässigkeit des „nationalen Klimabeitrags“ für die Braunkohleverstromung», *NVwZ*, 2015, pp.1173-1178.

⁵⁰ Veja-se o caso, por exemplo, das compensações financeiras pagas às empresas de transportes (ex. artigo 8.º da Portaria n.º 241-A/2013) e outras “indenizações compensatórias”, definidas no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto, como “quaisquer pagamentos efectuados com verbas do orçamento do Estado a entidades públicas e privadas (...) que se destinem a compensar custos de exploração resultantes de prestação de serviços de interesse geral”.

⁵¹ Cf. artigos 15.º e ss do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de Fevereiro.

⁵² Cf. artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 222/99, de 22 de Junho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro e pelo Decreto-Lei n.º 162/2009, de 20 de Julho.

⁵³ Sobre a natureza jurídica destas categorias tributárias v. Paul KIRCHHOF, «Nichtsteuerliche Abgaben», Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staats Rechts*, 3.ª ed., Band V, Müller, Heidelberg, 2007, pp.1101ss e o nosso *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2013, pp. 82ss.

tribuições (*Abgaben*), uma vez que o universo que suporta o encargo não é homogêneo e não recebe qualquer contrapartida, pelo que se trata apenas de um esquema complexo de regulação de preços que fica ‘fora’ do universo tributário constitucional, na medida em que as receitas não ingressam no orçamento público⁵⁴.

Apesar de localizadas fora do universo tributário, estas novas soluções, assentes num *financiamento intersubjectivo e intrassistémico*, constituem uma *triangulação* entre dois direitos subjectivos de natureza patrimonial *sui generis* – ao já mencionado e caracterizado direito do investidor ao benefício legalmente instituído opõe-se agora, de forma indissociável, um direito subjectivo patrimonial dos consumidores onerados com o encargo financeiro do sobrecusto das renováveis, a que este se limite ao necessário para cumprir a função económico-social que o legitima – e o *dever do legislador* em assegurar o *funcionamento eficiente e justo* deste subsistema financeiro, ou seja, um dever que se traduz em garantir o cumprimento dos objectivos através da efectividade dos benefícios, a que indissociavelmente se liga o dever de neutralizar ganhos excessivos por parte dos investidores à custa de um sacrifício patrimonial excessivo e desnecessário dos consumidores de energia eléctrica. É ao abrigo deste dever que se fundamenta o regime legal de modulação dos benefícios.

Os autores falam neste caso de uma certa correspondência com o instituto germânico do “*Indienstnahme Privater*”⁵⁵. No essencial, o que importa destacar é que o modelo de economia livre e aberta em que nos localizamos permite um aumento do número de casos em que privados, fundamentalmente agentes económicos, podem ser incumbidos do cumprimento de certas tarefas para a prossecução do interesse público, sem que dessa incumbência (em regra por lei ou por acto administrativo) resulte qualquer dever de compensação económica, pois trata-se de uma decorrência natural, no contexto

⁵⁴ OLG Hamm, Urteil vom 14. Mai 2013 – 19 U 180/12; Erik GAWEL, «Die EEG-Umlage: Preisregelung oder Sonderabgabe?», *DVBl*, 2013, pp. 409-417 e James KRÖGER, «Die EEG-Umlage ist keine Sonderabgabe», *Zeitschrift für Umweltrecht*, 2013, pp. 480-483.

⁵⁵ Por todos, Wolfgang KAHL / James BEWS, *Ökostromförderung und Verfassung, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 99ss.* Sobre o instituto do “*Indienstnahme Privater*” em geral, a sua distinção face a outras figuras, como os privados encarregados de funções públicas (*Beleihung*) e os que auxiliam na prossecução das tarefas públicas, em regra mediante uma relação (vínculo) de base contratual (*Verwaltungshilfe*), e os respectivos limites constitucionais *v.* Helmuth SCHULZE-FIELITZ, «Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung», in Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, C.H. Beck, München, 2006, pp. 808-810; MAUNZ / DÜRIG, «Indienstnahme Privater», *Grundgesetz-Kommentar*, Mai 2015 (Beck-online, acesso em 3.9.2015) e SCHOCH / SCHNEIDER / BIER, «Indienstnahme Privater», *Verwaltungsgerichtsordnung*, Mai 2015 (Beck-online, acesso em 3.9.2015).

deste novo modelo, do incremento das responsabilidades (sociais) dos privados⁵⁶. Mas como muitas vezes o interesse público que se procura alcançar só pode resultar de uma colaboração entre os agentes económicos e os cidadãos (económicos), é pensável que esta partilha de responsabilidade assente num regime financeiro próprio, baseado em encargos financeiros acrescidos. O equilíbrio que o Estado está então obrigado a garantir consiste em assegurar a eficiência da actuação dos privados, para que o encargo financeiro dos sujeitos passivos seja justo e equilibrado à luz da finalidade que se procura atingir – no caso do financiamento das energias renováveis, essa finalidade está associada às metas em matéria de ambiente e clima⁵⁷.

O carácter fechado destes subsistemas financeiros permite, no contexto da nova *cidadania financeira*, uma maior *accountability* de meios e resultados, que se traduz também em maior peso da democracia directa e participativa⁵⁸, que o poder judicial não pode nem deve perturbar através de controlos baseados na metódica tradicional do princípio da protecção da confiança legítima.

2.4. O *status* constitucional do investidor

Perante as entidades públicas, estes operadores económicos privados que investem em actividades ou sectores legislativamente abrangidos por regimes de incentivos financeiros não contratuais são titulares de um *status*, que não lhes assegurando um lugar na organização administrativa tradicional – diferenciam-se, já o dissemos, dos concessionários, dos privados que exercem poderes de autoridades e até dos auxiliares em tarefas públicas sob vínculo contratual –, ainda assim constitui-os num conjunto

⁵⁶ Por todos, Hanno KUBE, «Öffentliche Aufgaben in Privater Hand – Sachverantwortung und Finanzierungslast», *Die Verwaltung*, 2008/41, pp. 1-30. Incluem-se, neste universo, a imposição de obrigações de serviço público às empresas prestadoras dos mesmos, com ou sem direito a compensação.

⁵⁷ Os fundamentos que sustentam o poder de modulação legal dos benefícios financiados no âmbito destes subsistemas contributivos são igualmente válidos e operativos no contexto dos benefícios fiscais que se reconduzem a mera despesa fiscal, pois o dever de assegurar uma gestão eficiente desta despesa é também exercido pelo Estado legislador em nome dos contribuintes.

⁵⁸ Não está excluído que este possa ser um domínio relevante no contexto da instituição de instrumentos de participação democrática directa, incluindo o referendo, pois tratando-se de matéria extra-tributária não está abrangida pelas limitações do 115.º/4b da CRP. Para uma visão actual das novas potencialidades da cidadania financeira *v.* Renaud BOURGET, «Prolégomènes à L'Étude de L'Émergence de la Notion de Participation en Finances Publiques», GUGLIELMI / ZOLLER, *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2014, pp. 163-197.

de *direitos* – à informação, à participação nas decisões regulatórias, ao sigilo e à confidencialidade económica e empresarial, etc.) e de *deveres* (lealdade perante as entidades públicas e os outros agentes económicos privados, de cooperação, de participação construtiva, de informação atempada, etc.) a partir dos quais se pode (re)construir a metódica do princípio da protecção da confiança legítima aplicada a este tipo de situações.

III. A METÓDICA DO PRINCÍPIO DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DOS INVESTIDORES

Em suma, do reconhecimento do *status* dos operadores económicos privados que investem ao abrigo de regimes legais de incentivos ao investimento resultam algumas premissas complementares para a *metódica aplicativa do princípio da protecção da confiança legítima* que tem vindo a ser utilizada pelo Tribunal Constitucional Português.

No acórdão n.º 128/2009 encontramos uma síntese da referida metódica, baseada, fundamentalmente, em quatro testes: *i)* a existência de um acto poder público capaz de gerar no privado a situação de confiança legítima; *ii)* teste à legitimidade das expectativas, avaliando se as mesmas estão ou não fundamentadas no direito⁵⁹; *iii)* o desenvolvimento de acções e relações jurídicas por parte do destinatário das medidas que atestam a sua confiança na continuidade das medidas, bem como a existência de uma situação de irreversibilidade; *iv)* inexistência de um interesse público prevalente segundo um juízo de proporcionalidade.

Ora, as considerações anteriores permitem-nos agora complementar estes testes com algumas exigências adicionais e ou densificadoras, ajustadas à especial situação em que se encontram os investidores que beneficiam de regimes de incentivos financeiros não titulados por qualquer instrumento contratual e/ou administrativo.

Assim, a existência de uma situação digna de ser tutelada pelo princípio da protecção da confiança legítima deve, nestes casos, ser avaliada de acordo com as seguintes premissas ou testes:

⁵⁹ Vale, neste caso, um critério semelhante ao que é empregue na metódica da aplicação do princípio da protecção da confiança legítima para a revogação dos actos administrativos, ou seja, considera-se que a confiança não é legítima se a mesma se encontrar fundamenta em falsas promessas, em situações jurídicas inviáveis face ao direito vigente – v. Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17.ª ed., Beck, München, 2009, pp. 293.

1. Comportamentos encetados pelo Estado (mormente pelo legislador) capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade
 - a. *Manutenção do benefício consagrado na lei pelo período de tempo adequado à amortização do investimento e à obtenção de uma remuneração razoável*
2. As expectativas devem ser legítimas, fundadas em boas razões
 - b. *Os benefícios outorgados como contraprestação do investimento devem ser razoáveis e equilibrados segundo um juízo económico (devem ter-se por ilegítimas as expectativas quando os ganhos proporcionados pelo benefício sejam desrazoáveis e estes sejam o único motivo para a realização do investimento), fundados em motivos preponderantes de política social ou ambiental e não podem neutralizar o risco económico típico da actividade a desenvolver*
3. Existência de planos de vida, por parte dos privados, que atestem a sua confiança na continuidade da norma (investimento da confiança) e a constituição de situações de irreversibilidade
 - c. *Realização de investimentos de capital intensivo e/ou “one shot” onde a influência do incentivo económico seja determinante para a realização do investimento, mas não seja a única razão para a realização do investimento*
 - d. *Constituição do investidor numa relação de dependência económica*
4. Inexistência de um interesse público prevalecente segundo um juízo de proporcionalidade
 - e. *As modificações legislativas reconduzíveis a actos de modulação do benefício devem assentar em fundamentos económicos, sociais e/ou ambientais preponderantes e não podem ser arbitrárias;*
 - f. *As modificações legislativas reconduzíveis a actos de modulação do benefício devem ser objecto de diálogo e negociação com o investidor no quadro de uma ‘fair change of politics’;*
 - g. *As modificações legislativas reconduzíveis a actos de modulação do benefício não podem traduzir-se, na prática, numa expropriação do benefício, considerando-se como tal a intencionalidade na privação do investidor de benefícios que sejam essenciais à amortização do investimento e respectiva remuneração razoável.*

(Página deixada propositadamente em branco)

4.

EL USO DE RECURSOS RENOVABLES EN LA ENERGÍA¹

ROBERTO GALÁN VIOQUE

Profesor Titular de Derecho administrativo

Universidad de Sevilla

Instituto Universitario García Oviedo

Sumário: I. INTRODUCCIÓN. II. EL FOMENTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA. III. LA DESCONCERTANTE EVOLUCIÓN DEL MODELO ESPAÑOL DE APOYO A LAS ENERGÍAS RENOVABLES. IV. LA NECESARIA INTEGRACIÓN DE LA ELECTRICIDAD PROCEDENTE DE FUENTES DE ENERGÍAS RENOVABLES EN EL MERCADO ELÉCTRICO.

I. INTRODUCCIÓN

Conseguir un sistema energético sostenible constituye uno de los mayores retos que tiene ante sí la humanidad. En esa búsqueda las energías renovables están llamadas a ocupar un papel esencial. Los modelos energéticos tradicionales, al menos de los países avanzados, han estado basados fundamentalmente en la utilización de combustible fósiles. De esta forma se ha creado una situación de dependencia energética que plantea impor-

¹ Este trabajo constituye la versión escrita de la ponencia que presenté en las Jornadas sobre sostenibilidad ambiental y energética, organizadas conjuntamente por el Instituto Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra y el Instituto Universitario de Investigación García Oviedo de la Universidad de Sevilla, que tuvieron lugar en Coímbra los días 15 y 16 de octubre y se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2013-48329-C2-1-P1 “*Recursos naturales y Energía*” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

tantes escollos. Se trata de unos recursos que son escasos y además su escasez creciente hace que inexorablemente suban sus precios. El hecho de que estos recursos se localicen en determinadas áreas geográficas plantea también un problema geoestratégico grave. Más si cabe en un mundo convulso con revueltas en los países exportadores o crisis políticas y militares. Pero sobre todo no se puede perder de vista que la generación de electricidad utilizando derivados del petróleo es una de las principales responsable de la producción de gases de efecto invernadero causantes del cambio climático. Ante esta tesitura algunos países, como Japón y Francia, optaron en la década de los años 70 ya del siglo pasado por un sistema energético que se apoyaba en la energía nuclear que en los últimos años tuvo también una relevancia creciente que se truncó con el gravísimo accidente nuclear que se produjo en Fukushima en marzo de 2011.

Las ventajas de la incorporación de las energías renovables al sistema energético son innegables. Se trata de unos recursos que son ilimitados y al originarse en cada territorio contribuyen a mitigar la dependencia energética. Son energías limpias, incluso el uso de la biomasa que tiene un balance neto positivo, por lo que sirven como arma para luchar contra el cambio climático.

La otra alternativa que se está planteando con fuerza en los últimos años es la de la explotación de los gases no convencionales utilizando la técnica de la fracturación hidráulica o *fracking*. Se trata de una técnica ya antigua que se ha generalizado en Norteamérica y que ha supuesto una verdadera revolución energética al aumentar espectacularmente la producción autóctona de gas. No obstante, el *fracking* se enfrenta a una fuerte oposición debido a los altos riesgos de contaminación, sobre todo a nivel freático, que producen.

Todas estas circunstancias explican que recientemente halla países que en tiempos de crisis hayan hecho una apuesta clara y firme por las energías renovables. En Alemania tras la puesta en marcha de la *Energie Wende* o transición energética que impone un cierre gradual de las instalaciones nucleares se ha aprobado en 2014 una nueva Ley de fomento de las energías renovables² con la que se quiere impulsar el uso de estas energías³. Lo

² Ley de 21 de julio de 2014 de reforma sustancial de la ley de Energías Renovables y de modificación de otras disposiciones relativas al sector eléctrico (*Gesetz von 21 juli 2014 zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts*).

³ Una visión completa del proceso de transición energética en Alemania puede verse en PIELO, *Capítulo 16 Energías renovables en Alemania: La Energie Wende y el Derecho* publicado en Alenza Gacía (Director) *La regulación de las energías renovables y el cambio climático*, Thomson Reuters-Araznadi, 2014, págs. 517 a 549.

mismo que ha hecho Francia, en 2015, que aprobó una Ley de Transición energética para el crecimiento verde ⁴ que plantea una reducción del peso de la energía atómica y su sustitución por energías renovables.

Aunque tampoco se puede olvidar que el salto a las energías renovables también plantea una serie de dificultades como el hecho de su falta de gestionabilidad porque en muchos casos la generación de electricidad depende de circunstancias externas que son aleatorias como las climatológicas. Lo que obliga a contar con sistemas de producción eléctrica de refuerzo con el sobre coste económico que ello comporta. Lo mismo que cuando se produce un exceso de producción superior a la demanda eléctrica que podría reconducirse si se reforzarán las conexiones eléctricas transfronterizas y se implantaran las llamadas redes inteligentes. Pero sin duda el principal obstáculo que tiene el uso de las energías renovables en la actualidad es su mayor coste de producción respecto de las otras fuentes de producción eléctrica que no tienen internalizados los costes ambientales que generan.

II. EL FOMENTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA

La energía ha sido para la hoy Unión Europea (UE) –antigua Comunidad Económica Europea (CEE)- desde sus orígenes una de sus principales preocupaciones. No en balde la primera Comunidad Europea que se creó fue la del Carbón y del Acero (CECA), cuyo Tratado constitutivo se aprobó en 1951, que atendía a las dos principales materias primas que por aquella época empleada la industria europea. La tercera fue la de la energía atómica, conocida como EURATOM, que se creó en 1957 simultáneamente con la CEE⁵.

Dentro de esta política energética de la UE las energías renovables han ido progresivamente adquiriendo un protagonismo creciente. Al margen de algún precedente anterior ⁶ hay que hacer mención a la Recomendación

⁴ Ley nº 2015-992, de 17 de agosto, relativa a la Transición energética para el crecimiento verde (*Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte*).

⁵ Véase *in totum* a PARENTE, *Principios de derecho europeo de la energía*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

⁶ La evolución de las políticas de la UE en materia de energías renovables se puede ver en GONZÁLEZ RÍOS, *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la eficiencia Energética*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 28 y ss. y 98 y ss, quien califica la posición de la UE como una <<postura <<proenergías renovables y eficiencia energética>>>> (pág. 31); MARTÍNEZ DE ALEGRÍA MANCISIDORA, DÍAZ DE BASURTO URAGA, MARTÍNEZ DE ALEGRÍA MANCISIDOR y RUIZ DE AR-

del Consejo, de 16 de septiembre de 1988, 88/349/CEE sobre el desarrollo de la explotación de las energías renovables en la Comunidad⁷, que dio pie a la elaboración de sendos Libros verde (1996)⁸ y blanco (1997)⁹ sobre energías renovables que culminaron con la aprobación de la primera norma comunitaria sobre fomento de las energías renovables, la Directiva 2001/77/CE, de 27 de septiembre, de Promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad.

En la actualidad el apoyo al uso de las energías renovables, como alternativa a su generación convencional a partir de combustibles fósiles o a la propia energía atómica, se recoge expresamente en el artículo 194. 1 c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que incluye entre los objetivos de la política energética de la Unión, en «*el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente*», el de «*fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables*». Aunque la UE no pueda condicionar a los Estados miembros la determinación de «*las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético*»¹⁰, salvo que se apruebe a través del procedimiento especial previsto en el artículo 192.2 del TFUE que exige unanimidad de los Estados miembros cuando se trate de «*medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético*».

Estas previsiones tienen su desarrollo en la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril, del Parlamento y del Consejo europeos de Fomento del uso

BULO LÓPEZ, *European Union's renewable energy sources and energy efficiency policy review: The Spanish perspective*, Renewable and Sustainable Energy Reviews, 2009, 13, págs. 100 y ss.; PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, *Las energías renovables en la unión europea: régimen jurídico*, op. cit., págs. 22 y ss. RUIZ OLMO, *Electricidad verde en Europa. Especial referencia al marco normativo de la energía fotovoltaica*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2013, págs. 13 y ss. y SÁNCHEZ SÁEZ, Voz “*Energías renovables*” en ALONSO GARCÍA y LOZANO CUTANDA, *Diccionario de Derecho ambiental*, Iustel, Madrid, 2006, págs. 568 y ss. .

⁷ Publicada en el Diario oficial de las Comunidades Europeas, n° L 160/46, de 28 de junio de 1988.

⁸ COM (96) 576 *ENERGÍA PARA EL FUTURO: FUENTES DE ENERGÍA RENOVABLES. Libro Verde para una estrategia comunitaria* (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0576:FIN:ES:PDF>).

⁹ COM (97) 599 *ENERGÍA PARA EL FUTURO: FUENTES DE ENERGÍA RENOVABLES. Libro Blanco para una Estrategia y un Plan de Acción Comunitarios* (http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_es.pdf)

¹⁰ Párrafo segundo del apartado 2 del artículo 194 TFUE.

de energía procedente de fuentes renovables (DIRECTIVA 2009/28/CE)¹¹ que derogó a la anterior Directiva 2001/77/CE y que fue la que estableció la obligación de que en la UE en el año 2020 la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía como mínimo sea del 20%, marcando un objetivo obligatorio para cada país¹². En el caso de España este objetivo coincide con esta cuota mínima del 20%¹³. Para asegurarse de que se fuera a cumplir este mandato la Directiva obligó a los Estados miembros a aprobar un Plan de acción nacional en materia de energías renovables que es supervisado por la Comisión europea y que también se tiene que remitir al Parlamento europeo¹⁴. Como ha señalado MORA RUIZ esta Directiva atribuyó a las Instituciones europeas un destacado poder de control de las actuaciones de los Estados miembros en materia de energías renovables¹⁵. El hecho de que se aprobara en abril de 2009, en plena crisis económica y financiera mundial, da idea de que constituía una clara apuesta por las energías renovables en Europa, a sabiendas de que exigiría una fuerte inversión financiera¹⁶.

¹¹ Sobre el alcance de esta Directiva véanse, en la doctrina española, a GONZÁLEZ RÍOS, *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la eficiencia Energética*, op. cit., págs. 98 y ss.; MORA RUIZ, *La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables: revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables*, Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente, n° 257, 167 y ss.; PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, *Las energías renovables en la unión europea: régimen jurídico*, DYKINSON, S.L., Madrid, 2012, págs. 83 y ss. .

¹² En su anexo I. SANZ RUBIALES en *Mercados de cuotas y protección del medio ambiente: el fomento de las energías renovables en la directiva 2009/28*, Revista General de Derecho Administrativo, n° 25, 2010, pág. 6 de la edición digital, analiza este reparto de cuotas que se realiza en función del PIB y del punto de partida de cada Estado miembro. Por medio de la Directiva 2013/18/UE, de 13 de mayo, se adapta la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, con motivo de la adhesión de la República de Croacia.

¹³ Como ha recogido el art. 78.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible.

¹⁴ Apartados 4 a 6 de la Directiva 2009/28/CE.

¹⁵ Cfr. su *La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?*, Actualidad Jurídica Ambiental, 2014, pág. 6 de la edición digital.

¹⁶ Como recoge PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, *Las energías renovables en la unión europea: régimen jurídico*, op. cit., pág. 107, nota 183, señalando que en <<el marco de la crisis económica global, la Comisión estimó que el desarrollo de recursos energéticos renovables es un factor fundamental en la lucha contra el cambio climático, parte de la solución en las mejoras de la seguridad y fiabilidad del abastecimiento energético y además una valiosa contribución al crecimiento y al empleo>>.

Para facilitar la expansión de las energías renovables la Directiva 2009/28/CE, como hizo su antecesora, obliga en su artículo 16 a los Estados miembros a establecer un acceso prioritario o garantizado de esta clase de electricidad a la redes de distribución y de transporte, ordenándoles adoptar <<medidas adecuadas para desarrollar las infraestructuras de redes de transporte y distribución, redes inteligentes, instalaciones de almacenamiento y el sistema eléctrico, para hacer posible el funcionamiento seguro del sistema eléctrico teniendo en cuenta el futuro desarrollo de la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, incluidas las interconexiones entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países>>, permitiendo sólo que se puedan establecer restricciones a este acceso para garantizar <<la seguridad del sistema eléctrico nacional y la seguridad del abastecimiento de energía>>. Además, se les obliga a establecer un sistema de acreditación de la garantía de origen de la electricidad procedente de energías renovables en base a criterios transparentes y no discriminatorios que sirva para que sus productores puedan demostrar la procedencia de su electricidad¹⁷.

Con todo, la previsión más importante de ambas Directiva fue la de permitir que cada país pudiera establecer sus propios sistemas de fomento de las energías renovables que son necesarios en la medida que la producción de electricidad por estas vías tienen un mayor coste económico que el uso de combustibles fósiles o la utilización de la fusión nuclear dado que ambos sistemas de producción eléctrica no han internalizado aún los costes ambientales derivados de la generación de gases de efecto invernadero o de residuos radiactivos, respectivamente. La UE hasta el momento¹⁸ deja libertad a los Estados para que elijan su propio sistema de apoyo y se limita a incentivar la cooperación en proyectos conjuntos de producción de electricidad procedente de fuentes de energías renovables con otros Estados miembros o países terceros¹⁹ a la espera del régimen que se pueda establecer a partir de 2020²⁰.

¹⁷ La transposición a nuestro ordenamiento de las garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes renovables la hizo España extemporáneamente mediante la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia ya que el plazo que establecía la Directiva 2001/77/CE era hasta el 27 de octubre de 2003 (Art. 8.1). También tardía ha sido la adaptación de esta Orden por los cambios introducidos por la Directiva 2009/28/CE por medio de la Orden ITC/2914/2011, de 27 de octubre (Art. 27.1).

¹⁸ Como se recoge en los considerandos 14 y 15 de la Directiva 2001/77/CE.

¹⁹ Arts. 7 a 11 Directiva 2009/28/CE. *Vid.* sobre el alcance posible de estos instrumentos a SANZ RUBIALES en su *Mercados de cuotas y protección del medio ambiente: el fomento de las energías renovables en la directiva 2009/28*, *op. cit.*, págs. 23 y ss. de la edición digital.

²⁰ Que ya se está analizando como se atestigua con la publicación de la Comu-

No obstante, resulta evidente que esta ambiciosa apuesta política por las energías renovables tiene un difícil encaje dentro de la liberalización del sector eléctrico que también ha impuesto la UE a los Estados miembros desde la última década ya del siglo pasado. Se produce la paradoja de que al mismo tiempo que se les autoriza a establecer sistemas nacionales de fomento de las energías renovables, que supone una quiebra a la libre competencia, se les obliga a liberalizar sus mercados eléctricos nacionales que antes eran monopolios públicos, anclados a la vieja noción de servicio público²¹. Esta apertura del mercado interior de la electricidad se produjo por el impulso de los conocidos como “paquetes eléctricos” formados respectivamente por las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 96/92/CE, de 19 de diciembre; 2003/54/CE, de 26 de junio y 2009/72/CE, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad²². Estas Directivas dejaron, no obstante, siempre a salvo la integración de la electricidad procedente de fuentes de energías renovables en el mercado interior de la electricidad²³. Así, la citada directiva 2009/72/CE prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan imponer a las empresas que operan en el mercado eléctrico obligaciones de servicio público que podrán referirse, entre otros aspectos, a la protección medioambiental «*incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima*»²⁴ y se dispone que entre los criterios que se establezcan por las legislaciones nacionales para regular la autorización de nuevas instalaciones generadoras de electricidad, que en todo caso deberán ser objetivos, transparentes y no discriminatorios, se atienda a «*la contribución de las instalaciones de generación para cumplir el objetivo comunitario general de alcanzar una cuota de un 20% como mínimo de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Comunidad para 2020 a que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/28/CE*».

nicación de la Comisión europea de 27 de marzo de 2013 COM (2013) 169, LIBRO VERDE, *Un marco para las políticas de clima y energía en 2030*.

²¹ Como agudamente destaca JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ en *Nota sobre el régimen jurídico de la energía termosolar* en EMBID IRUJO (Director), *Agua y Energía*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pág. 255, <<es difícil introducir un régimen de ayudas para las energías renovables cuando lo que se busca es introducir competencia en el mercado eléctrico>>.

²² En la doctrina española véase a MUÑOZ MACHADO, *Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia* en la obra que dirige *Derecho de la regulación económica III, tomo I*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 17 y ss. .

²³ Vid. a PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, *Las energías renovables en la unión europea: régimen jurídico*, op. cit., págs. 51 y ss.

²⁴ Art. 3. Vid. a GONZÁLEZ RÍOS en su *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la eficiencia Energética*, op. cit., págs. 172 y ss. .

Pero sobre todo esta Directiva se preocupó por asegurar que la electricidad procedente de fuentes de energías renovables tuviera un acceso prioritario o garantizado a la red eléctrica²⁵. De este modo incluyó expresamente entre los objetivos de la autoridad reguladora independiente relativa al sector eléctrico²⁶ el de «contribuir a lograr, de la manera más rentable, el desarrollo de redes no discriminatorias seguras, eficientes y fiables, orientadas hacia los consumidores, y fomentar la adecuación de la red y, en consonancia con los objetivos generales de la política energética, la eficiencia energética, así como la integración de la producción a pequeña y gran escala de electricidad a partir de fuentes de energía renovables y la generación distribuida en las redes tanto de transporte como de distribución» y el de «facilitar el acceso a la red de nuevas capacidades de generación, en particular suprimiendo las trabas que pudieran impedir el acceso a nuevos agentes del mercado y de electricidad procedente de fuentes de energía renovables» (letras d) y e) del artículo 36 de la Directiva 2009/72/CE).

No se puede terminar de analizar la normativa de la UE relativa a las energías renovables sin hacer referencia al papel que puede ocupar en la lucha contra el cambio climático²⁷. Las energías renovables son energías limpias que no producen gases de efecto invernadero. Incluso la biomasa, quizás las más contestada, presenta un balance cero si se tiene en cuenta todo su ciclo de producción. Por esta razón la UE considera que el uso de las energías renovables es una de las principales armas con que cuenta para cumplir con sus compromisos internacionales en la lucha contra el cambio climático, una de las mayores amenazas ambientales a las que se enfrenta

²⁵ Arts. 15.3 y 25.4, respectivamente, de la Directiva 2009/72/CE. Sobre esta obligación de garantizar el acceso a las redes eléctricas de la electricidad procedente de FER se puede consultar a GONZÁLEZ RÍOS, *Energías renovables y eficiencia energética: política y regulación comunitaria y nacional en ARENILLA SÁEZ* (Coordinador), *La Administración Pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena del Alcazar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010, págs. 1384 y *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la eficiencia Energética*, *op. cit.*, págs. 159 y ss.; JIMÉNEZ CERVANTES, *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables en BECKER, CAZORLA y MARTÍNEZ-SIMANCAS* (Directores), *Tratado de Energías renovables, Volumen II. Aspectos jurídicos*, *op. cit.*, págs. 95 y ss.; SÁENZ DE MIERA, *El marco regulatorio de las energías renovables en BECKER, CAZORLA y MARTÍNEZ-SIMANCAS*, *Tratado de Energías renovables, Volumen I. Aspectos socioeconómicos y tecnológicos*, *op. cit.*, págs. 721 y ss. .

²⁶ Que en España era la Comisión Nacional de la Energía que actualmente se está integrando en una “macro autoridad reguladora independiente” denominada Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia conforme a lo establecido por la Ley 3/2013, de 4 de junio de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Disposición adicional segunda).

²⁷ Sobre todo consúltese *in totum* el ya citado libro dirigido por ALENZA GARCÍA *La regulación de las energías renovables y el cambio climático*, Thomson Reuters-Araznadi, 2014.

la humanidad²⁸. Lo que resulta ciertamente criticable es la desconexión que existe entre los sistemas de apoyo a las energías renovables y los mecanismos de control de las emisiones²⁹.

III. LA DESCONCERTANTE EVOLUCIÓN DEL MODELO ESPAÑOL DE APOYO A LAS ENERGÍAS RENOVABLES

La primera vez que en España se pone en marcha, aunque de forma embrionaria, un sistema de apoyo a las energías renovables fue con la Ley 82/1980, de 30 de diciembre, de Conservación de la energía que se aprobó

²⁸ Cfr. ALENZA GARCÍA, *El cambio climático y las energías renovables. La nueva Directiva Europea de energías renovables*, TORRES LÓPEZ y ARANA GARCÍA (Directores), *Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Cizur Menor, 2010, págs. 55 y ss.; CÍSCAR e HIDALGO, *Energía y medio ambiente, una relación de futuro: los desafíos del Protocolo de Kioto en GARCÍA DELGADO y JIMÉNEZ (Directores), Energía: del monopolio al mercado. CNE diez años en perspectiva*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2006, págs. 121 y ss.; DEL GUAYO, CASTIELLA y DOMINGO LÓPEZ, *EL protocolo de Kyoto y su desarrollo en España. El fomento de las energías renovables y de la cogeneración eléctrica como instrumento de lucha frente al efecto invernadero*, Revista de Estudios Locales, n° extraordinario sobre medio ambiente, 2001, págs. 71 y ss.; DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *El protocolo de Kyoto y su desarrollo en España. El fomento de las energías renovables y de la cogeneración eléctrica como instrumento de lucha frente al efecto invernadero*, Documentación administrativa, n° 256, 2000, págs. 176; FERNÁNDEZ GÓMEZ, *La recuperación de costes en los mercados de generación en BECKER, CAZORLA, MARTÍNEZ-SIMANCAS y SALA (Directores), Tratado de Regulación del sector eléctrico, Tomo II, Aspectos económicos*, Aranzadi THOMSON-REUTERS, Cizur Menor 2009, págs. 401 y ss.; GONZÁLEZ RÍOS, *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la eficiencia Energética*, op. cit., págs. 28 y ss.; LÓPEZ SAKO, *Las energías renovables en la lucha contra el cambio climático*, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, n° 16, 2009, págs. 239 y ss.; MOLINA DEL POZO, *Energías renovables y cambio climático como políticas públicas de desarrollo en la Unión Europea en ARENILLA SÁEZ (Coordinador), La Administración Pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010, op. cit., págs. 1399 y ss.; MORA RUIZ, *la ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?*, Actualidad Jurídica Ambiental, 2014.; PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, *Las energías renovables en la unión europea: régimen jurídico*, op. cit, pág. 65 y RIBERA RODRÍGUEZ, *Cambio climático y energías renovables en BECKER, CAZORLA y MARTÍNEZ-SIMANCAS (Directores), Tratado de Energías renovables, Volumen I. Aspectos socioeconómicos y tecnológicos*, op. cit., págs. 83 y ss. .

²⁹ Vid. PÉREZ ARRIAGA (Director), *Influencia de las políticas medioambientales en los mercados eléctricos europeos*, op. cit., pág. 41 y SANZ RUBIALES, *Mercados de cuotas y protección del medio ambiente: el fomento de las energías renovables en la directiva 2009/28*, op. cit., y *La (escasa) influencia del mercado de emisiones en la promoción de la energía renovable publicado en ALENZA GARCÍA, La regulación de las energías renovables y el cambio climático*, op. cit., págs. 1917 a 216., ALENZA GARCÍA, *El cambio climático y las energías renovables. La nueva Directiva Europea de energías renovables*, TORRES LÓPEZ y ARANA GARCÍA (Directores), *Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Cizur Menor, 2010, págs. 55.

en el marco de la segunda “crisis del petróleo” con la finalidad expresamente declarada de «[p]otenciar la adopción de fuentes de energía renovables, reduciendo en lo posible el consumo de hidrocarburos y en general la dependencia exterior de combustibles»³⁰. Esta Ley recogió por primera vez el derecho de los autogeneradores de electricidad y los titulares de concesiones hidroeléctricas a transferir a las compañías suministradoras sus excedentes de electricidad cuando técnicamente fuera posible y a percibir el precio que reglamentariamente se determinara. Fue objeto de un intenso desarrollo reglamentario³¹ que, finalmente, se unificó con el Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre Producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables que fue el que acuñó la expresión régimen especial de producción eléctrica y creó el Registro de instalaciones de producción en Régimen especial en el que se inscribirán, entre otras instalaciones, aquellas «abastecidas únicamente por recursos o fuentes de energía renovables no hidráulicas, tales como solar, eólica, mareomotriz, geotérmica y otras similares»³².

Lo sorprendente es que este régimen especial sobreviviera tanto a la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del sistema eléctrico nacional, que configuraba la producción eléctrica como un servicio público, como a la posterior Ley 57/1997, de 27 noviembre, del Sector eléctrico que la liberalizaba. Fue esta última Ley la que, con la finalidad de cumplir el objetivo comunitario indicativo de que a finales del año 2010 las fuentes de energías renovable cubrieran un mínimo del 12 por 100 del total de la demanda energética en España, ordenó al Gobierno español la aprobación del primer Plan de Fomento de las Energías renovables, que vio la luz en diciembre de 1999³³.

Un año antes se había aprobado el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre Producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos o cogeneración que constituyó el primer desarrollo reglamentario del régimen especial tras la Ley del Sector eléctrico de 1997. Esta norma dejó fuera del régimen especial a las instalaciones con una potencia instalada superior a los 50

³⁰ Art. 1 b).

³¹ Reales Decretos 907/1982, de 2 de abril, sobre Fomento de la autogeneración de energía eléctrica, 1217/1981, de 10 de abril, para el Fomento de la producción hidroeléctrica en pequeñas centrales y 1544/1982, de 25 de junio, sobre Fomento de construcción de centrales hidroeléctricas.

³² Art. 3.1 a).

³³ El Plan de Fomento de las Energías Renovables para el periodo 2000-2010 fue aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros, de 30 de diciembre de 1999.

MW y estableció una división entre las distintas instalaciones en función de las diferentes tecnologías de generación de electricidad. Esta disposición reconocía a los productores de electricidad en régimen especial el derecho a vender la electricidad excedentaria o toda su producción eléctrica a los distribuidores *«al precio final horario medio del mercado de producción de energía eléctrica, complementado, en su caso, por una prima o incentivo»* que él mismo establecía (Art. 23). Los distribuidores eléctricos, por su parte, tenían derecho a que se les liquidasen las primas que hubiesen satisfecho.

Inicialmente esta norma no obligaba a vender la electricidad producida en el régimen especial en el mercado. Más tarde con el objeto de dinamizar el mercado español de la electricidad el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios obligó a determinadas instalaciones del régimen especial a realizar ofertas económicas al operador del mercado para cada período de programación para verter sus excedentes de energía eléctrica con derecho a percibir primas y amplió aquellas instalaciones que podían vender directamente la electricidad en el mercado. El posterior Real Decreto 841/2002, de 2 de agosto, reguló los mecanismos de incentivación para la participación en el mercado.

El punto débil del Real Decreto 2818/1998 era la inseguridad jurídica que generaba a los inversores en energías renovables ya que su artículo 32 establecía que cada cuatro años se podrían revisar las primas *«atendiendo a la evolución del precio de la energía eléctrica en el mercado, la participación de estas instalaciones en la cobertura de la demanda y su incidencia sobre la gestión técnica del sistema»*. Para superar esta incertidumbre jurídica e impulsar la expansión de las energías renovables en España se aprobó el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, que establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial que consolidó la opción de poder vender la producción o los excedentes de la electricidad al distribuidor, percibiendo una retribución en forma de tarifa regulada única para todos los períodos de programación, o directamente en el mercado diario, en el mercado a plazo o a través de un contrato bilateral, percibiendo en este caso el precio negociado en el mercado, más un incentivo y para determinadas tecnologías una prima. En ambos supuestos se garantizaba una retribución razonable para las inversiones aunque con una preferencia clara, dada la cuantía de las primas, por la participación en el mercado. Respecto a la modificación de las tarifas, primas, incentivos y complementos su artículo 40.3 establecía, con rotundidad, que cualquier revisión que se realizara de acuerdo con el grado de cumplimiento del Plan de Fomento de

las Energías renovables sería «*de aplicación únicamente a las instalaciones que entren en funcionamiento con posterioridad a la fecha de entrada en vigor referida en el apartado anterior, sin retroactividad sobre tarifas y primas anteriores*».

En el año 2005, dado lo lejos que estaba el cumplimiento en 2010 del objetivo del 12 por 100, se aprobó el Plan de Fomento de las Energías renovables 2005-2010 y se sustituyó el RD 436/2004 por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial que ha estado vigente hasta su derogación en plena crisis económica por el polémico Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan Medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. Este enésimo reglamento mantuvo básicamente el sistema precedente procediendo con carácter general a un incremento en las primas, especialmente en el ámbito solar fotovoltaico y térmico, que se demostraron muy pronto como excesivas. También introdujo una serie de ajustes técnicos como la fijación de unos límites máximos y mínimos para las primas (techo/suelo) y el establecimiento de una garantía de potencia a las instalaciones de régimen especial que se activaría cuando alguna de las tecnologías alcanzase el 85 por 100 del objetivo de potencia que tuviera asignado. Su artículo 44.1 preveía una actualización de las tarifas y las primas en función de las variaciones de los valores de referencia de los índices de precios de combustibles y, al igual que su predecesor, recogió, ampliándola, la garantía de que las eventuales revisiones a que se sometieran las tarifas, primas, complementos y límites inferior y superior no afectarían «*a las instalaciones cuya acta de puesta en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión*»³⁴.

Un par de meses más tarde se reguló de manera separada por medio del Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio, el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial³⁵ cuya constitucionalidad ha sido confirmada por la STC 3/2014 de 16 enero y que siguen estando inéditos en nuestras costas.

La ambiciosa y poco calculada apuesta por las energías renovables que supuso el Real Decreto 661/2007 chocó de bruces con las adversas cir-

³⁴ Art. 22. 3. Para JIMÉNEZ CERVANTES en *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables* en BECKER, CAZORLA y MARTÍNEZ-SIMANCAS y SALA (Directores), *Tratado de Regulación del sector eléctrico, Tomo I aspectos jurídicos, op. cit.*, pág. 340, los límites de potencia constituían una de las principales novedades del RD 661/2007.

³⁵ NEBRADO PÉREZ en su *El régimen especial de producción eléctrica*, op. cit., pág. 427, defiende la necesidad de esta regulación separada.

cunstances económicas que rodearon su puesta en marcha. Apenas dos meses después de su aprobación estalló la crisis financiera mundial que ha tenido como consecuencia la aprobación de una “cascada” de medidas que han ido minando este régimen primado hasta su definitiva supresión en 2013³⁶. Lo que ha situado a nuestro país ante un riesgo cierto de incumplimiento de los objetivos impuestos por la UE en materia de energías renovables³⁷.

No hubo que esperar mucho tiempo para que se vieran los excesos en que había incurrido el Real Decreto 661/2007³⁸, sobre todo en el ámbito de la energía solar. En septiembre de 2007, es decir a los pocos meses de su entrada en vigor, se activó el mecanismo de garantía de potencia porque ya se había alcanzado el 85% de los objetivos previstos para las instalaciones solares fotovoltaicas de 2010. Lo que provocó una auténtica “avalancha” de solicitudes. Para combatir la “picaresca” que se podía producir, y de hecho se produjo, se aprobó el Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, que regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial que autorizaba a la extinta Comisión Nacional de la Energía a inaplicar el régimen económico a las instalaciones fotovoltaicas que no acreditasen cumplir los requisitos exigidos.

Para las instalaciones fotovoltaicas que no entraron se aprobó el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, sobre Retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que introdujo

³⁶ Vid. en relación con estas medidas véase a DEL GUAYO CASTIELLA, *Seguridad jurídica y cambios regulatorios...*, op. cit., págs. 232 y ss. y mi *El ocaso de las energías renovables en España. La quiebra del modelo español de fomento de las energías renovables*, TAVARES DA SILVA (Organización), *Estudos de Direito da energia*, Instituto Jurídico. Facultad de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. MINGORANCE MARTÍN, *Energías renovables y riesgo regulatorio...*, op. cit., págs. 151 y ss., quien hace un intento de sistematización y con un visión muy crítica RUIZ OLMO, *Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva energía fotovoltaica*, Actualidad Jurídica Ambiental, 2014, pág. 1 de su edición digital.

³⁷ La Comisión europea ha enviado un dictamen motivado a España, al igual que ha hecho con Italia, por el posible incumplimiento de la cuota de energías renovable establecida en la Directiva 2009/28/CE, como informa el Diario El País en su edición de 26 de septiembre de 2013 (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/09/26/actualidad/1380194939_327712.html).

³⁸ DEL RÍO GONZÁLEZ en *Tipología y evaluación de los marcos de apoyo a la generación eléctrica renovable en* BECKER, CAZORLA y MARTÍNEZ-SIMANCAS (Directores), *Tratado de Energías renovables, Volumen I. Aspectos socioeconómicos y tecnológicos*, op. cit. pág. 648 advertía del peligro de unas primas excesivas.

novedades importantes. La principal innovación fue la creación de un registro de preasignación de retribución que tendría que servir para conocer por anticipado la potencia fotovoltaica que se pretendía instalar cuya gestión, en un claro giro centralizador, se atribuyó al Estado a través del entonces Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, y no a las Comunidades Autónomas³⁹. Para asegurarse de la seriedad de los proyectos se obligó a acompañar cada solicitud con un aval ⁴⁰ y a que en el plazo improrrogable de dieciséis meses desde la publicación electrónica de la asignación de potencia se hubiese obtenido la inscripción con carácter definitivo en el Registro de Instalaciones de producción en Régimen especial y comenzado a vender electricidad en el mercado. Otra diferencia importante respecto del régimen anterior fue que sólo se permitiera la retribución a través de la tarifa regulada⁴¹. Es decir, no contemplaba el pago de ninguna prima si se optaba por vender directamente la electricidad en el mercado.

Más tarde, y a pesar de los discutibles resultados que había deparado el registro de preasignación con las instalaciones fotovoltaicas, el Gobierno lo generalizó para todas las instalaciones de producción de electricidad procedente de fuente de energías renovables, reforzando la recuperación por parte del Estado del control del régimen especial⁴². Así, el artículo 4 del Real

³⁹ Esta centralización en manos del Estado de la gestión del régimen especial ha sido destacado por BACIGALUPO SAGGESE, *La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables* en BECKER, CAZORLA y MARTÍNEZ-SIMANCAS (Directores), *Tratado de Energías renovables, Volumen II. Aspectos jurídicos*, p. cit., pág. 73, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, *El régimen tarifario de las energías renovables*, BECKER, CAZORLA y MARTÍNEZ-SIMANCAS (Directores), *Tratado de Energías renovables, Volumen II, Aspectos jurídicos*, op. cit., págs. 137 y ss., GONZÁLEZ RÍOS, *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la eficiencia Energética*, op. cit., pág. 248, JIMÉNEZ-BLANCO, *Nota sobre el régimen jurídico de la energía termosolar* en EMBID IRUJO, *Agua y Energía*, op. cit., pág. 250 y NEBRADO PÉREZ, *El régimen especial de producción eléctrica* en MUÑOZ MACHADO (Director), *Derecho de la regulación económica III, tomo I*, op. cit., pág. 394.

⁴⁰ Art. 9.

⁴¹ Como han destacado CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, *El régimen tarifario de las energías renovables* en BECKER, CAZORLA y MARTÍNEZ-SIMANCAS (Directores), *Tratado de Energías renovables, Volumen II, Aspectos jurídicos*, op. cit., págs. 144.

⁴² Con una posición diferente lo han resaltado BACIGALUPO SAGGESE, *La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables* en BECKER, CAZORLA y MARTÍNEZ-SIMANCAS (Directores), *Tratado de Energías renovables, Volumen II. Aspectos jurídicos*, p. cit., pág. 73, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, *El régimen tarifario de las energías renovables* en BECKER, CAZORLA y MARTÍNEZ-SIMANCAS (Directores), *Tratado de Energías renovables, Volumen II, Aspectos jurídicos*, op. cit., págs. 137 y ss. y GONZÁLEZ RÍOS, *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la eficiencia Energética*, op. cit., pág. 248, JIMÉNEZ-BLANCO, *Nota sobre el régimen jurídico de la energía termosolar* en EMBID IRUJO, *Agua y Energía*,

Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, que adopta determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social creó el registro de preasignación para el régimen especial. La inscripción en este registro se convertía así en una condición necesaria para poder acceder al régimen económico primado. También se exigió acompañar la solicitud de inscripción de un aval y se estableció un plazo máximo ahora de 36 meses para conseguir la inscripción con carácter definitivo y comenzar a vender la electricidad⁴³. Como las inscripciones se ordenaban también por orden de llegada y se preveía que cuando se alcanzaran los objetivos de potencia para cada tecnología se agotaría la aplicación del Real Decreto 661/2007 (Disposición Transitoria quinta) se precipitaron nuevamente las solicitudes. Las instalaciones que quedaran fuera de este registro se habrían de regir por «*un nuevo marco jurídico-económico*» que tendría que aprobar el Gobierno teniendo «*como objetivos el establecimiento de un régimen económico suficiente y adecuado para fomentar la puesta en servicio de este tipo de instalaciones, promoviendo la investigación y desarrollo en el sector que permitan reducir los costes de las instalaciones, mejorar su operatividad y contribuir al desarrollo de la competitividad de la industria*». Y que sería, presumiblemente, bastante menos beneficioso. La generalización de este registro creó una gran incertidumbre en el sector que veían como, ahora, a la obligación de conseguir la correspondiente autorización autonómica se le sumaba con carácter previo y cerrado esta inscripción, lo que constituía, sin duda, un cambio sustancial del sistema de fomento a las energías renovables. Prueba del error que cometió el Gobierno generalizando el registro de preasignación fue su espermático, y frustrado, intento de derogación⁴⁴.

Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pág. 250. NEBRADO PÉREZ, *El régimen especial de producción eléctrica* en MUÑOZ MACHADO (Director), *Derecho de la regulación, económica III, tomo I, op. cit.*, págs. 394.

⁴³ Para prevenir los fraudes en el acceso a este registro el posterior Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de *Mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial de Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social* previó la inaplicación del régimen primado a las instalaciones que incumplieran este plazo (Art. 8).

⁴⁴ Aprovechando que se estaba tramitando en el Senado un proyecto de ley, que nada tenía que ver con el sector eléctrico (el *Proyecto de Ley por la que se Regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario*), la formación *Convergencia i Unio* (CiU) presentó en septiembre de 2009 una enmienda en la que proponía la derogación del artículo 4 del RDL 6/2009 porque invadía competencias de las Comunidades Autónomas. Se trataba de la enmienda nº 62 que está publicada en el Boletín oficial de las Cortes Generales, SENADO, IX Legislatura, núm. 14 (c), Serie II, de 16 de septiembre de 2009, pág. 54 (<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpC-GI?CMD=VERLST&BASE=puw9&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28SEII2009091600140c.CODI.%29#> (Página21)). Esta enmienda, que aparentemente no tenía ninguna posibilidad de prosperar, fue aprobada paradójicamente con el apoyo de los senadores del Partido Socialista Obrero Español, que sustentaba al Gobierno. No

A partir de este momento y con el recrudecimiento de la situación de crisis comenzaría una cascada de recortes en las energías renovables. El primero lo haría el Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, que regula y modifica determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica con el que, como se confiesa expresamente en su exposición de motivos, «se pretende resolver determinadas ineficiencias en la aplicación del citado Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, para las tecnologías eólica y solar termoeléctrica», introduciendo limitaciones de horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima para las instalaciones de tecnología solar termoeléctrica y eólica, obligando a las instalaciones de tecnología solar termoeléctrica a vender durante su primer año su energía neta con tarifa regulada y acometiendo una revisión de las primas de las instalaciones de tecnología solar termoeléctrica y eólica. Mientras que las nuevas primas fijadas para la solar termoeléctrica se aplicarían a las futuras instalaciones, las de la eólica se harían sobre las existentes.

La siguiente medida de “recorte” la llevaría a cabo el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, que establece medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico que afectaría nuevamente a las instalaciones fotovoltaicas. Su disposición adicional primera introdujo una limitación de las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a primas en función de la zona solar climática donde se encontrara cada instalación. Para compensar el perjuicio económico que causaba elevó de 25 a 28 años el anterior periodo de la retribución. Más tarde la voluntarista Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía sostenible* que le dedicó varios preceptos (Arts. 78 y ss.) a las energías renovables lo elevaría hasta los 30 años. Ese mismo año se aprobaría el Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, que regula la posibilidad de conectar a la red instalaciones de producción eléctrica de baja potencia y se aprobaría el Plan de Energías Renovables 2011-2020⁴⁵.

Con el cambio de Gobierno producido en noviembre de 2011 la deriva de la política española de apoyo a las energías se agudizaría aún más. Muy pronto el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a

obstante, ante la presión que recibió del sector este partido rectificó en el Congreso de los Diputados dónde finalmente se acabó rechazando la enmienda introducida en el Senado. Narrado por MORALES PLAZA en *Las claves del éxito de la inversión en energías renovables. La transición de un modelo económico <<energívoro>> a un modelo económico sostenible*, op. cit., pág. 113 y en mi *El ocaso de las energías renovables en España*, op. cit., pág. 60.

⁴⁵ Se puede consultar en <http://www.idae.es/index.php/id.670/reلمenu.303/mod.pags/mem.detalle>.

la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos⁴⁶ impuso una moratoria para a las nuevas instalaciones del régimen especial ya que suspendió el procedimiento de preasignación para las instalaciones que estuvieran inscritas y suprimió el régimen económico primado para las no inscritas. En su exposición de motivos se alertaba diciendo que resultaba *«necesario diseñar un nuevo modelo retributivo para este tipo de tecnologías que tenga en cuenta el nuevo escenario económico, promoviendo la asignación eficiente de los recursos a través de mecanismos de mercado. De este modo, se trata de articular a futuro un sistema que favorezca la competitividad del mercado a través de mecanismos similares a los utilizados en otros países de la Unión Europea y que garanticen la viabilidad futura del Sistema»*.

La siguiente medida, probablemente de las más discutidas, ha sido la creación por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales para la sostenibilidad energética de un nuevo impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica de carácter directo y naturaleza real que grava *«la realización de actividades de producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, medida en barras de central»*⁴⁷, por lo que también se extiende a las instalaciones de energías renovables a pesar de que el impuesto se aprueba supuestamente con un carácter ambiental. Se aplica un tipo del 7% a todos los ingresos, incluido las primas del régimen especial, que perciban los productores de electricidad durante el año natural por la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica por cada instalación. La Comunidad foral de Navarra, que goza de autonomía fiscal⁴⁸, decidió excluir de este impuesto a *«los titulares o cotitulares de instalaciones de producción de energía eléctrica, de carácter renovable, cuya potencia instalada nominal no supere los 100 kW, por instalación»* y también a los titulares de estas instalaciones *«durante un período de cinco años, desde que renueven los equipos de producción actuales por otros nuevos que incrementen la producción»*⁴⁹, lo que ha motivado

⁴⁶ Analizado por DEL GUAYO CASTIELLA, *Seguridad jurídica y cambios regulatorios (A propósito del Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 22 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuente de energía renovables)*, Revista española de Derecho administrativo, nº 156, 2012, págs. 217 y ss. .

⁴⁷ Art. 1.

⁴⁸ No ha hecho lo mismo la Diputación foral de Vizcaya que ha introducido este nuevo impuesto en los mismos términos que el Estado. Mientras que los territorios históricos de Álava y Guipúzcoa no lo han creado aún.

⁴⁹ Art. 2 de la Ley Foral 24/2012, de 26 de diciembre, sobre el impuesto de la producción de la energía sobre el valor eléctrica.

su impugnación por el Estado con su reciente anulación por parte de la STC110/2014 de 26 junio.

Otra novedad importante, finalmente frustrada, fue el intento de poner en marcha un sistema de financiación del régimen especial parcialmente con partidas presupuestarias. La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013 previó una aportación de hasta un máximo de 450 millones de euros que, debido al desfase producido en 2012 en el déficit tarifario, se amplió con un crédito extraordinario por un importe de 2200 millones de euros⁵⁰. Pero finalmente la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector eléctrico acabó dejándolo sin efecto⁵¹.

A continuación el Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero Medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero para, corregir nuevamente el déficit de tarifa, modificó a la baja el índice de actualización de los costes del sector eléctrico y eliminó la opción de vender la electricidad producida en régimen especial en el mercado con el derecho al cobro de primas obligando a las instalaciones a pasarse a la tarifa regulada.

La “puntilla final” al anterior régimen español de fomento de las energías renovables se lo dio el ya citado Real Decreto Ley 9/2013 que derogó el Real Decreto 661/2007 y ordenó al Gobierno aprobar un nuevo régimen retributivo para las instalaciones incluidas en el régimen especial sobre la base de unos nuevos parámetros legales⁵². Este nuevo régimen primado,

⁵⁰ Aprobado por la Ley 15/2013, de 17 de octubre, por la que se establece la financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado de determinados costes del sistema eléctrico, ocasionados por los incentivos económicos para el fomento a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables y se concede un crédito extraordinario por importe de 2.200.000.000 de euros en el presupuesto del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

⁵¹ Por medio de su Disposición derogatoria 1 f).

⁵² Modificando el artículo 30.4 de la Ley del Sector eléctrico de 1997 que pasó a disponer que, adicionalmente a la retribución por la venta de la energía generada al precio de mercado, se establece «una retribución específica compuesta por un término por unidad de potencia instalada, que cubra, cuando proceda, los costes de inversión de una instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo», estableciendo como límite que este «régimen retributivo no superará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que posibiliten obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable» y añadiendo que esta «rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado». También impide que se incluyan dentro de los costes de explotación los costes que vengan impuestos por normas o actos administrativos de las Administraciones autonómica o local.

que se aplicaría a partir de la entrada en vigor del propio Real Decreto Ley 9/2013 que se produjo el día 14 de julio de 2013⁵³, se aprobó por medio del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

En realidad, lo que hizo el Real Decreto-ley 9/2013 no fue otra cosa que anticipar en unos meses el nuevo modelo que el Gobierno iba a impulsar con la reforma del sector eléctrico por medio del proyecto de ley del Sector eléctrico que presentó en el Congreso de los Diputados en septiembre⁵⁴, que acabó convirtiéndose finalmente en la vigente Ley del Sector Eléctrico de 2013. Esta Ley, no obstante, introdujo dos modificaciones relevantes. En su artículo 14.7 que regula la retribución de la producción de electricidad por medio de energías renovables se sustituye la expresión «*adicionalmente*» por la de «*excepcionalmente*» a la hora de habilitar al Gobierno para «*establecer un régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables*». Lo que implica que el fomento de las energías renovables se va a restringir aún más de cara al futuro al tener que ser excepcional y en todo caso ligado a que, o bien «*exista una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos derivados de Directivas u otras normas de Derecho de la Unión Europea*» o bien «*su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior*»⁵⁵. Para la gestión de este nuevo régimen económico aplicable a las instalaciones de energías renovables se crea en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo un registro de régimen retributivo específico en el que tendrán que estar necesariamente inscritas⁵⁶.

La segunda modificación es de mucho mayor calado. Apartándose de todo el precedente modelo español de fomento de las energías renovables se va a condicionar ahora el acceso a un régimen retributivo específico para la producción de electricidad procedente de fuentes renovables a un procedimiento de concurrencia competitiva que servirá además para determinar el valor estándar de la inversión inicial en base a la cual se fijará

⁵³ Como ha destacado MINGORANCE MARTÍN en *Energías renovables y riesgo regulatorio...*, *op. cit.*, pág. 151.

⁵⁴ Publicado en el Boletín oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 65-1, de 4 de octubre de 2013, págs. 1 a 78 ([\).](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&-DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-65-1.CODI.%29#(Página1))

⁵⁵ Como ha destacado MINGORANCE MARTÍN en *Energías renovables y riesgo regulatorio...*, *op. cit.*, pág. 155.

⁵⁶ Arts. 27 LSE de 2013 y 43 a 51 RD 413/2014.

la retribución para cubrir los costes de inversión de las instalaciones⁵⁷. Lo que, sinceramente, no se entiende es que un cambio de esta naturaleza, que supone un “giro copernicano” del sistema, no figurase inicialmente en el proyecto de ley aprobado por el Gobierno sino que se introdujo por una enmienda en el Congreso de los Diputados presentada por el Grupo parlamentario popular con la lacónica justificación de que se trataba de una «medida de eficiencia económica en la asignación de un recurso escaso»⁵⁸.

Con el nuevo modelo de fomento de las energías renovables, y con la finalidad un tanto ilusoria dada la experiencia reciente de generar confianza en los inversores, se establecen periodos regulatorios para la aplicación de los parámetros de retribución del régimen económico específico de seis años de vigencia⁵⁹ que se dividen a su vez en dos semiperíodos regulatorios de tres años. La revisión se realizará antes del comienzo del siguiente periodo regulatorio teniendo en cuenta «la situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y la rentabilidad adecuada para estas actividades» y en ella se podrán alterar todos los parámetros, incluido el valor sobre el que girará la rentabilidad razonable en lo que reste de vida regulatoria de las instalaciones tipo, salvo los valores de la vida útil regulatoria y del estándar de la inversión inicial de la instalación. Si no se realiza esta revisión se prorrogarán los parámetros retributivos para el periodo siguiente. En los semiperíodos regulatorios sólo se podrá revisar las estimaciones de ingresos por la venta de la energía generada y las previsiones de horas de funcionamiento y ajustar los parámetros retributivos en función de las desviaciones del precio del mercado respecto de las estimaciones realizadas para el semiperíodo anterior⁶⁰.

Aparentemente el Real Decreto 413/2014 tiene como objeto establecer un nuevo régimen jurídico y económico de fomento de las energías renovables. Pero esta no es su verdadera virtualidad. De hecho para que pueda

⁵⁷ Arts. 14.7 c) LSE de 2013 y 11.3 y 4 RD 413/2014.

⁵⁸ Enmienda nº 456, publicada en Boletín oficial del Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 65, de 7 de noviembre de 2013, págs. 313 y 314 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-65-2.PDF#page=1). En el punto II *in fine* de la exposición de motivos del RD 413/2014 se añade más tarde como justificación que la «exigencia de procedimientos de concurrencia competitiva para otorgar el derecho a un régimen retributivo específico para las instalaciones de energías renovables, cogeneración y residuos, así como el fomento de que estas tecnologías participen en el mercado en pie de igualdad con el resto de tecnologías comulga con las directrices y políticas de la Unión Europea de apoyo a las energías renovables y a la protección del medio ambiente».

⁵⁹ De acuerdo con lo dispuesto en su Disposición adicional décima de la LSE de 2013 con independencia de la fecha de inicio de cada una de las instalaciones el primer período regulatorio finalizará el 31 de diciembre de 2019.

⁶⁰ Arts. 14.1 LSE 2013 y 15, 19 y 20 RD 413/2014.

aplicarse a nuevas instalaciones aún es necesario que se apruebe otro Real Decreto en el que se establezcan las condiciones, tecnologías o colectivo de instalaciones concretas que podrán participar en el mecanismo de concurrencia competitiva y los supuestos en que se fundamenta⁶¹. Lo único que va a tener una aplicación inmediata es su disposición final segunda en la que se establece un nuevo régimen económico para las anteriores instalaciones de régimen especial⁶². La posterior, en pocos días, Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables cogeneración y residuos, conocida como orden de Parámetros) concretaría para cada tipo de instalación su nueva retribución. Lo que se esconde detrás de este alambicado procedimiento no era otra cosa que un recorte de miles de millones de euros al sistema de apoyo a las energías renovables en España⁶³ para intentar atajar el abultado déficit de tarifa de nuestro sistema eléctrico⁶⁴.

La última novedad jurídica que se ha producido en relación con las energías renovables ha sido la aprobación del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regula las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo con el que España se sitúa entre los países europeos que más obstáculos ponen a la expansión de las energías renovables para el autoconsumo eléctrico ya que, entre otros aspectos, no permite el balance neto de estas instalaciones, al someter al pago de

⁶¹ Art. 12.1. Lo que se corrobora con las previsiones que se contienen en el Informe marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural y su cobertura. Horizonte 2013-2017, de 18 de marzo de 2014 (http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Energia/Informes/20140308_Informe_Marco_2013.pdf), elaborado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia donde se prevé a partir de 2017 un estancamiento en la puesta en explotación de nuevas instalaciones (pág. 196).

⁶² Aparte de su ya citada Disposición adicional quinta que ya ha sido objeto de desarrollo por medio de la Orden núm. IET/1459/2014, de 1 de agosto, por la que se aprueba los Parámetros retributivos y se establece el mecanismo de asignación del régimen retributivo específico para nuevas instalaciones eólicas y fotovoltaicas en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares.

⁶³ La Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia en su Informe sobre la Propuesta de Orden por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables cogeneración y residuos, ENER/37/2014/EE, de 3 de abril (http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/notasdeprensa/2014/Informe_Renovables.pdf) cifra en más de 1600 millones de euros la pérdida de ingresos de los productores de régimen especial derivado de la aplicación de la Orden de Parámetros.

⁶⁴ Que en la exposición de motivos de la LSE de 2013 se situaba por encima de los veintiséis mil millones de euros.

peajes –el conocido como impuesto al sol- a quienes viertan la electricidad producida en las red eléctrica, salvando de su pago sólo a las pequeñas instalaciones de menos de 10 kilovatios y a la autoproducción que se realice en Canarias, Ibiza, Formentera, Ceuta y Melilla y prohíbe el uso compartido de las instalaciones de generación del que podrían beneficiarse las comunidades de propietarios.

IV. LA NECESARIA INTEGRACIÓN DE LA ELECTRICIDAD PROCEDENTE DE FUENTES DE ENERGÍAS RENOVABLES EN EL MERCADO ELÉCTRICO

El reto de las energías renovables pasa por su forzosa integración en el mercado eléctrico. En la situación actual, en la que la mayoría de las tecnologías no están aún lo suficientemente maduras, es necesario contar con sistemas de fomento de las energías renovables que permitan completar su “curva de aprendizaje”. Como quiera que la UE no se ha decantado aún por ningún modelo concreto de fomento ni tampoco ha impuesto uno a los Estados miembros habrá que estar a los sistemas de apoyo propios que creen los Estados a la luz de lo que establece el artículo 3.3 de la Directiva 2009/29/CE que prevé que estos podrán optar, entre otras medidas, por la creación de un sistema de apoyo que define como *«cualquier instrumento, sistema o mecanismo aplicado por un Estado miembro o un grupo de Estados miembros, que promueve el uso de energía procedente de fuentes renovables gracias a la reducción del coste de esta energía, aumentando su precio de venta o el volumen de energía renovable adquirida, mediante una obligación de utilizar energías renovables o mediante otras medidas. Ello incluye, sin limitarse a éstos, las ayudas a la inversión, las exenciones o desgravaciones fiscales, las devoluciones de impuestos, los sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables incluidos los que emplean los «certificados verdes», y los sistemas de apoyo directo a los precios, incluidas las tarifas reguladas y las primas»*⁶⁵.

Con todo y a pesar de la contundencia con la que se emplea la Directiva 2009/28/CE estos sistemas de apoyo nacionales no han dejado de plantear problema con el Derecho de la UE, sobre en todo en su relación con su posible consideración de ayudas de Estado o de restricciones cuantitativas a la importación o medidas de efecto equivalente.

Esta cuestión en relación con un sistema de primas a las energías renovables se suscitó tempranamente en el asunto resuelto por el antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en su importante

⁶⁵ Letra k) de su artículo 2.

sentencia de 13 de marzo de 2001 recaída en el Caso *Preussen Elektra AG contra Schleswig* que hasta fechas muy reciente ha sido el *leading case* en la materia. Esta sentencia resolvió una cuestión prejudicial que le había elevado el Tribunal administrativo de Kiel (*Landgericht Kiel*) sobre si algunos aspectos del régimen de fomento de las energías renovables aplicado en Alemania podrían calificarse como ayudas de Estado incompatibles con el mercado común (actual artículo 107 del TFUE) o si se las podía considerar restricciones cuantitativas a la importación o medidas de efecto equivalente (actual artículo 34 TFUE). De la importancia de este fallo da prueba el hecho de que esta cuestión prejudicial fuese resuelta por este Tribunal en Pleno⁶⁶. La Ley alemana, de 7 de diciembre de 1990, sobre Alimentación de la red pública con electricidad procedente de energías renovables (*Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz*), que había sufrido varias modificaciones, obligaba a las empresas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por las energías renovables y a retribuirla a un precio superior al del mercado. En el litigio *a quo* la empresa *PreussenElektra AG* demandaba a la empresa suministradora *Schleswig AG* que le había girado una liquidación, en aplicación de esta Ley, por los costes adicionales derivados de la compra de electricidad procedente de fuentes de energías renovables que le obligaba a efectuar pagos fraccionados mensuales de 10 millones de los anteriores marcos alemanes (el equivalente a unos 5,1 millones de euros). Desde la aprobación de esta Ley hasta las fechas de las liquidaciones se había “disparado” la cuota de esta electricidad en esta zona lo que hizo aumentar extraordinariamente sus costes. Además, el Ministerio de Economía alemán había denegado una subida en la tarifa de la electricidad para que se pudiera repercutir a los consumidores este coste adicional.

⁶⁶ Cfr. ALONSO GARCÍA, *Costes de transición a la competencia y ayudas públicas, reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Preussen Elektra, de 13 de marzo de 2001, Diario la Ley, n° 5324, 2006, págs. 1 y ss.*; BOUQUET, *Les mécanismes de soutien de la production d'électricité à partir des sources d'énergie renouvelables à l'épreuve des articles 87 et 88 du traité relatif aux aides d'Etat*, AJDA 2006, págs. 697 y ss.; BROKELMANN, *El Derecho europeo de la energía y las ayudas de Estado* en BÉCKER, CAZORLA, MARTÍNEZ-SIMANCAS y SALA (Directores), *Tratado de Regulación del sector eléctrico, Tomo I aspectos jurídicos, op. cit.*, págs. 185 y ss.; DOMINGO LÓPEZ, *La promoción de las energías renovables en la Unión Europea: el modelo italiano versus el modelo español* en PÉREZ MORENO (Coordinador), *El derecho de la energía. XV Congreso Italo-español de Profesores de Derecho administrativo*, Instituto andaluz de Administración Pública, Sevilla 2006, pág. 564 y RAZQUÍN LIZARRAGA, *El fomento de las energías renovables: medio ambiente y mercado común (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de marzo de 2001, C-379/98, PREUSSENELEKTRA)*, Revista jurídica de Navarra, n° 31, 2001, págs. 167 y ss. .

El TJCE descarta, en primer lugar, que el régimen privilegiado aplicable a la producción de fuentes renovables en Alemania pueda calificarse como una ayuda de Estado por cuanto no implica la aportación de fondos públicos⁶⁷. Afirma, en su parágrafo 58º, que «...resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que sólo las ventajas concedidas directa o indirectamente a través de fondos estatales se consideran ayudas a los efectos del artículo 92, apartado 1, del Tratado [Actual art. 107 TFUE]. En efecto, la distinción que establece esta norma entre las «ayudas otorgadas por los Estados» y las ayudas otorgadas «mediante fondos estatales» no significa que todas las ventajas otorgadas por un Estado constituyan ayudas, tanto si se financian con fondos estatales como si no, pues su único objeto es incluir en dicho concepto las ventajas concedidas directamente por el Estado, así como las otorgadas por medio de organismos públicos o privados, designados o instituidos por el Estado». Aplicando esta jurisprudencia al asunto litigioso concluye que «...procede señalar que la obligación, impuesta a las empresas privadas suministradoras de electricidad, de adquirir a precios mínimos establecidos la electricidad procedente de fuentes de energía renovables no supone ninguna transferencia directa o indirecta de recursos estatales a las empresas que producen este tipo de electricidad» (Párrafo 59.º). Lo que le lleva a remachar en el siguiente parágrafo 60º que «...el reparto de la carga financiera derivada para estas empresas privadas suministradoras de electricidad de dicha obligación de compra entre ellas y otras empresas privadas tampoco constituye una transferencia directa o indirecta de recursos estatales».

Lo que no le cabe la menor duda a este Tribunal es que esta obligación de compra de electricidad a unos precios mínimos a los productores locales de energías renovables constituye una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación porque obviamente la obligación legal de adquirir esta electricidad no podía ser satisfecha por la producida en otro Estado miembro. Para justificar su compatibilidad con lo que dispone actualmente el artículo 34 del TFUE la sentencia despliega toda una batería de argumentos jurídicos. En primer lugar, destaca la finalidad ambiental que tiene la utilización de energías renovables para la

⁶⁷ Como explica NEBRADO PÉREZ en relación con el sistema español de fomento de las energías renovables que era muy semejante al alemán en su *El régimen especial de producción eléctrica* en MUNOZ MACHADO (Director), *Derecho de la regulación, económica III, tomos I, op. cit.*, págs. 386 se trata de un sistema de subvenciones privadas que constituye «una excepción a la liberalización del sector eléctrico, ubicado en el ámbito de la iniciativa privada en régimen de libre competencia, por varias razones: a) porque se basa en un régimen subvencional, si bien privado y regulado, extraño a la libre competencia, aunque no contradictorio; b) porque establece la discriminación a favor de las energías en él producidas, respecto de las generadas en régimen ordinario, y c) porque en sus mecanismos de retribución se admite la tarifa, como precio regulado y primado, cuando hasta en el ámbito del consumo, en el que históricamente las tarifas han existido, desaparecen éstas, salvo para los denominados suministros de último recurso» (Págs. 386 y 392).

producción de electricidad por su contribución a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, en cuya lucha la UE se ha comprometido al suscribir la Convención marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático, aprobada en nombre de la Comunidad y el Protocolo de la tercera conferencia de las partes de esta Convención, conocido como Protocolo de Kyoto⁶⁸. Recalca que la política de fomento de las energías renovables tiene conexión con «*la protección de la salud y la vida de las personas y animales, así como la preservación de los vegetales*» que son algunas de las causas recogidas en el actual artículo 36 del TFUE que permiten establecer restricciones a la exportación siempre que no supongan «*un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio*» en la UE. Se apoya también en las disposiciones comunitarias relativas al sector eléctrico que prevén la integración de la generación de electricidad procedente de fuentes de energías renovables lo que le lleva a afirmar, de forma enigmática, en su párrafo 81º que «*[h]abida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que, en el estado actual del Derecho comunitario relativo al mercado de la electricidad, una normativa como la “Stromeinspeisungsgesetz, modificada”, no es incompatible con el artículo 30 del Tratado*[actual Art. 34 TFUE]». Lo que da idea, como más tarde se acabará confirmado, que este tema distaba mucho de estar cerrado en la medida que las condiciones del mercado eléctrico están en continua evolución y que el peso de las energías renovables es cada vez más intenso⁶⁹.

Así, unos días más tarde la STJCE de 17 de julio de 2008, *Essent Netwerk Noord*, también por vía prejudicial, abriría una primera brecha al calificar como ayudas de Estado la creación de un impuesto para financiar un suplemento de tarifa para costear las energías renovables ya que al tratarse de un impuesto el Estado retiene el control de los fondos. Pero sobre todo hay que tener en cuenta la más reciente e importantísima sentencia del ya Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 19 diciembre 2013, *Vente De Colère* y otros dictada también resolviendo una cuestión prejudicial que le había planteado el Consejo de Estado francés (*Conseil d'État*). La Asociación *Vente de Colère* (Viento de cólera) había impugnado unas órdenes de los Ministerios franceses de Ecología, Energía, Desarrollo sostenible y

⁶⁸Vid. la Decisión 94/69/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1993 y la firma del Protocolo de Kyoto por la Comunidad Europea y sus Estados miembros de 29 de abril de 1998.

⁶⁹ Como se señala en PÉREZ ARRIAGA (Director), en *Influencia de las políticas medioambientales en los mercados eléctricos europeos*, op. cit., pág. 65, cuanto mayor sea el porcentaje de la electricidad procedente de fuentes renovables mayor será el extracoste que supone para el sistema eléctrico.

ordenación del territorio y de Economía, Industria y Empleo que establecían las condiciones de compra de electricidad generada por instalaciones que utilizan energía eólica por un precio superior al del mercado. Para compensar este sobrecoste en la Ley nº 2000-108, de 10 de febrero de 2000, de Modernización y desarrollo del servicio público eléctrico (*Loi nº 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*), modificada en 2003, había creado un fondo que se nutre de unas tasas obligatorias fijadas anualmente por el Gobierno francés que se cargaban sobre los consumidores de electricidad. El ente encargado de gestionar este fondo es la Caja de Depósitos y Consignaciones (*Caisse des dépôts et consignations*) que es una persona jurídica pública por lo que los pagos, como sostenían los recurrentes en el proceso *a quo*, tienen para el TJUE la consideración de ayudas de Estado. Lo que se reforzaría por el hecho de su presidente sea nombrado en Consejo de Ministros por el Presidente de la República y sus miembros por la Asamblea Nacional, el Senado y otras instituciones públicas, y que preste servicios de gestión administrativa, financiera y contable para la Comisión de regulación y de la Energía (*Commission de régulation de l'énergie*), que es la autoridad administrativa independiente en materia de energía, y que no obtiene beneficio con esta actividad, por lo que «...debe considerarse que los importes de este modo gestionados por la *Caisse des dépôts et consignations* permanecen bajo control público» (Parágrafo 33.º)⁷⁰.

No ha sucedido lo mismo con el régimen de fomento de las energías renovables basados en el sistema de certificaciones verdes en el mercado en el que no se ha planteado su consideración como ayudas de Estado porque la propia Comisión europea lo ha descartado⁷¹. El Tribunal de Luxemburgo muy recientemente en su STJUE de 1 de julio de 2014, *Ålands Vindkraft AB y Energimyndigheten*, dictada por la Gran Sala, ha abordado la compatibilidad de las certificaciones verdes como sistema de apoyo nuevamente con la prohibición de medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación. Se trata, una vez más, de una cuestión prejudicial, en este caso planteada por el Tribunal Administrativo de *Linköping* (*Förvaltningsrätten i Linköping*) de Suecia. La empresa *Ålands Vindkraft AB* había instalado un parque eólico en el archipiélago de las islas Åland en Finlandia

⁷⁰ Además, de declarar aplicable el régimen de ayudas de Estado, rechaza la petición del Gobierno galo de que se limitasen los efectos temporales de la sentencia.

⁷¹ Como ha destacado SANZ RUBIALES en su *Mercados de cuotas y protección del medio ambiente: el fomento de las energías renovables en la directiva 2009/28, op. cit.*, pág. 10 la «propia Comisión niega también el carácter de ayudas públicas de los mercados de certificados verdes», citando su la Decisión de 25 de julio de 2001, relativa al sistema flamenco de certificados verdes.

y había solicitado a la Agencia sueca de la Energía (*Energimyndigheten*) que le homologará sus certificados verdes para poder venderlos en este mercado eléctrico. Lo que se rechaza porque la electricidad no se genera en territorio sueco. El TJUE, después de constatar que la Directiva 2009/28/CE permite a los Estados miembros limitar la aplicación de sus sistemas de apoyo a las energías renovables no duda, en contra del criterio defendido en el procedimiento por los Gobiernos suecos y alemán, de que se trata de una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación porque puede obstaculizar, al menos indirecta y potencialmente, las importaciones de electricidad, sobre todo las procedentes de energías renovables, pero que estaría justificada porque persigue como objetivo promover el uso de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad. Para el Tribunal de Luxemburgo la restricción a la electricidad producida en territorio sueco sería proporcional, entre otros motivos, porque dada «...la naturaleza fungible de la electricidad que se encuentra en las redes de transporte y de distribución, dichas garantías no permiten demostrar que una determinada cantidad de electricidad proporcionada por estas redes sea precisamente la procedente de fuentes de energía renovables sobre cuya base se otorgan las mismas garantías, de modo que la singularización sistemática de la electricidad como electricidad verde en las fases de la distribución y del consumo sigue siendo difícil en la práctica» (Parágrafo 90.º). Aunque, como hizo en la sentencia *PreussenElektra*, esta compatibilidad se condiciona a la situación jurídica existente en 2014 ya que lo admite, en el parágrafo 92.º, porque «...en el estado actual del Derecho de la Unión, tal limitación territorial puede considerarse en sí misma necesaria para cumplir el objetivo legítimo perseguido en el caso de autos, consistente en promover el incremento del recurso al uso de las fuentes de energía renovables para la producción de electricidad».

Esta doctrina tan antieuropeista tendría poco más tarde su confirmación en las posteriores SSTJUE de 11 septiembre 2014 *Caso Essent Energie Productie* que avalarían la restricción impuesta por la legislación flamenca a la compra de certificados de electricidad producida de fuentes renovables de fuera de Flandes (Bélgica) y en cierta medida la de 26 noviembre 2014, *Caso Green Network SpA contra Autorità per l'energia elettrica e il gas* que declara contrario al Derecho de la Unión europea la previsión de que por acuerdos con países terceros se puede autorizar la compra de certificados verdes en un país tercero.

Esta tendencia a incluir los sistemas de apoyo a las energías renovable dentro de la categoría de ayudas de Estado ha encontrado un fuerte respaldo en la *Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020 (2014/C*

200/01)⁷² en el que tanto los sistemas de primas como los de certificados verdes tienen la consideración de ayudas de Estado que, no obstante, pueden ser autorizados por la Comisión cuando cumplan las condiciones que allí se establecen. Cambio de posición de la UE en relación con las energías renovables que también se refleja en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Bruselas, 22.1.2014 sobre Un marco estratégico en materia de clima y energía para el periodo 2020-2030 COM(2014) 15 final* que no sólo marca un objetivo modesto de un mínimo del 27 % de cuota para las energías renovables para el año 2030 sino que además renuncia a imponer objetivos obligatorios nacionales con el riesgo que ello supone.

España con las medidas anticrisis que ha venido adoptando en los últimos años en relación con las energías renovables ha truncado el proceso de transición energética que había iniciado con fuerza en los primeros años del siglo XXI. Todo ello movido por la perentoria necesidad de cortar el galopante déficit de tarifa del sector eléctrico que se había ido generando paradójicamente desde que se puso en marcha en nuestro país el proceso de liberalización del mercado de la electricidad. Con ello no sólo se le ha dado la espalda o al menos se ha comprometido el cumplimiento de los objetivos impuestos por la Directiva 2009/28/CE sobre fomento de las energías renovables, también se ha separado del camino emprendido por otros países europeos, como Alemania (2014) y Francia (2015), que han puesto a las energías renovables en el eje de sus respectivos sistemas energéticos.

⁷² Publicada en el Diario oficial de la UE del día 26 de junio de 2014.

5.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DE EMERGENCIA EN MATERIA ENERGÉTICA

IRENE RUIZ OLMO
Contratada FPI
Universidad de Sevilla

Sumario: I. EL MERCADO DE ELECTRICIDAD FOTOVOLTÁICA ANTE LA CRISIS. II. MEDIDAS DE URGENCIA OPERADAS SOBRE EL SECTOR DE ENERGÍAS RENOVABLES. III. RECURSOS PLANTEADOS Y ALEGACIONES DE LOS RECURRENTES. IV. LA LÍNEA INTERPRETATIVA DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA. 4.1. La diferenciación entre recurso y cuestión de inconstitucionalidad, y sus efectos en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. 4.2. La extrema y urgente necesidad alegada por el ejecutivo y su lectura por parte de Tribunal Constitucional. V. CONCLUSIONES.

I. EL MERCADO DE ELECTRICIDAD FOTOVOLTÁICA ANTE LA CRISIS

En el presente trabajo se analizan las tesis mantenidas por el Tribunal Constitucional en las sentencias que resuelven los recursos interpuestos contra el RD Ley 14/2010 de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, contra el RD Ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de

energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos y RD Ley 2/2013 de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.

Estas normas introducen graves recortes en el régimen jurídico de la electricidad fotovoltaica y, pese a que difieren en su contenido, en los recursos interpuestos contra las mismas se alega la vulneración del principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 CE, en su vertiente de confianza legítima y han sido resueltos cuando la norma ya había sido derogada. Hecho que sin duda ha marcado la dirección de los argumentos esgrimidos por el Tribunal en perjuicio de los productores de renovables, pues las sentencias han considerado que habían perdido su objeto los aspectos sustantivos relativos a la vulneración de los principios constitucionales y solo ha examinado los requisitos formales exigidos en el artículo 86.1 CE para el uso del RD Ley.

Desde la aparición de la crisis económica, se ha operado una constante modificación de las normas reguladoras del mercado eléctrico, y más concretamente del régimen jurídico-económico de la electricidad fotovoltaica¹, resultando especialmente llamativo que se haya acudido desde el año 2009 a la figura del RD Ley para llevar a cabo estos cambios normativos, sin que a nuestro juicio ninguno de ellos justifique esa legislación de urgente y extraordinaria necesidad.

A lo largo de las siguientes páginas examinaremos el contenido normativo objeto de revisión constitucional, las alegaciones de los recurrentes y la posición del Tribunal Constitucional en los recursos, prestando especial atención a la jurisprudencia constitucional en relación con el presupuesto habilitante del Real Decreto Ley.

¹ Para un estudio exhaustivo de las modificaciones que han operado sobre el régimen jurídico de las energías renovables en los últimos años, nos remitimos a: GALÁN VIOQUE, R., “El ocaso de las energías renovables en España”, Comunicación presentada al XX Congreso ítalo-español de profesores de Derecho Administrativo, Roma, 2014; y DELGADO PIQUERAS, F., “El fomento de las energías renovables frente al cambio climático en la Unión Europea”, *Cursos de Postgrado en Derecho de la UCLM*, Toledo, 2015, texto mecanografiado.

II. MEDIDAS DE URGENCIA OPERADAS SOBRE EL SECTOR DE ENERGÍAS RENOVABLES

El excesivo desarrollo reglamentario que sobre el régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica se ha producido en los últimos años ha traído consecuencias de diversa índole. La principal consecuencia para los productores de esta tipología energética ha sido económica. Primero, por la aplicación de sucesivos recortes y, después, como consecuencia de la derogación del anterior régimen previsto y la instauración de un nuevo régimen que no guarda relación con el sistema retributivo bajo el que se realizaron las primeras inversiones. En la mayoría de los casos, los productores han ido recurriendo los preceptos que, a través de distintas normas, han ido modificando el régimen retributivo previsto en el RD 661/2007, de 26 de mayo y en el RD 1578/2008, por considerarlos contrarios a Derecho, mediante la interposición de los correspondientes recursos ante el TS. Determinadas Comunidades Autónomas también han recurrido las modificaciones contenidas en normas con rango de ley ante el TC.

Centrándonos en las recientes sentencias que resuelven los recursos de inconstitucionalidad planteados contra el RD Ley 14/2010, RD Ley 1/2012 y RD Ley 2/2013, a continuación señalaremos someramente en qué han consistido las modificaciones incluidas en estas normas de urgencia respecto al régimen contemplado en el RD 661/2007, de 26 de mayo y reformulado posteriormente por el RD 1578/2008, de 26 de septiembre.

En primer lugar, el RD Ley 14/2010, de 23 de diciembre mediante la disposición adicional primera, limitaba el número de horas de funcionamiento susceptibles de ser primadas. De esta forma, las instalaciones fotovoltaicas solo tendrían derecho a recibir el régimen retributivo previsto hasta alcanzar un número determinado de horas de referencia, que variaban en función de la ubicación de cada instalación, de acuerdo a la clasificación realizada por el Código Técnico de la Edificación.

Esta previsión se veía gravemente agudizada con carácter transitorio para los años 2011, 2012 y 2013 en la disposición transitoria segunda. En ella se determinaba que las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas de referencia fijadas en el propio RD Ley serían extraordinariamente reducidas hasta el 31 de diciembre de 2013. El impacto lesivo de esa última modificación se concreta en unas reducciones del régimen retributivo de alrededor de un 30%, aplicable a todas las instalacio-

nes durante estos tres años (esta disposición ha sido la única recurrida por Valencia y Extremadura).

La disposición final primera limitaba a 28 años el periodo respecto del cual se les reconocía a las instalaciones el derecho a obtener la tarifa regulada, frente a toda la vida útil de la instalación que preveía el RD 661/2007.

Posteriormente, el RD Ley 1/2012, de 27 de enero², procede a la suspensión del procedimiento de preasignación de la retribución para el otorgamiento del régimen económico primado (art.1 b) y a la supresión de los incentivos económicos para las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial que a su entrada en vigor no estuvieran inscritas en el antedicho registro³.

Por su parte, el RDL 2/2013, de 1 de febrero, introduce nuevas medidas tendentes a corregir los desajustes entre los costes del sistema eléctrico y los ingresos obtenidos a partir de los precios regulados mediante la modificación del sistema de retribución de las actividades reguladas y la fórmula de retribución a las instalaciones del régimen especial. Básica-

² Un exhaustivo análisis jurídico sobre su contenido y de cómo se ha solventado en los últimos años, por la jurisprudencia la tensión entre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y estabilidad regulatoria *Vid.* DEL GUAYO CASTIELLA, I., “Seguridad jurídica y cambios regulatorios (A propósito del Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribuciones y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, (2012), págs.217- 254.

³ Técnicamente, el Registro de preasignación de la retribución fue una sub-sección de la sección segunda del Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio; la inscripción en este Registro era condición necesaria para la concesión de las retribuciones correspondientes a las instalaciones de régimen especial (renovables). De este modo, las mencionadas inscripciones iban asociadas a un periodo temporal designado *convocatoria*, que daba derecho a percibir la retribución fijada para dicho periodo temporal en base a lo establecido en el artículo 4 del Real Decreto-Ley 6/2009, *por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social*, para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica que aspiraban a acogerse al régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo y en el RD 1578/2008, de 26 de septiembre. El objetivo de esta inscripción era llevar un control en relación con los objetivos de planificación. Para el caso concreto de la tecnología fotovoltaica, esta medida se aplicará a aquellas instalaciones que a la entrada en vigor del RD-Ley 1/2012 no estuviesen inscritas en el Registro de preasignación de retribución previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología.

mente se procede a la supresión de la prima prevista en la normativa del sector eléctrico para aquellas instalaciones de régimen especial que vendan la energía producida en el mercado, y se sustituye el índice de actualización de los costes del sector eléctrico (retribuciones, tarifas y primas), pasando del IPC normal al IPC a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos.

Debe destacarse que en los preámbulos de estas tres normas de urgencia, como justificación a la introducción de las medidas descritas, se alude a la “compleja situación económica y financiera que amenaza la sostenibilidad económica del sistema eléctrico”.

III. RECURSOS PLANTEADOS Y ALEGACIONES DE LOS RECURRENTES

Las modificaciones contenidas en las normas descritas anteriormente, han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por diversas Comunidades Autónomas⁴. Los preceptos contenidos en diversas normas que han sido impugnados, tienen una conexión material entre sí, en la medida en que se refieren a aspectos concretos de la regulación del régimen energético, concretamente en los que al régimen económico de las energías renovables se refiere, y además, a todos ellos se les imputa un mismo reproche genérico de inconstitucionalidad pues de una forma u otra, afectan a la retribución a recibir por los productores de energías renovables.

Consecuentemente, a todos estos preceptos a juicio de los recurrentes, se les reprocha entre otros, una supuesta vulneración del principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 CE, en su vertiente de

⁴ Concretamente, el RD Ley 14/2010 ha sido recurrido por Murcia (recurso de inconstitucionalidad 5150-2011- STC 96/2014, de 12 de junio de 2014), Valenciana (recurso de inconstitucionalidad 1750-2011-STC 109/2014, de 26 de junio de 2014) y Extremadura (recurso de inconstitucionalidad 5150-2011-Auto 200/2014, de 22 de julio de 2014). El RD Ley 1/2012 lo ha sido por parte de Galicia (recurso de inconstitucionalidad 6045-2012- STC 48/2015, de 5 de marzo de 2015), Extremadura (recurso de inconstitucionalidad 6066-2012- STC 105/2015, de 28 de mayo de 2015) y Canarias (recurso de inconstitucionalidad 6084-2012- STC 106/2015, de 28 de mayo de 2015). Por último, el RD Ley 2/2013 ha sido recurrido por Andalucía, que ha recurrido conjuntamente diversos preceptos de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar y otras medidas de carácter económico y social y del Real Decreto-ley 2/2013 (recursos de inconstitucionalidad 1780-2013- STC 183/2014, de 6 de noviembre de 2014) y por Extremadura (recurso de inconstitucionalidad 6412-2013- STC 28/2015, de 19 de febrero de 2015).

confianza legítima. Otro de los motivos comunes de estos recursos de inconstitucionalidad, tiene que ver con la técnica legislativa mediante la que se han articulado estas modificaciones. Esto es, ausencia del presupuesto habilitante para realizar las modificaciones normativas expuestas mediante Real Decreto-Ley, dado que las medidas adoptadas no guardan una conexión que justifique su adopción urgente y excepcional y además, porque con la adopción de estas medidas no se solventa el problema de déficit de tarifa que a juicio del Gobierno justifica la adopción de las mismas, es decir, no existe una conexión de sentido entre la situación que da pie a la legislación de urgencia y las normas arbitradas.

Todos los recursos han sido desestimados en su totalidad en lo que a la vulneración del artículo 9.3 CE se refiere, pues se ha declarado la pérdida sobrevenida del objeto de los recursos por la derogación de los preceptos de las normas impugnadas en el momento en el que se han resuelto. Sin embargo, la pérdida sobrevenida del objeto de los recursos según el criterio mantenido por el TC, no impide controlar si el ejercicio de la potestad reconocida al Gobierno por el artículo 86.1 CE se realizó siguiendo los requisitos establecidos en dicho precepto constitucional, cuya inobservancia constituiría una infracción que sólo puede repararse con una declaración de inconstitucionalidad (STC 68/2007 FJ 4). De hecho, para el TC el examen de las infracciones que se refieren al artículo 86 CE ha de ser prioritario en el orden de enjuiciamiento, siendo innecesario el examen del resto de las alegaciones cuando es estimada la alegación relativa al artículo 86 CE (SSTC 11/2002 FJ 2; 332/2005 FJ 4; 31/2011 FJ 2; y 1/2012 FJ 3).

IV. LA LÍNEA INTERPRETATIVA DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

4.1. **La diferenciación entre recurso y cuestión de inconstitucionalidad, y sus efectos en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional**

Como hemos advertido anteriormente, en los recursos planteados, el TC ha sorteado entrar en el contenido material de la norma por razones exclusivamente formales, basándose en la distinción entre la función jurídica del recurso de inconstitucionalidad frente al de la cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 96/2014, FJ 2; 28/2015 FJ 2);

De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es correcto. Sin embargo, esta doctrina no deja de ser ambigua. La regla general

establecida por el Tribunal es que, si tras la interposición del recurso de inconstitucionalidad y antes de dictarse sentencia, se produce la derogación de la norma impugnada o ésta pierde su vigencia, debe apreciarse una pérdida sobrevenida del objeto del recurso (STC 96/2014 FJ 2). En cambio, en la cuestión de inconstitucionalidad, la solución puede ser otra, en cuanto la validez de la norma -aún derogada- puede requerir un juicio de constitucionalidad (SSTC 385/1993 FJ 2; 111/1983 FJ 2; 96/2014, FJ 2; 28/2015 FJ 2;). De modo que, *“a diferencia de lo que, por regla general, acontece en los recursos de inconstitucionalidad, en las cuestiones de constitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación, modificación o sustitución de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que tras esa derogación, modificación o sustitución resulte o no aplicable al proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo”* (SSTC 199/1987 FJ 3; 174/1998 FJ 1; 273/2000 FJ 3; 108/2001 FJ 4; 37/2002 FJ 3; y 81/2009 FJ 2).

Sin embargo, el TC ha manifestado ciertas excepciones a este criterio general. El TC ha matizado que *“ante la circunstancia sobrevenida de la derogación del precepto legal objeto del recurso durante la tramitación del mismo, el Tribunal debe apreciar si la misma conlleva la exclusión de toda aplicabilidad de la Ley. Si así fuera no habrá sino que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto del proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no pueden hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional”* (SSTC 160/1987 FJ 6; 199/1987 FJ 3; 150/1990 FJ 8; 385/1993 FJ 2; 196/1997 FJ 2; 137/2003 FJ 2; 105/2015 FJ 2, entre otras).

En consonancia con este criterio, sostiene que, pese a que no tiene sentido continuar el proceso sobre la inconstitucionalidad de normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento, sin ultractividad, por idéntica razón, para excluir toda aplicación posterior de la disposición legal controvertida, privándola así del vestigio de vigencia que pudiera conservar, puede resultar útil -conveniente- su enjuiciamiento aún cuando haya sido derogada (SSTC 160/1987 FJ 6; 385/1993 FJ 2). En este sentido, como sostiene Delgado Echeverría parece que la expresión “vestigio de vigencia” no es otra cosa que un expediente lingüístico descriptivo o expresivo, más que un concepto teórico explicativo⁵.

Añadidamente, debemos precisar que, en los recursos de inconstitucionalidad planteados frente a controversias de índole competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o de éstas entre sí, la derogación

⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad”, *Derecho privado y Constitución*, núm.17, (2003), pág. 205.

del precepto legal impugnado no extingue el objeto del recurso, por tanto tampoco se tiene en cuenta la aplicabilidad de la ley derogada. La justificación a este caso particular estaría fundamentada en el hecho de que *“lo que debiera ser objeto propio de un conflicto positivo de competencias como cauce procesal específico, ha de configurarse como fundamento de una pretensión de inconstitucionalidad por razón del rango legal de la norma controvertida”* (SSTC 182/1988 FJ 1; 196/1997 FJ 2; y 14/1998 FJ 3).

De la misma forma, podría sorprender de acuerdo a la proyección de este planteamiento, que el TC eluda entrar en el fondo del asunto por entender que los preceptos impugnados han perdido su vigencia y no siguen generando efectos, pero que muestre tanto interés en analizar la legitimidad constitucional de la adopción de una norma de urgencia, pues si bien es cierto que concierne más al análisis de la técnica legislativa utilizada, una cuestión formal de valoración del presupuesto habilitante, en nuestra opinión no dejaría de ser igualmente misma ratio, por los mismos motivos.

4.2. La extrema y urgente necesidad alegada por el ejecutivo y su lectura por parte de Tribunal Constitucional

La doctrina que el TC ha ido construyendo a lo largo de los años sobre el presupuesto habilitante del uso del RD Ley se ha plasmado, como resulta obvio en los recursos estudiados. Se basa en un juicio sobre la regularidad constitucional de la cláusula de la extraordinaria y urgente necesidad que ha de superar un doble canon: el primero, consiste en la identificación por el Gobierno de manera explícita y razonada de la concurrencia de esa singular situación, la extraordinaria y urgente necesidad, determinante de la aparición del presupuesto que le habilita para dictar con carácter excepcional unas normas dotadas de los atributos del rango y la fuerza propios de las leyes formales. El segundo canon se concreta en la existencia de una conexión de sentido o relación de adecuación entre ese presupuesto habilitante y las medidas contenidas en la norma de urgencia, de modo que éstas, como igualmente ha razonado la jurisprudencia constitucional, han de guardar una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar (SSTC 29/1982, 6/1983, 177/1990, 23/1993, 182/1997, 237/2012, STC 237/2012, 39/2013, 96/2014, 48/2015, 105/2015).

Tras reproducir las justificaciones introducidas por el Gobierno en el preámbulo de las normas y constatar que siguen la misma línea que los motivos esgrimidos en el debate de convalidación, el TC en las sentencias estudiadas llega a la conclusión de que la situación de urgencia aparece

expresamente justificada. Consecuentemente, puede señalarse que el examen que realiza el TC es muy somero. El TC únicamente se encarga de constatar que hay una correlación entre los motivos que sirven de justificación en el preámbulo y los que se exponen en el debate parlamentario sobre las mismas. Sin embargo, el TC se exonera completamente de entrar a valorar en qué medida los recortes introducidos por los distintos RD Ley van a ayudar a mitigar el déficit tarifario y en qué grado el régimen especial primado ha repercutido sobre el déficit tarifario. Por tanto, ésta línea jurisprudencial manejada por el TC nos parece vaga en cuanto al control de constitucionalidad se refiere.

El pretexto de la crisis económica y de la sostenibilidad económica del sistema eléctrico (déficit tarifario) se ha convertido en una fórmula muy recurrida que, a tenor de la apreciación que realiza el TC en estos recursos, resulta suficiente y correcta para justificar la producción normativa mediante RD Ley⁶. Prueba de ello es que un mismo objetivo le ha servido al Gobierno para la aprobación de estos tres RD Ley, por lo que parece discutible la existencia de una situación de urgente y extraordinaria necesidad, y especialmente la calificación de imprevisibilidad de la situación de déficit tarifario.

Respecto al presupuesto de la extraordinaria necesidad de la medi-

⁶ En la sentencia 48/2015 en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Xunta de Galicia contra el RD Ley 1/2012, VALDÉS-DAL RÉ emite un voto particular en el que cuestiona la técnica legislativa utilizada. A juicio del magistrado *“la situación del sistema eléctrico, la compleja situación económica y financiera y la lucha contra el déficit tarifario son motivos que narran el contenido de la adopción de la disposición; pero ni justifican la aprobación mediante la promulgación del Real Decreto-ley impugnado, ni explican la razón que llevó al Gobierno a tramitar la suspensión del régimen primado de producción de energía eléctrica por medio de esa norma excepcional”*. El abusivo uso del RD Ley en ámbitos como por ejemplo, el derecho laboral, ha sido evidenciado por la doctrina en numerosas ocasiones. En esta rama del ordenamiento, los votos particulares han puesto de manifiesto – obviamente, entre otras cuestiones- una clara falta de correspondencia entre la extrema y urgente necesidad alegada por el Gobierno con los objetivos o finalidad de la norma posteriormente convalidada en el Congreso. Ejemplos de ello, en el voto particular al Auto de 12 de febrero de 2014, sobre la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3801-2013, promovida por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid, o el voto particular a la STC 119/2014 de 16 de julio de 2014 (recurso de inconstitucionalidad núm. 5603-2012) ambos del magistrado VALDÉS-DAL RÉ, refrendados por la magistrada ASUA BATARRITA y el magistrado ORTEGA ÁLVAREZ. Doctrinalmente denunciado en: VALDES DAL-RÉ, F., *“La reforma laboral de 2012: (Notas sobre su texto —sistemática interna y calidad técnica— y su contexto —la falta de correspondencia entre el objetivo proclamado y los objetivos realmente perseguidos—)”*, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2 (2013), pp. 1-10; en el mismo sentido *cfr.*: OLMO GASCÓN, M., *“De empresarios a emprendedores: La resiliencia empresarial a través de la devastación de los derechos laborales”*, *Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 381, (2014), págs. 16-56.

das contenidas en los RDL 14/2010, 1/2012 y 2/2013, éstas presentan una doble vertiente: su lejanía de las previsiones normales y su gravedad, capaz de hacer improcedente no afrontar la circunstancia con carácter inmediato, ofreciendo una solución rápida y eficaz a una situación coyuntural de muy difícil predicción en circunstancias ordinarias⁷. En base a ello debe cuestionarse en qué medida es urgente un problema estructural que lleva manteniéndose desde el año 2000 y cuya solución pasa por realizar un análisis global del sistema eléctrico. No entendemos dónde encaja la falta de previsibilidad de la situación, pues era totalmente previsible que fuera a seguir aumentando. Además, en todo caso la cuestión puede ser evaluada desde otro punto de vista, dado que se trata de un problema estructural de nuestro sistema eléctrico.

En el marco de estas reflexiones, debe señalarse que recientemente el TC se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del RD Ley 20/2012 de 13 de julio⁸, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Esta norma de urgencia dictada con el objeto último de reducir nuevamente el déficit de tarifa, mediante la obligatoriedad de incluir un suplemento territorial para cubrir la totalidad del sobrecoste de los tributos que graven las actividades o instalaciones destinadas al suministro eléctrico, parece que ha marcado un punto de inflexión en lo que a la urgente y extraordinaria necesidad debe entenderse.

El Tribunal señala en primer lugar que el objetivo que se persigue con las modificaciones contenidas en esta norma, esto es, la no generación para el sistema eléctrico de costes adicionales generados en ámbitos territoriales limitados, ya podía atenderse con la regulación anterior (artículo 17.3 de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico tras la reforma llevada a cabo por la Ley 17/2007 de 4 de julio). En segundo lugar, considera que la genérica referencia a “la actual coyuntura económica y la inexcusable necesidad de reducir el déficit público para alcanzar la estabilidad presupuestaria”, y concretamente en lo que al sector eléctrico se refiere “déficit tarifario y sostenibilidad económica del sector”, no es una justificación suficiente capaz de respaldar la urgencia de la modificación (STC 136/2015 FJ 6).

⁷ CALVO GALLEGO, FJ. y CARMONA CONTRERAS, A., “Técnica normativa y papel del Real Decreto-Ley: sobre los posibles excesos en la apreciación de la urgencia y de la delegación reglamentaria en el RDL 5/2002”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, (2003), pág. 501.

⁸ Recurso de inconstitucionalidad 2205-2013- STC 136/2015 de 11 de junio de 2015.

V. CONCLUSIONES

El hecho de que el TC no se haya pronunciado sobre el fondo de la cuestión deja sin tutela constitucional los derechos de los productores de electricidad con energías renovables, puesto que, pese a que la norma fue derogada, las modificaciones introducidas por la norma han sido aplicadas y han generado efectos muy desfavorables.

Desde el punto de vista práctico y para garantizar la precisa seguridad jurídica ¿no es justo que se analice si una norma con rango de ley que ha generado efectos era válida? El problema de fondo es admitir los efectos de una posible declaración de inconstitucionalidad de la norma, que traiga consigo el restablecimiento de las situaciones anteriormente creadas.

En este sentido cabría cuestionarse hasta qué punto el TC permitiría o avalaría las repercusiones económicas derivadas del proceso de control de la norma. Por ejemplo, el efecto económico de la declaración de inconstitucionalidad del RDL 14/2010 traería consigo importantes consecuencias económicas al sistema eléctrico, de tal forma que quizá, esta vez han pesado en la ponderación del interés general. Queda de manifiesto que esta línea interpretativa rebasa los argumentos puramente jurídicos, lo que a todas luces, es discutible.

BIBLIOGRAFÍA

- CALVO GALLEGO, F.J. y CARMONA CONTRERAS, A., “Técnica normativa y papel del Real Decreto-Ley: sobre los posibles excesos en la apreciación de la urgencia y de la delegación reglamentaria en el RDL 5/2002”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, (2003).
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad”, *Derecho privado y Constitución*, núm.17, (2003).
- DELGADO PIQUERAS, F., “El fomento de las energías renovables frente al cambio climático en la Unión Europea”, *Cursos de Postgrado en Derecho de la UCLM*, Toledo, 2015, texto mecanografiado.

- DEL GUAYO CASTIELLA, I., “Seguridad jurídica y cambios regulatorios (A propósito del Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribuciones y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, (2012).
- GALÁN VIOQUE, R., “El ocaso de las energías renovables en España”, Comunicación presentada al XX Congreso ítalo-español de profesores de Derecho Administrativo, Roma, 2014
- OLMO GASCÓN, M., “De empresarios a emprendedores: La resiliencia empresarial a través de la devastación de los derechos laborales”, *Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 381, (2014)
- VALDES DAL-RÉ, F., “La reforma laboral de 2012: (Notas sobre su texto —sistemática interna y calidad técnica – y su contexto – la falta de correspondencia entre el objetivo proclamado y los objetivos realmente perseguidos–)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, (2013).

6.

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL: RELACIONES ENTRE NORMATIVA GENERAL Y NORMATIVA SECTORIAL. INCÓGNITAS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SOLUCIONES EN EL DERECHO PORTUGUÉS

EMILIO GUICHOT

Catedrático acreditado de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

Instituto Universitario García Oviedo

Sumario: I. PLANTEAMIENTO. II. EL SILENCIO EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. 2.1. Consideración general. 2.2. El silencio en la normativa general de acceso a la información pública y reutilización. 2.3. El silencio en las Directivas de acceso a la información ambiental y en las Leyes españolas de transposición. 2.4. ¿Supletoriedad de la LTBG o de la LRJAP-PAC? ¿Silencio positivo o negativo en materia ambiental? III. LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE CONTROL EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. 3.1. Consideración general. 3.2. Las autoridades independientes en las leyes españolas, estatal y autonómicas, de transparencia y acceso a la información. 3.3. La tutela del derecho de acceso a la información ambiental en la Directiva y en la LAIA. 3.4. ¿Extensión de las competencias de las autoridades independientes de control a las solicitudes de acceso a la información ambiental? IV. CONCLUSIÓN

I. PLANTEAMIENTO

En España, el segundo apartado de la reciente Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LTBG) establece que “se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”. El tercer apartado, dispone que “en este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización”.

El alcance de esta previsión de supletoriedad no es evidente en diversos sentidos. En este trabajo nos limitaremos a indagar en dos cuestiones. La primera, si podría extenderse el régimen del silencio negativo previsto en la LTBG a las solicitudes de información ambiental, donde la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (en adelante, LAIA) no dice nada y por aplicación de la regla supletoria de la LRJAP-PAC, como veremos, se interpreta que el silencio es positivo. La segunda, si es posible extender la garantía de tutela del derecho de acceso por una autoridad independiente prevista en la LTBG al acceso a la información ambiental, teniendo en cuenta que la LAIA remite las vías de impugnación a los recursos generales administrativos y judiciales.

Sólo la práctica de las autoridades independientes y, en su caso, la jurisprudencia, contribuirá a despejar estas incógnitas, pero aquí pretendemos aportar algunos elementos de debate, a través de la aplicación de la lógica jurídica y del espejo que puede brindar el Derecho comparado (con una especial referencia al portugués) y bajo la premisa de la búsqueda de dotar de eficacia (de “efecto útil” por usar la terminología comunitaria) a los derechos¹.

En realidad, debo al menos dejar constancia de que planea sobre estas cuestiones un tema previo y fundamental: si tiene algún sentido man-

¹ En el caso de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público (en adelante, LRISP), su artículo 10.8 prevé el silencio negativo y su artículo 10.7 se limita a señalar que la resolución deberá contener una referencia a las vías de recurso a las que pueda acogerse el solicitante. Ciertamente, esta Ley ha sido recientemente reformada por la Ley 18/2015, de 9 de julio, que además se refiere a la LTBG en los artículos 3.3.a) y 3.4, en materia de límites al acceso. Bien podría haberse pronunciado el legislador con ocasión de su aprobación, para despejar esta incógnita.

tener una triple regulación legal (LTBG, LRISP y LAIA) con una delimitación de ámbitos de aplicación difusa y soluciones en ocasiones diversas para las mismas cuestiones de fondo. El “origen” (por no utilizar el término “razón”) de esta triple regulación es, a mi juicio, puramente histórico y coyuntural: la LTBG, que conceptualmente debiera haber sido la primera en aprobarse como régimen general del acceso a cualquier tipo de informaciones, la última cronológicamente hablando y las aprobaciones previas de la LRISP y de la LAIA es el resultado de la obligación de transponer sendas Directivas comunitarias.

II. EL SILENCIO EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

2.1. Consideración general

Prever que contra la falta de resolución en plazo de las solicitudes de acceso a la información la solución consiste en acudir a una autoridad independiente de control, sea administrativa o judicial, es la solución uniforme en el Derecho europeo² y comparado³. En los ordenamientos que han partido del principio del “recurso contra el acto”, se ha construido a menudo a través de la figura del silencio desestimatorio, que, como es sabido, y constituye teoría general del acto administrativo que no es esta sede para reproducir, no es sino un mecanismo de garantía para evitar que un

² El Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos de 18 de junio ha sido denegado expresamente o implícitamente, parcialmente o por completo, tendrá acceso a un procedimiento de reclamación antes de la apelación ante un tribunal u otra institución independiente e imparcial establecida por la ley. El Reglamento 1049/2001, del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, prevé en su artículo 8.3 que: “La ausencia de respuesta de la institución en el plazo establecido se considerará una respuesta denegatoria y dará derecho al solicitante a interponer recurso judicial contra la institución y/o reclamar ante el Defensor del Pueblo Europeo, con arreglo a las disposiciones pertinentes del Tratado CE.”

³ A veces se cita como excepción la Ley Federal mejicana de transparencia y acceso a la información pública gubernamental, que establece en su artículo 53 el silencio positivo; en realidad no se trata de un silencio positivo genuino, en la medida en que su efecto es desplazar a la Autoridad independiente de control, el Instituto Federal de Acceso a la Información, la apreciación sobre la concurrencia o no de excepciones y por tanto, el resultado final es similar a los casos de silencio negativo (“La falta de respuesta a una solicitud de acceso, en el plazo señalado en el Artículo 44, se entenderá resuelta en sentido positivo, por lo que la dependencia o entidad quedará obligada a darle acceso a la información en un periodo de tiempo no mayor a los 10 días hábiles, cubriendo todos los costos generados por la reproducción del material informativo, salvo que el Instituto determine que los documentos en cuestión son reservados o confidenciales”).

incumplimiento de la obligación de resolver en plazo lleve al ciudadano a un *impasse* sin solución⁴.

Como es sabido, en el Derecho español, desde la LRJAP-PAC de 1992 se prevé el silencio positivo salvo en los casos establecidos en la propia Ley o en Leyes especiales o en normas de Derecho de la Unión Europea. Se han vertido ríos de tinta sobre lo acertado o desacertado de este cambio, proclamadamente operado en beneficio de los ciudadanos⁵, que tal vez olvida que los ciudadanos somos parte en todo procedimiento administrativo, como solicitantes o como representados por la Administración en su tarea de garante del interés general. Además, la LRJAP-PAC exige, desde su reforma por Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que el silencio negativo se justifique “por razones imperiosas de interés general”. Curiosamente, este principio tiene alcance general, cuando su origen es por todos conocido: se deriva de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y se refiere a los procedimientos de autorizaciones y licencias de actividades económicas privadas, en línea con la finalidad de eliminar “obstáculos” al ejercicio de la libertad de empresa que también ha justificado la sustitución de las autorizaciones, allí donde los intereses públicos en juego lo permitan, por las declaraciones responsables y comunicaciones previas.

Como decía, la generalidad de las leyes de acceso a la información

⁴ Como establece en España el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJAP-PAC): “La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.”

⁵ Exposición de Motivos de la LRJAP-PAC: “La Ley introduce un nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano, superando la doctrina del llamado silencio administrativo. Se podría decir que esta Ley establece el silencio administrativo positivo cambiando nuestra norma tradicional. No sería exacto. El objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido. El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista. Lógicamente, la citada regulación se complementa con la inclusión posterior, como supuesto de nulidad de pleno derecho, de los actos presuntos o expresos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.”

anuda efectos desestimatorios a la falta de resolución de solicitudes en plazo. Me atrevo a afirmar que en esta materia sólo cabe razonablemente esta solución. Y ello por toda una serie de razones que, pese a su obviedad, como se verá, es en España del todo necesario apuntar.

En primer lugar, y con carácter fundamental, porque es la única solución que permite salvaguardar los intereses públicos y privados de relevancia constitucional que constituyen límites a la transparencia en todos los ordenamientos jurídicos, como la seguridad, la defensa, las relaciones exteriores, el derecho a la intimidad, el derecho a la tutela judicial efectiva, la defensa del medio ambiente, etc.⁶ Que el mero transcurso del plazo pueda determinar el derecho incondicional a obtener la información solicitada, cualquiera que sea el perjuicio que ello pueda ocasionar para estos bienes constitucionales, es una auténtica aberración jurídica. ¿Qué mayor “razón imperiosa de interés general” en la terminología de la LRJAP-PAC de origen comunitario –por lo demás, como dijimos, pensada para evitar obstáculos innecesarios a las actividades económicas, esto es, para otro contexto – que la salvaguarda de bienes como los enunciados? ¿Acaso la sociedad estaría dispuesta a que por el mero transcurso del plazo para recurrir hubiera que desvelar planes de lucha contra el narcotráfico o el historial clínico de cualquier ciudadano? Obviamente, el silencio no es una opción, sino un incumplimiento de la obligación de resolver en plazo que en su caso debe dar lugar a responsabilidad disciplinaria y cuando se den los presupuestos, patrimonial de la Administración. No es una opción, decimos, sino una garantía frente a la parálisis a la que en otro caso llevaría a los procedimientos en los ordenamientos latinos crecidos al calor de la doctrina del “proceso al acto”.

En segundo lugar, por cuanto el acceso a la información es un derecho que exige para su satisfacción el cumplimiento de una obligación de hacer, de tal modo que un silencio negativo es una vía adecuada para acudir a una autoridad independiente, administrativa o judicial, que enjuicie el fondo del asunto y en su caso ordene a la Administración la entrega de información. Vía que además de adecuada será efectiva si se dan las condiciones de agilidad y a ser posible gratuidad en la vía de revisión. Pongámonos en el caso contrario: el establecimiento del silencio positivo. En ese supuesto, el solicitante tendrá que hacer valer su derecho ante la propia Administración que ha dado la llamada por respuesta, por lo que puede intuirse que ésta sea también la respuesta a un posterior requerimiento de entrega de la información en cumplimiento del derecho adquirido por si-

⁶ Remitiéndonos a las leyes españolas, véanse los artículos 14 y 15 LTBG, 13 LAIA y 3 LRISP.

lencio (máxime cuando el Derecho puede prever sanciones disciplinarias e incluso penales en caso de revelación de secretos, piénsese por ejemplo, en información que contenga datos íntimos de terceros). Es decir, el silencio positivo no permite la satisfacción inmediata del derecho, como sí ocurre en los casos en que se solicitan autorizaciones para realizar actividades que el ciudadano puede llevar a cabo por sus propios medios, campo éste donde el silencio positivo puede ser operativo, y siempre con advertencia de los riesgos que supone el ejercicio de esa autoridad sin previo control de legalidad para la protección de los intereses públicos que justifican el sometimiento de la actividad a previa autorización.

Ante esa tesitura, lo único que podrá hacer el ciudadano es acudir ante los tribunales contencioso-administrativos reclamando la ejecución de acto firme, previa espera de los plazos para que los mismos adquieran firmeza y solicitud previa de ejecución ante la propia Administración, que tiene un plazo de un mes para atender o no el requerimiento⁷. Ahora bien, ha de subrayarse que, como dispone la LRJAP-PAC, el silencio positivo es un auténtico acto declarativo de derechos⁸, y que no cabe una posterior resolución expresa denegatoria, ni en los casos en que del análisis de la solicitud que la información no puede darse so pena de lesión de algunos de los bienes constitucionales públicos o privados en juego⁹. Tampoco cabe a los tribunales resolver fuera del *petitum* del recurso por inexecución de acto administrativo firme: esto es, no puede entrar en el fondo acerca de la existencia o no de algún límite legal al acceso a la información, sino que debe, en puridad, limitarse a constatar su efectiva producción –como muestra la jurisprudencia que analizaremos, infra, si bien puede verse tentado a resolver sobre el fondo, máxime cuando sobre el fondo versará la generalidad de las veces la contestación de la demanda por parte de la Administración–.

Ciertamente, cabría en estos casos a la Administración poner en marcha una revisión de oficio, en los términos establecidos en los artículos 102 o 103 LRJAP-PAC. Nótese, a la Administración y sólo a ella, no así a todos los sujetos obligados por las leyes de transparencia que no tienen esta naturaleza y para los que no cabría esta opción. La vía del artículo 102 LR-

⁷ Artículo 29.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA).

⁸ Artículo 43.2 LRJAP-PAC: “La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”.

⁹ Artículo 43.3 LRJAP-PAC: “La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen: a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.”

JAP-PAC está reservada a los actos nulos de pleno derecho favorables a un ciudadano. Como es sabido, se consideran como tales sólo los enumerados en el artículo 62 de la citada Ley o los establecidos expresamente como causas de nulidad en leyes sectoriales. No siempre será el caso (tal vez cuando afecten a derechos fundamentales de terceros como la intimidad o la propiedad intelectual o industrial estarán incursos en el supuesto de los actos “que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”; o cuando se refieran a información inexistente pueda argüirse que se trata de un acto de “contenido imposible”) e incluso en esos supuestos presupone un examen de fondo que detecte la causa de nulidad – esto es, el mismo esfuerzo que el de resolver la solicitud – y poner en marcha todo un procedimiento garantista que incluye el pronunciamiento del máximo órgano consultivo. En la mayoría de los casos (p. ej., una información que afecte a la defensa o la seguridad nacional) se tratarían de actos anulables y por tanto, y conforme a lo establecido en el artículo 103 LRJAP-PAC cabría tan sólo un procedimiento que terminaría con una declaración de lesividad y posterior impugnación por la propia Administración ante los tribunales contencioso-administrativos. En el entretanto, habría que suspender la eficacia del acto presunto estimatorio, pues de lo contrario los procedimientos de revisión quedarían sin objeto una vez facilitada la información y, en consecuencia, se produciría una lesión definitiva de los bienes públicos y privados constitucionales en juego. En definitiva, un inmenso coste en tiempo y dinero tanto para el ciudadano como para la Administración; un matar moscas a cañonazos.

Como se verá, *infra*, se han formulado en España, aunque pueda resultar sorprendente, tanto legal como jurisprudencial y doctrinalmente, algunas construcciones de lo que podríamos calificar del “silencio positivo condicionado”. Esto es, se viene a intentar compatibilizar una apuesta por el silencio positivo, de una parte, con la legitimación de que la Administración no cumpla con la obligación que de él deriva de entrega de la información solicitada en los casos en que pueda poner en riesgo los bienes públicos y privados contemplados en la propia normativa reguladora del derecho de acceso. Un planteamiento tal, creo, no requiere de mucha contraargumentación. De una parte, porque desconoce por completo la naturaleza del silencio positivo que “tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento” y que no admite resolución posterior en contrario, como ya apunté. Permitir que la Administración incumpla simple y llanamente una obligación de hacer es enterrar el principio de legalidad. Por lo demás presupone un análisis sobre el fondo que es precisamente el que la Administración habrá omitido. Defender que en su caso

se reclame ante los tribunales contencioso-administrativos y sean éstos los que estudien el fondo supone, de nuevo, desconocer cuáles son las facultades judiciales en un recurso por inejecución de acto firme.

En fin, siendo estos los elementos de juicio, la pregunta que aflora es cómo puede defenderse el silencio positivo, en qué argumentos de política legislativa puede apoyarse. Y en esto, como veremos, hay unanimidad entre sus defensores: se basan en el efecto incentivador del cumplimiento en plazo que tendría el silencio positivo, y sobre todo en el efecto contrario desincentivador que tendría el silencio negativo. Pues bien, en esta clave de análisis ya no jurídico sino de “sociología de la Administración” (por así decirlo) hay que apuntar que la realidad desmiente este *a priori*. En efecto, en España el número de solicitudes no resueltas en plazo ha sido muy superior bajo un régimen de silencio positivo (el de la LRJAP-PAC) de lo que comienza a serlo bajo un régimen de silencio negativo (el de la LTBG). ¡Y todo ello sin que haya habido sanción por mí conocida a funcionario o autoridad alguna por incumplimiento de su deber de resolver en plazo! Se muestra así que lo importante es la generación de una “cultura de la transparencia” que esta segunda Ley está empezando a crear¹⁰.

2.2. El silencio en la normativa general de acceso a la información pública y reutilización

La LTBG, ya desde su Anteproyecto, previó el silencio negativo en el caso de falta de notificación de las resoluciones en el plazo máximo de un mes (ampliable por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo haga necesario y previa notificación al solicitante)¹¹, sin aportar ninguna justificación¹².

¹⁰ En efecto, el informe realizado por una organización no gubernamental pro transparencia que centraliza solicitudes y respuestas (<http://blog.tuderechoasaber.es/category/ley-de-transparencia/>) revela que sólo en un año, el porcentaje de silencio ha disminuido del 57% al 42,7%, a la vez que también ha aumentado el porcentaje de respuestas favorables. Particularmente elocuente que son las Administraciones locales las que han conocido una mayor mejora de su porcentaje de resolución, del 81,3% al 54,4% ino estando aún en vigor para ellas la LTBG!

¹¹ Arts. 20.1 y 20.4.

¹² Tal vez hubiera sido procedente dar cuenta de estas razones en la Exposición de Motivos de la Ley, como pareció sugerir el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley (“En definitiva, a la vista de las anteriores consideraciones, queda claro que la regla contenida en el artículo 17.4 se encuentra amparada por los mencionados preceptos legales, si bien podría incluirse una remisión expresa a ellos, a fin de evitar cualquier duda que el establecimiento del silencio negativo pueda generar desde el punto de vista de su adecuación a Derecho”).

Esta previsión fue objeto de numerosas críticas, volcadas tanto en la consulta pública a la que se sometió el Anteproyecto de Ley, promovidas por organizaciones no gubernamentales pro transparencia. El Gobierno, no obstante, lo mantuvo, y encontró el respaldo de su opción en el Dictamen del Consejo de Estado¹³.

El debate se trasladó a sede parlamentaria. Los expertos comparecientes ante la Comisión Constitucional mostraron puntos de vista divergentes, desde los firmes partidarios de su mantenimiento, hasta los que mantuvieron una posición que podríamos calificar de más o menos tibia o los abiertamente partidarios del silencio positivo. La oposición al silencio negativo estuvo detrás de los motivos que sustentaron las enmiendas a la totalidad planteadas por diversos grupos parlamentarios¹⁴, como quedó de

¹³ En su Dictamen 707/2012 se recoge que “esta concreta opción ha sido objetada por muchos de los sujetos y entidades que han participado en el trámite de consulta pública electrónica”. Sin embargo, consideró que “la solución que el anteproyecto ha adoptado en este punto resulta lógica y adecuada a Derecho”. “Debe tenerse en cuenta, ante todo, el especial objeto sobre el que se proyecta el derecho de acceso que regula el anteproyecto, que no es otro que la información pública tal y como se define en el artículo 9. Esta información puede versar sobre una multiplicidad de actividades públicas y puede incluir en muchos casos datos relativos a materias o a terceros dignos de una especial protección. Desde esta perspectiva, es evidente que el derecho reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución y regulado más extensamente en la Ley proyectada puede potencialmente entrar en conflicto con otros derechos e intereses (el derecho a la intimidad, el derecho al honor o el derecho a la protección de datos de carácter personal, así como el secreto profesional, la propiedad intelectual o la protección del medio ambiente, entre otros) que, en determinados supuestos, hayan de prevalecer sobre aquel. Siendo ello así, no cabe admitir la posibilidad de que, como consecuencia de la falta de resolución expresa en plazo de una solicitud de acceso, estos derechos puedan resultar vulnerados. La sola necesidad de protegerlos frente a la posibilidad de que puedan verse afectados o vulnerados como consecuencia de la estimación presunta de las solicitudes de acceso a la información pública justifica *per se* la regla del silencio negativo contenida en el precepto examinado, por cuanto “la protección de los derechos” se configura en el artículo 3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, como una razón imperiosa de interés general, categoría en la que también se incluyen el orden público, la seguridad pública, la lucha contra el fraude o la protección del medio ambiente, entre otros ejemplos que igualmente permitirían sustentar en este caso la regla del silencio negativo. A este respecto debe recordarse que el artículo 43 de la Ley 30/1992, tras consagrar con carácter general la regla del silencio positivo en los procedimientos iniciados a instancia de los interesados, permite que una norma con rango de ley establezca el silencio negativo siempre que concurren “razones imperiosas de interés general”. En definitiva, a la vista de las anteriores consideraciones, queda claro que la regla contenida en el artículo 17.4 se encuentra amparada por los mencionados preceptos legales, si bien podría incluirse una remisión expresa a ellos, a fin de evitar cualquier duda que el establecimiento del silencio negativo pueda generar desde el punto de vista de su adecuación a Derecho.”

¹⁴ Presentaron y mantuvieron enmiendas a la totalidad Esquerra Republicana de Catalunya (con texto alternativo), Compromís-Equo, Unión Progreso y Democracia,

manifiesto en el debate¹⁵, en que los razonamientos en apoyo del silencio positivo fueron contestados con rotundidad por la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia¹⁶ y por el portavoz del Grupo Parlamentario Popular que lo sustentaba. Posteriormente, se plantearon diversas enmiendas al articulado por estos mismos grupos tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado postulando el silencio positivo, que fueron rechazadas. Sí se acogió a resultados de todos estos debates la tipificación como infracción grave de los incumplimientos reiterados de la obligación de resolver en plazo, a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora, como hace la LTBG en su artículo 20.6, y como leve los incumplimientos no reiterados, como hacen diversas leyes autonómicas.

Resulta remarcable que entre la doctrina que ha analizado la reciente regulación de la LTBG son mayoría los autores favorables al silencio positivo¹⁷ y minoritaria la opinión a favor de la pertinencia del silencio negativo

Izquierda Plural, Bloque Nacionalista Galego, por una valoración global del Proyecto como insuficiente.

¹⁵ Sesión plenaria núm. 111 de 30 de mayo de 2013, Diario de Sesiones del congreso de los Diputados núm. 117, p. 1.

¹⁶ Aludió a la escasez de medios de la Administración, a la opción por el silencio negativo en el Derecho comparado y a la previsión del Convenio Europeo de Acceso de los Documentos Oficiales, que presupone el silencio negativo y a la argumentación aportada por el Consejo de Estado de la necesaria protección de bienes públicos y derechos constitucionales. Se manifestó a favor como elemento disuasorio de las sanciones a autoridades y funcionarios que no resolvieran en plazo.

¹⁷ A favor claramente del silencio positivo se manifestaron ya durante la tramitación J. A. ÁLVAREZ MARTÍN (“La futura ley de Transparencia ¿una solución adecuada y creíble?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2012, pp. 35-54), M. GARCÍA ANÓN, “Algunas propuestas de cambio de texto del anteproyecto de Ley de Transparencia (<http://www.cepc.gob.es/docs/ley-de-transparencia/propuestas-mar%C3%ADa-garc%C3%ADa-a-%C3%B1%C3%B3n.pdf?sfvrsn=0>), o F. J. ENÉRIZ OLAECHEA (“El proyecto de Ley de transparencia: transparencia de la actividad pública y publicidad activa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2013, pp. 21-34. Con posterioridad a la aprobación de la LTBG, se han mostrado contrarios al silencio negativo, entre otros, A. RAMOS DE MOLINS (en DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO y TARÍN QUIRÓS, C. (coords.), *Transparencia y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, La Ley, Madrid, 2014, p. 396, por ser una “medida de ralentización de la puesta en práctica del derecho de acceso a la información pública en nuestro país”; y BALLESTEROS MOFFA, L. A., “La ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública: ¿el caballo de Troya de la transparencia?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161, 2014, pp. 75-100. M. A. BLANES CLIMENT, *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 657, o FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., en “Procedimiento administrativo e información del sector público”,

en la que abiertamente nos inscribimos, por las razones que apuntamos al comienzo de este epígrafe¹⁸.

El silencio negativo tiene carácter básico en la LTBG¹⁹, lo que a mi juicio no permite interpretar que el legislador autonómico de desarrollo o las ordenanzas locales puedan transformar el silencio en positivo bajo la argumentación de “ir más allá” o ser “más generoso”, porque la supuesta “generosidad” con el solicitante de información se troca en “más acá” y en “rigor” con los interés públicos o derechos individuales afectados por un silencio positivo. Sin embargo, la mala “venta” política del silencio negativo para la ciudadanía y los medios de comunicación y la voluntad de presentar las leyes autonómicas de transparencia como “más avanzadas” ha llevado a algunas leyes autonómicas a establecer un “aparente” silencio positivo. Y decimos aparente porque se excepciona cuando una norma con rango de ley así lo prevea y, en algunos casos, se precisa que en todo caso no puede jugar cuando concurren algunas de las limitaciones al derecho de acceso²⁰. Ahora bien,

en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *Régimen jurídico de la transparencia del sector público, Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 314-316.

¹⁸ De esta misma opinión, C. BARRERO RODRÍGUEZ, “El derecho de acceso a la información pública”, en GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 233-234. M. A. SENDÍN GARCÍA, M. A. (en RODRÍGUEZ ARANA, J. y SENDÍN GARCÍA, M. A., *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Comares, Granada, 2014, p. 184), considera que en este caso el silencio positivo no es eficaz (pese a que en caso de incumplimiento quepa el recurso contencioso por inactividad), y el negativo ofrece una mayor protección a los intereses públicos y privados que se podrían ver perjudicados, y que, por tanto, lo importante es obtener una respuesta explícita, y para ello reforzar el sistema disciplinario. S. FERNÁNDEZ RAMOS (en FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 237-241) defiende que “el silencio estimatorio en este tipo de procedimiento es, aparentemente, muy plausible, pero no está exento de inconvenientes que no podemos aquí exponer”.

¹⁹ Disposición Final Sexta.

²⁰ Comenzó el art. 30.2 de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra con una fórmula *sui generis*: “Si en el plazo máximo previsto para resolver y notificar no se hubiese recibido resolución expresa, se entenderá estimada la solicitud salvo con relación a la información cuya denegación, total o parcial, viniera expresamente impuesta en una norma con rango de ley”. ¿Cabía entender que la ley básica estatal que establece el silencio negativo transforma este precepto en carente de sentido? A mi juicio sí, pero forzar así la claridad de la norma por un argumento de mejor venta “política” resulta inaceptable desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Pues bien, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña en su artículo 35 ha retomado este “espíritu”, “perfeccionándolo” al reconocerlo y a la vez complementarlo con una prohibición de silencio contra los límites legales.

¿quién determinará si concurren los límites? ¡Para ello, es necesaria una resolución expresa! De tal modo que cuando el solicitante pida la ejecución del silencio positivo (el acceso a la información), se verá en realidad sometido, en el mejor de los casos, a un nuevo procedimiento de examen de su solicitud!

2.3. El silencio en las Directivas de acceso a la información ambiental y en las Leyes españolas de transposición

La LAIA incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE. Entre los derechos que reconoce se encuentra, en su artículo, 3.1.d), el derecho a recibir la información solicitada en los plazos máximos establecidos en el artículo 10, precepto que establece un plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud en el registro de la autoridad pública competente para resolverla, con carácter general, ampliable en casos excepcionales. Nada dice sobre el sentido del silencio.

Su precedente, la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, establecía en su artículo 4.1 un plazo máximo de resolución de dos meses y sentido desestimatorio del silencio, una decisión consciente del legislador, como muestra su explicación en la propia Exposición de Motivos de la Ley, que lo justifica en que en casos como éste se requiere la entrega efectiva de información, por lo que el silencio positivo no resulta efectivo, todo ello sin perjuicio de que exista una obligación legal de resolver y de la posibilidad de acudir a los tribunales ante un silencio negativo. Es más, la previsión fue objeto de deliberación parlamentaria, pues diversos grupos parlamentarios presentaron enmiendas a favor del silencio positivo, que fueron rechazadas²¹.

Sin embargo, esta última previsión hubo de ser suprimida mediante reforma por Ley 55/1999, de 29 de diciembre (Ley de acompañamiento) para adecuar la norma a la Directiva comunitaria, sin por ello contemplar expresamente el silencio positivo.

En efecto, la Comisión Europea, con el posterior refrendo del Tribunal de Luxemburgo, habían considerado que la previsión del silencio negativo (en diversos países de tradición jurídico administrativa francesa) era contraria a la Directiva. Y lo habían hecho a través de un razonamiento ambiguo por no decir contradictorio y jurídicamente ininteligible²².

²¹ Los Grupos Parlamentarios del Partido Popular e Izquierda Unidad. Lo relata FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a la información medioambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 172- 180, en p. 173, nota 296.

²² Su síntesis puede encontrarse en RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. .A. y APODACA

La Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente imponía la posibilidad de recurso judicial o administrativo frente a una solicitud “denegada o ignorada sin motivo justificado”, “de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional en la materia”. Había, pues, una referencia expresa a la posibilidad de recurso frente a silencio (ergo, la norma presuponía, negativo). La propia Comisión había admitido que la Directiva permitía un régimen nacional de silencio positivo o negativo²³. Sin embargo, en su Informe al Consejo y al Parlamento Europeo de 29 de junio de 2000 consideró que las leyes nacionales que preveían el silencio negativo se oponían al requisito establecido en el artículo 3.4 de la citada Directiva, que exige que se pongan de manifiesto a los solicitantes las razones del rechazo. Aun reconociendo que es una ficción para poder recurrir, consideró que “una ficción jurídica no debe aprovecharse en modo alguno para eximir a las autoridades públicas y a otros organismos de su obligación de justificar una denegación dentro del plazo especificado en la Directiva”. De esta forma, interpuso un recurso por incumplimiento contra Francia que dio origen a un pronunciamiento del TJUE dotado de una notable ambigüedad, por no decir, de una contradicción intrínseca. En efecto, consideró que en principio era compatible la figura del silencio negativo con la exigencia de la Directiva 90/313/CEE de una decisión motivada, siempre que con posterioridad y en el plazo máximo fijado por la Directiva (entonces, dos meses) se aportara la solicitante la justificación del rechazo a su solicitud²⁴. Como puede notarse, este peculiar “compromiso” sólo podía tener sentido en los casos en que el plazo recogido en la normativa nacional fuera inferior al de dos meses contemplado como máximo en la Directiva, y en todo caso obligaba a una justificación que pasaba, *per natura*, por un análisis sobre el fondo antes del citado plazo de dos meses, análisis que, por lo demás, bien podía concluir que no concurría ningún límite al acceso... Este pronunciamiento

ESPINOSA, A. R., *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006*, de 18 de julio, pp. 217-219. Comentarios monográfico a esta jurisprudencia en RAMS RAMOS, L., “Silencio negativo y obligación de motivar las denegaciones de acceso a la información medioambiental (a propósito de la STJCE de 21 de abril de 2005)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 128, 2005, pp. 709-726, y en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “El silencio administrativo en el acceso a la información en materia ambiental (Comentario a la STJCE de 21 de abril de 2005, asunto C-186/04)”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, 2006, pp. 163-175

²³ En su Informe sobre la aplicación (COM/2000/400 final) y en la propuesta de Directiva (COM/2000/402 final), como recogen RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A. y APODACA ESPINOSA, A. R., *op. cit.*, p. 217.

²⁴ STJUE de 26 de junio de 2003, Comisión contra Francia, C-233/00, Rec. p. I-6625, apartado 111.

fue ratificado en una posterior cuestión prejudicial, que considera que es la única interpretación que permite mantener el efecto útil de la Directiva, que implica que la autoridad pública está obligada a motivar toda decisión denegatoria de una solicitud de información. Si bien admite que pese a que un silencio desprovisto de motivación ulterior en el plazo máximo de dos meses es una decisión ilegal, sí es recurrible por el sistema de recursos previsto en la normativa nacional de transposición²⁵. Como puede verse, lo que podría calificarse como un pronunciamiento “de contenido imposible”, por parafrasear la causa de nulidad de pleno derecho del Derecho administrativo español²⁶, basado en una interpretación ilógica de la Directiva inspirada en tratar de evitar que los Estados incumplan la obligación de resolver expresamente en plazo y de salvaguardar así el efecto útil del derecho de acceso a la información ambiental reconocido en la Directiva²⁷.

Pues bien, como avanzamos, la Ley 55/1999 procedió a suprimir la referencia al silencio negativo de la Ley 38/1995, sin consagrar de forma expresa el silencio positivo, que no obstante se entiende que rige por la aplicación supletoria de la tan cuestionada y cuestionable previsión general

²⁵ STJUE de 21 de abril de 2005, *Pierre Housieaux contra Délégés du conseil de la Région de Bruxelles-Capitale*, Asunto C-186/04.

²⁶ En esta línea, S. FERNÁNDEZ RAMOS (*El derecho de acceso a la información medioambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 175), considera que se trata de cuestiones “resueltas de forma no exentas de ambigüedad” y que “desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, esta postura es contradictoria, pues se admite el carácter desestimatorio del silencio con la condición (de imposible cumplimiento) de que sea motivado”.

²⁷ Este pronunciamiento, por lo demás, se base en que la literalidad de la Directiva 90/313/CEE permitía—en una interpretación artificial y forzada—disociar plazo para resolver y plazo para dar una respuesta motivada. Su artículo 3.4 establecía que: “Las autoridades públicas deberán responder a los interesados lo antes posible y dentro de un plazo de dos meses. Se deberán indicar las razones de la denegación de la solicitud de información.” Y su artículo 4: “La persona que considere que su solicitud de información ha sido denegada o ignorada sin motivo justificado, o que haya recibido una respuesta inadecuada por parte de una autoridad pública, podrá presentar un recurso judicial o administrativo contra la decisión de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional en la materia.”. La actual Directiva 2003/4, del Parlamento europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, que sigue previendo la necesaria existencia de recurso en materia de acceso a la información ambiental (entre otros, en caso de solicitudes “ignoradas”) pero refiere el plazo, ahora reducido a un mes, a la puesta a disposición de la información (artículo 3.2), y determina que en ese mismo plazo se comunicarán al solicitante los motivos de la negativa a facilitar la información parcial o totalmente en la forma o formato solicitados (artículo 4.4, párrafo segundo). En realidad, consideramos permitiría a un Estado establecer un plazo de resolución más reducido de un mes, silencio negativo y posterior motivación dentro del plazo del mes. No compartimos, por ello, la interpretación de S. FERNÁNDEZ RAMOS (*El derecho de acceso a la información medioambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 176, que considera que la nueva Directiva descarta ya esta posible interpretación.

del artículo 43 LRJAP-PAC. Posteriormente la LAIA acogió esta misma “opción”: guardar silencio sobre el sentido del silencio.

Desde luego, la solución es plenamente insatisfactoria (si se me permite la asociación de palabras), por las razones materiales y procesales que expusimos al comienzo de este epígrafe. De su inadecuación dan cuenta la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

En efecto, en el plano legislativo, siendo la LAIA una ley básica, con apoyo en el artículo 149.1.23.^a CE, como establece su disposición final tercera, en ausencia de toda previsión sobre el sentido del silencio, las Comunidades Autónomas han podido legislar, y alguna de ellas lo hizo estableciendo el silencio negativo – optando por lo que juzgamos más coherente y a la vez comprometiendo una posible responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión europea, en su interpretación por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo a la que antes hicimos alusión²⁸.

En el plano judicial, la jurisprudencia ha sido zigzagueante, acogiendo interpretaciones diversas. Los Tribunales Superiores de Justicia en unos casos admitieron que en estos casos hay silencio positivo exigible en su caso a través de la vía del recurso por inexecución de acto firme del art. 29.2 LJCA, con derecho incondicional a la entrega de la información²⁹, en otros que se trata más bien de un caso de inactividad del art. 29.1 de la citada Ley y que la condena no obliga a la Administración a entregar la información que no posea o que esté afectada por alguna de las excepciones, sino a resolver de forma expresa y motivada³⁰, y en otros, finalmente, que rige el silencio negativo³¹. No obstante, un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo ha venido a confirmar la interpretación que hemos expuesto en estas páginas: el silencio es positivo habida cuenta de la falta de pronunciamiento en la LAIA y por la consiguiente aplicación de la regla supletoria de la LRJAP-PAC, siendo la vía del artículo 29.2 LJCA la vía procedente para hacerlo valer en caso de falta de ejecución por la Administración. En esta

²⁸ Era el caso de la Ley extremeña 5/2010, de 23 de junio, de prevención y calidad ambiental, que prevé que “en el caso de no facilitarse la información al solicitante en el plazo señalado deberá entenderse desestimada la solicitud” (art. 12.2), derogada por la Ley 16/2015, de 23 de abril, de protección ambiental de Extremadura.

²⁹ STSJ Valencia de 18 de diciembre de 2008, JUR 2009/130982, SSTSJ de Canarias de 24 de mayo de 2010, JUR 2011/9662, y 11 de junio de 2010, JUR 2011/8724, del TSJ Castilla-León de 25 de mayo de 2012, JUR 2012/254196.

³⁰ Así la STSJ de Canarias de 23 de noviembre de 2012, JUR 2013/162083..

³¹ STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2006, JUR 2007/167229. Y STJ del País Vasco de 16 de junio de 2003, JUR 2003/190588 (los propios demandantes de información habían interpretado como tal el silencio).

vía, no cabe ya invocar las excepciones al derecho de acceso previstas en la LAIA, sino que sólo procede constatar la producción del silencio positivo, y cumplir *in integrum* con la entrega de la información solicitada³².

En el plano doctrinal, diversos autores han puesto de manifiesto la improcedencia e incluso las desventajas procesales del silencio positivo en esta materia³³.

2.4. ¿Supletoriedad de la LTBG o de la LRJAP-PAC? ¿Silencio positivo o negativo en materia ambiental?

Una vez conocido el estado de la cuestión, queda “sólo” por resolver la gran pregunta: en ausencia de previsión expresa sobre el sentido del silencio en la LAIA, ¿ha de considerarse de aplicación supletoria el silencio positivo previsto en la LRJAP-PAC o el silencio negativo previsto en la LTBG? Siendo sin duda un tema argumentable en uno y otro sentido, me parece que tienen mucho mayor peso los argumentos que apuntan a la segunda solución, y sin embargo resulta destacable que autores que en su momento pusieron de manifiesto la inadecuación del silencio positivo en materia de acceso a la información ambiental se han decantado por la primera, considerando que haría falta una previsión legal expresa en la LAIA justificada en razones imperiosas de interés general³⁴ o, al menos, un cambio en la jurisprudencia comunitaria³⁵.

³² Se trata de la STS de 16 de enero de 2015, Ar. 276.

³³ Así, entre otros, para S. FERNÁNDEZ RAMOS (en *El derecho de acceso a la información medioambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 172- 180), o L. CASADO CASADO (en “Estudio sobre el alcance de la supletoriedad de la ley 19/2013, de 9 de diciembre”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, 2014, pp. 819-846, pp. 832-833; acoge la misma exposición que ya había desarrollado en CASADO CASADO, L. “El derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud”, en PIGRAU SOLÉ, A., (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 225-298).

³⁴ S. FERNÁNDEZ RAMOS (en IDEM, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 56, nota 106): “Una cuestión específica es la relativa al silencio administrativo en los procedimientos de solicitud de acceso a la información medioambiental, puesto que la Ley 27/2006 no se pronuncia expresamente sobre este aspecto, ¿debe entenderse que será de aplicación el sentido desestimatorio del silencio ordenado en la LTBG? En nuestra opinión no cabe esta interpretación, pues la LRJPAC –art. 43.1– exige claramente que el silencio se fije en una norma con rango de Ley, y de modo justificado, de modo que no cabe la aplicación por vía supletoria del silencio desestimatorio establecido en otra Ley”.

³⁵ L. CASADO CASADO (“Estudio sobre el alcance de la supletoriedad de la ley 19/2013, de 9 de diciembre”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, 2014, pp. 819-846, en pp. 836-838) considera que: “Sin embargo,

Por nuestra parte, apuntamos en otro lugar que la supletoriedad de la LTBG sólo puede operar en los aspectos no regulados en la LAIA, pero que, al ser el silencio una materia no regulada, la extensión del silencio negativo era cuestionable, de tal modo que habría que esperar a la respuesta que dieran las autoridades administrativas independientes y los tribunales³⁶. Como el tema es relevante y aún no se ha producido dicha respuesta, nos parece que hay argumentos sólidos para defender que la aplicación supletoria de la LTBG. Entre ellos, la falta de regulación del silencio en la LAIA, la llamada expresa de la LTBG a su aplicación supletoria a la normativa de acceso a la información ambiental, siendo normativa específica sobre acceso a la información respecto a la LRJAP-PAC y a la vez general dentro de ese bloque normativo; la difícil distinción en el propio campo de aplicación de la normativa sobre acceso (LTBG, LRISP, LAIA) y la pertinencia de un régimen uniforme del silencio; la inadecuación del silencio positivo para dar una respuesta adecuada al derecho de acceso de los ciudadanos en el caso de los derechos que requieren una actuación positiva por parte de la Administración para hacerse efectivo y para garantizar los intereses públicos y privados de alcance constitucional en juego y por el contrario la mayor efectividad que aporta el silencio negativo, por las razones de fondo y pro-

a pesar de que sea ésta la solución a que conduce una aplicación estrictamente literal de la disposición adicional primera de la LTBG, consideramos que no debe ser ésta la solución aplicable. En nuestra opinión, debe mantenerse el silencio positivo, sin que sea posible aplicar el efecto desestimatorio del silencio establecido por la LTBG en los procedimientos de solicitud de acceso a la información ambiental.” Los argumentos serían la exigencia en la LRJAP-PAC de una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general, que no se vería cumplida aquí, y la jurisprudencia comunitaria contraria a la posibilidad de silencio negativo en materia ambiental en relación con la anterior Directiva sobre acceso a la información ambiental, que hemos expuesto en este trabajo. De este modo, considera que habrá que esperar a que el TJUE se pronuncie sobre si la actual Directiva es incompatible con el silencio negativo. Y concluye: “En cualquier caso, las argumentaciones expuestas conducen, según nuestro parecer, a defender el mantenimiento del régimen del silencio administrativo positivo en los procedimientos de acceso a la información ambiental y a la no aplicación con carácter supletorio en este ámbito de la LTBG, aun tratándose de un aspecto no regulado específicamente por la LAIA”.

³⁶ En “Transparencia: aspectos generales”, en GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 53 a 55), “En mi opinión, desde luego, ha de descartarse que la supletoriedad se aplique al contenido sustantivo de estas normas, ampliándose el abanico de los sujetos o los límites; son aspectos regulados en cada caso del modo que se ha estimado conveniente para la materia en cuestión. Más cuestionable es si podría extenderse el régimen del silencio negativo a los casos de información ambiental, donde la Ley que lo regula no dice nada y donde además el legislador estatal actúa sólo como legislador básico. En el caso de la normativa sobre reutilización, el silencio se contempla como negativo [...] Sólo la práctica de las autoridades independientes y, en su caso, la jurisprudencia, contribuirá a despejar estas incógnitas.”

cedimiento el silencio negativo; y, en fin, el propio falseamiento empírico de la idea de que el silencio negativo es incentivador de los incumplimientos de la obligación de resolver. Ciertamente, en materia de información ambiental, ha de reconocerse que la desacertada jurisprudencia comunitaria que hemos expuesto parece constituir un freno para una interpretación armónica y razonable de nuestro propio bloque normativo, pero no debería evitar optar por interpretaciones lógicas hasta que sean claramente descartadas por una nueva sentencia que se pronuncie ya con los nuevos elementos (Directiva y Leyes nacionales) en presencia.

III. LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE CONTROL EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

3.1 Consideración general

Para lograr que el derecho de acceso a un bien inmaterial como la información pueda cumplir con su finalidad como instrumento de participación y control ciudadanos es necesario que las garantías del derecho respondan a cuatro principios básicos: inmediatez, asequibilidad, independencia y efectividad. Al respecto, y junto con los sistemas clásicos (recursos administrativos y judiciales, sumado en su caso a la actuación del *ombudsman*), la previsión de autoridades administrativas especializadas es, sin duda, la tendencia más notable en el Derecho comparado³⁷.

³⁷ El Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos de 18 de junio de 2009 exige la puesta a disposición de los solicitantes de un recurso ante un tribunal o ante otra instancia independiente o imparcial prevista por la ley, de cuya existencia debe informarse en la resolución, en caso de denegación total o parcial, expresa o tácita, de la solicitud. La instancia debe poder modificar por sí misma la decisión o solicitar que se reconsidere. El procedimiento debe ser rápido y poco costoso. Además, pueden seguirse acciones judiciales y disciplinarias contra las autoridades y empleados públicos que hayan incumplido gravemente las obligaciones que les impone la ley. Deja, pues, un margen importante de conformación a los Estados. En el Derecho de la Unión Europea, los recursos judiciales se presentan ante el Tribunal General, en primera instancia, y ante el Tribunal de Justicia, en casación. A ello se une la posibilidad de queja previa ante el Defensor del Pueblo europeo, a la que la institución concernida responde en un informe –en ocasiones, aceptando total o parcialmente la recomendación del Defensor de dar publicidad a los documentos solicitados, que se traslada al reclamante, para que haga alegaciones si la institución no se acomoda plenamente a la recomendación, y, finalmente, en un dictamen del Defensor, en el que declara si ha habido o no mala administración –sin valor constrictivo–. Las facultades del juez comunitario se limitan a examinar, en su caso, los documentos y a anular, en su caso, la decisión denegatoria, sin que se extienda a la posibilidad de dirigir a las instituciones o agencias órdenes conminatorias de proveer al acceso. Finalmente, en el Derecho de los Estados europeos, se acogen tres tipos de recursos: administrativos “clásicos”; ante

3.2. Las autoridades independientes en las leyes españolas, estatales y autonómicas, de transparencia y acceso a la información.

La LTBG ha previsto la necesaria existencia de una Autoridad independiente encargada de resolver las reclamaciones contra las decisiones en materia de acceso a la información adoptadas por los sujetos obligados.

La apuesta inicial del Anteproyecto y en el Proyecto de Ley de Transparencia consistía en atribuir la competencia para conocer de las reclamaciones sobre decisiones en materia de acceso a la información a una institución ya existente, no especializada y dependiente del Gobierno, como era la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios (AEVAL). Dicha apuesta estaba marcada probablemente por la voluntad de no crear una nueva Institución en época de recortes, como se podía incluso leer entre líneas en la Exposición de Motivos (“en aras de

un comité o comisionado; y judiciales, ante los tribunales que conocen los asuntos administrativos. En la mayoría de los casos, existe una combinación de ellos. La mayoría de los países han creado una autoridad especializada, existiendo notables diferencias en su composición y funciones. En línea de tendencia, y con excepciones, las leyes más antiguas no previeron la existencia de estas autoridades (p. ej., Suecia), las de los años ochenta y noventa optaron por atribuir la competencia sobre acceso a información a una autoridad especializada y sobre protección de datos a otra (así, Francia, Italia, Portugal o Bélgica), mientras que las más actuales han tendido a la unificación en una única autoridad de ambas competencias (es, p. ej., el caso de Alemania, Reino Unido, Suiza, Hungría, Irlanda o Eslovenia). Estas autoridades independientes son en unos casos órganos unipersonales (p. ej., en el caso alemán, elegido por mayoría absoluta del *Bundestag*), en otros colegiados (así, p. ej., en Francia, Italia, o Portugal; la composición es heterogénea y los miembros no tienen dedicación exclusiva; las de Francia, Italia o Portugal están integradas por miembros de diversa procedencia y modo de elección, como parlamentarios, magistrados y especialistas; y en otros conviven un órgano unipersonal y otro colegiado que actúa a modo de superior jerárquico, es el caso de Reino Unido o Suiza). En unos casos, son de nombramiento gubernamental, y, en otros, parlamentario. En cuanto al alcance de su poder de conocer reclamaciones individuales, hay división entre aquellas autoridades cuyas decisiones son meras recomendaciones –tendencialmente y, por tanto, con excepciones, las especializadas solo en acceso a la información– (es el caso francés, portugués o belga) y aquellas otras cuyas decisiones tienen fuerza de obligar, y que, por tanto, pueden ser impugnadas judicialmente y contra cuyo incumplimiento la autoridad de control puede demandar a la autoridad pública en cuyo poder se encuentra la información –por lo general, aquellas, más modernas, que han aunado competencias sobre acceso a la información y protección de datos (como en el caso alemán, británico, húngaro, irlandés, esloveno o italiano, tras la reforma de la ley en 2005)–. Además, suman otras competencias como la de dictar recomendaciones, evacuar informes, promover la publicación activa de documento de relevancia para el público general, publicar informes periódicos o especiales sobre la aplicación de la normativa, recabar información para evaluar la práctica administrativa, proponer cambios normativos, etc.

la necesaria austeridad exigida por las actuales circunstancias económicas”; obviando por lo demás que el gasto en una Institución que haga eficaz la transparencia, siendo limitado, redundaría entre otros, en una mejor gestión de los recursos públicos). Ahora bien, la tramitación en el Congreso de los Diputados supuso un cambio en este punto. Ante las críticas recibidas en la consulta ciudadana, en la comparecencia de expertos en el Congreso de los Diputados y por parte de la gran mayoría de los grupos parlamentarios, en forma de enmiendas, la Vicepresidenta del Gobierno se comprometió a apoyar una enmienda por parte del Grupo parlamentario popular que sostenía al Gobierno para la incorporación de un nuevo Título a la LTBG, el III, titulado, “Consejo de Transparencia y Buen Gobierno” (en adelante, CTBG), en que se regula su naturaleza, fines, composición, estatuto de sus órganos, funciones régimen jurídico y relaciones con las Cortes Generales³⁸. Siguió el modelo más “clásico” de los países latinos que aprobaron sus leyes de transparencia entre finales de los setenta y principios de los noventa (Francia, Italia, Portugal o Bélgica), de autoridad dedicada exclusivamente a la transparencia (y, en teoría, al Buen gobierno, sobre lo que nos atrevemos a vaticinar que su labor quedará prácticamente inédita).

El CTBG se configura como una Institución con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar y actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines, que entra en la tipología de las “Administraciones independientes”.

De conformidad con el art. 34, el CTBG tiene por finalidad promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de Buen Gobierno. Para llevarla a cabo, se le atribuyen en el art. 38 todo un amplio elenco de funciones, entre las que destaca la competencia del Presidente para la resolución de las reclamaciones en materia de derecho de acceso y la resolución de consultas de los sujetos obligados.

El Título III no tiene carácter básico, lo que resulta absolutamente coherente con el diseño de reparto de competencias constitucional, en que lo organizativo es competencia propia de cada entidad política, sea el Estado o las Comunidades Autónomas. Ahora bien, esa misma disposición

³⁸ La disposición final séptima preveía que el Consejo de Ministros aprobara en el plazo de tres meses desde la publicación de la LTBG en el BOE, un Real Decreto por el que se aprobara el Estatuto orgánico del CT. Sin embargo, se incumplió este plazo y el Estatuto se aprobó con más de siete meses de retraso y a poco más de un mes de la entrada en vigor de la LTBG, mediante el Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre.

adicional apela al artículo 149.1.1^a de la Constitución, título que tiene su juego en la LTBG precisamente en materia de garantías uniformes en la tutela del derecho de acceso a la información. Y consideró como tal la necesaria existencia de una autoridad independiente (de nueva creación o preexistente) que conociera de las reclamaciones contra las decisiones sobre acceso a la información, o bien la atribución de esta competencia al CTBG mediante convenio, actuando con potestades ejecutivas desde el momento en que sus decisiones hacen las veces y son sustitutivas de los recursos administrativos (allá donde cupieren, que no todos los sujetos obligados por la normativa sobre transparencia, como sabemos, son Administraciones públicas). A partir de ahí, el margen de decisión era pleno. Las Comunidades Autónomas han podido, pues, adoptar sus propios modelos y el resultado ha sido toda una muestra de heterogeneidad creativa. La mayor parte de las Autoridades previstas tienen competencias amplias en materia de transparencia, que no se limitan a la resolución de reclamaciones en materia de acceso a la información, la única exigida por el legislador básico estatal (es una excepción la de Cataluña).

Debe señalarse, por contraste con la solución acogida, como veremos, en la LAIA, que en el caso de los sujetos privados (cuyo capital social no es mayoritariamente público) que prestan servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, están obligados por el artículo 4 de la LTBG a suministrar a la Administración, organismo o entidad pública a la que se encuentren vinculados, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones que les impone la propia LTBG, obligación que se extiende a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato. En caso de incumplimiento, diversas leyes autonómicas han previsto un sistema de multas coercitivas y de sanciones. Conviene notar, pues, que al no estar obligadas a responder directamente frente a los ciudadanos, no cabe reclamar contra ellas ante ningún órgano administrativo o judicial.

3.3. La tutela del derecho de acceso a la información ambiental en la Directiva y en la LAIA

La Directiva 90/313/CE dispuso en su artículo 4 que se debía reconocer a la persona que considerara que su solicitud de información había sido denegada o ignorada sin motivo justificado, o que hubiera recibido una respuesta inadecuada por parte de una autoridad pública, el derecho a presentar un recurso judicial o administrativo conforme a su ordenamiento nacional.

Los Estados miembros adoptaron soluciones diversas dentro de las posibilidades abiertas por la Directiva, combinando recursos administrativos o judiciales o haciéndolos alternativos.

En su transposición en España, la Ley 38/1995 disponía en la primera redacción de su artículo 4.3 que las resoluciones en materia de acceso a la información agotaban la vía administrativa (lo que, antes de la reforma de la LRJAP-PAC, que reintrodujo el recurso de reposición, significaba que eran sólo impugnables en vía judicial). En su reforma por la Ley 55/1999 se trocó esta referencia por una remisión general al sistema de recursos administrativos de la LRJAP-PAC, que ya entonces había vuelto a la dualidad recurso de reposición/recurso de alzada, en función de que el acto pusiera o no fin a la vía administrativa. El resultado fue que se hizo siempre posible interponer un recurso administrativo contra una decisión, expresa o presunta, en materia de acceso a la información ambiental, lo que fue claramente positivo, dado que en esta materia, como se ha indicado, o los recursos son rápidos y gratuitos, o son ineficaces.

El Convenio de Aarhus impuso en su artículo 9.1 el reconocimiento del derecho a interponer recurso en materia de acceso a la información ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente o imparcial establecido por la Ley, que debe resolver motivadamente, al menos cuando deniegue el acceso a la información, y cuyas decisiones sean obligatorias para la autoridad pública que posea la información. Añade que si se prevé un recurso judicial, se debe reconocer también a los solicitantes el derecho a acceder a un procedimiento rápido de recurso administrativo establecido por Ley que sea gratuito o poco oneroso, sea ante una autoridad pública o ante un órgano independiente e imparcial distinto de un órgano judicial. La Directiva 2003/4/CE siguió este modelo³⁹. No impuso, por tanto, la necesaria

³⁹ Conforme a su Considerando 19: “Los solicitantes deben poder interponer un recurso administrativo o judicial contra los actos u omisiones de una autoridad pública en relación con su solicitud.” Su artículo 6 dispone: “Acceso a la justicia. 1. Los Estados miembros garantizarán que toda persona que considere que su solicitud de información ha sido ignorada, rechazada sin fundamento (parcial o totalmente), respondida de forma inadecuada o tratada de manera no conforme con las disposiciones de los artículos 3, 4 o 5, tenga acceso a un procedimiento en el que los actos u omisiones de la autoridad pública correspondiente puedan ser reconsiderados por esa u otra autoridad pública o recurridos administrativamente ante una entidad independiente e imparcial creada por ley. Todos estos procedimientos serán rápidos y gratuitos o poco costosos. 2. Además del procedimiento de recurso contemplado en el apartado 1, los Estados miembros garantizarán que cualquier solicitante tenga acceso a un procedimiento de recurso ante un tribunal de justicia u otra entidad independiente e imparcial creada por la ley, en el que los actos u omisiones de la autoridad pública correspondiente puedan recurrirse y cuyas decisiones puedan ser firmes. Además, los Estados miembros podrán disponer

existencia de una autoridad administrativa independiente de control, pese a que había sido ésta la posición del Parlamento y del Comité Económico y Social y la propia posición inicial de la Comisión y del Consejo⁴⁰. Se dejó, pues, a la autonomía organizativa de los Estados.

La LAIA se limita en su artículo 20 a una remisión al sistema general de recursos administrativos y judiciales, y no crea, pues, la garantía del recurso ante un órgano administrativo independiente⁴¹. Deja así las cosas como estaban ya tras la reforma de la Ley 38/1995 operada por la Ley 55/1999.

Teniendo en cuenta que el artículo 24 de la Constitución Española garantiza en todo caso el derecho a la tutela judicial efectiva, y, por ende, a un recurso judicial, el análisis de si la LAIA cumple con lo dispuesto por la Directiva (que en estos casos exige, como hemos dicho, adicionalmente, un recurso administrativo ante los órganos de la propia Administración o ante una entidad administrativa independiente) pasa por analizar si la vía general de recursos (el de reposición y el de alzada, en función de que se trate de actos que agotan o no la vía administrativa) responde a las características de “rapidez” (pues la gratuidad la satisfacen). Ha de señalarse que en el Derecho español, el recurso de reposición tiene un plazo de resolución de un mes⁴², y el de alzada de tres meses⁴³. Así las cosas, parece que no son plazos cuya duración pueda considerarse excesiva⁴⁴. Otra cosa es

que los terceros perjudicados por la revelación de información también tengan acceso a un procedimiento de recurso. 3. Las decisiones firmes adoptadas en virtud del apartado 2 serán vinculantes para la autoridad pública que posea la información. Los motivos que las justifiquen se indicarán por escrito, por lo menos cuando se deniegue el acceso a la información en virtud de este artículo.”

⁴⁰ Las referencias pueden encontrarse en S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a la información medioambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 172- 180, en pp. 197-198.

⁴¹ “El público que considere que un acto o, en su caso, una omisión imputable a una autoridad pública ha vulnerado los derechos que le reconoce esta Ley en materia de información y participación pública podrá interponer los recursos administrativos regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y demás normativa aplicable y, en su caso, el recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

⁴² Artículo 117.2 LRJAP-PAC.

⁴³ Artículo 115.2 LRJAP-PAC.

⁴⁴ En este sentido, S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a la información medioambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 200, considera que la remisión al sistema de recursos administrativos puede considerarse “formalmente” conforme al Convenio de Aarhus y a la Directiva 2003/4/CE. Por el contrario para J. A. RAZQUIN LIZÁRRAGA y A. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, en *Información, Participación y Jus-*

que los recursos administrativos aporten realmente una garantía efectiva y que su sustitución por las reclamaciones ante Autoridades independientes especializadas en materia de acceso a la información (no sólo o no necesariamente sólo en materia ambiental) pueda ser un paso decisivo, como ha señalado doctrina autorizada y es la solución acogida en algunos países de nuestro entorno geográfico y cultural⁴⁵.

Debe además apuntarse que la LAIA introdujo en su artículo 21 para los casos de decisiones adoptadas por sujetos sometidos a sus obligaciones pero que no tienen la condición de Administración pública (personas físicas o jurídicas que asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de las entidades, órganos o instituciones previstos en la Ley) la posibilidad de interponer una reclamación ante la Administración bajo cuya autoridad ejerce su actividad⁴⁶. En caso de incumplimiento por parte de uno de estos sujetos de una resolución de reclamación que le obligue a entregar información, la Administración le requerirá, de oficio o a instancia del solicitante, para que cumpla y en caso de desatención, podrá acordar la imposición de multas coercitivas, por importe máximo de 6.000 euros por cada día de incumplimiento, en el caso de la Administración estatal, o la que fije una ley autonómica, en el caso de la autonómica o local. La disposición adicional cuarta dispone no obstante que la Administración General del Estado podrá reservarse la facultad de resolver las solicitudes de información ambiental que reciban estos sujetos privados, en cuyo caso se regiría por el sistema general de recursos.

ticia en Materia de Medio Ambiente, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 225, el plazo de tres meses para la resolución de recursos administrativos se opone a la agilidad y celeridad necesaria en estos procedimientos por el propio artículo 6.1 de la Directiva 2003/4/CE.

⁴⁵ Por todos, S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a la información medioambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 201. En el mismo sentido, L. CASADO CASADO, "El derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud", en PIGRAU SOLÉ, A., (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 288-289, quien da cuenta de la doctrina favorable a esta opción y suscribe la posición de A. PEÑALVER I CABRÉ según la cual los recursos administrativos no cumplen los requisitos exigidos por el Convenio de Aarhus, de ser efectivos, objetivos y equitativos, y el recurso contencioso-administrativo no puede configurarse como mecanismo general para garantizar el acceso a la información dado que resulta ineficaz por la enorme tardanza en obtener sentencia.

⁴⁶ El plazo máximo de resolución de dicha reclamación es de tres meses en el caso de la Administración General del Estado (disposición adicional décima) y en el de la autonómica o local el que fije la normativa autonómica.

3.4. ¿Extensión de las competencias de las autoridades independientes de control a las solicitudes de acceso a la información ambiental?

¿Alcanza la supletoriedad de la LTBG respecto a la LAIA a la extensión del sistema de reclamación potestativa ante una autoridad independiente sustitutivo de los recursos administrativos, el CTBG en el ámbito estatal y sus homólogos autonómicos? La cuestión desde luego no tiene una respuesta indiscutible. Es más, literalmente no puede hablarse de un tema “no previsto en su respectiva norma reguladora”, puesto que sí existe una previsión, bien que se limite a la remisión a la normativa general reguladora de los recursos administrativos y contencioso-administrativos.

No obstante, nos parece que como hemos defendido en otro trabajo, probablemente el sentido de esta norma, en la mente del legislador, estuvo en extender las garantías de tutela por una autoridad independiente. Razones evidentes de efectividad, objetividad y equidad de la garantía, y de economía institucional, puestas de relieve por la doctrina desde la aprobación de la primera ley española de acceso a la información ambiental y mantenidas de transposición de la primera Directiva y aún con más fundamento desde la aprobación de la LAIA de transposición de la actual Directiva, pugnan por la extensión del conocimiento de las reclamaciones frente a decisiones sobre acceso a la información, también ambiental a las autoridades independientes de control que desde 2014 han sido creadas en España. Máxime teniendo en cuenta la dificultad, lo artificial en muchos casos, de delimitar lo “ambiental”, esto es, lo que cae bajo el imperio de la LTBG y de la LAIA. Así lo ha considerado la doctrina que se ha ocupado en tiempos recientes de la relación entre normativa general de acceso a la información y normativa especial de acceso a la información ambiental⁴⁷,

⁴⁷ S. FERNÁNDEZ RAMOS (“El acceso a la información en el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, 2013, pp. 233-298, en p. 239, y en FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *op. cit.*, p. 56) considera que esta garantía es también de aplicación a la información ambiental, “pues la información medioambiental no deja de ser información pública.” L. CASADO CASADO (en “Estudio sobre el alcance de la supletoriedad...”, *op. cit.*, p. 843-844) estima que es dudoso si estamos o no ante un aspecto no regulado, aunque podría entenderse así y entrar con ello en juego la supletoriedad de la LTBG. Máxime, considera, cuando los recursos administrativos no cumplen con las exigencias de ser “efectivos, objetivos y equitativos” que impone el convenio de Aarhus y los contencioso-administrativos tampoco por su lentitud y costes. Por ello considera que en una interpretación estricta y literal habría de conducir a la solución contraria. En todo caso, queda a la interpretación que hagan las autoridades independientes de transparencia y los tribunales.

reclamación que debería extenderse a las decisiones sobre acceso adoptadas por los sujetos privados sometidos a la LAIA, probablemente en este caso en relación con las resoluciones previas de la reclamación que lleve a cabo la Administración bajo cuya autoridad ejerce su actividad, homogeneizando de este modo los sujetos frente a los que se puede reclamar ante la autoridad independiente y manteniendo la previa reclamación que, al igual que el mecanismo diferente ideado por la LTBG, constituye un canal de máxima utilidad para la propia acción de vigilancia por la Administración del ejercicio de funciones públicas o la prestación de servicios públicos relacionados con el medio ambiente por parte de estas entidades.

IV. CONCLUSIÓN

El análisis del alcance de la supletoriedad de la nueva Ley española de transparencia y acceso a la información respecto de la Ley española de acceso a la información ambiental que se lleva a cabo en este trabajo tiene mucho de especulativo. Sólo la práctica de las autoridades independientes y, en su caso, la jurisprudencia, contribuirá a despejar incógnitas que aún no tienen solución en el Derecho positivo.

¿Cuál es el encaje entre la normativa sectorial sobre acceso a la información ambiental y la normativa general sobre acceso a la información? Sobre este tema ha girado este trabajo, que se ha centrado en dos aspectos particularmente controvertidos en España. El primero de ellos, si a falta de previsión expresa en la normativa de acceso a la información ambiental sobre el sentido que ha de darse a la falta de resolución en plazo de las solicitudes, debe operar con carácter supletorio el sentido del silencio positivo, estimatorio de la solicitud, previsto en la normativa general sobre procedimiento administrativo, o bien el sentido del silencio negativo, desestimatorio de la solicitud, acogido en la normativa general sobre acceso a la información pública. El segundo, si la garantía de la existencia de una autoridad administrativa independiente de control prevista en la normativa general sobre acceso a la información, ante la que pueden formularse reclamaciones frente a las resoluciones sobre solicitudes de acceso, ha de extenderse también a lo regulado en la normativa sobre acceso a la información ambiental. Nuestra conclusión ha sido, por las razones que en él se exponen, que la LTBG ha de entenderse supletoria tanto en la previsión del silencio negativo como en la previsión de una reclamación potestativa ante las Autoridades administrativas independientes de transparencia y acceso a la información creadas a partir de 2014 tanto a nivel estatal como autonómico, que sustituye al sistema tradicional de recursos administrativos.

En efecto, por una parte, he mantenido que el silencio negativo la única solución constitucionalmente aceptable. El mero transcurso del tiempo no puede suponer un reconocimiento incondicional del derecho del solicitante a obtener información que puede ser perjudicial para intereses públicos o derechos fundamentales con reconocimiento constitucional. A ello se añade su falta de efectividad del silencio positivo para satisfacer los intereses del propio solicitante, porque ante la negativa de la Administración a facilitar la información se verá abocado a un procedimiento para hacerlo efectivo que se torna más complejo y costoso que la más sencilla reclamación directa frente a un silencio negativo ante una autoridad independiente acompañada de sanciones a los responsables de la falta de resolución en plazo. No por casualidad, esta solución de silencio negativo, construida tal cual o por mera remisión al sistema de recursos en caso de que la solicitud no sea resuelta en plazo, es la acogida en el Derecho europeo y comparado. E incluso la que se deduce de la propia dicción de las Directivas que la Unión Europea ha dictado sobre acceso a la información ambiental, en las que se habla de recursos en casos de solicitudes denegadas o “ignoradas”. Y esta era también la solución de la primera Ley española de acceso a la información ambiental, que hubo de ser eliminada, “silenciada” (si se nos permite) para acomodarla a una jurisprudencia desafortunada e ininteligible del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que exige en todo caso una motivación.

Por otra parte, he considerado que ha de extenderse a la información ambiental la crucial garantía en términos de efectividad, objetividad y equidad, que supone la sustitución de los recursos administrativos convencionales por la reclamación ante una autoridad administrativa independiente especializada en transparencia. La existencia de una autoridad tal fue barajada como obligatoria por las Instituciones comunitarias y finalmente fue tan sólo “promovida” en la dicción de la Directiva. Una vez impuestas como obligatorias en España por la LTBG, no hay motivo de fondo para no extender su ámbito de protección a la información ambiental, y se trata de una materia no regulada en la LAIA salvo por pura remisión.

En el marco de esta obra hispano-luso, no puedo concluir sin dejar de constatar que ambas cuestiones están claramente resueltas en la legislación portuguesa, en el sentido aquí defendido⁴⁸.

⁴⁸ En efecto, en la Ley núm. 19/2006, de 12 de junio, reguladora del acceso a la información sobre medio ambiente se dispone lo siguiente. Artículo 14: “Meios de impugnação. 1—O requerente que considere que o seu pedido de informação foi ignorado, indevidamente indeferido, total ou parcialmente, que obteve uma resposta inadequada ou que não foi dado cumprimento à presente lei, pode impugnar a legalidade da decisão,

acto ou omissão nos termos gerais de direito. 2—O requerente pode ainda apresentar queixa à Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), nos termos e prazos previstos na Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 8/95, de 29 de Março, e 94/99, de 16 de Julho. 3—Os terceiros, lesados pela divulgação de informação, podem igualmente recorrer aos meios de impugnação previstos nos números anteriores.” Artículo 15: “Comissão de acesso aos documentos administrativos. 1—Compete à CADA zelar pelo cumprimento das normas constantes da presente lei. 2—Nos casos de dúvida sobre a aplicação da presente lei, cabe à CADA dar parecer sobre o acesso à informação sobre ambiente, a solicitação do requerente ou da autoridade pública, nos termos da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 8/95, de 29 de Março, e 94/99, de 16 de Julho.”

TRANSPARÊNCIA EM MATÉRIA DE AMBIENTE

JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra

Instituto Jurídico

Sumário: I. ENQUADRAMENTO DO TEMA: A TRANSPARÊNCIA COMO VALOR-CHAVE NA TUTELA DO AMBIENTE. II. OS INSTRUMENTOS POLÍTICOS, SOCIAIS, CÍVICOS E ASSOCIATIVOS. 2.1. A transparência e a cidadania ambiental. 2.2. A importância da educação ambiental. 2.3. O papel das ONGA. 2.4. A governança na política e no direito do ambiente. III. OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS. 3.1. O protagonismo das formas e instrumentos jurídico-administrativos. 3.2. Em especial, a informação ambiental. IV. INSTRUMENTOS JURÍDICOS CONSAGRADORES DA INFORMAÇÃO E DA PARTICIPAÇÃO EM MATÉRIA AMBIENTAL. 4.1. Instrumentos internacionais. 4.1.1. A Convenção de Aarhus. 4.1.2. As diretivas da União Europeia. 4.2. Instrumentos internos. 4.2.1. A lei sobre informação ambiental. 4.2.2. A lei de participação procedimental e ação popular. 4.2.3. Os sistemas de informação ambiental disponibilizados pela APA. V. CONCLUSÃO

(Página deixada propositadamente em branco)

I. ENQUADRAMENTO DO TEMA: A TRANSPARÊNCIA COMO VALOR-CHAVE NA TUTELA DO AMBIENTE

O tema tratado no presente artigo inscreve-se no quadro das tendências de fundo modeladoras das modernas administrações públicas que, ao mesmo tempo que se afirmam como linhas de força das comunidades politicamente organizadas, lançam alguns dos reptos mais desafiantes ao direito administrativo do século XXI e a um dos seus principais – senão mesmo o principal – campo de referência: o direito ambiental. Reportamo-nos aos movimentos de reforço da democracia, da abertura dos decisores políticos e das administrações públicas, bem como da informação e da participação.

Na esteira da doutrina jurídico-publicista alemã, o direito do ambiente constitui um dos campos de referência do direito administrativo que mais se destaca na importação de temas de estudo para o direito administrativo geral e de experimentação das soluções deste oriundas, na medida em que a alusão a um direito administrativo geral e a direitos administrativos especiais ainda faça sentido, cuja evidência não é inequívoca. Como consequência, é no direito do ambiente que a força das tendências mais vincadas que estruturam as administrações públicas e o direito administrativo da modernidade tardia se fazem sentir com profundidade acrescida.

O estudo da transparência como valor-chave na política e no direito do ambiente remete-nos para dois dos “três pilares” da *Convenção de Aarhus*¹: o direito à informação e o direito à participação, ambos em matéria de ambiente. O outro pilar, o acesso à justiça em sede ambiental, fica fora das considerações tecidas neste artigo.

A tutela do ambiente consubstancia um dos grandes desafios que se colocam hoje aos políticos e aos juristas e também a cientistas, empresários,

¹ Convenção adotada na cidade dinamarquesa com o mesmo nome, em 25 de junho de 1998, no âmbito da UNECE (“United Nations Economic Commission for Europe”), tendo entrado em vigor a 30 de outubro de 2001, após a sua ratificação por 16 Estados-membros da UNECE e pela própria Comunidade Europeia. Na Comunidade Europeia foi depois tomada a Decisão 2005/370/CE do Conselho, de 17 de fevereiro de 2005, relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia, da Convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente.

Em Portugal, a Convenção de Aarhus foi aprovada para ratificação pela Assembleia da República pela Resolução n.º 11/2003, de 19 de dezembro de 2002 (Diário da República, I Série – A, n.º 47, de 25 de fevereiro de 2003) e ratificada pelo Decreto n.º 9/2003, do Presidente da República, de 25 de fevereiro (publicado no mesmo número do Diário da República), estando em vigor desde 7 de setembro de 2003.

economistas, jornalistas e, não menos importante, a todos os cidadãos. Esta circunstância, juntamente com o estatuto de direito fundamental que as constituições atribuem ao direito ao ambiente em muitos ordenamentos jurídicos – p. ex. a Constituição da República Portuguesa, de forma expressa e desde 1976 –, bem como a tarefa ou finalidade do Estado de proteção do ambiente – também acolhida em muitas constituições, entre as quais a portuguesa –, reforça a necessidade de promoção da transparência na política e no direito do ambiente, porquanto só dessa forma aquele direito fundamental será respeitado em todas as suas dimensões e aquela tarefa do Estado poderá ser prosseguida com eficácia.

Por forma a instituir políticas, medidas e práticas com efeitos ambientais positivos e passíveis de contribuir para o reforço da sustentabilidade ambiental e energética afigura-se indispensável assegurar a transparência neste âmbito, pois só com organismos públicos, cidadãos, empresários, investidores e técnicos informados é possível garantir tomadas de decisão, a nível político, jurídico, empresarial e individual suscetíveis de contribuir para a aludida sustentabilidade.

II. OS INSTRUMENTOS POLÍTICOS, SOCIAIS, CÍVICOS E ASSOCIATIVOS

O direito do ambiente é um direito interdisciplinar, na medida em que a abordagem jurídica do ambiente convoca contributos das ciências naturais (biologia, física, química), humanas e sociais (economia, geografia, sociologia), das políticas públicas e da filosofia política.

Compreende-se, assim, a articulação do direito do ambiente com uma panóplia de meios e instrumentos, ao nível das políticas públicas (com a dimensão de transversalidade e integração das políticas ambientais, imposta hoje pela Lei de Bases do Ambiente², na al. *a*) do seu art. 4.º e no art. 13.º), nos domínios social (o ambiente é uma preocupação central dos cidadãos e um valor-chave das sociedades do século XXI) e associativo (o movimento associativo tem enorme relevo neste campo) e, numa palavra, na dimensão cívica (reforçada pela consideração da tutela do ambiente não só como um direito, mas também como um dever).

² Lei n.º 19/2014, de 14 de abril - doravante LBA.

2.1. A transparência e a cidadania ambiental

O art. 8.º da LBA, sob a epígrafe “Deveres ambientais”, dispõe no n.º 2: “A cidadania ambiental consiste no dever de contribuir para a criação de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e, na ótica do uso eficiente dos recursos e tendo em vista a progressiva melhoria da qualidade de vida, para a sua proteção e preservação”.

Uma cidadania ambiental ativa, empenhada e responsável pressupõe cidadãos informados e participantes: só através de políticas públicas transparentes pode ser garantida a confiança recíproca entre os poderes públicos (especialmente Administração Pública) e os cidadãos, sempre encarados na perspetiva individual e associativa, isto é, os indivíduos e os seus grupos ou associações.

Em termos administrativos, impõe-se realçar aqui uma série de princípios gerais da atividade administrativa previstos no Código do Procedimento Administrativo, em especial os da *boa-fé* (art. 10.º), da *colaboração* com os particulares (art. 11.º), da *participação* (art. 12.º) e da *administração aberta* (art. 17.º) – sem esquecer o relevo atual dos *princípios aplicáveis à administração eletrónica* (art. 14.º).

2.2. A importância da educação ambiental

Como já sugerimos, é evidente que o Direito não se posiciona de modo único e isolado neste domínio tão importante da vida individual e coletiva presente, isto é, da vivência de todos os cidadãos e das suas comunidades, complexivamente consideradas.

Nesta compreensão das coisas, a educação ambiental emerge como uma das “ferramentas” indispensáveis na promoção de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e do desenvolvimento sustentável. Nos termos do n.º 2 do art. 66.º da Constituição da República Portuguesa, uma das tarefas que “incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos”, “para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável” é a de “promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente” (al. g)).

Em sintonia com a evolução do seu quadro conceptual, a educação ambiental é atualmente entendida no contexto mais amplo do desenvolvimento sustentável. A partir dos anos oitenta do século XX, na sequência da explicitação formal da noção de desenvolvimento sustentável, um ponto de partida relativamente estabilizado e partilhado tem sido a sua conceptuali-

zação como um processo de educação dos cidadãos para o desenvolvimento sustentável, integrando iniciativas de educação formal e não formal.

Em termos de iniciativas à escala internacional, a década 2005-2014 foi declarada a “Década das Nações Unidas de Educação para o Desenvolvimento Sustentável” (DEDS)³. Tratou-se de um programa da UNESCO orientado para a mobilização de recursos educativos a nível mundial, com vista a contribuir para a criação de um futuro mais sustentável – sendo a educação condição necessária e fundamental para a prossecução de tão ambiciosa meta.

Na sequência deste Programa, a Comissão Económica para a Europa da Organização das Nações Unidas (CEE/ONU) adotou, em março de 2005 (em Vilnius, na Lituânia), a *Estratégia para a Educação para o Desenvolvimento Sustentável*, visando facilitar a promoção da educação para o desenvolvimento sustentável na Europa.

Portugal tem desenvolvido uma multitude de projetos no domínio da educação ambiental, muitos dos quais contam com o apoio decisivo da Agência Portuguesa do Ambiente (APA). De acordo com a Lei Orgânica do Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 17/2014, de 4 de fevereiro) contam-se entre as atribuições da APA “Promover a educação, formação e sensibilização para o ambiente e desenvolvimento sustentável (...)” (al. i) do n.º 2 do art. 13.º).

Podemos sistematizar as iniciativas da APA desenvolvidas no cumprimento destas atribuições no seguinte articulado de categorias:

- Apoio a projetos da sociedade civil: com base nos princípios da subsidiariedade e da responsabilidade partilhada este apoio contempla programas de professores em mobilidade, projetos financiados pelo *Fundo EEAGrants* (bolsas no Espaço Económico Europeu) e outras iniciativas da sociedade civil mobilizadoras para as temáticas do ambiente e da sustentabilidade;
- *Formação e sensibilização*: é o caso, por exemplo, do SEPNA (Serviço de Proteção da Natureza e do Ambiente da GNR), traduzido em cursos de formação de militares no âmbito do Ambiente e da Conservação da Natureza, coordenados pela APA, ao abrigo de um protocolo celebrado com a GNR e que envolve outras entidades da administração central, municípios, ONGA e empresas privadas;

³ Cfr. <http://www.unesco.org/new/en/education/themes/leading-the-international-agenda/education-for-sustainable-development/about-us/>.

- *Equipamentos e materiais*: existe uma rede de equipamentos dotada de instalações e equipas educativas especializadas que disponibilizam programas e atividades no domínio da educação ambiental e da educação para o desenvolvimento sustentável e na qual se incluem centros de educação ambiental, centros de interpretação em áreas protegidas, quintas pedagógicas, ecotecas e parques ambientais; a APA também dispõe de material pedagógico para empréstimo⁴;
- *Recursos online com atividades e materiais pedagógicos*: a APA disponibiliza no seu sítio na internet⁵ diversos “links para atividades e materiais pedagógicos” sobre temas de educação ambiental e educação para o desenvolvimento sustentável, “pretendendo esta iniciativa ser a origem de uma base de dados partilhada e permanentemente atualizada de recursos desta natureza”;
- *Concursos, campanhas e parcerias diversas*: por exemplo, a Semana Europeia da Mobilidade, a qual ocorre todos os anos em setembro, com o objetivo central de encorajar os municípios europeus a introduzir e promover os transportes sustentáveis, sendo dedicada a temas específicos alusivos à mobilidade sustentável;
- O *Eco-Escolas*, programa internacional coordenado em Portugal pela Associação Bandeira Azul (e de cuja Comissão Nacional a APA é membro), destinado a todos os graus de ensino, assente numa metodologia inspirada nos princípios da Agenda 21 local.

2.3. O papel das ONGA

O papel das organizações não-governamentais de ambiente (ONGA) é crucial na promoção da transparência ambiental, o que não surpreende, já que o ambiente é um domínio onde o movimento associativo sempre se mostrou essencial.

A este propósito, destaque-se que a Lei que define o estatuto das ONGA (Lei n.º 35/98, de 18 de julho) lhes atribui o *direito à informação* (art. 5.º), o *direito de participação* (art. 6.º) e o *direito de representação* (art. 7.º), bem como *legitimidade procedimental* para iniciar e participar em meios administra-

⁴ Por exemplo a Exposição sobre alterações climáticas – “O Futuro do nosso clima” – e a Exposição sobre “Desenvolvimento Sustentável”.

⁵ Cfr. <http://www.apambiente.pt/index.php?ref=16&subref=142&sub2ref=698&sub3ref=706>.

tivos com relevância ambiental (art. 9.º) e *legitimidade processual* para propor diversas ações (art. 10.º), com isenção de emolumentos e de custas (art. 11.º).

Esta mesma lei prevê a existência de um registo nacional de ONGA (artigos 3.º e 17.º e segs.), tendo sido instituído o Registo Nacional das Organizações Não-Governamentais de Ambiente e equiparadas (RNOE), cujo Regulamento foi aprovado pela Portaria n.º 478/99, de 29 de junho (alterada pelas Portarias n.º 71/2003, de 20 de janeiro e n.º 771/2009, de 20 de julho).

Inúmeros dados sobre estas organizações, nomeadamente o registo nacional e as iniciativas que levam a cabo, podem ser consultados no sítio da APA⁶. A *listagem das organizações não-governamentais de ambiente e equiparadas* com inscrição ativa no Registo Nacional das ONGA mais recente consta do Aviso n.º 733/2015⁷.

2.4. A governança na política e no direito do ambiente

As questões da governança têm concitado, de modo crescente, a atenção no direito administrativo, em geral, e no direito ambiental, em especial. Segundo Maria da Glória Garcia⁸, a governança traduz um *novo tipo de intervenção estadual*, por intermédio do qual o Estado coordena articuladamente vários movimentos, uns deles oriundos de comunidades mais vastas (como a europeia ou a mundial), outros de comunidades setoriais (por exemplo os especialistas de química, física ou biologia), outros ainda de membros de organizações não-governamentais, de grupos informais, etc., constituindo (não só mas também) uma forma de *definição de políticas públicas ambientais*.

Sendo uma forma mais flexível, branda, suave, criativa e inventiva de exercício do poder, tem subjacente uma atitude de confiança recíproca e de interconexão que pressupõe e exige transparência, ao mesmo tempo que potencia essa mesma transparência. É aqui encontra-se a génese do estabelecimento duma estreita e recorrente relação entre as noções de governança e as de informação e participação ambiental, pois só cidadãos informados podem ser cidadãos ativos e responsáveis, geradores de contributos relevantes para o exercício do poder pelas instâncias responsáveis.

De notar que a governança ambiental deve ser vista como uma *gover-*

⁶ Cfr. <http://www.apambiente.pt/index.php?ref=16&subref=142&sub2ref=181>.

⁷ Do Presidente do Conselho Diretivo da APA, I. P., de 12 de janeiro de 2015, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 15, de 22 de janeiro de 2015.

⁸ Cfr. *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 490-496.

nança europeia: em relação a esta questão, Massimiliano Montini conclui sobre a existência de um *modelo europeu de governança ambiental*, valorando-o de forma positiva, porquanto, no seu entender, é suficientemente eficiente, eficaz e credível para servir como “modelo” para exportação para terceiros países⁹.

Este modelo coloca a descoberto como certas responsabilidades públicas na área ambiental – apesar da missão do Estado na prossecução das tarefas ou fins públicos de tutela ambiental – foram deslocadas para os particulares, configurando-se o *princípio da cooperação* como princípio fundamental do direito do ambiente. O apelo e o potenciar de uma *cidadania participativa* constitui uma das novas preocupações do Estado, ainda mais marcada no direito do ambiente: é hoje consensualmente aceite que a realização do interesse público ambiental não configura um domínio ou uma responsabilidade exclusiva do Estado, respeitando, cada vez mais, aos atores privados¹⁰.

Por estas razões é legítimo considerar que a *cooperação* se institucionalizou como *princípio geral de direito do ambiente*, o que poderá, em larga medida, decorrer da acentuação das necessidades de colaboração entre os diversos atores – públicos e privados – interessados ou envolvidos na tutela ambiental presente no Quinto Programa de Ação em Matéria de Ambiente da Comunidade Europeia¹¹. Faz hoje caminho a progressiva inclusão da colaboração público-privada no elenco dos princípios fundamentais do direito ambiental, como tem assinalado, de igual modo, a doutrina nacional¹².

Também nos Estados Unidos da América se assiste ao desenvolvimen-

⁹ Cfr. MASSIMILIANO MONTINI, “Riflessioni sul modello di *governance* ambientale europea e sulla sua esportabilità”, *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, Anno XX, n.º 6, Novembre-Dicembre 2005, p. 1119-1123 (especialmente p. 1120).

¹⁰ Sobre a importância e a dimensão do espaço de manobra para a realização de tarefas públicas por formas cooperativas, no direito alemão, cfr. HANS-HEINRICH TRUTE, “Vom Obrigkeitsstaat zum Kooperation – Zur Entwicklung des umweltrechtlichen Instrumentariums zwischen klassischem Ordnungsrecht und moderner Verwaltung”, in: *Rückzug des Ordnungsrechtes im Umweltschutz*, 14. Trieter Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht vom 6. bis 8. September 1998, Erich Schmidt Verlag, 1999, p. 13-52 (p. 18 e seg.).

¹¹ Nomeadamente pelo papel que nele desempenha a celebração de acordos voluntários de proteção ambiental. Sobre o Quinto Programa de Ação (aprovado pela Comissão em 18 de março de 1992), cfr. GIOVANNI CORDINI, *Diritto Ambientale Comparato*, 3.ª ed., Ed. Cedam, Padova, 2002, p. 170 e seg. – o qual assinala como na “estratégia comunitária global” configurada pelo Programa de Ação a Comissão se comprometia a promover a cooperação entre as várias políticas comunitárias. Sobre a cooperação como princípio de direito do ambiente acolhido naquele Programa cfr. TRUTE, “Vom Obrigkeitsstaat zum Kooperation...”, cit., p. 15 e seg.

¹² Cfr. DIAS GARCIA, *O Lugar do Direito...*, cit., p. 445 e seg.

to de expedientes que refletem esta nova atitude, em especial a propósito de decisões ambientalmente relevantes, cujo objetivo visa a garantia da participação dos interessados e a cooperação entre a sociedade civil e a Administração¹³.

A dimensão da cooperação no direito do ambiente excede o horizonte da colaboração entre cidadãos, empresas privadas e Administração Pública, pois envolve a comunidade científica, a qual é chamada a desempenhar funções relevantíssimas, nomeadamente na concretização das exigências técnicas de proteção – é inimaginável prescindir da competência e conhecimentos especializados na prossecução desta tarefa vital.

III. OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS

No âmbito das abordagens científico-sociais do ambiente, o papel do direito na sua tutela é objeto de indeclinável reconhecimento, reconhecimento que não se restringe ao mundo da ciência: como demonstrou de forma magistral Maria da Glória Garcia, “o respeito pelo ambiente e pela vida que sustenta exige uma ação que, em simultâneo, seja *cientificamente fundada, tecnicamente adequada, eticamente responsável, economicamente eficiente, politicamente legitimada e juridicamente realizada*”¹⁴.

¹³ Cfr. JOHN S. APPLGATE (“Beyond the Usual Suspects: The Use of Citizens Advisory Boards in Environmental Decisionmaking”, *Indiana Law Journal*, volume 73, n.º 3, Summer 1998, pp. 903-957, em especial pp. 921-926), quando nos fala dos *citizen advisory boards* os quais, em nossa opinião, são um excelente exemplo desta realidade: trata-se de órgãos constituídos *ad hoc* (a propósito de decisões de localização de instalações de resíduos perigosos, de planeamento da deposição de resíduos, de funcionamento de indústrias químicas, etc.) cujos membros são selecionados por uma agência de entre os cidadãos interessados ou afetados, o que é muito mais fácil de alcançar nas decisões com forte impacte local ou regional, sendo dada oportunidade aos cidadãos de conhecerem os assuntos técnicos em discussão, criando-se um fórum no qual técnicos e cidadãos trabalham em conjunto, o que mostra como estes últimos são envolvidos nas decisões. Ainda segundo Applegate registou-se um recurso muito extenso a este expediente organizatório e procedimental nas decisões sobre o programa de gestão ambiental do *U. S. Department of Energy* (limpeza da contaminação ambiental resultante da produção de armas nucleares), para as quais foram criados *site-specific advisory boards*, conselhos consultivos definidos pela *Environmental Protection Agency* (EPA) como órgãos públicos independentes instituídos para *fornecer consultadoria técnica e política* às agências reguladoras no que respeita a decisões fundamentais de limpeza e descontaminação, devendo incluir tanto pessoas afetadas identificáveis como residentes individuais não organizados que vivam nas comunidades onde se localiza o projeto em questão, ter entre 10 e 20 membros e incluir decisores públicos sem direito a voto, sendo considerados conselhos independentes e devendo promover decisões consensuais (cfr. pp. 926-931).

¹⁴ Cfr. *O Lugar do Direito...*, cit., p. 14 (itálicos nossos). Ao longo da obra, a Autora trata os contributos das diversas áreas do conhecimento, da política e do saber na tutela ambiental: a *ecologia* e a proteção do ambiente (p. 37-54); a *técnica* e a proteção

Não apenas por se tratar de um texto jurídico, mas por ser nossa convicção que as formas jurídicas de ação devem assumir um papel único na proteção e promoção de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado – constituindo-se, em simultâneo, como os mecanismos que permitem garantir um exercício do poder transparente, cooperativo e participado – atribuímos primazia, no âmbito da presente abordagem, aos instrumentos jurídicos.

3.1. O protagonismo das formas e instrumentos jurídico-administrativos

No quadro analítico dos instrumentos jurídicos, é por demais ocioso demonstrar – apesar do caráter horizontal do direito do ambiente, que corta de modo transversal a ordem jurídica, legitimando que se fale no direito civil do ambiente, no direito internacional do ambiente, no direito constitucional do ambiente, no direito penal do ambiente e no direito europeu do ambiente – o protagonismo das formas de ação e dos instrumentos jurídico-administrativos na proteção e promoção de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Tal protagonismo resulta de um sem número de razões, com destaque para a ideia de que, no direito ambiental, mais do que interesses particulares ou mesmo direitos subjetivos privados, tutelados pelo direito civil, estão em jogo interesses genéricos das diferentes coletividades (locais, municipais, regionais e nacionais, a que se aditam as escalas internacional e mundial) que devem ser protegidos pelo direito público, em especial pelo direito administrativo. A estas soma-se uma miríade de outras razões que sintetizaremos nos tópicos seguintes:

- A consagração, em grande parte dos ordenamentos jurídicos (em muitos nas próprias constituições), de um *dever ou incumbência do Estado* na proteção do ambiente;
- A estreita ligação entre o direito administrativo e as *políticas públicas*, cabendo ao direito administrativo a efetivação da política pública de tutela ambiental, nas suas diversas vertentes e dimensões;
- O facto de a *Administração Pública*, cuja atuação de autoridade é disciplinada pelo direito administrativo, se conformar ainda

do ambiente (p. 55-68); a ética e a proteção do ambiente (p. 69-141); a *economia* e a proteção do ambiente (p. 143-249); a *política* e a proteção do ambiente (p. 251-366); e, por fim, o *direito* e a proteção do ambiente (p. 367-498).

como o principal ator nas tarefas de proteção e promoção ambiental (ainda que, em simultâneo, um dos principais responsáveis por atentados e danos ao ambiente);

- A circunstância de as *principais formas de ação administrativa* (no elenco das formas clássicas, o ato administrativo, o regulamento administrativo e o contrato administrativo, a que se juntam, nos dias que correm, uma panóplia de novos instrumentos jurídico-administrativos) constituírem os instrumentos centrais de proteção do ambiente; a que se alia o papel decisivo do *procedimento administrativo*, o qual permite uma proteção jurídica temporalmente adequada, em consonância com os princípios da prevenção e da precaução;
- Em termos sancionatórios, na generalidade dos ordenamentos jurídicos (é assim em Portugal), o ilícito regra no domínio ambiental é o ilícito administrativo; em Portugal assume as vestes de ilícito de mera ordenação social, o qual, para além de ser aplicado pelas autoridades administrativas, é *materialmente ilícito administrativo*;
- A importância que, nesta sequência, os tribunais administrativos e os meios do contencioso administrativo desempenham na tutela ambiental, em resultado do facto de muitos dos atentados ao ambiente serem da responsabilidade direta (por exemplo através de obras públicas) ou indireta (com predomínio para os atos autorizativos e de licenciamento) da Administração Pública;
- Face à dimensão técnica da maior parte das questões ambientais, o direito administrativo, enquanto ramo clássico do direito, revela maior aptidão para regular questões desta índole;
- E, por último, alguns dos mais relevantes princípios específicos do direito do ambiente (em especial os da prevenção, precaução e participação) assumem, acima de tudo, uma dimensão jurídico-administrativa.

3.2. Em especial, a informação ambiental

Os mecanismos normativos destinados a assegurar a participação dos cidadãos e dos seus grupos em matéria de ambiente constituem, sem sombra de dúvida, os mais notáveis para garantir a *transparência em matéria ambiental*. E se tomarmos em linha de conta que a *informação administrativa*

consubstancia um pressuposto lógico e indeclinável da participação, a associação dos dois institutos permite concluir que a informação ambiental e a participação ambiental emergem como instrumentos imprescindíveis para garantir uma política e um direito do ambiente transparentes. Se quiséssemos fechar o círculo, recorreríamos à Convenção de Aarhus, trazendo à colação o outro objetivo fundamental deste convénio internacional que soma ao acesso à informação e à garantia da participação do público o acesso à justiça, em qualquer dos casos em sede ambiental – razão pela qual a doutrina se reporta amiúde aos “três pilares” da Convenção¹⁵.

No que tange o direito português, é de notar que a Lei de Bases do Ambiente consagra no elenco dos “Princípios das políticas públicas ambientais” (plasmado no seu art. 4.º) o *princípio da informação e da participação* (al. e)) cujo conteúdo torna obrigatório o “envolvimento dos cidadãos nas políticas ambientais, privilegiando a divulgação e a partilha de dados e estudos, a adoção de ações de monitorização das políticas, o *fomento de uma cultura de transparência* e de responsabilidade, na busca de um elevado grau de respeito dos valores ambientais pela comunidade, ao mesmo tempo que assegura aos cidadãos o direito pleno de intervir na elaboração e no acompanhamento da aplicação das políticas ambientais” (itálico nosso).

Centrando-nos na *informação ambiental*¹⁶, ela constitui uma das notas mais expressivas do “novo” direito ambiental firmado nas três últimas décadas e que reflete o trânsito de formas de ação imperativas para cooperativas, no seio de uma ponderação de interesses comunicativa e interativa, com a criação de consensos e uma maior garantia de aceitação por parte dos cidadãos¹⁷. Neste âmbito, realça-se o papel da informação e da sua disponibilização, tanto pela Administração Pública como pelos cidadãos, na efeti-

¹⁵ BENJAMIN DALLE debruça-se sobre os “três pilares de boa governança ambiental” estabelecidos pela Convenção, salientando as fundações robustas destas matérias no direito administrativo norte-americano e o facto de a Convenção seguir uma lógica inserida no “corpo crescente” do direito administrativo global, que passa pela aplicação e execução de normas globais por parte das administrações nacionais: cfr. BENJAMIN DALLE, “Instruments of a Universal Toolbox or Gadgets of Domestic Administration? The Aarhus Convention and Global Governance”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, Fascicolo n.º 1, p. 1-40.

¹⁶ A qual pode ser definida, com MICHAEL KLOEPFER (cfr. *Umweltrecht*, 3. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuch-handlung, München, 2004, p. 335), como *a informação sobre o estado do ambiente e as suas modificações, as consequências de tais modificações, os efeitos sobre o ambiente e as suas consequências, bem como os efeitos das medidas de proteção ambiental*.

¹⁷ Expressamente neste sentido, cfr. WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, “Tendenzen in der Verwaltungsrechtentwicklung”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 50. Jahrgang, Heft 11, Juni 1997, p. 433-442.

vação de uma *responsabilidade partilhada* no seio do direito administrativo¹⁸.

Salienta-se, assim, em nome de uma cultura de *transparência*, a necessidade de garantir fluxos constantes e contínuos de informação entre os diversos sujeitos envolvidos neste domínio. Apesar das responsabilidades reforçadas da Administração Pública, é elevada a complexidade do quadro de instituições e indivíduos comprometidos na disponibilização e partilha da informação: ao Estado, em particular à Administração Pública, pede-se o cumprimento de deveres de transparência e de recolha, tratamento, sistematização e disponibilização de informação e garante-se, em simultâneo, o seu direito de acesso e de recolha de informação junto de empresas e operadores; por seu turno, estes (e, mais em geral, os agentes económicos) assumem um duplo perfil, por um lado com direito de acesso aos arquivos, registos e informações administrativas e, por outro, com deveres de transparência, tratamento e disponibilização de informação, tanto à Administração como ao público; aos cidadãos assistem sobretudo direitos de acesso à informação perante a Administração Pública e os operadores, direitos atribuídos também às ONGA que, como frisámos, desempenham um papel determinante nesta área.

Na generalidade, não é só o *direito administrativo da informação* que, nas palavras de alguns autores, constitui hoje a *coluna vertebral da reforma da teoria geral* do direito administrativo¹⁹; o próprio direito do ambiente tem evoluído, no seio da sua transmutação de um corpo jurídico impositivo, fundado em formas de comando direto do comportamento, para um direito flexível, cooperativo e dúctil, sustentado em formas de comando indireto do

¹⁸ Cfr. WOLFGANG WEISS, “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 117. Jahrgang, Heft 17, September 2002, p. 1167-1182 (p. 1181 e seg.).

¹⁹ É o que acontece em Espanha com JAVIER BARNÉS: “Presentación de la traducción” (obra de Schmidt-Assmann, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, p. xvii-xxvii – p. xxvi). Para Javier Barnés o direito administrativo da informação não constitui um setor da Parte Especial mas uma “coluna vertebral de todo o corpo, que fermenta e impregna a Parte Geral desde que o conhecimento, a informação e a comunicação se tornaram recursos essenciais da Administração”. Também RAINER PITSCHAS (“El Derecho Administrativo de la Información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico”, in: Javier BARNÉS (ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, p. 203-262) atribui ao direito da informação uma *função transversal* servindo, em termos administrativos, de elemento aglutinador para a reconstrução do direito administrativo. Segundo o mesmo Autor, o *direito administrativo da informação* assume, nestes termos, uma *função de direção* ou de *governança*, passando as suas exigências centrais pelo estabelecimento do quadro ou estrutura cuja proteção é, em larga medida, confiada à livre auto-regulação ou autocontrolo (cfr. pp. 237-243).

comportamento, transformando-se num *ambicioso direito da informação*, num movimento fortemente impulsionado pelo direito europeu²⁰. O contributo do direito da informação é dos mais preponderantes para a afirmação deste direito ambiental mais flexível, incentivador e dinâmico, ao robustecer um clima de confiança recíproca entre administradores e administrados, bem como uma cultura de transparência.

Há autores, aliás, que vão mais longe, autonomizando como um dos *princípios gerais* relativos ao “direito do risco” o *princípio da informação e da transparência*, em que “informação, transparência e participação do público constituem (...) um tríptico que muda o conteúdo do direito”²¹. Do mesmo modo, CASS SUNSTEIN (Autor que tem estudado com profundidade e desenvolvimento a problemática do *risco*) considera que a *revelação da informação* relacionada com o risco será a estratégia mais interessante e produtiva a este nível²².

Convém evidenciar – ademais pelo relevo na articulação com o tema da transparência em matéria ambiental – que, ao proteger-se, em termos subjetivos, o direito à informação ambiental se pretende incentivar comportamentos responsáveis e pró-ativos dos cidadãos em prol do ambiente, configurando-se o direito à informação ambiental como um *instrumento de colaboração informativa em benefício da comunidade*²³.

Existem diversos instrumentos, expedientes ou formas de ação típicas da “segunda geração” do direito ambiental – baseada no paradigma de comando indireto do comportamento, de desregulação, auto-regulação, redução e modificação do papel do Estado e assunção de maiores e mais fortes responsabilidades pelos operadores nas tarefas de tutela ambiental – que se revestem de cariz essencialmente informativo: é o que se passa, desde logo,

²⁰ É SCHMIDT-ASSMANN que, na sua monumental obra *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee*, Heidelberg, Springer Verlag, 1998, defende tal conceção (cfr. p. 117). No mesmo sentido, cfr. MICHAEL KLOEPFER (*Umweltrecht*, cit., p. 336) para quem, hoje, “o direito do ambiente é, numa parte considerável, um direito das informações relacionadas com o ambiente”.

²¹ Cfr. MARIE-ANGÈLE HERMITTE, “Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U. Beck”, in: REDE LATINO-AMERICANA – EUROPÉIA SOBRE GOVERNO DOS RISCOS [MARCELO DIAS VARELLA, Organ.], *Governo dos Riscos*, Centro Universitário de Brasília, 2005, p. 11-40 (p. 26-31, p. 31).

²² Trata-se de uma das quatro estratégias alternativas propostas por Cass Sunstein para uma mudança de larga escala no direito de ordenação do risco com benefícios regulatórios e custos mais baixos: cfr. Cass R. Sunstein, “Afterward: On Consequences and Technocrats”, in: Cass R. Sunstein, *Risk and Reason – Safety, Law, and the Environment*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, p. 289-295.

²³ Neste sentido, cfr. RAINER PITSCHAS, “El Derecho Administrativo de la Información”, cit., p. 252.

com os sistemas de gestão ambiental, os quais visam promover a melhoria contínua do desempenho ambiental das organizações que os desenvolvem. O Regulamento EMAS²⁴ define-se estes sistemas, no singular, como “a componente do sistema global de gestão, que inclui a estrutura organizacional, atividades de planeamento, responsabilidades, práticas, processos, procedimentos e recursos destinados a definir, aplicar, consolidar, rever e manter a política ambiental e a gerir os aspetos ambientais” (cfr. n.º 13 do art. 2.º). No plural, EMAS pode ser entendido como “processos pelos quais a gestão de uma organização identifica aspetos e impactes ambientais do seu funcionamento, regulados e não regulados, avalia a performance atual e desenvolve objetivos e planos para alcançar melhorias ambientais significativas”²⁵. Os sistemas de gestão ambiental dependem em absoluto da recolha, partilha e revelação de informação em termos eficientes. A *etiqueta ambiental* ou *rótulo ecológico* é considerada como um outro expediente de revelação e troca de informação (no caso, dirigida aos consumidores), informação que se revela, ainda, decisiva para as autorizações de emissão transacionáveis, títulos que constituem uma das marcas mais salientes do direito ambiental dos nossos dias.

Em suma, e seguindo de novo Cass Sunstein, a informação ambiental corporiza uma das “ferramentas inteligentes” utilizadas na nova geração do direito do ambiente e simboliza uma das mais claras histórias de sucesso do direito ambiental moderno²⁶.

Neste ponto, a exposição centra-se na informação ambiental, remetendo para as margens a participação em matéria ambiental, em virtude de a análise dogmática da primeira ser mais desenvolvida do que a da segunda, tanto em termos do direito administrativo geral, como do direito ambiental. Em todo o caso, não se olvida o papel central da participação na consagração efetiva de uma cultura e de uma prática de transparência, o que é bem visível no tratamento dos instrumentos normativos ordenadores da informação e participação ambiental, tanto em termos internacionais como nacionais.

²⁴ Acrónimo para *Environmental Management and Audit Scheme*, em inglês. Trata-se do Regulamento (CE) n.º 1221/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, relativo à participação voluntária de organizações num *sistema comunitário de ecogestão e auditoria*.

²⁵ Cfr. KEITH PEZZOLI, “Environmental Management Systems (EMSS) and Regulatory Innovation”, *California Western Law Review*, vol. 36, n.º 2, Spring 2000, p. 335-365 (p. 336).

²⁶ Cfr. CASS R. SUNSTEIN, “Afterward...”, cit., p. 258.

IV. INSTRUMENTOS JURÍDICOS CONSAGRADORES DA INFORMAÇÃO E DA PARTICIPAÇÃO EM MATÉRIA AMBIENTAL

A matéria da informação e da participação em sede ambiental encontra hoje uma extensa consagração normativa, tanto em termos internacionais como nacionais. O elenco dos principais documentos e algumas das disposições mais pertinentes é, de seguida, objeto de sumária análise.

4.1. Instrumentos internacionais

A dimensão internacional dos temas tratados é inegável: desde a Cimeira da Terra de 1992 que os princípios da *informação* e da *transparência* ganharam foros de cidade no direito internacional do ambiente, ao plasmar-se no Princípio 10 da *Declaração do Rio Sobre Ambiente e Desenvolvimento* que “As questões ambientais são mais eficazmente tratadas com a *participação* (...) de todos os cidadãos implicados”, devendo todos os indivíduos, ao nível nacional, “ter *acesso adequado à informação* relativa ao ambiente detida pelas autoridades” e os Estados “facilitar e incentivar a consciencialização e a participação do público, *disponibilizando amplamente a informação*” (itálicos nossos). Os problemas ambientais não respeitam fronteiras e, numa lógica de proteção global indispensável no domínio do ambiente, mostra-se necessário avançar com medidas e disposições que garantam o acesso à informação e a sua partilha e a possibilidade de os agentes envolvidos participarem nas decisões com efeitos ambientais, necessidade reforçada se pensarmos em alguns dos instrumentos específicos supra-mencionados, nomeadamente em sistemas de gestão ambiental como o EMAS ou o das normas ISO, que têm eficácia internacional e assentam na recolha, tratamento e disponibilização de informação ambiental.

4.1.1. A Convenção de Aarhus

A Convenção de Aarhus (“Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente”) assume uma importância basilar neste campo face ao amplo reconhecimento, à escala internacional, do acesso à informação e da participação do público no domínio ambiental²⁷.

²⁷ Sobre a Convenção de Aarhus cfr. CARLA AMADO GOMES/TIAGO ANTUNES (coordenadores), *A Trilogia de Aarhus*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, julho de 2015. Trata-se de um livro digital com algumas das intervenções proferidas na Conferência «A trilogia de Aarhus: os direitos

A instituição do Registo Europeu de Emissões e Transferências Poluentes, designado pelo acrónimo PRTR (*Pollutant Release and Transfer Register*)²⁸, na sequência do Protocolo adotado na Conferência das Partes que teve lugar em 21 de maio de 2003 em Kiev²⁹, materializa um dos resultados de maior alcance da Convenção.

Entre outros desideratos, é objetivo desta Convenção garantir o envolvimento de todos os cidadãos efetiva ou potencialmente interessados na proteção e promoção do ambiente, reconhecendo ao público, em termos muito amplos, direitos de informação e de participação (e, ainda, de acesso à justiça) e impondo às Partes signatárias as correspondentes obrigações em sede de acesso à informação e à participação pública (e acesso à justiça). De notar que, ao contrário do que é frequente nas convenções internacionais, a Convenção de Aarhus não se destina a regular relações intergovernamentais, reportando-se antes, de forma direta, às relações entre os governos (administrações) nacionais e as suas empresas, organizações não-governamentais e cidadãos.

A avaliação doutrinal positiva da Convenção radica, desde logo, no facto de constituir um marco na mudança de conceção da regulação ambiental europeia sentida desde meados dos anos oitenta do século passado – na direção ao direito ambiental “de segunda geração” já referenciado. De acordo com a doutrina, a Convenção caracteriza-se pela ênfase concedida à vertente procedimental do direito do ambiente e pela transição de uma regulação de tipo “condicional” para uma regulação “final”³⁰. Segundo alguns autores, constitui uma excelente expressão do *direito ambiental moderno*, caracterizado em simultâneo por ser um direito *processual* (na medida em que a Convenção é expressão da “proteção ambiental através do processo” em que se envolvem atores não estaduais) e *transnacional* (porque se coloca fora

à informação, à participação e à justiça ambiental», realizada no dia 23 de outubro de 2014 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, organizada pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas.

²⁸ Cfr. <http://prtr.ec.europa.eu/>.

²⁹ Na Quinta Conferência Ministerial do Ambiente para a Europa. Este Protocolo foi ratificado pela Resolução da Assembleia da República n.º 87/2009, de 15 de setembro.

³⁰ Cfr. WOLFGANG DURNER/RASSO LUDWIG, “Paradigmenwechsel in der europäischen Umweltrechtsetzung? Überlegungen zu Bedeutung und Grundstrukturen des Instruments der Massnahmenplanung im neueren Umweltrecht der Gemeinschaft”, *Natur und Recht – Zeitschrift für das gesamte Recht zum Schutze der natürlichen Lebensgrundlagen und der Umwelt*, 30. Jahrgang, Heft 7, Juli 2008, p. 457-467 (p. 457-460). Estes Autores indicam como uma das marcas desta segunda fase a atribuição de direitos de informação, de participação e de ação judicial aos cidadãos, mencionando, para além de várias diretivas comunitárias, a Convenção de Aarhus.

dos centros de decisão administrativos estaduais), consolidando-se como uma das marcas da emergência do *direito administrativo transnacional*³¹. Daí que não surpreenda a conclusão de certos autores, para quem a Convenção de Aarhus é “o texto legal internacional mais pormenorizado que fornece princípios de responsabilização robustos e compreensivos relativos à governança ambiental”³².

4.1.2. As diretivas da União Europeia

Desde muito cedo que a Comunidade Europeia (ainda nos tempos da Comunidade Económica Europeia) começou a prestar atenção à matéria sob o nosso escrutínio, nomeadamente com a Diretiva 82/501/CEE, do Conselho, de 24 de junho de 1982, relativa aos riscos de acidentes graves de certas atividades industriais (conhecida por Diretiva “Seveso I”), baseada em expedientes de informação e comunicação, que impunham aos responsáveis por atividades industriais que envolvessem substâncias perigosas a apresentação às autoridades competentes de uma notificação contendo diversas informações, a par da obrigação de informar as pessoas suscetíveis de ser afetadas e, ainda, o dever de informar de imediato as autoridades em caso de ocorrência de acidentes graves. Entre muitos outros textos posteriores, salienta-se a Diretiva 90/313/CEE, do Conselho, de 7 de junho de 1990, relativa à liberdade de acesso à informação em matéria de ambiente, sob a égide do Quarto Programa de Ação em Matéria de Ambiente, a qual veio a ser revogada pela Diretiva que transpôs a Convenção de Aarhus para o direito europeu – a Directiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2003, que ainda se encontra em vigor³³.

³¹ Cfr. ANDREAS FISCHER-LESCANO, “Transnationales Verwaltungsrecht”, *Juristen-Zeitung*, 63. Jahrgang, n.º 8/2008, p. 373-383, p. 373 e seg.

³² Cfr. BENJAMIN DALLE, “Instruments of a Universal Toolbox...”, cit., p. 5.

³³ Outros textos normativos europeus merecem referência: a disciplina comunitária das *substâncias químicas perigosas* teve por base exigências de *relato e divulgação de informação* (como resulta do Regulamento (CEE) n.º 793/93, do Conselho, de 23 de março de 1993, relativo à avaliação e controlo dos riscos ambientais associados às substâncias existentes); a Diretiva “Seveso II” (Directiva 96/82/CE, do Conselho, de 9 de dezembro de 1996, relativa ao controlo dos perigos associados a acidentes graves que envolvem substâncias perigosas). Também não se pode olvidar a instituição, em 1990 (por intermédio do Regulamento (CEE) n.º 1210/90, do Conselho, de 7 de maio de 1990), da Agência Europeia do Ambiente, a qual se destacou, desde o início, no tocante às suas competências de recolha, tratamento, sistematização e disponibilização de informação sobre ambiente. O mesmo Regulamento criou a *Rede Europeia de Informação e de Observação* (EIONET – *European Environment Information and Observation Network*). Tanto a Agência Europeia do Ambiente como a Rede Europeia de Informação e de Observação

A Diretiva 2003/4/CE, ao disciplinar o *acesso do público às informações sobre ambiente* constitui, assim, o texto europeu fundamental neste domínio³⁴, visando garantir “a mais vasta disponibilização e divulgação sistemáticas junto do público de informação sobre o ambiente”, promovendo a utilização de tecnologias telemáticas e/ou eletrónicas (al. *b*) do seu art. 1.º) e assegurando o direito de acesso ao requerente sem este ter necessidade de demonstrar o seu interesse (art. 3.º, n.º 1) – embora preveja, de forma algo contraditória, um vasto elenco de fundamentos para o indeferimento de um pedido de informação sobre ambiente (art. 4.º). As obrigações das autoridades públicas (n.º 5 do art. 3.º) e os deveres dos Estados-membros quanto à organização da informação sobre ambiente (artigos 7.º e 8.º) são pedras angulares desta Diretiva.

Ao nível da participação pública é de realçar a Diretiva 2003/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de maio de 2003 a qual prevê a *participação do público* na elaboração de certos planos e programas *relativos ao ambiente* e altera, no que diz respeito à *participação do público* e ao acesso à justiça, as Diretivas 85/337/CEE e 96/61/CE, do Conselho. Constitui o principal texto em vigor referente à participação em matéria ambiental.

De notar, por último, que nos principais domínios da “legislação” ambiental europeia é imputado papel de enorme notoriedade à informação e, sobretudo, à participação pública. Uma breve nota sobre dois regimes, provavelmente os de maior vulto do direito ambiental europeu.

No que respeita ao regime da *prevenção e controlo integrados da poluição*, em primeiro lugar, assinala-se a sua inclusão numa Diretiva que pretende ir ainda mais longe, em termos de integração: a Diretiva 2010/75/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição) – que visa integrar abordagens diferentes no controlo das emissões para a atmosfera, a água ou os solos, disciplinando a prevenção e o controlo integrados da poluição proveniente das atividades industriais e definindo regras destinadas a evitar e, quando tal não seja possível, a reduzir as emissões para o ar, a água e o solo e a evitar a produção de resíduos, a fim de alcançar um elevado nível

encontram-se hoje disciplinas no Regulamento (CE) n.º 401/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009.

³⁴ Deve também citar-se o Regulamento (CE) n.º 1367/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de setembro de 2006, relativo à aplicação das disposições da Convenção de Aarhus sobre o acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente às instituições e órgãos comunitários.

de proteção do ambiente no seu todo (tudo nos termos do seu art. 1.º)³⁵.

O *acesso à informação* e a *participação do público* no procedimento encontram-se regulados no art. 24.º, com a obrigação para os Estados-Membros (n.º 1) de assegurar que seja dada ao *público interessado* (definido na al. 17) do art. 3.º como “o público afetado ou suscetível de ser afetado pela tomada de uma decisão sobre a concessão ou a atualização de uma licença ou das condições de licenciamento, ou interessado nessa decisão”, considerando-se “interessadas as organizações não governamentais que promovem a proteção do ambiente (...)” oportunidade efetiva de participar em tempo útil nos procedimentos de concessão de todas as licenças previstas no diploma (nomeadamente nos procedimentos de concessão e atualização das licenças para novas instalações e para alterações substanciais). Nos n.ºs 2 e 3 estabelece-se a obrigação de as autoridades competentes facultarem ao público, designadamente através da Internet, um conjunto de informações relevantes.

No Anexo IV, sob a epígrafe “Participação do público na tomada de decisões”, densifica-se nos pontos 1. e 2. a informação (os múltiplos elementos) que deve ser prestada ao público em termos muito alargados, determinando-se ainda o direito do público apresentar observações e opiniões à autoridade competente (3.) e a obrigação de tomar em conta nas decisões os resultados das consultas realizadas (4.).

Duas outras disposições podem ser elencadas, no que poderemos designar por “parte especial” da Diretiva:

- No Capítulo IV (instalações de incineração e co-incineração de resíduos) o art. 55.º regula os “Relatórios e informação ao público sobre as instalações de incineração e co-incineração de resíduos”, determinando a sua disponibilização para que o público possa apresentar observações;
- No Capítulo V (instalações e atividades que utilizam solventes orgânicos) o art. 65.º (“Acesso à informação”) estabelece a colocação à disposição do público da decisão da autoridade competente e suas atualizações, bem como uma série de outros elementos (regras vinculativas gerais, lista de instalações sujeitas a licenciamento e registo e resultados da monitorização).

³⁵ A abrangência do diploma está bem patente no facto de, para além de regular no Capítulo II as atividades tradicionalmente sujeitas ao regime da PCIP e obrigadas, como tal, a possuir uma *licença ambiental*, conter ainda disposições especiais aplicáveis às *instalações de combustão* (Capítulo III), às *instalações de incineração e co-incineração de resíduos* (Capítulo IV), às *instalações e atividades que utilizam solventes orgânicos* (Capítulo V) e às *instalações que produzem dióxido de titânio* (Capítulo VI).

No que tange à *avaliação de impacte ambiental* (AIA), em segundo lugar, vigora a Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projetos públicos e privados no ambiente. Cite-se o considerando 17) da Diretiva, que alude à *participação*, “incluindo a *participação por parte de associações, organizações e grupos*, em especial organizações não governamentais que promovem a proteção do ambiente”, a qual “deverá ser consequentemente incentivada através, nomeadamente, da *promoção da educação do público* em matéria ambiental” (itálicos nossos).

Não será exagero dizer que a diretiva AIA, para além do seu cariz preventivo, ao avaliar os efeitos de determinados projetos no ambiente antes da sua autorização ou licenciamento (“aprovação”, na terminologia do art. 2.º) assenta basicamente num regime de disponibilização, acesso e troca de informação. Mencionando as disposições mais proeminentes, de acordo com o art. 5.º o dono da obra deve fornecer as informações previstas no Anexo IV (n.º 1), informações que, entre outros elementos, abrangem a descrição do projeto, a identificação e avaliação dos principais impactes ambientais e as medidas previstas para evitar, reduzir e, se possível, compensar os efeitos negativos significativos (n.º 3), havendo também obrigações de prestação de informação que incidem sobre as autoridades administrativas (n.ºs 2 e 4). No art. 6.º estipula-se um dever de informar o público, por meios eletrónicos sempre que estes estejam disponíveis, de uma série de elementos e de garantir o acesso a essa mesma informação (n.ºs 2 e 3). A acrescer ao direito de ser *informado*, assiste ao público o *direito de participar* nos processos de tomada de decisão (n.º 4 do mesmo art. 6.º). As obrigações de informação do público, por parte das autoridades competentes, estendem-se à concessão ou recusa da “aprovação” do projeto.

São várias as regras dirigidas à permuta de informação entre autoridades administrativas e Estados-membros, realçando-se as contidas nos artigos 12.º e 13.º, sobre a troca de informações entre a Comissão e os Estados-membros.

4.2. Instrumentos internos

4.2.1. A lei sobre informação ambiental

A Diretiva 2003/4/CE foi transposta para o direito nacional através da Lei n.º 19/2006, de 12 de junho, que regula o acesso à informação sobre ambiente. A informação ambiental encontrava-se disciplinada, desde 1993, na Lei de Acesso aos Documentos da Administração, mas passou a merecer, a partir de 2006, a dignidade de uma lei específica para a sua regulamentação.

De acordo com o seu artigo 2.º, a Lei contempla três objetivos genéricos, a saber: garantir o direito de acesso à informação sobre ambiente devida pelas autoridades públicas; assegurar que a informação sobre ambiente seja divulgada e disponibilizada ao público; e promover o acesso à informação através da utilização de tecnologias telemáticas ou eletrónicas. As autoridades públicas são responsabilizadas por uma gama de medidas e tarefas julgadas indispensáveis para assegurar a informação ambiental (artigos 4.º, 5.º, 7.º e 10.º), por forma a efetivar e garantir aos cidadãos o *direito de acesso à informação sobre ambiente*, independentemente do seu interesse na matéria (artigo 6.º). Os prazos (art. 9.º) e as formas de disponibilização (art. 10.º) da informação são também disciplinados, competindo à Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA)³⁶ zelar pelo cumprimento das normas desta Lei.

4.2.2. A lei de participação procedimental e ação popular

A Revisão Constitucional de 1989 introduziu no texto da Lei Fundamental portuguesa um preceito – hoje contido no n.º 3 do seu art. 52.º – no qual se atribui a todos os cidadãos, pessoalmente ou através de associações dos interesses em causa, o *direito de ação popular*, em particular para “promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra (...) a preservação do ambiente e do património cultural”.

Na sequência deste preceito, foi publicada em 1995 a Lei n.º 83/95, de 31 de agosto³⁷, a disciplinar o “Direito de participação procedimental e de ação popular”. Não obstante a natureza processual do direito de ação popular, pelo menos na sua configuração tradicional, o legislador foi mais longe ao reconhecer-lhe uma vertente *procedimental*, permitindo, deste modo, a qualquer cidadão, independentemente de ter interesse direto ou pessoal na matéria (e às associações e fundações defensoras dos interesses em causa, bem como às autarquias locais), participar em procedimentos administrativos suscetíveis de produzir efeitos no ambiente, reportando-nos ao âmbito material que nos interessa.

³⁶ Entidade administrativa independente, que funciona junto da Assembleia da República e tem como fim zelar pelo cumprimento das disposições legais referentes ao acesso à informação administrativa.

³⁷ Retificada pela Retificação n.º 4/95, de 12 de outubro de 1995 e recentemente alterada (em preceitos de que não nos ocuparemos na nossa exposição) pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro (que teve como principal objeto a revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais).

O *direito de participação procedimental* está regulado no Capítulo II da Lei, a qual determina um dever de audiência prévia na preparação de planos ou na localização e realização de obras e investimentos públicos com impacte relevante (art. 4.º), densificando depois os termos e as condições dessa participação: o anúncio público do início do procedimento (art. 5.º); a possibilidade de os interessados consultarem os documentos e demais atos do procedimento (art. 6.º); o pedido de audiência ou de apresentação de observações escritas (art. 7.º); as formas de audição dos interessados (art. 8.º); o dever de ponderação e de resposta por parte da autoridade instrutora ou promotora do projeto (art. 9.º); e as condições específicas dos procedimentos coletivos (art. 10.º). As disposições do Código do Procedimento Administrativo são subsidiariamente aplicáveis (art. 11.º).

4.2.3. Os sistemas de informação ambiental disponibilizados pela APA

Não gostaríamos de terminar o nosso roteiro sem uma referência aos *sistemas de informação* disponíveis em Portugal em relação aos quais a APA desempenha, uma vez mais, um papel decisivo.

A existência destes sistemas de informação constitui uma demonstração inequívoca dos avanços alcançados neste domínio e, em paralelo, da articulação efetuada em geral de uma forma sagaz entre a garantia do direito à informação e do direito de participação.

Em termos meramente tópicos, são estes alguns dos sistemas de informação vigentes entre nós e geridos ou disponibilizados pela APA:

- O SIRAPA, Sistema Integrado de Registo da Agência Portuguesa do Ambiente;
- O SNIAmb, Sistema Nacional de Informação de Ambiente;
- O SIAIA, Sistema de Informação sobre Avaliação de Impacte Ambiental;
- O QualAr, Base de Dados Online sobre a Qualidade do Ar;
- O Registo Português de Licenças de Emissão (RPLE), integrado no Registo da União Europeia (o *European Union Transaction Log*) do sistema europeu de comércio de emissões (EU emissions trading system – EU ETS);
- O SILiAmb, Sistema Integrado de Licenciamento do Ambiente; O SILOGR, Sistema de Informação do Licenciamento de Operações de Gestão de Resíduos;

- O SNIRH, Sistema Nacional de Informação de Recursos Hídricos;
- O INSAAR, Inventário Nacional de Sistemas de Abastecimento de Água e de Águas Residuais.

No tocante às realizações concretas, cumpre mencionar o recente lançamento, em Portugal, do Portal <http://participa.pt/>, sítio da internet (gerido pela APA) no qual se disponibiliza informação sobre as iniciativas em fase de consulta pública com possível relevância ambiental.

V. CONCLUSÃO

Neste texto equacionaram-se as exigências fundamentais que estão na génese da instituição de uma cultura de transparência em matéria de ambiente. Da necessidade de uma atuação transversal e integrada dos poderes públicos e de todos os atores envolvidos na tarefa hercúlea de tutela ambiental, à diversidade de instrumentos em articulação nesta sede, a somar aos mecanismos políticos, sociais, cívicos e associativos – que permitem falar na importância da educação ambiental, no papel das ONGA e no relevo da governança na política e no direito do ambiente –, avançámos para uma abordagem analítica dos seus expedientes jurídicos.

Uma vez que os requisitos conducentes à transparência radicam na institucionalização de meios e formas de assegurar a informação ambiental, bem como na participação neste importante domínio da vida individual e comunitária, foram os respetivos instrumentos que constituíram o objeto central do nosso estudo. O caminho percorrido levou-nos à conclusão de que, tanto em termos internacionais – sobretudo ao nível da União Europeia – como nacionais, os progressos alcançados nos últimos anos foram notáveis.

Em termos de articulação dos dois institutos, a garantia da informação releva porquanto possibilita a participação de cidadãos e grupos informados; e o direito de participação só pode ser exercido, com eficácia e eficiência – tanto na perspetiva da defesa dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos envolvidos como da promoção do interesse público ambiental –, por cidadãos e grupos devidamente informados.

Os instrumentos normativos disponibilizados na arena internacional – a Convenção de Aarhus e as normas da União Europeia sobre o tema – e no nosso país – em especial a lei sobre informação ambiental e a lei de participação procedimental e ação popular –, a par dos sistemas de informação e dos registos disponíveis, permitem traçar horizontes otimistas:

o direito tem cumprido a sua função, ao dotar o ordenamento jurídico das ferramentas indispensáveis à garantia da informação e da participação em sede ambiental. Espera-se que todos os atores envolvidos, em especial os poderes públicos – não só a Administração Pública mas o próprio poder político-legislativo, responsável pela definição e implementação de políticas públicas –, os operadores de instalações suscetíveis de produzir impactos ambientais, a comunidade científica, os peritos, as associações e os cidadãos desempenhem o seu papel, prosseguindo a caminhada rumo à instituição de uma política e de uma prática de transparência em matéria ambiental.

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA “VERDE”

ALEJANDRO ROMÁN MÁRQUEZ

Contratado del Departamento de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y OBJETIVOS FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE. 1.1. Contratación pública y medio ambiente. La contratación “verde”. II. ORÍGEN Y EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN VERDE EN LA UNIÓN EUROPEA. 2.1. La contratación pública verde en los documentos de la Comisión Europea. Génesis y evolución de la sostenibilidad ambiental en la contratación pública. 2.2. Las cláusulas ambientales a la luz de la jurisprudencia europea. 2.3. La contratación pública verde en las Directivas sobre contratación de primera, segunda y tercera generación. La Directiva 2009/23, de 23 de abril, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. 2.4. Las Directivas sobre contratación de cuarta generación y su tratamiento de la contratación pública verde. III. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE A NIVEL NACIONAL. 3.1. La recepción de la normativa comunitaria en la legislación española sobre contratación pública. El Anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y OBJETIVOS FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE

1.1. Contratación pública y medio ambiente. La contratación “verde”

Una de las estrategias de la política europea para la conservación del medio ambiente está conformada por la denominada *contratación pública verde* o *ecológica* (*green public procurement*), que puede ser definida como aquel “[...] proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otras mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar”¹. Junto con este concepto, la Unión Europea utiliza también un mecanismo de nombre similar, la *contratación pública sostenible*, que amplía su objeto con respecto a la anterior, ya que además de criterios medioambientales incluye en la contratación pública otros de carácter social². Solo el primero de estos mecanismos será objeto del presente trabajo.

La finalidad de la contratación pública verde es canalizar la preeminencia como consumidores de los diferentes poderes públicos para lograr los objetivos de sostenibilidad medioambiental. Es decir, aprovechar el ingente volumen de adquisiciones del sector público³ como incentivo

¹ Así lo define la Comunicación de la Comisión Europea “*Contratación pública para un medio ambiente mejor*”, COM (2008) 400, pág. 5.

² Sobre la inclusión de criterios sociales en la contratación pública *vid.*, entre otros, la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea *sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, COM(2001) 566 final. *Vid.* asimismo RIAÑO PÓMBO, M. y SÁNCHEZ VILLALTA, M., “Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública”, en *Noticias de la Unión Europea*, nº 301, 2010, págs. 77 a 84; o RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M.^a C., “Principios de la contratación y responsabilidad social”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 18, 2014, págs. 479 a 488.

³ Por razones de espacio no considero oportuno extenderme sobre la importancia de la contratación pública en la economía de la Unión Europea, ni sobre los beneficios ambientales pronosticados para la contratación verde. Sobre estos datos se puede consultar el Proyecto de Investigación *Relief* (2001-2003), financiado por la Comisión Europea, y cuyos resultados se pueden consultar en el siguiente sitio web: <http://www.sustainable-procurement.org/about-us/past-projects/relief/>.

para que las empresas orienten sus productos y servicios a la sostenibilidad medioambiental. La Unión Europea ha entendido que, frente a la vía reguladora como mecanismo de protección del medio ambiente, existe también una fórmula que no tiene su fundamento en la prohibición de prácticas lesivas para el entorno, sino en el fomento de productos y servicios ecológicos a través de las ventajas que para el sector empresarial supone que aquéllos resulten elegidos por los licitadores⁴. No se trata, en definitiva, de prohibir conductas, sino de direccionar la oferta de productos y servicios del sector privado, alentando una industria respetuosa con el medio ambiente. A modo de ejemplo, y como señala Valcárcel Fernández, “[...] si una quinta parte de los contratos de la Unión Europea se “colorease de verde”, dicha tendencia produciría un tremendo “efecto arrastre” en el tejido empresarial de la Unión, que, a buen seguro, encontraría un incentivo para acomodar las prestaciones que ofrece a los poderes adjudicadores a estas exigencias, hasta el punto, incluso, de poder convertirse en un presupuesto fundamental para su supervivencia en el mercado”⁵. La contratación pública verde reporta beneficios tanto a la Administración – fundamentalmente en términos de eficiencia de los recursos públicos, obteniendo la mejor relación calidad-precio o “best value for money” – como a los ciudadanos – aumentando su calidad de vida y su nivel de concienciación ambiental –⁶, y en ella participan una pluralidad de actores, como son los poderes adjudicadores, los responsables políticos, los fabricantes y proveedores, y las empresas de construcción y servicios⁷. Cada uno de ellos juega un papel fundamental en la contratación pública verde.

La contratación pública verde ha ido evolucionando a lo largo de los últimos años, ampliando sus mecanismos y recursos e, incluso, mutando su naturaleza, ya que, como se comprobará a lo largo de este estudio, lo que

⁴ También a nivel internacional se apuesta por la contratación pública verde. Destacan, entre otros ejemplos, la *Recomendación sobre contratación pública ecológica* (2002) de la OCDE y el *Grupo de Estudio sobre la Contratación Sostenible*, creado por el mismo organismo, como instrumento de seguimiento de la *Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible* (Johannesburgo, 2002). En la ONU, la *Ley Modelo sobre Contratación Pública* (2011) establece los criterios de aplicación de la contratación pública verde; y a nivel local destaca la *Declaración de Hannover* (2000), suscrita en la *Tercera Conferencia Europea sobre Ciudades y Pueblos Sostenibles*.

⁵ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, n° 1, abril, 2011, pág. 2.

⁶ LÓPEZ TOLEDO, P., “La contratación pública verde y su nueva regulación en el derecho de la Unión Europea”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n° 134, noviembre-diciembre, 2014, pág. 12.

⁷ ÍDEM, pág. 13.

comenzó siendo un conjunto de recomendaciones a los entes públicos contratantes, a día de hoy constituye, en algunos casos, verdaderas obligaciones ineludibles para aquéllos – so pena de nulidad del acuerdo contractual –, si bien carente de un alcance objetivo generalizado. En las próximas páginas se dará somera cuenta del origen y evolución posterior, hasta llegar a la actualidad, de la contratación pública verde.

II. ORÍGEN Y EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN VERDE EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1. La contratación pública verde en los documentos de la Comisión Europea. Génesis y evolución de la sostenibilidad ambiental en la contratación pública

No será hasta finales de la década de los años noventa del siglo pasado cuando las instituciones europeas comienzan a interesarse en el fenómeno de la contratación pública como instrumento de mejora y conservación del medio ambiente⁸, coincidiendo con la consolidación de la *Política Ambiental de la Unión*⁹. Producto de este interés son un conjunto de Comunicaciones de la Comisión que se inician en los primeros años del Siglo XXI¹⁰ con el

⁸ Con anterioridad, y fuera de la esfera de la Unión Europea, se habían firmado algunos acuerdo internacionales, como el *Acuerdo de Compras del Sector Público* (1979) o el *Acuerdo de Contratación Pública* (ACP, 1994), ambos en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Si bien no hacían mención expresa a cuestiones ambientales, permitían introducir criterios de esta naturaleza siempre que no afectasen a los estándares de no discriminación y transparencia suscritos por los miembros de la organización. Sólo a partir de 2006 se incluirá la previsión expresa de criterios medioambientales en la contratación pública. Sobre los mismos *vid.* MORENO MOLINA, J. A., “Acuerdo sobre contratación pública en la OMC”, en *Diccionario sobre contratación Pública*, BERNAL BLAY, M. A. (coord.) et al., Iustel, 2009, pág. 29.

⁹ Concretamente, el *Quinto Programa Ambiental* (1993-2000) y su revisión de 1998, que establece como objetivo principal revisar las normas comunitarias sobre contratación pública para incorporarles criterios de naturaleza medioambiental. Actualmente, el artículo 11 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE, antiguo artículo 6 TCE) señala que “*Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible*”.

¹⁰ Sus antecedentes inmediatos, de temática genéricamente contractual, estarían en el Libro Verde de la Comisión Europea titulado “*La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*” (Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996); y en la Comunicación de la Comisión “*Los contratos públicos en la Unión Europea*”, que plantea la necesidad de clarificar las posibilidades de introducción de criterios medioambientales en la contratación pública por parte de los poderes adjudicadores, comprometiéndose a elaborar un documento interpretativo específico al

documento “*Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor. Estrategia de la Unión Europea para el desarrollo sostenible*”¹¹. En esta Propuesta ante el Consejo Europeo de Gotemburgo, la Comisión Europea reconoce a las políticas de contratación pública como un “*medio adicional para acelerar la difusión de nuevas tecnologías*”, aumentando el uso de productos y servicios respetuosos con el medio ambiente, en definitiva, “*poco contaminantes*”¹², en consonancia con el Tratado de Ámsterdam de 1997, que consolidó el principio de integración de las exigencias medioambientales en las políticas comunitarias, y consideró la contratación pública como un instrumento de mercado para la sostenibilidad ambiental. Así mismo, en la Comunicación de la Comisión sobre el *Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente – Medio Ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos*¹³ –, se destacó que la contratación pública ofrecía un potencial considerable para introducir en el mercado la dimensión medioambiental, en el caso de que los poderes adjudicadores utilizaran el *rendimiento ecológico* como criterio de adjudicación. Estos documentos ponen ya de relieve lo que Oller Rubert calificó como “*ecologización de la contratación pública*”, es decir, la vinculación directa entre contratación pública y medio ambiente. Para esta autora, y como se comprobará a lo largo de estas páginas, existe una relación inmediata entre ambos fenómenos, hasta el punto de que “[I]a evolución del derecho de contratos y su progresiva importancia en el ámbito comunitario puede estudiarse, por tanto, de manera paralela al papel cada vez más relevante que están adquiriendo los temas ambientales”¹⁴. En el mismo sentido, Pernás García pone de relieve lo que, con el correr del tiempo, será una “[...] *relación simbiótica con efectos positivos mutuos; mejor aplicación del Derecho ambiental y garantía de objetividad y transparencia para el uso estratégico de la contratación pública*”¹⁵.

En el mismo año – 2001 – se publicó el *Libro Verde sobre la Políti-*

efecto. Bruselas, 11 de marzo de 1998, COM(98) 143, págs. 26 y ss.

¹¹ Bruselas, 15 de mayo de 2001, COM(2001) 264 final.

¹² ÍDEM, pág. 8. La Comisión utiliza en este documento el concepto “*iniciativa de compra verde*” para referirse a esta materia. Advierte además de que estas técnicas no se utilicen en ningún caso para encubrir prácticas proteccionistas.

¹³ Programa para el periodo 2001-2010, adoptado por la Comisión el 24 de enero de 2001, COM(2001) 31 final.

¹⁴ OLLER RUBERT, M., “La inclusión de las cláusulas ambientales en la contratación pública”, en la *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. I, nº 1, 2010, pág. 4.

¹⁵ PERNÁS GARCÍA, J. J., “Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde”, en *Observatorio de Políticas Ambientales 2014*, LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.) et al., Thomsom-Reuters-Aranzadi, 2014, pág. 450.

ca de Productos Integrada¹⁶, en el que la Comisión apuesta por aumentar el volumen de información medioambiental de los productos en el mercado mediante soluciones *flexibles y eficientes*, ampliando la utilización de criterios de comportamiento medioambiental desarrollados por los diferentes grupos de productos, no solamente en sus propias *etiquetas*, sino en “[...] *cualquier situación en que el mercado necesita distinguir entre productos más ecológicos y menos ecológicos*”, entre las que cita expresamente la contratación pública¹⁷. Para la Comisión, los Poderes Públicos, en consideración al volumen de recursos económicos que moviliza la contratación pública, deben “*asumir su responsabilidad y ponerse a la cabeza del proceso de gestión ecológica y del cambio a favor de consumo de productos más ecológicos*”, considerando que “*si una parte sustancial de las autoridades públicas incrementa su demanda de productos ecológicos, ello tendrá un efecto muy importante en el mercado de productos ecológicos y obligará a la industria a aumentar sustancialmente su producción de productos ecológicos*”¹⁸. Además, se compromete en este documento a examinar cómo promover una contratación más ecológica mediante la obligación de realizar, antes de la adjudicación, un análisis del impacto de las diferentes alternativas disponibles que cumplan los requisitos y necesidades de las autoridades contratantes¹⁹. La propia Comisión se compromete, dentro de la legislación vigente sobre contratación pública, a dar *preferencia* a los productos que cumplan los requisitos de *etiquetado ecológico* de la Unión Europea²⁰.

¹⁶ Bruselas, 7 de febrero de 2001, COM(2001) 68 final.

¹⁷ ÍDEM, pág. 14. Otras situaciones en las que debe aumentarse la información ambiental serían las *evaluaciones comparativas*, los *fondos ecológicos* o las *declaraciones del fabricante*. Sobre estos instrumentos, *vid.* pág. 30 de este documento.

¹⁸ ÍDEM, pág. 15.

¹⁹ En tal sentido, la Comisión Europea es consciente de que una de las barreras más importantes a la *ecologización* de los contratos reside en el hecho de que los compradores públicos “[...] *suelen carecer de información específica con respecto a las características medioambientales que debería reunir un producto determinado. Esto es importante porque si en el contrato se especifican claramente los criterios ecológicos aplicables a los productos, el sector público podrá adquirir productos ecológicos sin cortapisas*”. ÍDEM, pág. 16.

²⁰ Para dar ejemplo de esta voluntad, se compromete a inscribirse en el SGAM (*Sistema comunitario de Gestión y Auditoría Medioambientales*) y a evaluar y publicar los resultados de esta experiencia, que se publicitará entre los Estados miembros y autoridades locales. Sobre la etiqueta ecológica y su evolución puede verse FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La ecoetiqueta comunitaria”, en *Noticias de la Unión Europea*, n^o 153, 1997, págs. 57 a 72; LOZANO CUTANDA, B., “La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea”, en la *Revista interdisciplinar de gestión ambiental*, n^o 30, 2001, págs. 25 a 34; o MANTECA VALDELANTE, V., “Etiqueta ecológica europea”, en *Unión Europea Aranzadi*, vol. 33, n^o 1, 2006, págs. 11 a 17.

Fruto de los compromisos adquiridos en el Libro Verde²¹ se publica la importante Comunicación interpretativa de la Comisión *sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública*²². Su objetivo es el estudio y difusión de las posibilidades que ofrecía la legislación comunitaria del momento para una óptima integración de los aspectos medioambientales en la contratación pública. Para intentar acabar definitivamente con las dudas generadas al respecto entre los poderes públicos a la hora de introducir y valorar criterios medioambientales en los procedimientos contractuales, la Comisión analiza cada uno de los momentos fundamentales de la contratación y las posibilidades de introducir criterios medioambientales en cada uno de ellos:

- a) En el momento de la definición del objeto contractual: la posibilidad de introducir aspectos medioambientales dependerá del tipo de contrato. En los *contratos de obra*, será en la fase de elaboración del proyecto cuándo el poder adjudicador podrá diseñarlo de forma que genere el menor impacto posible en el ecosistema y que consuma la menor cantidad posible de recursos naturales²³. En tal sentido, recuerda que las normas nacionales pueden establecer reglas técnicas – como la prohibición de determinadas sustancias perjudiciales para el medio ambiente o la imposición de niveles mínimos de rendimiento ambiental – que resultan de obligado cumplimiento para los poderes adjudicadores siempre y cuando sean compatibles con el Derecho comunitario, incluyendo sus principios, como se verá seguidamente. En cuanto a los *contratos de prestación de servicios*, también podrán los poderes públicos elegir el modo de prestación de los mismos (como por ejemplo, que los servicios de transporte público se realice con autobuses, o la modalidad a emplear en la recogida de residuos urbanos). Los *contratos de suministro* plantean una mayor problemática que los anteriores, ya que si bien los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinar el objeto

²¹ Vid. Anexo III del mismo.

²² Bruselas, 4 de julio de 2001, COM(2001) 274 final.

²³ Recuerda la Comisión que “[e]n una categoría concreta de contratos de obras, el Derecho comunitario impone la obligación de evaluar el impacto ambiental antes de que se decida realizar su realización [sic]. Dicha obligación, que se fundamenta en la legislación ambiental y no en las directivas de contratación pública, repercute sobre la capacidad de elección de la entidad contratante. La obligación de las autoridades competentes de tener en cuenta los resultados de la evaluación de impacto ambiental en la decisión de autorizar o consentir la construcción o consentir la construcción suele originar requisitos de ejecución más respetuosos con el medio ambiente”. ÍDEM, pág. 6.

del contrato que consideren más respetuoso con el medio ambiente – aceptándose incluso la utilización de *variantes*²⁴ –, esta libertad tiene un importante límite, ya que en ningún caso podrá afectar a las *normas y principios generales del Derecho comunitario*, en especial al principio de libre circulación de mercancías²⁵. Es decir, que la introducción de criterios medioambientales a la hora de configurar el objeto contractual no puede tener en ningún caso, como objetivo, el favorecer a empresas nacionales en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros. Como señala la Comisión recordando la jurisprudencia comunitaria al respecto²⁶, estas normas se aplican a todos los contratos públicos, estuviesen o no dentro del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación pública²⁷. En definitiva, se habilita a los poderes públicos para que requieran un tipo de materiales *básicos* o materias primas, procedimientos concretos de producción²⁸, la remisión a *etiquetas ecológicas*²⁹ o las citadas *variantes*; pero siempre que la actividad contractual afecte o pueda afectar – *principio de proporcionalidad y de precaución* – al medio ambiente, siendo ésta la premisa fundamental para la introducción de criterios medioambientales en cualquier contrato público³⁰.

²⁴ Éstas permiten a los poderes adjudicadores introducir una mayor flexibilidad a la hora de definir el objeto del contrato, permitiendo que los candidatos presenten soluciones alternativas que cumplan unos requisitos mínimos, en este caso de naturaleza medioambiental. La aceptación de variantes puede mejorar la sostenibilidad del contrato, dando cabida a criterios ambientales no expresamente previstos por el poder adjudicador pero igualmente pertinentes.

²⁵ Actuales artículos 26 a 28 y 37 TFUE.

²⁶ Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Parking Brixen GmbH*, de 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03).

²⁷ Salvo a las entidades contratantes cubiertas por la Directiva sobre el gas, la electricidad, el agua y el transporte (Directiva sobre sectores especiales 93/38/CE), extensible a organismos privados.

²⁸ Siempre que éstos contribuyan a determinar las características (*visibles o invisibles*) del rendimiento del producto, siempre que tales procedimientos no resulten *innecesariamente restrictivos o discriminatorios*, y excluyendo a aquéllos requisitos que no tengan relación con la propia producción, como, por ejemplo, la gestión de la empresa, que no podrá constituirse en ningún caso como “procedimiento de producción”. Comunicación interpretativa de la Comisión *sobre la legislación comunitaria de contratos públicos...* *Op.cit.*, pág. 9.

²⁹ Si bien poniendo el máximo cuidado para no limitar los medios de acreditación a tales etiquetas (sobre todo cuando se trate de etiquetas ecológicas de ámbito nacional o carácter privado), debiendo aceptar otros, como los *informes de ensayos*. ÍDEM, pág. 10.

³⁰ Así lo recuerda, entre otros, ALONSO GARCÍA, M.^a C., “La consideración de

- b) En la selección de los candidatos, los criterios medioambientales podrán tener cabida tanto a la hora de excluir a éstos como en el momento de evaluar su capacidad técnica. En relación al primer supuesto, la Comisión permitió incluir los delitos medioambientales como lesivos de la “*moralidad profesional del contratista*”³¹, excluyéndolos del procedimiento de licitación, si bien manteniendo el requisito de que hubiese recaído condena con sentencia firme. En relación al segundo, podrán relacionarse con los aspectos medioambientales diferentes medios de acreditación de la capacidad técnica del candidato, como los relativos al material o equipo técnico disponible, los medios técnicos del suministrador, o su personal y organismos técnicos. También se habilita la posibilidad de exigir una experiencia determinada en materia ambiental o que los contratistas actúen en el marco de un sistema de gestión medioambiental³².
- c) La evaluación de las diferentes ofertas admite también criterios de carácter ambiental a la hora de determinar cuál resulta *económicamente más ventajosa*. Para que tales criterios fuesen admisibles para la Comisión debían, como ocurre con el resto de criterios, reconducirse a “*criterios concretos, relacionados con el producto y cuantificables desde el punto de vista económico*” y “*suponga[n] una ventaja económica [incluso indirecta] para la entidad contratante que pueda atribuirse al producto o servicio objeto de la licitación*”³³. Es-

la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE”, en *La Ley Unión Europea*, nº 26, mayo, 2015, pág. 7.

³¹ Reconocido expresamente por la Directiva 2004/18/CE sobre contratación pública (*vid. Considerando nº 43*).

³² Aclara la Comisión que para que estos sistemas, entre los que cita expresamente, pero sin carácter exclusivo, el sistema EMAS e ISO 14001, puedan “[...] servir como justificante de la capacidad técnica, [...] [éstos deben] repercutir en la calidad del suministro o en la capacidad de la empresa (por ejemplo, equipamientos técnicos) para ejecutar un contrato con requisitos medioambientales (por ejemplo, un contrato de obras en el que contratista [sic] tenga que ocuparse de los residuos en el lugar de construcción). Por consiguiente, el registro en el EMAS servirá como justificante cuando los elementos del programa y de sistema de gestión medioambientales de una empresa o entidad puedan considerarse equivalentes a uno o varios de los medios de acreditación de la capacidad técnica de la empresa”. ÍDEM, pág. 13.

³³ Aclarando que podrían utilizarse los criterios de la etiqueta ecológica si cumplen tales requisitos. En la mayoría de casos, estos criterios estarían relacionados con la calidad o eficacia del producto, de la ejecución de la obra o de la prestación de servicios (“*calidad o mérito técnico*”, mencionado entre los criterios de adjudicación). ÍDEM, págs. 14 y 15. La jurisprudencia posterior modulará el carácter económico de los criterios medioambientales de adjudicación (*vid. infra*).

tos criterios medioambientales estarán en pie de igualdad con otros mencionados expresamente en las directivas – como las características *funcionales y estéticas* – si cumplen con los requisitos citados. Entre otros criterios más o menos novedosos o problemáticos para el momento, la Comisión admitió explícitamente los costes originados en el denominado *ciclo vital* de los productos, definiendo este *coste global* como “*todos los gastos en que se incurre durante la producción, consumo o utilización y eliminación de un producto o servicios (planteamiento global)*”³⁴, incluyendo los sobrevenidos tras la compra del producto, y que al correr por cuenta del poder adjudicador afectarían de manera directa a los aspectos económicos del producto. También admite la posibilidad de tener en cuenta las *externalidades* del producto o servicio, es decir, los “*daños o beneficios que no son pagados ni por quien contamina ni por el beneficiario en condiciones normales de mercado*”, “[...] *costes y beneficios resultantes de las actividades sociales y económicas de un grupo de personas que repercuten sobre otro, sin que el primer grupo tenga plenamente en cuenta dicha repercusión*”³⁵. Hasta entonces, al ser la sociedad en su conjunto la que había de soportar estos costes, y no los compradores de productos o servicios, no podían ser considerados como criterios de adjudicación – conforme a la concepción imperante hasta ese momento.

- d) Por último, la ejecución del contrato, estipulada en cláusulas contractuales determinadas al efecto, admitirá igualmente el establecimiento de condiciones que tuviesen por objeto la protección del medio ambiente. Como cualquier criterio que afecte al modo de ejecución del contrato, nunca debe tratarse de especificaciones técnicas, criterios de selección de candidatos o de evaluación de las ofertas. Igualmente deben cumplir, como en los casos anteriores, con las normas y principios generales del Tratado, y en particular con el principio de no discriminación intracomunitaria, así como con las Directivas sectoriales, debiendo ser igualmente lo suficientemente *concretos*³⁶.

³⁴ Citándose los *costes directos de funcionamiento* (electricidad, agua o cualquier otro recurso utilizado durante la vida del producto), los *gastos con vistas al ahorro* (v.g. inversiones en aislamiento térmico) o los costes de mantenimiento y reciclado del producto, incluyendo el tratamiento de residuos.

³⁵ ÍDEM, pág. 16.

³⁶ La Comisión propone una serie de modalidades de ejecución del contrato de naturaleza medioambiental: entrega y envasado de bienes a granel (y no por unidades),

Las consideraciones que sobre la contratación verde realizó la Comisión Europea en la Comunicación interpretativa de 2001³⁷ se plasmarían finalmente en las Directivas de tercera generación – 2004 –, de las cuáles se dará resumida cuenta en un epígrafe siguiente. Un año antes de que ello ocurra la Comisión Europea publica una Comunicación, titulada “*Política de Productos Integrada. Desarrollo del concepto de ciclo de vida medioambiental*”³⁸, en la que se profundiza en este concepto fundamental – el coste del ciclo de vida de productos y servicios – para la contratación pública verde, aportando orientaciones para la correcta utilización de este instrumento y fundamentando la denominada “*dimensión del producto*” en la política medioambiental de la Unión Europea. La *Política de Productos Integrada* (PPI) parte de un enfoque central como “*instrumento potencialmente muy eficaz para abordar la dimensión medioambiental de los productos*”³⁹, señalando los cuatro – realmente cinco – *principios clave* de este enfoque: a) *el concepto del ciclo de vida* (aumentando la eficiencia del sistema y evitando que las externalidades simplemente se desplacen a cualquier otra parte), b) *la colaboración con el mercado* (estimulando la sostenibilidad ambiental de la industria y de sus productos), c) *la participación de los sectores interesados* (animando a todos aquéllos que tengan contacto con el producto), d) *la mejora continua* (en constante evolución), y e) *los instrumentos políticos* (que van desde las iniciativas voluntarias a los reglamentos, desde la escala local a la internacional, y de los planteamientos voluntarios a las medidas obligatorias, siendo el factor determinante la eficacia del instrumento para lograr el resultado deseado respecto al desarrollo sostenible).

recuperación/reutilización del material envasado y de los productos usados a cargo del contratista, suministro de bienes en recipientes reutilizables, recuperación/reutilización de los desechos del producto (en el momento de su utilización/consumo o después), o transporte y entrega en el lugar de utilización de los productos (*v.gr.* productos químicos para limpieza concentrados o diluidos. ÍDEM, pág. 18. *Vid.* igualmente el Capítulo 6 (*cláusulas de ejecución del contrato*) del manual *Adquisiciones ecológicas*, referenciado en la siguiente nota al pie.

³⁷ Para facilitar la introducción de criterios medioambientales en la contratación pública la Comisión editó en 2005 un manual, titulado *Buying green! A handbook (Adquisiciones ecológicas. Manual sobre contratación pública ecológica)*, cuya segunda edición apareció en 2011. En el mismo se incluyen recomendaciones, criterios de aplicación y ejemplos relativos a algunas de las cuestiones más problemáticas en relación a la contratación pública verde, como la valoración del *coste del ciclo de vida* o las cláusulas ambientales de ejecución del contrato. También se orienta la planificación eficiente de la contratación pública verde y se referencian varios sectores de gran impacto, como la construcción, la electricidad o la madera. Sin embargo, no debe perderse nunca de vista que se trata de un documento orientativo para los servicios de la Comisión, sin resultar en ningún caso vinculante para éstos.

³⁸ Bruselas, 18 de junio de 2003, COM(2003) 302 final.

³⁹ Comunicación de la Comisión Europea, “*Política de Productos Integrada...*” *op.cit.*, pág. 5.

También en 2003, si bien en un ámbito no específicamente contractual, la Comisión Europea publica la Comunicación “*Aplicación de las leyes, gobernanza y comercios forestales (FLEGT). Propuesta del plan de acción de la Unión Europea*”⁴⁰, en la que se incluye la contratación pública como parte de los mecanismos ideados por las autoridades comunitarias para luchar contra la tala y comercio ilegal de madera. En tal sentido, señala que uno de los objetivos de este documento es “[...] *demostrar que en las Directivas de la contratación pública es posible tener en cuenta la madera y sus derivados producidos exclusivamente de forma legal*”, es decir, que “[l]os aspectos ambientales de la gestión sostenible de los bosques también se pueden tener en consideración en la contratación pública”⁴¹. El instrumento propuesto por la Comisión para garantizar un origen ecológico de la madera serán las *certificaciones de gestión forestal sostenible*, cuya exigencia “[...] *debe integrarse en la definición del objeto del contrato y en las especificaciones técnicas de la licitación*”, posibilidad que se materializaría en las posteriores Directivas sobre contratación pública.

En 2005 se publicó la Comunicación de la Comisión relativa a la “*Revisión de la Estrategia para un desarrollo sostenible*”⁴², que se marcó como objetivo principal para el año 2010 alcanzar en toda la Unión Europea un nivel medio de contratación pública verde igual al alcanzado hasta ese momento por los Estados miembros más aventajados en la materia, y que se concretaría en el siguiente documento de la Comisión Europea, publicado en el año 2008, y titulado “*Contratación pública para un medio ambiente mejor*”⁴³. Esta Comunicación abandona definitivamente el paradigma de la contratación pública verde como un *mal necesario* (más costosa que sus alternativas no ecológicas, pero imprescindible para la conservación del medio ambiente), sustituyéndolo por la constatación de que existe un amplio margen para una contratación pública ecológica rentable si se tiene en cuenta el coste del ciclo de vida de las obras y productos⁴⁴. Esta Comunicación, que forma parte del *Plan de Acción en materia de Consumo y Productos Sostenibles* y

⁴⁰ Bruselas, 21 de mayo de 2003, COM(2003) 251 final.

⁴¹ ÍDEM, pág. 17.

⁴² Bruselas, 13 de diciembre de 2005, COM(2005) 658 final.

⁴³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones. Bruselas, 16 de julio de 2008, COM(2008) 400 final.

⁴⁴ Sobre el ahorro que los productos y servicios verdes pueden suponer para la Administración pública con respecto a otras opciones, *vid.* el estudio “*Costs and benefits of green public procurement in Europe*” (Recomendación general; Comisión Europea e ICLEI; Friburgo, 26 de julio de 2007).

Política Industrial Sostenible – el cual establece un marco para la aplicación integrada de un conjunto de instrumentos cuyo objetivo común es la mejora del comportamiento energético y medioambiental de los productos –, incide en la necesidad de homogeneizar los criterios ambientales aplicados por los distintos Estados miembros en sus procedimientos de contratación pública. Y ello precisamente porque la Comisión parte, en este documento, de la constatación de una serie de *obstáculos* que impiden alcanzar el máximo potencial previsto para la contratación pública verde⁴⁵: a) Limitaciones en los mecanismos de publicitación de los criterios ambientales aplicables a la contratación pública ecológica (*v.gr.* bases de datos); b) Insuficiencia de información acerca del coste de los productos durante su ciclo de vida, así como de los relativos a productos y servicios respetuosos con el medio ambiente; c) Escasa sensibilización acerca de los beneficios de los productos y servicios respetuosos con el medio ambiente; d) Incertidumbre sobre las posibilidades jurídicas de incluir criterios medioambientales en los procedimientos de contratación (*v.gr.* en documentos de licitación); e) Falta de apoyo político e insuficiencia de recursos para promover la contratación pública verde (*v.gr.* mejora de la formación, muy necesaria); y f) Inexistencia de intercambio coordinado de mejores prácticas e información entre autoridades públicas (regionales y locales, fundamentalmente)⁴⁶.

La Comisión proporcionó en este documento una serie de criterio comunes *preliminares* sobre contratación pública ecológica (en su anexo⁴⁷) con el objetivo de evitar las *distorsiones del mercado* y la reducción de la competencia, consecuencias perversas ambas de aplicar criterios nacionales heterogéneos sobre la materia. De esta forma, considera la Comisión que para que un procedimiento de contratación público pueda calificarse como *ecológico*, resulta imprescindible que los criterios correspondientes se formulen, en principio, como *especificaciones técnicas mínimas* que todas las ofertas habrán de cumplir. Se propone también permitir la existencia de criterios

⁴⁵ Sobre barreras a la contratación pública verde *vid.*, entre otros, FOY VALENCIA, P., “Consideraciones sobre la contratación pública sostenible (“verde”)”, en la *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 66, 2011, págs. 344 y 345.

⁴⁶ En tal sentido, los objetivos específicos planteados en este documento son: a) establecer un proceso para establecer criterios comunes en la contratación pública verde, b) generar información sobre el coste de los productos durante su ciclo de vida, c) prestar orientación jurídica y operacional, y d) apoyar políticamente la contratación pública ecológica a través de un *objetivo político*, vinculado a indicadores y con seguimiento futuro. ÍDEM, pág. 5.

⁴⁷ Elaborados a partir del *Training Toolkit*, creado por la Comisión en el mismo año 2008: “*Juego de herramientas para la formación en CPE*”.

no obligatorios, y que, por lo tanto, no excluyan del mercado productos que no alcancen el nivel de comportamiento propuesto, pero siempre de modo residual⁴⁸. Se propuso a los Estados miembros que hiciesen suyos dichos criterios de manera oficial, una vez que así lo hubieran hecho los servicios de la Comisión, y tras una ronda de contactos con todos los agentes implicados. Por último, distingue entre criterios “*básicos*” (concebidos para permitir una aplicación sencilla de la contratación pública ecológica, centrados en los aspectos fundamentales del comportamiento medioambiental de un producto o servicio) y “*globales*” (que tienen en cuenta aspectos o niveles *superiores* del comportamiento ambiental de un producto o servicio, para aquellos poderes adjudicadores que ir más lejos en la protección del medio ambiente) como una forma de incentivar la mejora gradual del comportamiento ambiental de las entidades contratantes.

Por primera vez en un documento de esta categoría se fijan sectores prioritarios para la contratación ecológica (diez⁴⁹), teniendo en cuenta aspectos como las posibilidades de mejora del medio ambiente, el gasto público, la repercusión potencial en la oferta, su valor como ejemplo para consumidores privados, su *complejidad política*, la existencia de criterios *pertinentes* y fáciles de utilizar, la disponibilidad de un mercado y la eficiencia económica. También considera la bondad de incorporar la contratación pública ecológica en aquéllos proyectos que utilicen fondos de la Unión Europea, así como a la propia Comisión, que se compromete a aplicar gradualmente los criterios ambientales tanto en sus políticas de formación como en los procedimientos de licitación que realice. Anima igualmente a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias a difundir la contratación pública ecológica como instrumento de innovación y desarrollo, así como en la contratación de naturaleza privada. Pero sin duda lo más importante de esta Comunicación es la certidumbre de que resulta necesario establecer criterios medioambientales de carácter obligatorio para los poderes adjudicadores, y no solamente indicativos o voluntarios, como ocurría hasta ese momento, y que anticipa el cambio de paradigma experimentado en algu-

⁴⁸ La propia Comisión alerta sobre la *señal negativa* que podría enviarse al mercado si a tales criterios se les concediese un valor “significativo”, proponiendo un valor máximo del quince por ciento sobre el total, en atención al tipo de producto, cantidad e importancia del resto de criterios de adjudicación no ecológicos. ÍDEM, pág. 5.

⁴⁹ Estos sectores *prioritarios* son: 1. Construcción, 2. Alimentación, 3. Transporte, 4. Energía, 5. Máquinas de oficina y productos informáticos, 6. Ropa, uniformes y otros textiles, 7. Papel y servicios de impresión, 8. Mobiliario, 9. Productos y servicios de limpieza, y 10. Equipos sanitarios. ÍDEM, pág. 8.

nas las últimas normas sobre contratación pública⁵⁰.

Finalmente, en 2011 se publica el Libro Verde “*sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un mercado europeo de contratación pública más eficiente*”⁵¹, que configura la contratación pública verde como uno de los instrumentos imprescindibles para lograr los objetivos de la *Estrategia Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*⁵². Conforme a este documento, la contratación pública puede coadyuvar a la consecución de dichos objetivos de dos formas: estableciendo procedimientos sobre *como* y *qué* comprar, y fijando objetivos políticos a cumplir a través de la contratación pública verde (niveles máximos de emisiones contaminantes y de consumo de energía/recursos, o niveles mínimos de reutilización/reciclaje), de forma que los poderes públicos, a través de sus procedimientos de compra, sean un aliciente más – de enorme relevancia – para la transformación ecológica definitiva del mercado europeo de bienes y servicios. Esta obra inspirará las Directivas de contratos de *cuarta generación*, aprobadas tres años después.

2.2. Las cláusulas ambientales a la luz de la jurisprudencia europea

Dos *leading cases* van a conformar el núcleo fundacional de la jurisprudencia europea en materia de contratación pública verde: las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) *Concordia Bus Finland*, de 17 de septiembre de 2002⁵³, y *Wienstrom GMBH*,

⁵⁰ La Comisión propone como medidas obligatorias las contenidas en la sección 2.3 del *Plan de Acción en materia de Consumo y Producción Sostenibles y Política Industrial Sostenible*. Sobre este instrumento de planificación *vid.* la Comunicación de la Comisión a las instituciones europeas de 16 de julio de 2008, COM(2008) 397 final.

⁵¹ Bruselas, 27 de enero de 2011, COM(2011) 15 final. Un estudio específico sobre este documento puede encontrarse en LOSADA, F., “The Green Paper on the modernization of public procurement policy of the EU: Towards a socially-concerned market or towards a market-oriented society?”, en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 2, n.º 4, 2012, págs. 60 a 82.

⁵² COM(2010) 2020.

⁵³ Asunto C-513/99. Sobre esta sentencia *vid.*, entre otros, MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L., “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la introducción de criterios ambientales (Comentarios sobre la Sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, *Concordia Bus Finland OY AB*, y *Helsingin Kaupunki*)”, en *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa de contratación pública*, GIMENO FELIÚ, J. M.^a (coord.) *et al.*, Atelier, 2004, págs. 161 y *ss.*

de 4 de diciembre de 2003⁵⁴. En ellas el TJCE admite la posibilidad de que los poderes adjudicadores incluyan criterios ambientales en el procedimiento de contratación pública siempre que se cumplan determinados requisitos. Pero incluso con anterioridad a estos dos pronunciamientos, durante la vigencia de las Directivas de *segunda generación* – que como se verá *infra*, no preveían expresamente los aspectos ambientales en la contratación –, el TJCE los admitió al entender que, cuando el contrato se adjudicaba a la *oferta económicamente más ventajosa*, el listado de criterios de adjudicación previstos tenía un carácter *abierto*, con valor meramente *ejemplificativo*, y no cerrado/exhaustivo⁵⁵.

La confirmación de esta línea jurisprudencial se encuentra en el apartado 55 de la Sentencia *Bus Finland*, al reconocer que, en relación al citado listado ejemplificativo de criterios de adjudicación, “[...] *no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. En efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora. Esta observación queda también corroborada por el propio tenor literal de esta disposición, que alude expresamente al criterio relativo a las características estéticas de una oferta*”. Se prescinde, así, del criterio puramente economicista en relación a los criterios de adjudicación, dando entrada a aspectos medioambientales de difícil o imposible concreción económica. En vista de estas afirmaciones, el TJUE no excluye “[...] *la posibilidad de que la entidad adjudicadora utilice criterios relativos a la conservación del medio ambiente para la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa*” (apartado 57)⁵⁶, si bien “[...] *esta afirmación no significa que la mencionada en-*

⁵⁴ Asunto C-448/01. Sobre esta sentencia *vid.*, entre otros, RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “El impacto de la jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno”, en la *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 37, 2004, págs. 218 y ss; o STEINBERG, P., “Die “Wienstrom”-Entscheidung des EuGH”, en *Europäische zeitschrift für wirtschatsrecht*, EUZW, vol. 15, n.º 3, 2004, págs. 76 y ss.

⁵⁵ *Vid.* sentencias TJCE *Gebroeders Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988 (asunto C-31/1987, apartado 19), y *SIAC Construction*, de 18 de octubre de 2001, (asunto C-19/00, apartado 35). Confirmado por la sentencia *Bus Finland*, que señala expresamente que “[p]ara determinar si la entidad adjudicadora puede [...] tomar en consideración criterios de naturaleza ecológica [...] debe observarse, en primer lugar, que, como se desprende claramente del tenor de dicha disposición [artículo 35.1 a) de la Directiva 92/50/CEE] y, en particular, del uso de la expresión “por ejemplo”, los criterios que pueden adoptarse como criterios de adjudicación de un contrato público a la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo [...]” (apartado 54).

⁵⁶ Poco después, la Sentencia TJCE *Comisión/República Federal Alemana*, de 10 de abril de 2003 (asuntos C-20/01 y C-28/01), vendría a confirmar sus afirmaciones esenciales (*vid.* apartados 51 y 60).

tividad pueda tener en cuenta cualquier criterio de tal naturaleza” (apartado 58)⁵⁷.

Los requisitos que, conforme a la jurisprudencia del TJCE, deben respetarse a la hora de utilizar criterios de adjudicación de naturaleza ambiental son, resumidamente, los siguientes: a) Que los criterios utilizados estén directamente vinculados con el objeto del contrato; b) Que tales criterios se mencionen expresamente en el anuncio de licitación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en documento descriptivo; c) Que no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección *ilimitada*; y d) Que respeten los principios fundamentales de la Unión Europea.

La Sentencia *Bus Finland* recoge estos requisitos en sus apartados 64 y 69, señalando que “[el listado de criterios de adjudicación de la Directiva 92/50/CEE – vigente en ese momento – debía] interpretarse en el sentido de que, cuando, en el marco de un contrato público [...], la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxido de nitrógeno o el nivel de ruido [...], siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación” (apartado 69)⁵⁸.

Estos criterios son completados por la Sentencia *SIAC Construction*, que advierte que los procedimientos de adjudicación no deben respetar únicamente el principio de no discriminación o igualdad, sino también el de transparencia, exigiendo que “[...] los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación, con el fin de que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma” (apartado 42)”. Así lo consideró, igualmente, la Sentencia *Bus Finland*, añadiendo la necesidad de ordenar los criterios de adjudicación en función de su importancia: “[...] debe destacarse que la aplicación de los criterios para determinar la oferta económicamente más ventajosa, debe respetar todas las normas de procedimiento de la Directiva [...] [de con-

⁵⁷ En similar sentido, las sentencias *Goebroeders Beentjes...Op.cit.*, Comisión/Francia Nord-Pas-de-Calais, de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-225/98), o *Evan Medical y Macfarlan Smith*, de 28 de marzo de 1995 (asunto C-324/93). Si bien están referidas a criterios sociales de adjudicación, son igualmente aplicables a la materia medioambiental, al coincidir las afirmaciones esenciales relativas a ambos ámbitos.

⁵⁸ En relación al respeto de los principios comunitarios, *vid.* las sentencias TJCE *Comisión/Dinamarca*, de 22 de junio de 1993 (asunto C-243/1989), apartado 33; *Comisión/Francia*, de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-225/1998), apartado 50; *Universale-Bau*, de 12 de diciembre de 2002 (asunto C-470/1991), apartado 91); o *GAT*, de 19 de junio de 2003 (asunto C-315/01), apartado 73.

tratación] y, especialmente, las normas de publicidad que contiene. Se desprende de lo anterior que [...] todos los criterios de este tipo han de mencionarse expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, cuando resulte posible, en orden decreciente de la importancia que se les atribuye, para que los contratistas puedan conocer su existencia y alcance [...]” (apartado 62)⁵⁹.

Posteriormente, la Sentencia *Wienstrom* desarrollaría la jurisprudencia expuesta, añadiendo que “[...] siempre que respeten los preceptos del Derecho comunitario, las entidades adjudicadoras tienen libertad no sólo para elegir los criterios de adjudicación del contrato, sino también para determinar la ponderación de tales criterios, cuando ésta permita una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa” (apartado 39), admitiendo en el asunto enjuiciado un coeficiente de ponderación del 45% a un criterio de naturaleza medioambiental (uso de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad). También llamará la atención sobre el hecho de que “[...] al evaluar las ofertas, los criterios de adjudicación deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores” (apartado 48), lo que supone que para respetar el principio de igualdad resulta imprescindible garantizar el control de imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (apartado 49), de forma que “[...] cuando una entidad adjudicadora establece un criterio de adjudicación indicando que no pretende ni está en condiciones de verificar la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores, está vulnerando el principio de igualdad de trato, puesto que dicho criterio no garantiza la transparencia y objetividad del procedimiento de adjudicación” (apartado 51), “[p]or consiguiente, procede declarar que un criterio de adjudicación que no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores es contrario a los principios del Derecho comunitario en materia de contratación pública” (apartado 52).

Varios pronunciamientos han incidido en la línea jurisprudencial expuesta durante los últimos años, destacando las sentencias del TJUE *Frabicom SA*, de 3 de marzo de 2005 (asuntos C-21/03 y C-34/03, apartado 26); *Emm. G. Lianakis AE*, de 24 de enero de 2008 (asunto C-532/06, apartado 29); *Comisión/Grecia*, de 12 de noviembre de 2009 (asunto C-199/07, apartado 54); *Comisión/Holanda*, de 10 de mayo de 2012 (asunto C-368/10, apartados 2, 56 y 84 a 88); *eVigilo Ltd*, de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13, apartados 53 a 55 y 60 a 62); *Ambisig*, de 26 de marzo de 2015 (asunto C-601/13, apartados 29 y 30); o la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) *España/Comisión*, de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06, apartado 76).

⁵⁹ En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea *Evropaiki*, de 8 de julio de 2010 (asunto T-331/06), apartados 59 y 60.

2.3. La contratación pública verde en las Directivas sobre contratación de primera, segunda y tercera generación. La Directiva 2009/23, de 23 de abril, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

Las denominadas Directivas *de primera generación* – 71/304/CEE, de 26 de julio de 1971, *relativa a la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales*, y 71/305/CEE, de 26 de julio, *sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras* –, por el momento de su aprobación carecen de cualquier condicionamiento o criterio ambiental en su articulado. Lo mismo ocurre con las Directivas *de segunda generación* – Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, *relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios*; 93/36/CEE, de 14 de junio, *relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros*, y 93/37/CEE, de 14 de junio, *relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras*⁶⁰. Como se ha señalado *supra*, la vertiente ambiental de la contratación pública es una cuestión que no comienza a interesar a las autoridades comunitarias hasta finales de la última década del Siglo XX, por lo que hasta ese momento las normas europeas sobre contratación pública guardan un absoluto silencio al respecto.

Como también ha habido ocasión de comprobar, la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 2001 inspiró los preceptos que sobre la materia contienen ya las Directivas *de tercera generación*, y en concreto la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, *sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios*⁶¹. Se trata de uno de los *hitos* de la contratación pública ecológica, al ser la primera Directiva que se ocupa de esta materia en el ámbito específico de la contratación pública. Sin embargo, en este momento son solo *recomendaciones* o *posibilidades* que brinda el legislador comunitario a los poderes adjudicadores nacionales, pero sin que la inclusión de tales criterios

⁶⁰ Tampoco la modificación operada en éstas por la Directiva 97/52/CE, de 13 de octubre, introdujo ningún criterio contractual de naturaleza ambiental.

⁶¹ Igualmente sucedió con la Directiva 2004/17, de 31 de marzo, *sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales*. Sobre esta primera regulación de los aspectos ambientales en las Directivas sobre contratación pública *vid.* GIMENO FELIÚ, J. M., “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en *Contratación de las Administraciones Públicas...Op.cit.*, págs. 61 y ss.

medioambientales resulte de ningún modo obligatoria. En tal sentido, la Directiva cuida mucho el lenguaje utilizado para que no exista ninguna duda sobre la voluntariedad de tales criterios para el poder público – que no para la empresa adjudicataria, pues una vez incluidos en la documentación del contrato, los criterios medioambientales son obligatorios para candidatos y licitadores. Expresiones como “*deseen introducir*”, “*podrán prescribir*” o “*podrán utilizar, aunque no están obligados a hacerlo*”, son utilizadas por la Directiva al referirse a las especificaciones de tipo medioambiental⁶².

Las previsiones de carácter medioambiental serán susceptibles de condicionar los momentos esenciales de la contratación pública, tal y como adelantó la Comunicación interpretativa de 2001, es decir: conformación del objeto contractual, selección de los candidatos, evaluación de las ofertas y ejecución del contrato. Con respecto al primero de estos momentos, el artículo 23 (*especificaciones técnicas*) previó la posibilidad de formular éstas en términos de rendimiento medioambiental, pudiendo acreditarse tal rendimiento mediante el sistema de *etiquetas ecológicas* (*europea, plurinacional* o cualquier otra que cumpla una serie de requisitos mínimos⁶³). También se prevé en el artículo 27 (*obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones de protección y a las condiciones de trabajo*) que el poder adjudicador pueda señalar – e incluso que pueda ser obligado a ello por un Estado miembro –, en el pliego de condiciones, el organismo u organismos de los que los candidatos puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la protección de medio ambiente. Por lo que se refiere a la selección de los candidatos, el artículo 48 (*capacidad técnica y profesional*) habilita al poder adjudicador para evaluar la capacidad técnica de los mismos, para los contratos públicos y de servicios indicados, y únicamente en los *casos adecuados*, a través de las medidas de gestión medioambiental que podrán aplicar al ejecutar el contrato. Para estos casos, cuando los poderes adjudicadores exijan a los candidatos la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que

⁶² Vid. Considerandos nº 29, 33, 43, 44 y 46.

⁶³ Concretamente, a) resultar *apropiadas* para definir las características de las prestaciones objeto del contrato, b) que tenga como base información de tipo científico, c) que hayan sido adoptadas mediante un proceso participativo en el que tengan cabida todas las partes implicadas, d) ser *accesibles* a todas las partes interesadas, y e) no excluir en ningún caso otros medios de prueba como el expediente técnico del fabricante o un informe de pruebas realizado por un organismo *reconocido*. Este mecanismo quedaría regulado posteriormente por el Reglamento CE nº 66/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, *relativo a la etiqueta ecológica de la Unión Europea*; transpuesto al ordenamiento interno por el Real Decreto 234/2013, de 5 de abril. Sobre las mismas *vid.* la Sentencia TJUE *Comisión/Holanda*, de 10 de mayo de 2012 (asunto C-368/10).

éstos cumplen determinadas normas de gestión ambiental, se remitirán al *Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambiental (EMAS)* o a otras normas de gestión ambiental “*basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación*”⁶⁴.

La Directiva 2004/18 introdujo en el catálogo de criterios de adjudicación del contrato (artículo 53), cuando éste se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, la posibilidad expresa de utilizar criterios de naturaleza medioambiental – *características medioambientales* –, con la única limitación, común para el resto de criterios, de su vinculación al objeto del contrato, y no a las cualidades del contratista. Variados son los criterios que tienen expresa cabida en la categoría genérica utilizada por el legislador comunitario (emisiones contaminantes, cantidad y gestión de los residuos, consumo energético y de recursos naturales, coste del *ciclo de vida*, impacto ecológico, etc). Por último, también en la fase de ejecución del contrato (artículo 26) los poderes adjudicadores podrán exigir *condiciones especiales* en relación con la misma, incluidas también expresamente las de naturaleza medioambiental, siempre que éstas resulten compatibles con el Derecho comunitario y sean indicadas en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones contractuales.

Merece una mención específica la Directiva 2009/23, que constituye otro *hito* dentro de la contratación verde⁶⁵, al pasar de la “invitación” o “recomendación” a los poderes adjudicadores para que incluyesen condicionamientos ambientales en los momentos esenciales de la contratación pública, tal y como se hizo en las Directivas de tercera generación, a incluir ya verdaderas obligaciones ambientales no sólo para los poderes adjudicadores, sino también para las entidades adjudicadoras e, incluso, para determinados operadores que ejecutasen obligaciones de servicio pú-

⁶⁴ Artículo 50 (*Normas de gestión medioambiental*). En tales casos, los poderes adjudicadores estarán obligados a reconocer certificados *equivalentes* expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros, así como otras pruebas de medidas *equivalentes* de gestión medioambiental que presenten los operadores económicos, sin límite alguno más allá de su idoneidad al efecto (*cfr.* con el artículo 62 de la Directiva 2014/24).

⁶⁵ Así lo considera, por ejemplo, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Impulso decisivo en la consolidación...*Op.cit.*, págs. 7 y 8. Entiende esta autora que “[n]o parece desmesurado afirmar que la promulgación de esta Directiva marca el inicio de una nueva etapa. El legislador comunitario ya no se contenta con la exhortación o introducción de la posibilidad de utilizar criterios ambientales a la hora de celebrar contratos, principalmente por parte del sector público, sino que da un paso más y exige el cumplimiento de ciertos parámetros ambientales al celebrar determinados contratos”. En el mismo sentido, LÓPEZ TOLEDO, P., “La contratación pública verde...*Op.cit.*, pág. 16.

blico en materia de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera⁶⁶. Su objetivo declarado es reducir el consumo de petróleo y de las emisiones contaminantes que éste genera, ordenando a poderes públicos y operadores privados que a la hora de adquirir vehículos de transporte por carretera tengan en cuenta los impactos energético y medioambiental durante su vida útil, incluyendo el consumo de energía y las emisiones de CO₂ y de determinados contaminantes⁶⁷.

2.4. Las Directivas sobre contratación de cuarta generación y su tratamiento de la contratación pública verde

El compromiso medioambiental de las Directivas *de cuarta generación* – 2014/23/UE, de 26 de febrero, *relativa a la adjudicación de contratos de concesión*; 2014/24/UE, de 26 de febrero, *sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE*; y 2014/25/UE, de 26 de febrero, *relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE* – queda patente desde sus propios Considerandos, al exhortar a Estados miembros y poderes adjudicadores para que tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones ambientales aplicables al lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios⁶⁸, advirtiendo además de que el control del cumplimiento de dichas disposiciones deberá realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación – elección de participantes, adjudicación del contrato, criterios de exclusión y aplicación de disposiciones relativas a las *ofertas anormalmente bajas*⁶⁹. Una de las

⁶⁶ El precedente directo de este *hito* de la normativa contractual podemos encontrarlo en una Directiva ajena a esta materia, pero que va a contener igualmente una previsión de naturaleza obligatoria para los poderes adjudicadores. Se trata de la Directiva 2006/32/CE, de 5 de abril, *sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos y por la que se deroga la Directiva 93/76/CEE*, que obliga a los Estados miembros a adoptar una o más medidas, en forma de iniciativas legislativas o acuerdos voluntarios, de mejora de la eficiencia del uso final de la energía en el sector público, debiendo centrarse en las medidas rentables que generen los mayores ahorros de energía en el plazo más breve posible. Se trata, en cualquier caso, de obligaciones genéricas para los Estados miembros y de carácter parcial. Sin embargo, anticiparía ya la naturaleza obligatoria de la Directiva 2009/23.

⁶⁷ La transposición de la Directiva al Ordenamiento Jurídico interno se realizó a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible* (artículos 99 a 106, sobre *movilidad sostenible*).

⁶⁸ Directiva 2014/24/UE, Considerando n° 37 (55 y 70 de la Directiva 2014/23/UE).

⁶⁹ Directiva 2014/24/UE, Considerando n° 40 (58 de la Directiva 2014/23/UE).

principales virtudes de estas Directivas es su afán por dar mayor claridad al uso de criterios y cláusulas ambientales, con el objetivo de disminuir las reticencias que con respecto a su uso pudiesen tener los poderes adjudicadores. La *innovación ecológica* será otro de los principales objetivos inspiradores del legislador comunitario, considerándose como uno de los protagonistas del crecimiento futuro y principio fundamental de la *Estrategia Europa 2020*. La contratación pública es considerada por aquél como uno de los principales incentivos de esta innovación *verde*, inspirando y orientando una gran cantidad de preceptos a lo largo de su articulado⁷⁰.

Las vigentes Directivas consideran igualmente preciso aclarar que “[n]inguna disposición en la presente Directiva debe impedir la imposición o ejecución de medidas necesarias para proteger el orden, la seguridad y la moralidad públicos, la vida humana y animal y la conservación de las especies vegetales o de otras medidas medioambientales, en particular teniendo en cuenta el desarrollo sostenible [...]”⁷¹. Debe recordarse que, en cualquier caso, la Directiva habilita al poder adjudicador para no adjudicar el contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa cuando dicha oferta vulnere la normativa medioambiental⁷², o cuando “en cualquier momento del procedimiento” se compruebe el incumplimiento de las obligaciones de Derecho ambiental internacional – Anexo X –, comunitario o nacional⁷³. Esta última previsión, junto con las prohibiciones de contratar⁷⁴ y la regla expuesta sobre ofertas

⁷⁰ Vid. *ad exemplum* el Considerando 47 y el artículo 31 (*asociación para la innovación*) de la Directiva 2014/24/UE.

⁷¹ Directiva 2014/24/UE, Considerando nº 41 (59 de la Directiva 2014/23/UE). La previsión genérica que habilita a los poderes adjudicadores para introducir criterios ambientales en su actividad está prevista en el Considerando 97 (Considerando nº 64 y artículo 30.3 de la Directiva 2014/23), que les autoriza a “[...] adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de contratos en lo que se refiere a las obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse en el marco de un contrato público en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida, desde la extracción de materias primas para el producto hasta la fase de eliminación del producto, incluidos los factores que intervengan en el proceso específico de producción, prestación o comercio de dichas obras y sus condiciones, suministros o servicios, o un proceso específico en una fase ulterior de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. Entre los criterios y condiciones relativos a dicho proceso de producción o prestación figura, por ejemplo, que en la fabricación de los productos adquiridos no se hayan utilizado productos químicos tóxicos, o la de que los servicios adquiridos se presten utilizando máquinas eficientes desde el punto de vista energético. [...]”.

⁷² Artículo 56.1 de la Directiva 2014/24/UE.

⁷³ Tal exclusión podrá ser por decisión propia o a instancia de un Estado miembro, y tanto por actos cometidos u omitidos antes del procedimiento como durante el mismo (artículo 57.5 de la Directiva 2014/24/UE).

⁷⁴ La Directiva 2004/18/CE no preveía expresamente la posibilidad de excluir al candidato que hubiese vulnerado la legislación ambiental. Sin embargo, sí que lo haría

anormalmente bajas, además de la obligación de sustituir al contratista o subcontratista incumplidor – analizado *infra* –, constituyen el repertorio de medidas previstas en la Directiva para reaccionar frente a posibles incumplimientos en materia ambiental. Si bien no debe perderse de vista que la comentada medida es solamente una posibilidad, voluntaria para el poder adjudicador, y no una obligación. De todas formas la Directiva aumenta y perfecciona, con respecto a la normativa precedente, los mecanismos de defensa frente a eventuales incumplimientos de las obligaciones medioambientales por parte de candidatos y licitadores.

En relación a las mencionadas ofertas *anormalmente bajas* la Directiva 2014/24 incluyen una interesante novedad con respecto a sus antecesoras, al establecer que su rechazo “[...] *debe ser obligatorio en los casos en los que el poder adjudicador haya comprobado que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del incumplimiento del Derecho imperativo de la Unión o del Derecho nacional compatible con este en materia social, laboral o medioambiental* [...]”⁷⁵. Si bien, antes de llegar a la exclusión definitiva de una oferta considerada anormalmente baja, se concederá a los operadores económicos la oportunidad de explicar los motivos de tal anomalía, permitiendo que dichas explicaciones versen sobre los siguientes extremos⁷⁶: “a) *el ahorro que permite el proceso de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción; b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras; c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador; d) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 18, apartado 2; e) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 71; y f) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.*”.

El poder adjudicador únicamente podrá rechazar la oferta en caso de que la documentación aportada no explique de manera satisfactoria el bajo nivel de precios o costes presentados, dando así una oportunidad a la eficiencia fundamentada en técnicas innovadoras de naturaleza medioambiental (la mencionada *innovación ecológica*), entre otras.

Otras novedades en materia ambiental de las Directivas de cuarta generación con respecto a sus predecesoras son:

el legislador español algunos años antes (*vid.* artículo 49.1 Ley 30/2007, *de Contratos del Sector Público*).

⁷⁵ Directiva 2014/24/UE, Considerando n° 103.

⁷⁶ Artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE.

- a) Con respecto a los procedimientos de licitación *negociados*⁷⁷, el legislador comunitario pone especial énfasis en garantizar los principios de igualdad entre candidatos y de transparencia, obligando a que los poderes adjudicadores indiquen con antelación los requisitos mínimos que caracterizarán la naturaleza del procedimiento, los cuáles serán inalterables durante las negociaciones. Sin embargo, sí que podrán ser objeto de negociación aquéllas características de las obras, suministros y servicios que no constituyan *requisitos mínimos*, citando expresamente las de naturaleza medioambiental – junto con las de naturaleza cualitativa, cuantitativa, comerciales, sociales o innovadoras –⁷⁸, con el objetivo de “[...] *mejorar las ofertas con objeto de permitir a los poderes adjudicadores adquirir obras, suministros y servicios perfectamente adaptados a sus necesidades específicas*”. Se admite, por tanto, que en el seno de las negociaciones que conforman esta modalidad contractual, los licitadores acuerden *mejoras ambientales* con el poder adjudicador, con el límite insoslayable de no afectar a los requisitos mínimos recogidos en los pliegos contractuales, pues aquéllos “[...] *constituyen las condiciones y características (en particular físicas, funcionales y jurídicas) que toda oferta debe respetar o poseer, a fin de permitir al poder adjudicador adjudicar el contrato de conformidad con el criterio de adjudicación elegido*”. Estos requisitos mínimos se instituyen, por lo tanto, como los *estándares mínimos* de calidad ambiental de cualquier acuerdo que el poder adjudicador pueda concluir con el contratista.
- b) Debido a la importancia que los criterios ambientales adquieren en las últimas Directivas sobre contratación, el legislador comunitario considera igualmente necesario aclarar de forma expresa que, a pesar de la existencia de eventuales disposiciones nacionales que determinen la remuneración de determinados servicios o establezcan precios *fijos* para determinados suministros, seguirá siendo posible evaluar la rentabilidad basándose en *otros factores* que no sean únicamente el precio o la remuneración⁷⁹. Entre estos “otros factores” se cita explícitamente los aspectos medioam-

⁷⁷ Directiva 2014/24/UE, Considerando n° 45.

⁷⁸ La posibilidad de negociar este aspecto concreto no está previsto en el artículo 29 de la Directiva, que regula el procedimiento, si bien no quiere decir que lo excluya. ALONSO GARCÍA, M.^a C., “La consideración de la variable ambiental...*op.cit.*, pág. 12.

⁷⁹ Directiva 2014/24/UE, Considerando n° 93 (73 de la Directiva 2014/23/UE).

bientales – *v.gr.* si los libros son impresos en papel reciclado o proveniente de la actividad maderera sostenible o si el coste se imputa a externalidades medioambientales. Por lo tanto, y salvo en aquéllos casos en los que se evalúe únicamente el precio de las ofertas, los poderes adjudicadores estarán habilitados para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa y el coste más bajo atendiendo a un planteamiento basado en el *coste del ciclo de vida*, compuesto tanto por los costes *internos* (investigación, producción, transporte, uso, mantenimiento, eliminación) como por costes atribuidos a *factores medioambientales externos* (emisiones contaminantes derivadas de su uso o fabricación, perjuicios atribuidos a la extracción de las materias primas, etc) siempre y cuando puedan cuantificarse *en términos monetarios* y ser objeto de seguimiento⁸⁰. Pues bien, la metodología utilizada por los poderes adjudicadores para evaluar tales costes medioambientales externos deberá establecerse previamente de manera objetiva y no discriminatoria, siendo accesible a todas las partes interesadas⁸¹. El legislador comunitario es consciente de las disfuncionalidades e ineficiencias que tales métodos de cálculo pueden generar, por lo que considera la necesidad de elaborar métodos *comunes* a escala de la Unión Europea para categorías de suministros o servicios específicos, haciéndolos obligatorios una vez desarrollados⁸².

El artículo 68 de la Directiva 2014/24⁸³ da forma y fija, por primera vez a nivel de Directiva, los criterios necesarios para elaborar una metodología para el cálculo del *coste del ciclo de vida*, con base en las reglas que se acaban de comentar. No aporta, por lo tanto, el mencionado *método común* para toda la Unión,

⁸⁰ Directiva 2014/24/UE, Considerando nº 96.

⁸¹ Los métodos para cuantificar monetariamente las externalidades ambientales pueden establecerse a escala nacional, regional o local; si bien evitando recurrir a metodologías *ad hoc* que provoquen distorsiones de la competencia. Para ello se establece la prohibición de que estos métodos se establezcan de modo específico para un procedimiento concreto de contratación pública. ÍDEM. El artículo 68.2 de la Directiva 2014/24 desarrolla tales previsiones.

⁸² ÍDEM, *in fine*. En este sentido, el artículo 68.3 de esta Directiva señala que “[c]uando un acto legislativo de la Unión haga obligatorio un método común para calcular los costes del ciclo de vida, ese método común se aplicará a la evaluación de los costes del ciclo de vida”. En el Anexo XIII figura la lista de tales actos (en relación a la Directiva 2009/33/CE), otorgándose a la Comisión Europea la capacidad para actualizarla cuando resulte necesario.

⁸³ Previsto en la Directiva 2014/23/UE sólo a nivel de Considerando (nº 64).

pero proporciona unos parámetros orientativos que deberán incluirse – total o parcialmente – en cualquier cálculo del coste del ciclo de vida de una obra, producto o servicio: “[...] a) *costes sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios, tales como: i) los costes relativos a la adquisición, ii) los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos, iii) los costes de mantenimiento, y iv) los costes del final de vida, como los costes de recogida y reciclado; b) los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; esos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático. [...]”.*

- c) El celo ambiental de la Directiva 2014/24 abarca a todos los eventuales participantes en la ejecución del objeto contractual, señalando la importancia de garantizar que los subcontratistas cumplan la obligaciones aplicables en el ámbito del Derecho medioambiental establecidas por el Derecho de la Unión, el Derecho nacional o por las disposiciones de Derecho internacional enumeradas en la propia Directiva – Anexo X –, siempre que tales normas, y su aplicación, respeten el Derecho de la Unión, además de resultar garantizadas a través de “[...] *medidas apropiadas adoptadas por las autoridades nacionales competentes en el ámbito de sus funciones y competencias, como agencias de [...] protección del medio ambiente*”⁸⁴. A ello debe sumársele la obligación de que tales normas y acuerdos *deberán aplicarse* cada vez que el Derecho nacional de un Estado miembro disponga un mecanismo de responsabilidad solidaria entre el contratista principal y el subcontratista o subcontratistas⁸⁵. Igualmente, se permite a los Estados miembros que *vayan más allá*, habilitando a los poderes adjudicadores para que verifiquen que los subcontratistas no se encuentran en cualquiera de las situaciones que justifican su exclusión del procedimiento de licitación al estar afectados por una prohibición de contratar – en este caso, por incumplimiento punible de la normativa medioambiental –, debiendo garantizarse en todo caso “[...] *la coherencia con las disposiciones aplicables*

⁸⁴ Directiva 2014/24/UE, Considerando nº 105 (72 de la Directiva 2014/23/UE) y artículo 71 (42 de la Directiva 2014/23/UE).

⁸⁵ Directiva 2014/24/UE, Considerando nº 105, párrafo tercero.

a los contratistas principales, de modo que la existencia de motivos de exclusión obligatoria vaya seguida por el requisito de que el contratista principal sustituya al subcontratista de que se trate”⁸⁶. De esta forma, las nuevas Directivas refuerzan los mecanismos de exclusión de candidatos por causas de prohibición de contratar con la Administración, abarcando ahora también a los subcontratistas.

- d) Siguiendo con el análisis de las novedades en relación a las causas de exclusión de los operadores económicos, la Directiva 2014/23 – de *concesiones* – se separa en este punto de la Directiva 2014/24, al prever en su artículo 38.6 la posibilidad de establecer una excepción a las prohibiciones de contratar contenidas en los apartados 4 y 5, siempre con *carácter excepcional* y justificadas por *razones imperiosas de interés general*, citando expresamente a la salud pública y a la protección del medio ambiente. Se está pensando en situaciones excepcionales en las que solamente existe un operador económico capacitado para satisfacer la prestación, si bien está afectado por alguna de las prohibiciones de contratar, en esta caso de origen medioambiental. Ante estas situaciones, el legislador comunitario admite que razones imperiosas de interés general permitan excepcionar dicha prohibición de contratar.
- e) En relación a la admisibilidad de *variantes y mejoras*, el artículo 45 de la Directiva 2014/24 no se limita a admitir su presentación por los licitadores, sino que ahora también prevé la posibilidad de que el poder adjudicador las exija⁸⁷. En cualquier caso, la admisión o exigencia de variantes deberá estar expresamente contenida en el anuncio de licitación o trámite que lo sustituya, mencionándose en el mismo los requisitos mínimos que habrán de cumplir, así como las modalidades de presentación, en particular cuando las variantes solamente puedan ser presentadas en caso de que también se haya presentado una oferta que no

⁸⁶ Si bien “[c]uando esta verificación muestre la presencia de motivos de exclusión no obligatoria, debería aclararse que los poderes adjudicadores pueden solicitar la sustitución. No obstante, debe establecerse también explícitamente que los poderes adjudicadores pueden estar obligados a pedir la sustitución del subcontratista de que se trate cuando la exclusión del contratista principal sea obligatoria en dichos casos”. ÍDEM, *in fine*, y artículo 71.6.

⁸⁷ La Directiva 2014/23 se limita a admitir implícitamente la presentación de variantes al citarlas entre la documentación que debe figurar en los anuncios de las concesiones contempladas en su artículo 31 (Anexo V) y en los anuncios de concesiones adjudicadas publicadas (Anexo VII).

constituya variante. Además, los poderes adjudicadores deberán asegurarse de que los criterios de adjudicación son aplicables tanto a las variantes como a las ofertas que no sean tales⁸⁸.

- f) En relación a las etiquetas, se amplía su ámbito de aplicación, pues además de las etiquetas ambientales o *ecoetiquetas* se admiten también las de carácter *social* u otra naturaleza, lo que abre la puerta a la introducción de instrumentos de muy diversa naturaleza⁸⁹. Además, ahora los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta deberán ser fijados por un tercero sobre quien el operador económico *no pueda ejercer una influencia decisiva*, evitando así las *autodeclaraciones de empresa* como etiquetas de referencia⁹⁰. Se permite que el poder adjudicador se remita a una determinada etiqueta, pero sin exigirla⁹¹, o exigir todos o algunos de sus requisitos (indicando cuáles de ellos se exigen y cuáles no en el último caso). También se admiten las etiquetas *multicriterio* (con algunos criterios no vinculados al objeto del contrato), si bien no se exigirán en su totalidad, sino únicamente aquéllas especificaciones vinculadas a su objeto y que “[...] sean adecuadas para definir las características del objeto del contrato”. En este sentido, las nuevas Directivas hacen una interpretación amplia del concepto de *vinculación* al objeto del contrato, abarcando cualquiera de sus aspectos y etapas, incluso cuando dichos factores no formen parte de su *sustancia material*⁹². Por último, restringe la posibilidad de utilizar medios equivalentes de prueba (*v.gr.* el *expediente técnico del fabricante*) a aquéllos casos en los que operador justifique la imposibilidad material, sin culpa por su parte, de obtener la etiqueta indicada o equivalente dentro del plazo

⁸⁸ Además, “[e]n los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro o de servicios, los poderes adjudicadores que hayan autorizado o exigido la presentación de variantes no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato público de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato público de servicios”. Párrafo 3º del citado artículo 45.

⁸⁹ Artículo 43 de la Directiva 2014/24/UE.

⁹⁰ PERNÁS GARCÍA, J. J., “Libre mercado y protección ambiental...*Op.cit.*, pág. 453. En este sentido, los poderes adjudicadores que exijan determinada etiqueta deberán aceptar todas aquéllas etiquetas con requisitos equivalentes (art. 43.1 Directiva 2014/24/UE).

⁹¹ En consonancia con la STJUE de 10 de mayo de 2012 (*Comisión/Países Bajos*, asunto C-368/10).

⁹² Artículo 67.3 de la Directiva 2014/24/UE y Considerando nº 64 de la Directiva 2014/23/UE.

establecido, tal y como ocurre con la acreditación de los sistemas de gestión ambiental (*vid. infra*). La finalidad del legislador comunitario es fomentar la asunción de sistemas *oficiales* de etiquetado medioambiental.

- g) La última novedad tiene como finalidad facilitar el intercambio de información necesario para desarrollar procedimientos de adjudicación en situaciones *transfronterizas*, para lo cual la Directiva aboga por una cooperación administrativa *eficaz*, especialmente en lo referido a la comprobación de los criterios de selección y de los motivos de exclusión, la aplicación de normas de calidad o medioambientales, y las listas de operadores económicos aprobados. Sin embargo, al estar los intercambios de información regulados con carácter general por el Derecho interno, el legislador comunitario renuncia expresamente a obligar a que los Estados miembros intercambien información que no sea aquella a la que puedan acceder los poderes adjudicadores nacionales⁹³.

El resto del articulado de las nuevas Directivas sobre contratación pública no contiene novedades reseñables con respecto a las Directivas de tercera generación. Así, su artículo 18 (*principios de la contratación*) recuerda la necesidad de cumplir con los principios de igualdad y no discriminación – tan susceptibles de ser afectados con la inclusión de criterios medioambientales, además de la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas pertinentes para que, durante la ejecución de los contratos públicos, los operadores respeten la normativa medioambiental comunitaria, nacional o internacional. El artículo 62 (*normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental*) reitera las reglas esenciales para acreditar el sometimiento de los contratistas a sistemas de gestión ambiental introducidas

⁹³ Directiva 2014/24/UE, Considerando n° 128. La propia Directiva considera que el *Sistema de Información del Mercado Interior* (IMI) – Reglamento 1024/2012/UE – podría proporcionar un medio muy útil para gestionar dicho intercambio de información entre Estados miembros, apostando por iniciar, en el menor periodo de tiempo posible, un *proyecto piloto* para evaluar la conveniencia de ampliar el alcance del IMI para que incluya el intercambio de información previsto en esta Directiva.

por el Decreto 2004/18⁹⁴, si bien con algunas restricciones importantes⁹⁵; el 67 (*criterios de adjudicación del contrato*) faculta la ya clásica utilización de criterios medioambientales para la selección del contratista⁹⁶, y, finalmente, el artículo 70 (*condiciones de ejecución del contrato*) hace lo propio para el momento de la ejecución del contrato.

En definitiva, en las nuevas Directivas sobre contratación pública existe una gran cantidad de alusiones – más de sesenta – al medio ambiente, referidas a los diferentes aspectos relativos a esta actividad. Pintos Santiago⁹⁷ las categoriza en dos grupos (aplicables igualmente a las normas precedentes): en primer lugar, aquéllas de carácter *general*, aplicables en todos los contratos públicos, independientemente de su tipología, y gozando de un mayor alcance cuantitativo a despecho de una menor concreción cualitativa. Frente a estas existen otras de carácter más específico o delimitado, con mucho me-

⁹⁴ En cuanto a la posibilidad de exigir tales mecanismos de acreditación de la gestión medioambiental a contratos no armonizados, la Directiva europea no se pronuncia al respecto, por lo que la decisión dependerá del legislador español, que en cualquier caso deberá resultar compatible con el Derecho de la Unión y respetar los principios derivados de éste, especialmente en materia de libre prestación de servicios, como la *no discriminación* y el *reconocimiento mutuo*, además del *principio de proporcionalidad* (exigencia en función de la entidad del contrato). Sobre esta cuestión *vid.* GALLEGO CÓRCOLES, I., “Aplicación de medidas de gestión medioambiental como requisito de la acreditación de la solvencia técnica”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n° 134, noviembre-diciembre, 2014, pág. 56; o ALONSO GARCÍA, M^a C., “La consideración de la variable ambiental...” *op.cit.*, pág. 10.

⁹⁵ Como advierte GALLEGO CÓRCOLES, la nueva Directiva restringe la posibilidad de uso de medios equivalentes para acreditar la solvencia medioambiental de los candidatos con respecto a la Directiva 2004/18 – artículo 48.2 f) –, seguramente por la dificultad que plantea a los poderes adjudicadores comprobar que los candidatos no certificados poseen una solvencia técnica comparable a los certificados por algún sistema europeo – EMAS – o internacional – reconocido de conformidad con el artículo 45 del Reglamento CE n° 1.221/2009 u otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales de organismos acreditados –, público o privado. Se reconocerán asimismo los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros. Únicamente cuando el operador económico pueda demostrar que no tiene acceso a certificaciones de este tipo, o que no dispone de la posibilidad de obtenerlos dentro del plazo fijado por causas que no le sean atribuibles, el poder adjudicador también aceptará otras pruebas de medidas de gestión medioambiental, a condición de que el operador económico demuestre que tales medidas son equivalentes a las exigidas conforme al sistema o norma de gestión medioambiental aplicable. GALLEGO CÓRCOLES, I., “Aplicación de medidas de gestión medioambiental...” *op.cit.*, pág. 53. En el mismo sentido, PERNÁS GARCÍA, J.J., “La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público”, en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, FERNÁNDEZ-ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL, P. (dirs.) *et al.*, Civitas, 2014, pág. 366.

⁹⁶ Su equivalente en la Directiva 2014/23 está en el artículo 41.

⁹⁷ PINTOS SANTIAGO, J., “Claves actuales para la utilización...” *Op.cit.*, pág. 31.

nor alcance cuantitativo pero de una mayor trayectoria cualitativa, derivada de su mayor precisión medioambiental (pudiéndose incluir en éstas aquellas licitaciones en que el medio ambiente forme parte o constituya el propio objeto del contrato). Ambas cláusulas serán, no obstante, complementarias entre sí y de ningún modo contrapuestas, de forma que podrán utilizarse conjuntamente en un mismo contrato (o en distintas fases del mismo).

Las Directivas de cuarta generación siguen la línea de sus predecesoras, manteniendo la dimensión ecológica de la contratación pública en el plano de la voluntariedad con respecto a los poderes adjudicadores, al menos con carácter general. El Derecho comunitario lleva a cabo una estrategia, denominada por PERNÁS GARCÍA⁹⁸, como del *doble enfoque*, ya que por un lado la normativa sobre contratación pública únicamente habilita a los poderes adjudicadores para que introduzcan la perspectiva ambiental en las diferentes fases del proceso de contratación y ejecución del mismo. Pero, de forma simultánea, el legislador comunitario también ha introducido gradualmente la obligación de utilizar criterios medioambientales con relación a prestaciones concretas, como la adquisición de determinados productos, prestaciones u obras con determinadas características de eficiencia energética y limitado impacto en el medio natural – tal y como sucede con la comentada Directiva 2009/33. Para este autor, “[...] *se está introduciendo la obligación de contratación verde en aquellos espacios en donde es posible conseguir una doble ganancia: alcanzar objetivos ambientales como la lucha contra el cambio climático y la reducción de la contaminación y, al mismo tiempo, conseguir un uso eficiente de los recursos públicos, obteniendo ahorros económicos para los poderes adjudicadores*”⁹⁹. Quizás la Unión Europea no esté siendo lo suficientemente valiente y ambiciosa en relación al segundo enfoque, y el proceso de “ecologización” imperativa de determinadas materias resulte excesivamente lento, pero lo que sí es cierto es que se trata de un proceso continuo y firme, en el que parece no haber marcha atrás, y que lentamente va abarcando nuevos ámbitos de aplicación.

⁹⁸ PERNÁS GARCÍA, J. J., “Libre mercado y protección ambiental...*Op.cit.*, pág. 451.

⁹⁹ Así lo reconoce el Considerando nº 95 de la Directiva 2014/24/UE. En el mismo sentido opina PINTOS SANTIAGO, quien recuerda que “[...] *los criterios medioambientales (y sociales también) en absoluto están reñidos con el carácter marcadamente económico que hoy se busca dar a la contratación pública consecuencia de la actual coyuntura económica, dado que muchos de estos criterios pueden ser exigidos, como ya hemos visto, con carácter general para todos los contratos y con carácter particular para algunos contratos, en las fases de admisión y de ejecución del contrato, sin afectar de ninguna manera a la búsqueda del precio más bajo y sin afectar necesariamente al coste económico del mismo. De forma que, en conclusión, su uso depende únicamente de las personas que tienen la capacidad de decidir sobre estos contratos y del esfuerzo que las mismas hagan en tal sentido*”. PINTOS SANTIAGO, J., “Claves actuales para la utilización...” *op.cit.*, pág. 32.

III. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE A NIVEL NACIONAL

3.1. La recepción de la normativa comunitaria en la legislación española sobre contratación pública. EL Anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público

La *ecologización* sistematizada de la contratación pública española tiene lugar con la transposición a nuestro Ordenamiento Jurídico de las Directivas de tercera generación – fundamentalmente la Directiva 2004/18/CE –, llevada a cabo por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, *de Contratos del Sector Público* (LCSP)¹⁰⁰. Sin embargo, aunque la normativa anterior – la Ley 13/1995, de 18 de mayo, *de Contratos de las Administraciones Públicas*, y el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprobó su texto refundido – no contenía ninguna alusión a la materia ambiental, ello no impedía la inclusión de criterios medioambientales, pues su listado de criterios de adjudicación (que reproducía literalmente las previsiones de las Directivas de segunda generación) no podía considerarse de ningún modo como *tasado* o *cerrado*¹⁰¹. Se entendió, por lo tanto, que era admisible la introducción de aspectos ambientales en la contratación pública, aunque ciertamente tal posibilidad quedase prácticamente inédita.

Con anterioridad a la asunción expresa de criterios ambientales por parte de la legislación general sobre contratación pública, la normativa sectorial comenzó a incorporar algunos de ellos, como sucedió con la Ley 11/1997, de 24 de abril, *de Envases y Residuos de Envases*¹⁰²; la Ley 10/1998,

¹⁰⁰ Vid. Exposición de motivos I y IV. Dicha transposición se llevó a cabo conforme a los criterios establecidos por el *Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y el Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública* (comisión de expertos creada por Resolución del Ministerio de Hacienda de 2 de abril de 2004). La transposición se completó con la Ley 31/2007, de 30 de octubre, *sobre procedimientos de contratación de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales*.

¹⁰¹ MESTRE DELGADO, J. F., “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, en la *Revista Española de Administración Local*, nº 291, 2003, pág. 707. Esta posibilidad fue corroborada por el Consejo de Estado en su Dictamen de 22 de diciembre de 1998 (Exp. 4464/1998), sobre la modificación de la Ley 13/1995: “[...] En opinión de este Consejo, no parece que exista inconveniente alguno en establecer nuevos criterios objetivos de adjudicación que permitan tener en cuenta otros factores tales como la estabilidad en el empleo, el carácter indefinido de los contratos laborales, o la protección del medio ambiente”.

¹⁰² Disposición Adicional tercera: “Las Administraciones públicas adoptarán las medidas necesarias para favorecer el orden de prioridades indicado en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 1 y promoverán el uso de materiales reutilizables y reciclables en la contratación de obras públicas y suministros. [...]”.

de 21 de abril, de Residuos¹⁰³; o la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE¹⁰⁴. También se aprobaron de forma puntual, por parte de la Administración General del Estado, órdenes de servicio que explicaban cómo incorporar criterios medioambientales en los pliegos de cláusulas administrativas particulares¹⁰⁵.

La Ley 30/2007, refundida por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), habilita al poder adjudicador para la inclusión de criterios medioambientales en los momentos esenciales de la contratación pública:

- a) En el momento de definir el objeto contractual, cuando éste afecte o pueda afectar – *principio de precaución* – al medio ambiente, el legislador español obliga al poder adjudicador a que introduzca, “en la medida de lo posible”¹⁰⁶, criterios ambientales, tales como la sostenibilidad y la protección ambiental (art. 117.1 TR-LCSF). Habrá, por tanto, que valorarse la necesidad e idoneidad de incluir aspectos medioambientales en el contrato – *principio de proporcionalidad* –¹⁰⁷. Otro límite a la inclusión de criterios ambientales lo constituirá la obligación de permitir el acceso de todos los licitadores en condiciones de igualdad, sin que se creen

¹⁰³ Artículo 26.2: “Las Administraciones públicas promoverán el uso de materiales reutilizables, reciclables y valorizables, así como de productos fabricados con material reciclado que cumplan las especificaciones técnicas requeridas, en el marco de la contratación pública de obras y suministros”. Previsión continuada por la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados.

¹⁰⁴ Artículo 24.3: “En el concurso, la adjudicación recaerá sobre el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa. Este extremo se determinará de acuerdo con diversos criterios objetivos variables según el contrato en cuestión, tales como plazo de entrega o de ejecución, coste de utilización, rentabilidad, calidad, características estéticas y funcionales, calidad técnica, calidad ambiental, servicio postventa y asistencia técnica, compromiso en materia de piezas de recambio, seguridad en el suministro y precio, así como la fórmula de revisión de éste, en su caso. En este supuesto, la entidad contratante hará constar, en el pliego de cláusulas o en el anuncio de licitación, todos los criterios de adjudicación que tiene previsto aplicar. [...]”.

¹⁰⁵ Vgr. la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 14 de octubre de 1997 (BOE nº 259, de 29 de octubre de 1997).

¹⁰⁶ Este inciso parece hacer mención a limitaciones de carácter tecnológico, pero también económicas, en el sentido de que no impliquen costes económicos desproporcionados o que vulneren el principio de eficiencia. Así lo considera también PERNÁS GARCÍA, J. J., *Contratación pública verde*, La Ley, 2011, pág. 70.

¹⁰⁷ En tal sentido *vid.* la memoria exigida en el *anteproyecto de construcción y explotación* de obra necesaria para los contratos de concesión de obra pública (art. 129.2 a) TR-LCSF) y la posibilidad de que sustituya al estudio de impacto ambiental (art. 129.3 TR-LCSF).

obstáculos injustificados para el acceso de la competencia¹⁰⁸. Tales criterios medioambientales podrán definirse de dos formas: a) con referencia a especificaciones técnico-ambientales referentes a las características físicas del producto, b) en términos de rendimiento o exigencias funcionales. En ambos casos se admitirá prueba (*informe técnico del fabricante* o *informe de ensayos*) por parte del operador económico de que las soluciones propuestas cumplan de forma equivalente los requisitos medioambientales definidos en las citadas prescripciones técnicas de la obra, producto o servicio. Lo mismo ocurre con la posibilidad de exigir – total o parcialmente – etiquetas ecológicas¹⁰⁹. Para facilitar la adaptación de las ofertas a las obligaciones en materia medioambiental, el órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores podrán obtener información al respecto (art. 119 TRLCSP). El órgano que provea la información solicitará a los candidatos o licitadores que manifiesten haber tenido en cuenta dichas obligaciones a la hora de elaborar sus ofertas¹¹⁰, sin que ello constituya obstáculo para la verificación de las ofertas que incluyan valores *anormales* o *desproporcionados* (art. 152.3 TRLCSP)¹¹¹.

- b) Con respecto a la aceptación de candidaturas, el artículo 60 TRLCSP prohíbe la contratación de quienes hayan sido condenados mediante sentencia firme por delitos relativos a la protección del medio ambiente (letra *a*) o hayan sido sancionados por infracción muy grave en la materia, citando expresamente la legislación sobre impacto ambiental, costas, espacios naturales

¹⁰⁸ Para ello, advierte el artículo 117.8 TRLCSP que “[s]alvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente»”.

¹⁰⁹ Cfr. con las restricciones relativas a las *ecoetiquetas* en la Directiva 2014/24/UE.

¹¹⁰ Su incumplimiento podrá dar lugar a la adjudicación mediante el procedimiento negociado, el cuál cita expresamente los incumplimientos en las ofertas de las obligaciones legales relativas al medio ambiente como una de las posibilidades que habilitan su uso (art. 170 *a*) TRLCSP).

¹¹¹ El TRLCSP no hace referencia en estos casos al respeto de la normativa medioambiental, pero sí a la normativa sobre protección del empleo y las condiciones del trabajo (art. 152.3 TRLCSP). Sin embargo, nada impide que aquélla se tenga en cuenta para el enjuiciamiento de las ofertas presuntamente *anormales* o *desproporcionadas*, al no tratarse de un listado cerrado.

y flora y fauna silvestres, residuos, aguas y prevención y control integrados de la contaminación (letra *c*). Por lo que respecta a la acreditación de la solvencia técnica de los candidatos, se admite que ésta pueda ser acreditada mediante indicación de las medidas de gestión ambiental que el empresario pueda aplicar al ejecutar el contrato (condiciones de carácter *positivo*¹¹², arts. 76.1 *d*), 78.1 *f*) y 79 TRLCSP), cuyos valores mínimos deberán ser indicados en el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento, así como en los pliegos contractuales. Si se trata de contratos sujetos a regulación armonizada (art. 81 TRLCSP), los poderes adjudicadores podrán exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión ambiental, pudiéndose remitir al sistema EMAS o a otros estándares basados en normas internacionales o europeas y certificados por organismos autorizados en virtud de la legislación comunitaria o normas europeas o internacionales en la materia. Los órganos de contratación estarán obligados a reconocer los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro, así como cualquier otra prueba o medidas equivalentes que presenten los operadores económicos¹¹³.

- c) El legislador habilita a los poderes públicos para la introducción de criterios medioambientales para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, con la condición de que tales criterios estén *vinculados directamente* con el objeto del contrato – como exige la jurisprudencia comunitaria al efecto, analizada *supra* – y se detallan – junto con su eventual ponderación – en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo (art. 150.1 TRLCSP). Pero, además, va a exigir expresamente la inclusión de criterios de adjudicación de naturaleza medioambiental (y, por lo tanto, de más

¹¹² SIRVENT ALONSO diferencia entre condiciones exigibles a los candidatos de naturaleza *negativa* (prohibiciones de contratar) y *positiva*. SIRVENT ALONSO, C., “Compra y contratación pública verde (CCPV)”, en la *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 18, 2010, pág. 296.

¹¹³ *Cfr.* con las nuevas restricciones a los medios de prueba en esta materia introducidos por las Directivas de cuarta generación. Sobre la acreditación de la solvencia técnico-medioambiental de los candidatos a nivel legal, jurisprudencial y de tribunales administrativos con competencia en materia de recursos contractuales, *vid.* GALLEGO CÓRCOLES, I., “Aplicación de medidas de gestión medioambiental...” *op.cit.*, págs. 52 a 58.

de un criterio de selección¹¹⁴) cuando se trate de contratos “[...] cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente”, en cuyo caso deberán valorarse condiciones ambientales mensurables (que tendrán preponderancia si pueden valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la simple aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos), como el menor impacto ambiental, el ahorro y uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste del ciclo de vida¹¹⁵, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados, o de materiales ecológicos (art. 150.3 h) TRLCSP)¹¹⁶. Por último, como se ha indicado deberá tratarse de criterios mensurables, en el sentido de que “[d]eben existir medios y metodologías que permitan realizar una valoración objetiva y precisa de estas condiciones ambientales, [pues] en caso contrario estaría en tela de juicio el principio de igualdad y el principio de transparencia”¹¹⁷.

- d) El artículo 118 TRLCSP prevé la posibilidad de establecer condiciones especiales en relación a la ejecución del contrato, tanto de naturaleza medioambiental como social, siempre que resulten “[...] compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato”¹¹⁸. Asimismo-

¹¹⁴ Ya que, como advierte el artículo 150.1 TRLCSP in fine, “[c]uando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”.

¹¹⁵ Aunque en relación a los criterios generales de selección que proporciona el legislador no se haga referencia expresa al coste del ciclo de vida, sí que se refiere a conceptos como el *coste de utilización*, el *coste de los repuestos*, el *mantenimiento* o la *asistencia técnica*, que son realmente componentes de aquél.

¹¹⁶ Sobre estos criterios *vid.* el temprano análisis realizado por FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “El régimen de incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007”, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, 2008, págs. 41 a 72.

¹¹⁷ PERNÁS GARCÍA, J. J., *Contratación pública verde... Op.cit.*, pág. 156. En caso de empate en la puntuación obtenida entre dos o más ofertas, si se trata de poderes adjudicadores que tengan la consideración de Administraciones públicas no se prevé la posibilidad de establecer cláusulas de desempate basados en criterios de preferencia de naturaleza medioambiental (*cf.* art. 191 y 192 TRCLSP, en los que sí se admite para los que no tengan tal consideración, a través de sus “instrucciones”). También lo prevé la Ley andaluza 8/2003, de 29 de diciembre, *por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas*, que obliga a incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación – en caso de empate – a favor de las proposiciones presentadas por empresas que acrediten un “*adecuado compromiso ambiental*” (art. 117 a), sin que se precise mucho más este concepto jurídico indeterminado (*vid.* art. 120 de esta Ley).

¹¹⁸ En el mismo sentido *vid.* Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible*

mo podrán establecerse penalidades en caso de incumplimiento (art. 212.1 TRLCSP), que si afectan a condiciones consideradas *esenciales* darán lugar a la resolución del mismo (art. 223 f) TRLCSP). En caso de que este incumplimiento no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado como *infracción grave*, impidiendo al operador económico contratar nuevamente con las Administraciones Públicas (art. 60.2 e) TRLCSP). Además, el concesionario de una obra pública deberá mantenerla en todo caso de conformidad con lo que, en cada momento, y según el *progreso de la ciencia*, disponga la normativa medioambiental (art. 247.4 TRLCSP). Durante esta fase también será posible que el poder económico modifique el contrato, aún cuando esta posibilidad no esté prevista en la documentación del mismo, si existiese una inadecuación objetiva del proyecto a circunstancias de tipo medioambiental, siempre que esta situación se hubiesen puesto de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y fuese *imprevisible* (art. 107.1 b) TRLCSP).

Al igual que ocurrió con la Directiva 2009/33/CE, una norma va a alterar el sistema establecido en el TRLCSP, basado en la voluntariedad del uso de aspectos ambientales por parte de los poderes adjudicadores. Se trata de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, *de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa*, que obliga a las Administraciones públicas a adquirir únicamente aquellos bienes, servicios y edificios que tengan un *alto rendimiento energético* – en función de los criterios establecidos en su propio Anexo –, siempre que ello resulte coherente con la rentabilidad, viabilidad económica, sostenibilidad en *sentido más amplio* y la idoneidad técnica (Disposición Adicional decimotercera)¹¹⁹. Se trata del último *hito* en la contratación pública verde, si bien con un alcance aún más amplio que la Directiva 2009/33/CE, al afectar a una gama más amplia de bienes y servicios: productos cubiertos por actos delegados en virtud de la Directiva 2010/30/UE, de 19 de mayo, *relativa a la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada (refundición)*; productos

(art. 35). Para varios ejemplos de ejecución sostenible del contrato, *vid. Buying green! A handbook...*” *op.cit.*, págs. 47 y ss.

¹¹⁹ También cuando contraten una obra, suministro o servicio cuyo resultado sea la construcción de un edificio (así como su adquisición o arrendamiento) e iguale o supere los umbrales establecidos para los contratos armonizados (Disposición Adicional decimotercera, párrafo 2).

cubiertos por una medida de ejecución adoptada en virtud de la Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre; productos de equipo ofimático en virtud del Acuerdo entre EEUU y la Comisión Europea en materia de coordinación de etiquetado energético, neumáticos, y adquisición y arrendamientos de edificios. También en el ámbito nacional se plasma la teoría del *doble enfoque*, diferenciando entre la legislación general sobre contratación pública y las normas sectoriales que afectan a aspectos muy concretos de la misma.

Completan este rápido repaso a la contratación pública verde en España varios instrumentos no normativos que la incluyen entre sus objetivos, como el *Plan Nacional Integrado de Residuos 2008-2015* y su continuador, el *Plan Estatal de Prevención de Residuos 2014-2020*, o la *Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia “Horizonte 2007-2012-2020”* (ambos elaborados por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente). También existe un instrumento de planificación específico para esta materia: el *Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado, sus Organismos Públicos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social*¹²⁰, elaborado por el mismo departamento ministerial. Se han puesto en marcha igualmente una multitud de iniciativas estatales, autonómicas y locales en esta materia¹²¹.

La transposición de las Directivas de cuarta generación está en pleno proceso, habiéndose aprobado el día 17 de abril de 2015 el *Borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*¹²². En términos generales se limita a reproducir las previsiones de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/

¹²⁰ Publicado por la Orden PRE/116/2008, de 21 de enero (BOE nº 27, de 31 de enero). Sobre este plan se han publicado, hasta el momento de elaboración del presente estudio, dos *Informes Generales sobre el estado de la contratación pública verde* (el primero de octubre de 2011 y el segundo de junio de 2015). Igualmente, para el desarrollo de este Plan se han publicado tres *Códigos de Buenas Prácticas: contratación de los servicios de limpieza de edificios, contratos de mantenimiento y las obras menores, y uso del papel y de las publicaciones*. Sobre este instrumento *vid.*, entre otros, ALFONSO, C., “Plan de contratación pública verde. La compra sostenible”, en *Ambienta*, nº 74, febrero, 2008, págs. 55 a 58.

¹²¹ Algunas de ellas han sido analizadas por OLLER RUBERT, M., “La inclusión de las cláusulas ambientales...*Op.cit.*”, págs. 25 y ss.; GARCÍA PAZ, J., “Las compras verdes, una práctica sustentable y ecológica: posibilidad de su aplicación en Perú”, en *Contabilidad y negocios. Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas*, vol. 4, nº 7, julio, 2009, págs. 45 y ss.; o FOY VALENCIA, P., “Consideraciones sobre la contratación...” *op.cit.*, págs. 341 y ss.

¹²² En relación a sus novedades *vid.* la síntesis de las mismas realizada por GIMENO FELIÚ, J. M^a, “Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público”, en *Observatorio de Contratación Pública*, 18 de abril de 2015, obcp.es, publicación *online*. También el Dictamen que sobre el mismo ha realizado el Consejo Económico y Social (nº 8/2015, de 25 de junio) o el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón (nº 8/2015, de 20 de mayo).

UE y, a pesar de lo que parece señalar su Exposición de Motivos¹²³, la introducción de aspectos medioambientales sigue siendo potestativa para los poderes adjudicadores, salvo en aquellos casos en los que el contrato *afecte* o *pueda afectar* al medio ambiente, o éste pueda tener un *impacto significativo* sobre el mismo (lo cual ya estaba previsto en la LCSP de 2007). La cuestión sería, como en el caso anterior, la siguiente: ¿qué actividad de la Administración no afecta al medio ambiente, aunque sea indirectamente? Una aplicación extensiva de este precepto obligaría a incluir aspectos medioambientales en todos y cada uno de los contratos suscritos por aquélla, lo que sí daría cumplimiento a lo manifestado en la citada Exposición de Motivos. En cualquier caso, sólo en momentos muy puntuales, como en relación a la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, el Borrador se separa de las Directivas de referencia, y aún así en cuestiones que podrían calificarse como secundarias, aunque puedan tener gran relevancia práctica¹²⁴.

¹²³ Señala ésta que “[s]e incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Así, se impone al órgano de contratación la obligación de introducirlas, pero se le deja en libertad para que pueda decidir si las incluye en cada contrato en concreto como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución. En ambos casos, su introducción debe estar supeditada a que se relaciones con el objeto del contrato a celebrar” (Exposición de Motivos, V).

¹²⁴ El Borrador no hace referencia, en relación a los contratos sujetos a regulación armonizada, a la posibilidad de acreditar el cumplimiento de las normas de gestión mediante otras pruebas de medidas de gestión medioambiental equivalentes, siempre que demuestre que no tiene acceso a certificados de este tipo, o que no tiene la posibilidad de obtenerlos dentro del plazo fijado por causas que no le sean atribuibles. *cfr.* arts. 94 del Borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, y 62.2 y Considerando nº 88 de la Directiva 2014/24/UE.

BILIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, M^a C., “La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE”, en *La Ley Unión Europea*, n^o 26, mayo, 2015, págs. 5 a 17.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., “El régimen de incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007”, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, 2008, págs. 41 a 72.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La ecoetiqueta comunitaria”, en *Noticias de la Unión Europea*, n^o 153, 1997, págs. 57 a 72.
- FOY VALENCIA, P., “Consideraciones sobre la contratación pública sostenible (“verde”)”, en la *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n^o 66, 2011, págs. 335 a 350.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., “Aplicación de medidas de gestión medioambiental como requisito de la acreditación de la solvencia técnica”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n^o 134, noviembre-diciembre, 2014, págs. 52 a 58.
- GARCÍA PAZ, J., “Las compras verdes, una práctica sustentable y ecológica: posibilidad de su aplicación en Perú”, en *Contabilidad y negocios. Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas*, vol. 4, n^o 7, julio, 2009, págs. 45 y ss.
- GIMENO FELIÚ, J. M., “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa de contratación pública*, GIMENO FELIÚ, J. M^a. (coord.) et al., Atelier, 2004, págs. 61 y ss.
- “Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público”, en *Observatorio de Contratación Pública*, 18 de abril de 2015, obcp.es, publicación online.
- LÓPEZ TOLEDO, P., “La contratación pública verde y su nueva regulación en el derecho de la Unión Europea”, en *Contratación Administrativa Práctica*, n^o 134, noviembre-diciembre, 2014, págs. 10 a 29.
- LOSADA, E., “The Green Paper on the modernization of public procurement policy of the EU: Towards a socially-concerned market or towards a market-oriented society?”, en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 2, n^o 4, 2012, págs. 60 a 82.
- LOZANO CUTANDA, B., “La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea”, en la *Revista interdisciplinaria de gestión ambiental*, n^o 30, 2001, págs. 25 a 34.
- MANTECA VALDELANTE, V., “Etiqueta ecológica europea”, en *Unión Europea Aranzadi*, vol. 33, n^o 1, 2006, págs. 11 a 17.

- MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L., “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la introducción de criterios ambientales (Comentarios sobre la Sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, Concordia Bus Finland OY AB, y Helsingin Kaupunki)”, en *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa de contratación pública*, GIMENO FELIÚ, J. M.^a (coord.) et al., Atelier, 2004, págs. 161 y ss.
- MORENO MOLINA, J. A., “Acuerdo sobre contratación pública en la OMC”, en *Diccionario sobre contratación Pública*, BERNAL BLAY, M. A. (coord.) et al., Iustel, 2009, pág. 29.
- PERNÁS GARCÍA, J. J., “Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde”, en *Observatorio de Políticas Ambientales 2014*, LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.) et al., Thomsom-Reuters-Aranzadi, 2014, págs. 431 a 462.
- “La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público”, en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, FERNÁNDEZ-ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL, P. (dirs.) et al., Civitas, 2014, págs. 345 a 380.
- *Contratación pública verde*, La Ley, 2011.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “El impacto de la jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno”, en la *Revista Jurídica de Navarra*, n^o 37, 2004, págs. 218 y ss.
- RIAÑO POMBO, M. y SÁNCHEZ VILLALTA, M., “Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública”, en *Noticias de la Unión Europea*, n^o 301, 2010, págs. 77 a 84.
- RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M^a. C., “Principios de la contratación y responsabilidad social”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n^o 18, 2014, págs. 479 a 488.
- SIRVENT ALONSO, C., “Compra y contratación pública verde (CCPV)”, en la *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n^o 18, 2010, págs. 287 a 300.
- STEINBERG, P., “Die “Wienstrom”-Entscheidung des EuGH”, en *Europäische zeitschrift für wirtschatsrecht, EUZW*, vol. 15, n^o 3, 2004, págs. 76 y ss.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, n^o 1, abril, 2011, págs. 1 a 11.

III

SUSTENTABILIDADE E TERRITÓRIO

SOSTENIBILIDAD Y TERRITORIO

(Página deixada propositadamente em branco)

APRESENTAÇÃO DOS TEMAS

O conceito de “sustentabilidade territorial” tornou-se, desde as duas últimas décadas do século XX até à atualidade, um conceito-chave do direito do ordenamento do território e do urbanismo português, europeu e mundial. De facto, sendo o “território” (no qual se deve incluir o espaço marítimo, numa lógica de salvaguarda da interação terra-mar) o “terminal necessário de grande parte da atividade humana”¹ ou o fator de localização da maioria esmagadora das realizações humanas, é nele que se manifestam as preocupações de “desenvolvimento sustentável”, nas suas dimensões ambiental, económico-financeira, social e cultural.

A *harmonização* ou *compatibilização* entre os diferentes interesses com expressão territorial ou implicados na ocupação, uso e transformação do território, em especial do solo, constitui, como é sabido, a essência do direito do ordenamento do território e do direito do urbanismo. Refira-se que utilizamos aqui as expressões “ordenamento do território” e “urbanismo” conjuntamente, mas elas incorporam dois conceitos que, embora intimamente ligados, são materialmente distintos. Isso resulta, desde logo, dos artigos 65.º, n.º 4, e 165.º, n.º 1, alínea z), da Constituição portuguesa. Na perspetiva desta, entre o “ordenamento do território” e o “urbanismo” existe uma relação de “independência na interdependência”².

Seja como for, quer se adote a noção francesa de “*aménagement du territoire*”, que, na senda da célebre definição de CLAUDIUS PETIT, con-

¹ Cfr. F. SALVIA / F. TERESI, *Diritto Urbanistico*, 7.ª ed., Padova, Cedam, 2002, p.46-50.

² Cfr. Y. MADIOT, *L'Aménagement du Territoire*, 2.ª ed., Paris, Mason, 1993, p. 23-29, e a nossa obra *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 72-99.

sidera o ordenamento do território como “uma política pública incitadora e seletiva de tratamento territorial diferenciado, em função de uma certa imagem prospetiva de desenvolvimento desejado do território”, ou “a política governamental destinada a aplicar os instrumentos de um desenvolvimento económico e social equilibrado do conjunto do território nacional e a assegurar a sua integração no espaço europeu”, quer se subscreva a posição dominante na Alemanha, segundo a qual se verifica uma espécie de continuidade entre o direito ordenamento do território e o direito do urbanismo, ou no Reino Unido, onde a expressão “*town and country planning*” corresponde a uma ideia unitária de ordenamento do território e de urbanismo³, é seguro afirmar que “o território não existe mais em oposição à cidade: não é o *outro*, não é algo que está *fora*. Hoje a cidade compreende o território. Hoje não se pode falar mais da cidade e do território como duas realidades antitéticas. É mais correto falar de território urbanizado como uma realidade que compreende o conjunto da cidade e do território (...). A cidade como «casa da sociedade» estendeu-se, em suma, ao território, compreendendo-o no interior da rede das suas exigências e da sua organização”⁴.

Todas as políticas públicas têm uma expressão territorial, falando-se em “territorialização das políticas públicas”. Trata-se de uma realidade, não apenas a nível dos Estados, mas também ao nível da União Europeia (UE). Na verdade, os “interesses territoriais” foram adquirindo paulatinamente, sobretudo a partir do Ato Único Europeu, a centralidade das políticas da UE. O território passou a desempenhar um papel estratégico no processo de integração europeia, cujo aprofundamento é reclamado nestes tempos de crise económica e financeira que afeta vários Estados-Membros e a própria UE. Expressões como “ordenamento do território europeu”, “coesão económica, social e territorial europeia”, “desenvolvimento equilibrado do território europeu e respeitador da sua diversidade”, “desenvolvimento de um sistema urbano equilibrado e policêntrico a nível europeu”, “desenvolvimento urbano sustentável” e outras de sentido semelhante testemunham a existência de uma “*governance* do território europeu”⁵. Com ela queremos

³ Para mais desenvolvimentos, cfr. o nosso artigo *Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo e Direito Europeu. Apontamentos para uma Reflexão*, in “Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo”, Coimbra, Almedina, 2013, p. 211-215.

⁴ Cfr. E. SALZANO, *Fondamenti di Urbanistica*, Roma-Bari, 1998, p.7.

⁵ Saliente-se que os artigos 174.º e 175.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), constantes do Título XVIII, com a epígrafe “coesão económica, social e territorial”, definem os objetivos da coesão económica, social e territorial, as responsabilidades em matéria de execução da política de coesão, os instrumentos específicos para atingir aqueles objetivos, as responsabilidades de acompanhamento e registo dos progressos em matéria de coesão e os procedimentos para desenvolver respostas para acudir a necessidades especiais.

significar a presença, na UE, de uma política de direção, guia e orientação, com vista ao desenvolvimento de ações e de processos conducentes ao desenvolvimento equilibrado do território europeu.

Política essa que é exercida por uma pluralidade de sujeitos públicos (não apenas a UE, mas também os Estados-Membros, regiões, municípios e entidades intermunicipais), com a participação ativa dos sujeitos privados (associações, empresas, etc.), e que se traduz numa complexa atividade de direção, de regulação e de negociação no âmbito dos diversos interesses que gravitam sobre o “território”, tendo como finalidade o desenvolvimento harmonioso do território da UE⁶.

A importância primordial da “sustentabilidade territorial” e das ideias que lhe andam associadas do “desenvolvimento sustentável”, da “coesão territorial”, da “sustentabilidade do sistema urbano” e da “solidariedade intra e intergeracional na ocupação e utilização território” é bem vincada no ordenamento jurídico português. Assim, em primeiro lugar, o conceito de “desenvolvimento sustentável” foi acolhido no texto constitu-

Uma das grandes novidades do TFUE foi o alargamento dos objetivos da coesão para incluir a “coesão territorial”. Mas a inclusão da “coesão territorial”, ao lado da “coesão económica e social”, não foi acompanhada da explicação do seu conteúdo. A Comissão Europeia tentou colmatar esta lacuna, no *Livro Verde Sobre a Coesão Territorial Europeia – Tirar Partido da Diversidade Territorial*, constante da Comunicação ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité das Regiões e ao Comité Económico e Social Europeu, de 6/10/2008, onde se afirma, *inter alia*, que a “coesão territorial procura alcançar o desenvolvimento harmonioso de todos os territórios e facultar aos seus habitantes a possibilidade de tirar o melhor partido das características de cada um deles”, que a mesma “é um fator de conversão da diferença em vantagem, contribuindo, assim, para o desenvolvimento sustentável de toda a UE” e que “o conceito de coesão territorial permite interligar eficácia económica, coesão económica e equilíbrio ecológico, fazendo do desenvolvimento sustentável o pilar da elaboração de políticas”.

Pode afirmar-se que a receção pelo TFUE do conceito de “coesão territorial” marca, inquestionavelmente, “um momento novo na história da política regional europeia, ao retirar, pela primeira vez, a coesão territorial do âmbito intergovernamental estrito, conferindo-lhe um estatuto comunitário” e, bem assim, que a mesma “vem, indubitavelmente, reforçar a dimensão europeia da política regional, tornando-a potencialmente mais adequada ao combate às principais causas da maioria das tensões divergentes que incidem sobre os distintos modelos espaciais da UE (do mercado interno às políticas comuns e moeda única)”. Ou, ainda, que a ideia base do conceito “coesão territorial” é a de que todo o território da União possa usufruir dos mesmos benefícios da Política em geral e que as populações dos territórios menos desenvolvidos possam aproximar-se em termos de condições de desenvolvimento (criação de riqueza – investimentos, de emprego e de qualidade de vida – equipamentos) dos territórios mais desenvolvidos. Cfr., sobre esta problemática, o nosso artigo *Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo e Direito Europeu. Apontamentos para uma Reflexão*, cit., p. 241-243, bem como a bibliografia aí citada.

⁶ Cfr. o nosso artigo *Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo e Direito Europeu. Apontamentos para uma Reflexão*, cit., p. 256.

cional português, quer no corpo do n.º 2 do artigo 66.º da Lei Fundamental, quando aí se afirma que, “para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável”, incumbe ao Estado um conjunto de ações que são elencadas nas oito alíneas desse mesmo n.º 2 do artigo 66.º, quer na alínea *a*) do artigo 81.º, também da Constituição, que estabelece como tarefa prioritária do Estado no âmbito económico e social “promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial dos mais desfavorecidos no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável”⁷.

Em segundo lugar, a Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n.º 31/2014, de 30 de março) enumera nas alíneas b) e c) do artigo 2.º como *fins* daquela política pública, entre outros, “garantir o desenvolvimento sustentável, a competitividade económica territorial, a criação de emprego e a organização eficiente do mercado fundiário, tendo em vista evitar a especulação imobiliária e as práticas lesivas do interesse geral”, e “reforçar a coesão nacional, organizando o território de modo a conter a expansão urbana e a edificação dispersa, corrigindo as assimetrias regionais, nomeadamente dos territórios de baixa densidade, assegurando a igualdade de oportunidades dos cidadãos no acesso às infraestruturas, equipamentos, serviços e funções urbanas, em especial aos equipamentos e serviços que promovam o apoio à família, à terceira idade e à inclusão social”. E, no artigo 39.º, n.º 2, consigna que os programas e planos territoriais asseguram a harmonização dos vários interesses públicos com expressão espacial, tendo em conta uma pluralidade de objetivos, entre os quais “as estratégias de desenvolvimento, bem como a sustentabilidade territorial, em termos económicos, sociais, culturais e ambientais, a médio e longo prazo”.

Em terceiro lugar, o novo Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio, em desenvolvimento da LBPSOTU, em cujo preâmbulo se sublinha, em determinado trecho, que “um modelo coerente de ordenamento do território deve assegurar a coesão territorial e a correta classificação do solo, invertendo-se a tendência, predominante nas últimas décadas, de transformação excessiva e arbitrária do solo rural em solo urbano. Com efeito, pretende-se contrariar a especulação urbanística, o crescimento excessivo dos perímetros urbanos e o aumento incontrolado dos preços do imobiliário, de-

⁷ Sobre o conceito de “desenvolvimento sustentável”, bem como sobre as suas diferentes manifestações e o instrumentário jurídico e financeiro capaz de lhe conferir eficácia e eficiência, tanto a nível do Estado Português, como a nível da UE, cfr. o nosso artigo *Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo e Direito Europeu. Apontamentos para uma Reflexão*, cit., p. 220-228.

signadamente através da alteração do estatuto jurídico do solo”. No mesmo, realça-se que se institui “um novo sistema de classificação do solo, em solo urbano e rústico, que opta por uma lógica de efetiva e adequada afetação do solo urbano ao solo parcial ou totalmente urbanizado ou edificado, eliminando-se a categoria de solo urbanizável” e, bem assim, que, “em nome do princípio da sustentabilidade territorial, a reclassificação do solo como urbano é limitada ao indispensável, sustentável do ponto de vista económico e financeiro, e traduz uma opção de planeamento necessária, devidamente programada, que deve ser objeto de contratualização”, estabelecendo-se, ademais, “a obrigatoriedade da demonstração da sustentabilidade económica e financeira da transformação do solo rústico em urbano, através de indicadores demográficos e dos níveis de oferta e procura do solo urbano”.

O articulado do RJIGT está, além disso, repleto de referências aos valores associados à “sustentabilidade territorial”. É o que sucede com o n.º 2 do artigo 8.º, o qual determina que “os programas e os planos territoriais asseguram a harmonização dos vários interesses públicos com expressão territorial, tendo em conta as estratégias de desenvolvimento económico e social, bem como a sustentabilidade e a solidariedade intra e intergeracional na ocupação e utilização do território, assegurando a qualidade de vida e um equilibrado desenvolvimento socioeconómico às gerações presentes e futuras”. Noutras normas vemos referências à “coerência” e “sustentabilidade do sistema urbano” (artigo 18.º, n.º 1, relativo à caracterização do sistema urbano pelos programas e planos territoriais), à definição de um “quadro unitário para o desenvolvimento territorial integrado, harmonioso e sustentável do País” e à garantia da “coesão territorial do País” (artigo 31.º, sobre os objetivos do programa nacional da política de ordenamento do território), à “utilização sustentável do território” (artigo 44.º, sobre os programas especiais de ordenamento do território), aos “grandes objetivos do desenvolvimento económico e social sustentável à escala regional” (artigo 53.º, a propósito dos objetivos dos programas regionais de ordenamento do território), bem como à “garantia da sustentabilidade socioeconómica e financeira e da qualidade ambiental” (artigo 69.º, sobre os planos intermunicipais e municipais de ordenamento do território).

Em quarto lugar, como testemunho da ideia de que os mencionados valores devem servir como guião tanto do ordenamento e gestão do espaço terrestre, como do espaço marítimo, o artigo 3.º da Lei de Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional (Lei n.º 17/2014, de 10 de abril), que consagra, *inter alia*, os princípios da coordenação, compatibilização e coerência entre o ordenamento do espaço marítimo nacional e o ordenamento do espaço terrestre, em especial das zonas costeiras.

E em quinto lugar, o Decreto-Lei n.º 137/2014, de 12 de setembro, o qual definiu, na sequência do Acordo de Parceria entre Portugal e a Comissão Europeia, no quadro da “Estratégia Europa 2020”, o modelo de governação dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento (FEEI), para o período de 2014-2020, que estabelece como prioridades a “promoção da competitividade e da internacionalização da economia, de formação do capital humano, de promoção da coesão social e territorial e da reforma do Estado, no quadro do desenvolvimento sustentável e das exigências do processo de consolidação orçamental”⁸.

Fernando Alves Correia

Catedrático de Direito Público
Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

⁸ Refira-se, por último, sobre a importância do valor da “coesão territorial”, a Resolução da Assembleia da República n.º 129/2011, de 17 de outubro, que recomendou ao Governo que crie e dinamize um Plano Nacional para a Coesão Territorial no quadro de uma nova estratégia nacional, o qual deve, entre o mais, assegurar “a transversalidade e integração do princípio da coesão territorial na conceção e execução das políticas públicas – em particular naquelas que mais eficazmente podem combater as assimetrias regionais e a desertificação e valorizar o território, como sejam as políticas de ambiente, agricultura, turismo, florestas, emprego, empreendedorismo, educação, cultura, investigação científica e inovação, saúde, desenvolvimento regional, obras públicas e de ordenamento do território – e na programação e execução dos fundos estruturais”.

RÉGIMEN DE USO DEL SUELO NO URBANIZABLE. EN ESPECIAL EL CASO DE LA NORMATIVA ANDALUZA

ANTONIO ALFONSO PÉREZ ANDRÉS
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
Instituto García Oviedo

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE SUELO NO URBANIZABLE DESDE 1998 A LA ACTUALIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA ANDALUZA. LA PERVIVENCIA DEL CARÁCTER RESIDUAL DEL SUELO NO URBANIZABLE. 2.1. El Suelo Urbanizable como Residual. 2.2. El Suelo no Urbanizable Residual de Nuevo en la LOUA. III. RÉGIMEN DEL SUELO NO URBANIZABLE EN LA LOUA. 3.1. Criterios para la clasificación del suelo no urbanizable. 3.2. Régimen del suelo no urbanizable. 3.3. Prestación compensatoria y garantías. IV. EL SUELO NO URBANIZABLE EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SUELO DEL ESTADO DE 2008. V. LA DIFÍCIL ARTICULACIÓN ENTRE LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL, URBANÍSTICA Y MEDIOAMBIENTAL PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUELO NO URBANIZABLE. 5.1. El Plan Estratégico Estatal del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. 5.2. Planes Sectoriales Estatales. 5.3. Planes de Ordenación de los Recursos Naturales. 5.4. Otros planes posibles. VI. EL PROBLEMA DE LAS EDIFICACIONES ILEGALES EN SUELO NO URBANIZABLE EN ANDALUCÍA. 6.1. El Planteamiento. 6.2. Clases de Situaciones Reguladas en el Decreto 2/2012. 6.3. Régimen Aplicable a Edificaciones Aisladas 6.3.1. Edificaciones aisladas conformes con la ordenación territorial y urbanística vigente. 6.3.2. Edificaciones aisladas en situación legal fuera de ordenación: (art.7). 6.3.3. Asimilados a fuera de la ordenación: (art. 8). 6.4. Incorporación de los Asentamientos Urbanísticos. 6.5. Asentamientos de *Hábitat* Rural Diseminado. VII. LA INSEGURIDAD JURÍDICA EN LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE: EL CASO DEL PLAN DEL CORREDOR DEL LITORAL DE ANDALUCÍA. DESCLASIFICACIÓN DE SUELOS URBANIZABLES. CAMBIO DE CRITERIO.

I. INTRODUCCIÓN

El régimen jurídico del suelo no urbanizable es el que de manera más parca y concisa se encuentra regulado en la legislación española y autonómica de ordenación territorial y urbanística. La riqueza natural y la protección de suelo no urbanizable debe ser compatible con el adecuado desarrollo económico de las comarcas rurales, y eso se torna de gran complejidad en muchos casos al quedar los suelos no urbanizables al arbitrio de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados que la Administración actuante muchas veces desfigura en sus decisiones.

En este trabajo vamos a acercarnos al régimen jurídico vigente para el Suelo No Urbanizable en la legislación estatal española, de carácter básico o de aplicación plena, y luego nos centraremos en el caso de Andalucía. Hay Comunidades Autónomas que han hecho un mayor esfuerzo para acercarse a las necesidades de regulación del suelo no urbanizable, pero en Andalucía ha sido muy escaso, prácticamente podemos reducirlo al Decreto 2/2012, de 10 de enero, *por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía*.

Los tres pilares en los que descansa, o debe descansar fundamentalmente la regulación del uso del suelo no urbanizable son los instrumentos de ordenación del territorio, los planes urbanísticos y los planes de ordenación de los recursos naturales. Consideramos que la regulación que se hace de esta clase de suelo en cada uno de estos instrumentos nos lleva a una gran inseguridad jurídica para acometer cualquier instalación o uso del suelo no urbanizable. No nos referimos ya al uso para residencia, que es casi un tabú en Andalucía identificar vivienda y suelo no urbanizable, sino incluso para otras muchas instalaciones fabriles, industriales u otros usos productivos, como puede ser el caso de los centros de producción de energías renovables (eólica, solar...), o las actividades mineras en gran expansión de nuevo en Andalucía.

En la legislación urbanística andaluza el camino que se traza para la instalación de cualquier actividad en el suelo no urbanizable, dejando a salvo el normal funcionamiento y desarrollo de las explotaciones agrícolas, es el de las actuaciones de interés público en terrenos con esa clasificación, que requerirán de planes especiales o de proyectos de actuación. Es decir, todo queda vinculado a la existencia de ese interés público, incluso el sistema es el mismo para las viviendas unifamiliares aisladas.

El sistema resulta enormemente restrictivo, sin embargo a pesar de esta enorme restricción que se viene viviendo para el uso de suelo no urbanizable, la Comunidad Autónoma tomó la decisión de introducir la figura de Asimilado al Fuera de Ordenación en el DECRETO 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA nº 19, de 30 de enero de 2012), en el cual, además de definirse las diferentes situaciones en las que se puede aplicar la norma, se establece el procedimiento para el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, una figura que puede generar un indeseable efecto llamada para la construcción en suelo no urbanizable de forma irregular. El número de viviendas ilegales en suelo no urbanizable en Andalucía, por encima en todas las estimaciones de 300.000 ha llevado a esta decisión política que tiene un difícil encaje jurídico, suponiendo en muchos casos una ruptura de los principios rectores de la actividad urbanística.

Uno de los problemas más importantes que se plantea en la nueva norma es que no todas las edificaciones construidas en suelo no urbanizable podían ser regularizadas bajo el amparo del Decreto 2/2012, por ejemplo no podrán serlo las edificaciones que no sean propiamente edificaciones aisladas, y que estén en parcelaciones urbanísticas, aunque tengan más de seis años de antigüedad. Eso ha determinado un proyecto de reforma de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) que pretende ir más allá y pretende buscar una solución jurídica a estas edificaciones, consistente en poner plazo prescripción para las parcelaciones urbanísticas, igual que lo tienen las viviendas construidas para la posible restitución de la legalidad urbanística.

La Junta de Andalucía se ha mostrado reticente a soluciones para la problemática de las viviendas irregulares en suelo no urbanizable planteadas desde los Proyectos de PGOU como son: las urbanizaciones blandas, las reforestaciones compensatorias, los planes especiales en medio rural, el hábitat rural diseminado... Es necesario buscar nuevas soluciones.

Otra de las muestras de inseguridad en la delimitación del suelo no urbanizable es la que se refiere al permanente cambio de criterios en la Administración autonómica y municipal, donde se desclasifican suelos urbanizables para pasar a ser clasificados como no urbanizables, a veces incluso de especial protección. Un ejemplo práctico impactante es el relativo al Plan del Corredor Litoral de Andalucía aprobado por Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía por Decreto 141/2015 de 26 de mayo y que ha entrado en vigor el 20 de julio, que viene a proteger como no urbanizables suelos que

estaban clasificados como urbanizables sectorizados en Planes Generales recientemente aprobado por la propia Junta de Andalucía. Las impugnaciones se sucederán a tal respecto, al igual que las peticiones de indemnización por alteración del planeamiento, sin que se haya previsto cantidad alguna para estas cuestiones en la memoria económica del instrumento.

II. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE SUELO NO URBANIZABLE DESDE 1998 A LA ACTUALIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA ANDALUZA. LA PERVIVENCIA DEL CARÁCTER RESIDUAL DEL SUELO NO URBANIZABLE

2.1. El Suelo Urbanizable como Residual

Tradicionalmente el Derecho urbanístico español ha clasificado el suelo en tres clases: urbano, no urbanizable y urbanizable, aunque dentro de cada una de esas clases hay diversas categorías. En las Leyes estatales (Ley de 1956, Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1975 y Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992) anteriores a la Ley de Suelo del Estado 6/1998 el suelo no urbanizable era el residual. Esto significaba que tanto las leyes como los planes urbanísticos centraban su regulación y su ordenación en el suelo urbano y el urbanizable, que era el que había que definir en positivo, mientras que el resto sería no urbanizable. Dentro de esa clase de suelo no urbanizable estaría el especialmente protegido, sobre el que sí se establecían especiales consideraciones, pero el suelo no urbanizable residual o común quedaba con una escasa regulación, y pendiente siempre de poder acreditar que se trata de actuaciones anejas a la explotación de la tierra y sus recursos, o de actuaciones que se calificasen de interés general, con gran discrecionalidad por parte de la Administración actuante en tal sentido.

En el sistema de clasificación del suelo diseñado en la Ley Estatal de Suelo 6/1998 se produce un importante giro, pues se pasa considerar el suelo urbanizable como el residual y el suelo no urbanizable pasa a ser regulado como aquél que por sus características objetivas debe quedar preservado de la transformación urbanística. Era una concepción distinta, suponía liberalizar en gran medida la clasificación del suelo urbanizable, con la intención de que ante la mayor oferta de suelo urbanizable el precio de su repercusión en la vivienda bajase, sin perjuicio de que estaría estrictamente sometido siempre a la potestad de planeamiento municipal y autonómica, para que la desarrollo urbanístico fuese siempre acorde con los intereses urbanísticos generales.

La idea clave era pues conseguir una mayor objetivación de la potestad de clasificación del suelo no urbanizable, con el consiguiente incremento de la oferta de suelo urbanizable. Con posterioridad a la Ley 6/1998, de Suelo del Estado, se dictaron dos normas básicas estatales en la misma línea, para dejar claro el criterio legal exigible a todas las Comunidades Autónomas, el Real Decreto-Ley 4/2000 y la Ley 10/2003. En ambas normas se dieron nuevos pasos en la línea ya trazada de objetivar al máximo la clasificación del suelo no urbanizable, de tal manera que resultase más difícil otorgar dicha clasificación, con lo que insistimos en que debía crecer la bolsa de suelo urbanizable al ser ese en esa nueva concepción el residual. Hasta la Ley 6/1998, el planeamiento determinaba lo que era el suelo urbano (por constatación de la realidad fáctica), clasificaba como urbanizable lo que estimaba oportuno según las necesidades previstas en el municipio, y el resto quedaba como suelo no urbanizable. Es decir, el suelo no urbanizable era el resto, dentro del cuál podría distinguirse el suelo no urbanizable común, que no tenía valores objetivos que merecieran su protección, y el de especial protección, cuando sus características naturales así lo reclamasen.

Con la citada norma de 1998 el suelo urbanizable pasaba a ser el común, lo cual supone fundamentalmente como novedad que el suelo no urbanizable había que delimitarlo o definirlo en positivo, es decir, había que motivar el porqué un suelo se clasifica como tal. Dejando de un lado el suelo no urbanizable de especial protección, que le viene impuesto al planificador urbanístico municipal por otros planes y normas de superior jerarquía, éste puede también preservar suelos como no urbanizables cuando constate que se dan en ellos determinados valores que impiden su urbanización. Estos valores estaban fijados en el art.9.2 de la Ley 6/1998 de manera objetiva, a excepción del último de ellos, pues en un inciso final el precepto permitía la clasificación como no urbanizables de los suelos que “*se considere inadecuados para un desarrollo urbano*”. Este último inciso dejaba la puerta abierta a criterios no muy objetivos en la clasificación de suelos como no urbanizables, con lo que el planeamiento general seguía disponiendo de gran capacidad de decisión, y la amplia discrecionalidad administrativa de difícil control encontraría respaldo en dicha expresión legal.

Para corregir esa puerta abierta, que hubo que dejar en virtud de los compromisos políticos necesarios para sacar la Ley de 1998 adelante en el Parlamento, dado que el partido que había formado Gobierno únicamente tenía mayoría simple, en cuanto alcanzó dicha fuerza política la mayoría absoluta en las siguientes elecciones generales dictó rápidamente el Real Decreto-Ley 4/2000 en el que se eliminaba por completo el último inciso que acabamos de analizar el art.9.2, de esta manera se objetivaban al máxi-

mo los criterios que podría determinar la clasificación de un suelo no urbanizable, para fomentar así el crecimiento de la bolsa de suelo urbanizable.

No obstante, a pesar de la intención del legislador estatal, la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio, referida a la Ley 6/1998, relativizó enormemente las posibilidades de objetivación de los criterios para clasificar suelos como no urbanizables. La Sentencia dejaba abierta la puerta a que fuese la legislación autonómica la que concretara los valores o fines que serían determinantes de dicha clasificación. En base a estas posibilidades las distintas Leyes Autonómicas que se fueron dictando resultaron muy laxas en la interpretación del 9.2, como ejemplo podemos poner el art.46 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía cuyo régimen clasificatorio del no urbanizable vamos a desarrollar a continuación. Pues bien, en esos momentos las Cortes Generales dictan la Ley 10/2003 reformadora de nuevo del art.9.2 de la Ley 6/1998, que recupera el inciso antes eliminado, pero limitando la interpretación que cabe hacer del mismo, para evitar la aplicación de criterios altamente subjetivos en la clasificación del suelo no urbanizable, como estaban haciendo algunas leyes autonómicas.

En efecto, el precepto terminaba diciendo que también pueden ser clasificados como no urbanizables los suelos “que se consideren inadecuados 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”. Como vemos se hacía un esfuerzo por volver a dejar claro que no valen criterios subjetivos en la clasificación del suelo como no urbanizable. Es decir, no puede tratarse de una cuestión de opción sino de una constatación de que el suelo tiene o no tiene objetivamente unos valores que hacen inadecuada su transformación. Además, se llama a que la legislación urbanística autonómica concrete cuales pueden ser esos criterios objetivos territoriales o urbanísticos que pueden hacer que un suelo entre en la clasificación de no urbanizable. De esta manera se esperaba, de nuevo, que creciera la bolsa de suelo urbanizable, al no poder clasificar tanto suelo como no urbanizable, por no entrar en los parámetros objetivos de los que estamos hablando.

Según podía leerse en la exposición de motivos de la Ley 10/2003 su objetivo fundamental era incidir de manera inmediata en el comportamiento de los distintos agentes económicos para estimular la competencia, conseguir una mejor asignación de los recursos y, en definitiva, influir muy positivamente sobre el nivel de precios.

La preocupación que muestra el texto por la situación del sector inmobiliario es grande. Se insiste en que la imparable elevación de los precios de la vivienda está generada por el fuerte crecimiento de la demanda

y la incidencia del precio del suelo en los productos inmobiliarios. Y, para solucionar este segundo problema, se mantiene, como ya se había hecho en normas anteriores, que el precio elevado del suelo responde a la escasez de suelo urbanizable y urbanizado. Cree por tanto la norma que la solución “mágica” estará en un fuerte incremento de la oferta de suelo, y para ello introduce mayor flexibilidad en algunas previsiones normativas que entiende pueden limitarla.

Junto a este tema, se aprovechaba la ocasión para aclarar también los métodos aplicables en las valoraciones de suelos urbanos y urbanizables, pues se considera que con arreglo a los artículos hasta entonces vigentes se podrían estar produciendo interpretaciones contrarias a los criterios generales de la Ley. Por último, en lo que a efectos urbanísticos nos interesa, la Ley pretendía clarificar la situación actual del ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria que se encuentra afectada por la falta de una jurisprudencia unánime que reconozca que dicha actividad no está reservada a ningún colectivo singular de profesionales. En este sentido el art. 3 de la Ley que comentamos, aclara que las actividades de intermediación inmobiliaria pueden ser ejercidas tanto por los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, como por cualquier persona física o jurídica sin necesidad de estar en posesión de título alguno, ni de pertenencia a ningún colegio oficial, sin perjuicio de los requisitos que, por razones de protección a los consumidores, establezca la normativa reguladora de esta actividad.

2.2. El Suelo no Urbanizable Residual de Nuevo en la LOUA

La clave del Derecho Estatal fue en gran medida desdibujado por la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (Ley 7/2002) desde el primer momento. Sobre todo llama la atención el hecho de que en ningún momento aparece el carácter residual que la legislación estatal otorga al suelo urbanizable, pues este no se define en negativo sino en positivo, como venía ocurriendo en el Texto Refundido de la Ley del Suelo del Estado de 1992. En correspondencia el Plan Urbanístico se contempla todavía como el todopoderoso instrumento clasificador del suelo, con facultad para decidir la clasificación de cada porción de terreno, casi con independencia de la realidad fáctica del mismo y de sus valores o características naturales. En ese sentido, no se resalta, en absoluto, la doctrina jurisprudencial de la fuerza normativa de lo fáctico, ni siquiera para el caso del Suelo Urbano. En algunos preceptos parece que la LOUA huye no sólo del posible carácter reglado que se desprende de la Ley Estatal 6/1998 para el Suelo No urbanizable y el Urbanizable, sino incluso del carácter reglado del Suelo Urbano.

El Art.46 de la LOUA establece, en desarrollo del art.9 de la Ley 6/1998, los supuestos en que los terrenos deben ser adscritos por el Plan General de Ordenación Urbanística a la clase de Suelo No Urbanizable.

Este es uno de los aspectos en los que más claramente la Ley Autónoma Andaluza ha girado sobre el Texto Estatal (Ley 6/1998) buscando que no sean las cualidades objetivas del suelo sino las decisiones de cada Plan Urbanístico las que determinen qué suelos han de ser preservados de cualquier proceso de transformación urbanística. En ese sentido la LOUA es mucho más permisiva que la Ley Estatal en la concreción de los supuestos que pueden determinar que unos suelos sean clasificados como no urbanizables por el planeamiento general.

El art.46 incrementa los supuestos en que un suelo es clasificable como Suelo No Urbanizable por el planeamiento municipal, introduciendo nuevos conceptos jurídicos indeterminados de difícil concreción en la práctica.

Es evidente que el art.9 de la Ley 6/1998 contemplaba dos categorías de Suelo No Urbanizable. El Suelo No Urbanizable especialmente protegido del apartado primero, que se encuentra sometido a un régimen especial de protección incompatible con su transformación urbanística en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. Con relación a esta categoría de suelo no urbanizable la Sentencia 164/2001 dejó bien claro que la enumeración de valores y fines sólo tiene carácter ejemplificativo, lo importante es que los suelos a clasificar como no urbanizables vengan sometidos a algún régimen especial de protección dispuesto en Leyes, planes, proyectos, catálogos o cualesquiera otros actos jurídico-administrativos.

La segunda categoría de suelo no urbanizable de la Ley 6/1998 podríamos denominarla de suelo a preservar por el planeamiento general. Se trata de suelos que no tienen previamente establecido un régimen especial de protección, lo que los situaría en la esfera del apartado primero del este art.9. El apartado segundo tras el Decreto Ley 4/2000, al definir esta segunda categoría de suelos no urbanizables, apuntaba que podían ser declarados como tales los que se considerase necesario preservar en virtud de los valores establecidos en el apartado primero o por su valores agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales. Dicha redacción del apartado segundo procede, como ya hemos indicado, de la modificación operada en la Ley 6/1998 por el Decreto-Ley 4/2000, que de manera muy significativa

eliminó el inciso final del precepto que permitía clasificar también como suelo no urbanizable el que se considerase inadecuado para el desarrollo urbano por el planificador urbanístico. No obstante, la Sentencia 164/2001, únicamente referida al texto originario, no a la reforma de junio de 2000, interpretaba dicho inciso en el sentido de que se dejaba libertad al planificador urbanístico para que, en virtud del modelo territorial o urbanístico que proyectase, pudiera entender que había suelos que eran inadecuados para su desarrollo urbanístico, no por sus valores objetivos intrínsecos, sino simplemente por una decisión subjetiva de difícil control.

Está claro que el listado de valores citados en el artículo es posible interpretar que no constituye un *numerus clausus*, pero no creemos posible tampoco cabe llegar a la conclusión de que suelos sin valor objetivo alguno podían ser clasificados como no urbanizables por el simple hecho de que el planificador urbanístico considere discrecionalmente que son inadecuados para ser objeto de transformación urbanística.

Finalmente tras la LOUA se dictaría la Ley 10/2003, como ya hemos explicado, incluyendo de nuevo el inciso que permitía clasificar como no urbanizables los suelos “*que se consideren inadecuados para el desarrollo urbano*”, pero añadiendo límites importantes a la discrecionalidad: “*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*”.

De cualquier forma la opción adoptada en la LOUA no es ésta sino la contraria. En efecto LOUA ha partido de considerar persiste toda libertad del planificador urbanístico para adoptar decisiones discrecionales de suelos que no considera adecuados para su transformación y que por ello pueden ser declarados como No Urbanizables.

Esta opción se comprueba en el art.46 de la Ley, en el que cabe destacar cómo se han recogido supuestos en los que pueden ser clasificados como suelos no urbanizables terrenos por razón de:

- ser merecedores de algún régimen especial de protección otorgado por el Plan General de Ordenación Urbanística por razón, entre otros, de valores de carácter territorial (apartado c).
- o ser improcedente su transformación teniendo en cuenta razones de sostenibilidad, racionalidad y las condiciones estructurales del municipio (apartado k).

Estos criterios permiten seguir considerando realmente el Suelo No Urbanizable como el residual, el que el Plan no quiera transformar.

III. RÉGIMEN DEL SUELO NO URBANIZABLE EN LA LOUA

3.1. Criterios para la clasificación del suelo no urbanizable

El art.46.2 de la LOUA regula cuatro categorías de Suelo No Urbanizable:

- 1^a) El Suelo No Urbanizable de Especial Protección por legislación sectorial específica.
- 2^a) El Suelo No Urbanizable de Especial Protección por la Planificación Territorial o Urbanística.
- 3^a) El Suelo No Urbanizable de Carácter Natural o Rural.
- 4^a) El Suelo No Urbanizable del Hábitat Rural Diseminado.

Según la LOUA pertenecerán al Suelo No Urbanizable de Especial Protección por legislación sectorial específica lo que:

- a) Tengan la condición de bienes de dominio público natural o estar sujetos a limitaciones o servidumbres, por razón de éstos, cuyo régimen jurídico demande, para su integridad y efectividad, la preservación de sus características.
- b) Estén sujetos a algún régimen de protección por la correspondiente legislación administrativa, incluidas las limitaciones y servidumbres así como las declaraciones formales o medidas administrativas que, de conformidad con dicha legislación, estén dirigidas a la preservación de la naturaleza, la flora y la fauna, del patrimonio histórico o cultural o del medio ambiente en general.
- c) Presenten riesgos ciertos de erosión, desprendimientos, corrimientos, inundaciones u otros riesgos naturales.

Serán clasificados como Suelo No Urbanizable de Especial Protección por la Planificación Territorial o Urbanística los terrenos que:

- a) Sean merecedores de algún régimen especial de protección o garante del mantenimiento de sus características, otorgado por el propio Plan General de Ordenación Urbanística, por razón de los valores e intereses en ellos concurrentes de carácter territorial, natural, ambiental, paisajístico o histórico.
- b) Se entiendan necesarios para la protección del litoral.

- c) Sean objeto por los Planes de Ordenación del Territorio de previsiones y determinaciones que impliquen su exclusión del proceso urbanizador o que establezcan criterios de ordenación de usos, de protección o mejora del paisaje y del patrimonio histórico y cultural, y de utilización racional de los recursos naturales en general, incompatibles con cualquier clasificación distinta a la de suelo no urbanizable.
- d) Sea necesario el mantenimiento de sus características para la protección de la integridad y funcionalidad de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos públicos o de interés público.
- e) Proceda la preservación de su carácter no urbanizable por la existencia de actividades y usos generadores de riesgos de accidentes mayores o que medioambientalmente o por razones de salud pública sean incompatibles con los usos a los que otorga soporte la urbanización.

Procederá la consideración de *Suelo No Urbanizable de Carácter Natural o Rural* cuando: Sea necesaria la preservación de su carácter rural, atendidas las características del municipio, por razón de su valor, actual o potencial, agrícola, ganadero, forestal, cinegético o análogo.

El *Suelo No Urbanizable del Hábitat Rural Diseminado* será el que constituya el soporte físico de asentamientos rurales diseminados, vinculados en su origen al medio rural, cuyas características, atendidas las del municipio, proceda preservar.

Sin embargo en el art.46.1.k) de la LOUA hay un último criterio que genera gran incertidumbre e inseguridad jurídica, que nos lleva a la realidad de que el suelo no urbanizable sigue siendo realmente el residual en la LOUA: el suelo que se considere de improcedente transformación teniendo en cuenta razones de sostenibilidad, racionalidad y las condiciones estructurales del municipio. Esta potestad del plan será de imposible control.

3.2. Régimen del suelo no urbanizable

En los terrenos clasificados como suelo no urbanizable que no estén adscritos a categoría alguna de especial protección, el art.52 de la LOUA permite las siguientes actuaciones:

A) Obras o instalaciones precisas para la utilización y explotación agrícola, ganadera, forestal, cinegética o análoga a la que estén efectivamente destinados los suelos, conforme a su naturaleza y mediante el empleo de medios técnicos e instalaciones adecuados y ordinarios, que no supongan ni tengan como consecuencia la transformación de dicho destino, ni de las características de la explotación. Hay que tener en cuenta las prohibiciones que expresamente establezca la legislación aplicable por razón de la materia, por los Planes de Ordenación del Territorio, por el Plan General de Ordenación Urbanística y por los Planes Especiales.

Siempre están prohibidas las actuaciones que comporten un riesgo previsible y significativo, directo o indirecto, de inundación, erosión o degradación del suelo. Serán nulos de pleno derecho los actos administrativos que las autoricen, que contravengan lo dispuesto en la legislación aplicable por razón de la materia o en los planes urbanísticos.

B) Las segregaciones, edificaciones, construcciones, obras o instalaciones que, estando expresamente permitidas por el Plan General de Ordenación Urbanística o Plan Especial de desarrollo, sean consecuencias de:

- a) El normal funcionamiento y desarrollo de las explotaciones agrícolas.
- b) La necesidad justificada de vivienda unifamiliar aislada, cuando esté vinculada a un destino relacionado con fines agrícolas, forestales o ganaderos.
- c) La conservación, rehabilitación o reforma de edificaciones, construcciones o instalaciones existentes.
- d) Las características propias de los ámbitos del Hábitat Rural Diseminado.
- e) La ejecución y el mantenimiento de las infraestructuras y los servicios, dotaciones y equipamientos públicos.

Estos actos estarán sujetos a licencia municipal, previa aprobación, cuando se trate de actos que tengan por objeto viviendas unifamiliares aisladas, del correspondiente Proyecto de Actuación por el procedimiento prescrito en los artículos 42 y 43 de la presente Ley para las Actuaciones de Interés Público en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable. En ese sentido se le da el mismo tratamiento.

Se exceptúan de la regulación anterior, en los términos que se determinen reglamentariamente, aquellas segregaciones de naturaleza rústica cuya finalidad no sea la implantación de usos urbanísticos, y para las que

se obtenga la correspondiente declaración municipal de innecesariedad de licencia.

C) Las Actuaciones de Interés Público en terrenos que tienen el régimen del suelo no urbanizable en esta Ley, previa aprobación del correspondiente Plan Especial o Proyecto de Actuación.

Las Actuaciones de Interés Público se regulan expresamente en los artículos 42 y 43 de la LOUA. Se definen como tales las actividades de intervención singular de promoción pública o privada, con incidencia en la ordenación urbanística, que pueden tener por objeto la implantación tanto de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos, como de usos industriales, terciarios, turísticos no residenciales u otros análogos, en las que concurran los siguientes requisitos:

- utilidad pública o interés social.
- necesidad de su implantación en Suelo No Urbanizable.
- compatibilidad con el régimen de la correspondiente categoría de Suelo No Urbanizable.
- no inducir la formación de nuevos asentamientos. El art.52.6 establece a estos efectos que se considerará que inducen a tal formación: los actos de realización de segregaciones, edificaciones, construcciones, obras o instalaciones que, por sí mismos o por su situación respecto de asentamientos existentes, sean susceptibles de generar demandas de infraestructuras o servicios colectivos, impropios de la naturaleza de esta clase de suelo.

Para estas Actuaciones de Interés Público se requerirá la aprobación bien de un Plan Especial o de un Proyecto de Actuación. El Plan Especial será necesario cuando la actividad comprenda terrenos de más de un municipio, o por su objeto tenga interés supramunicipal, afecte a la ordenación estructural del municipio o cuando comprenda una superficie superior a 50 hectáreas. En los restantes supuestos procederá la aprobación de un Proyecto de Actuación.

La licencia urbanística municipal para realizar la Actuación de Interés Público deberá ser solicitada en el plazo de 1 año, desde la aprobación del correspondiente Plan Especial o Proyecto de Actuación.

El art.43 se dedica al procedimiento de aprobación de los Proyectos de Actuación, indicando que el plazo de resolución es de seis meses, transcurridos los cuales habrá que entender denegada la autorización solicitada. En el seno de este procedimiento puede darse la tramitación privada del

mismo, de tal manera que transcurridos dos meses desde la solicitud, el interesado podrá instar la información pública de la forma antes prevista para la tramitación privada del planeamiento de desarrollo. A continuación, el interesado remitirá al municipio, para su aprobación, toda la documentación. Transcurrido dos meses sin resolución al respecto de esta última solicitud, podrá entenderse desestimada.

En el *suelo de Especial Protección* tan solo indica el art.52.2 LOUA que serán válidas las segregaciones, obras, construcciones o edificaciones e instalaciones que, permitidas por el Plan General o el Plan Especial, sean además compatibles con el régimen de protección a que esté sometido.

3.3. Prestación compensatoria y garantías

Quizás la novedad más destacable que se introdujo por la LOUA en la regulación del uso urbanístico del Suelo No Urbanizable sea, sin duda, la regulación en el art.52, apartados 4 y 5, de la denominada prestación compensatoria. Esta prestación será procedente en caso de actos de edificación, construcción, obras o instalaciones no vinculados a la explotación agrícola, pecuaria, forestal o análoga, siempre que la ordenación urbanística otorgue la posibilidad de realizarlos en el Suelo No Urbanizable, previa aprobación del correspondiente Plan Especial o Proyecto de Actuación y previa licencia. La finalidad de la prestación compensatoria es que se produzca la necesaria compensación por el uso y aprovechamiento de carácter excepcional del Suelo No Urbanizable. Dicha prestación será gestionada por el Municipio, que la destinará al Patrimonio Municipal del Suelo. Se devengará con el otorgamiento de la licencia y tendrá una cuantía de hasta el 10% del importe total de la inversión a realizar para su implantación efectiva, excluida la correspondiente maquinaria y equipos. Los Municipios podrán establecer cuantías inferiores, mediante ordenanza, según el tipo de actividad y condiciones de su implantación.

El propietario deberá asegurar la prestación de garantía por una cuantía mínima del 10% del importe de la inversión que requiera la materialización del uso o aprovechamiento autorizado.

Los actos autorizados de este modo tendrán una duración limitada, aunque renovable, nunca inferior al tiempo indispensable para la amortización de la inversión requerida.

IV. EL SUELO NO URBANIZABLE EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SUELO DEL ESTADO DE 2008

Tras la vigencia de casi 10 años de la Ley 6/1998, descafeinada en materia de clasificación del suelo no urbanizable por las leyes autonómicas y la ya citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, finalmente se dictó la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo del Estado, que vino de manera definitiva a convertir el suelo no urbanizable en un suelo extremadamente protegido, avalando la posición restrictiva de algunas normas autonómicas entonces y aún ahora vigentes, como es la LOUA. Esta reforma ha dado lugar al vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 junio, que ha sido objeto de algunas reformas importantes en estos últimos años.

En este TRLS de 2008 se establecen dos grandes clases de suelo, el urbanizado y el rural, dentro del que se encuentra en que puede ser urbanizado, pero que aún no lo está. Está en la situación de suelo rural, en todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquellos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística. Es decir, los criterios no se objetivan y se dejan muy abierto, al libre albedrío de la legislación autonómica y del planificador.

En el art.8 se precisa que en el suelo en situación rural las facultades del derecho de propiedad incluyen las de usar, disfrutar y disponer de los terrenos de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales. La utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable, quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice.

Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social, que contribuyan a la ordenación y el desarrollo rurales, o que hayan de emplazarse en el medio rural. Como comprobamos se trata de una concepción muy estricta del uso del suelo no urbanizable.

Cuando el suelo en situación rural no esté sometido al régimen de una actuación de urbanización, el propietario tendrá el deber de dedicarlos a usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística y conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso, y en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad universal y ornato legalmente exigibles. En el suelo rural el deber de conservarlo supone costear y ejecutar las obras necesarias para mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, así como daños o perjuicios a terceros o al interés general, incluidos los medioambientales; garantizar la seguridad o salud públicas; prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las inmisiones contaminantes indebidas en otros bienes y, en su caso, recuperarlos de ellas en los términos dispuestos por su legislación específica; y asegurar el establecimiento y funcionamiento de los servicios derivados de los usos y las actividades que se desarrollen en el suelo. (art.9 TRLS 2008).

Además el propietario de suelo rural tendrá el deber de satisfacer las prestaciones patrimoniales que establezca, en su caso, la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, para legitimar los usos privados del suelo no vinculados a su explotación primaria, así como el de costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión de las instalaciones y construcciones autorizables, con las redes generales de servicios y entregarlas a la Administración competente para su incorporación al dominio público, cuando deban formar parte del mismo. En este suelo quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas, sin que, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza. (art.9.3 TRLS 2008).

V. LA DIFÍCIL ARTICULACIÓN ENTRE LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL, URBANÍSTICA Y MEDIOAMBIENTAL PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUELO NO URBANIZABLE

Para comprender adecuadamente lo complejo del régimen jurídico del suelo no urbanizable, es necesario hacer referencia a la cantidad de instrumentos que inciden en su régimen jurídico. En efecto, lejos de limitarnos a los instrumentos de planificación urbanística, hay que tener en cuenta que en el caso del suelo no urbanizable la ordenación vienen en gran medida condicionada por otros instrumentos supramunicipales como son:

- Los planes de ordenación del territorio;
- Los planes de ordenación de los recursos naturales;
- Otros planes sectoriales con incidencia en la ordenación del territorio.

La articulación entre todos ellos es de difícil interpretación. En principio los planes de ordenación del territorio vinculan al planeamiento, y los planes sectoriales de incidencia territorial supramunicipal vinculan igualmente urbanístico, pero de forma condicionada a los aspectos propios de su contenido material. Por encima de todos está los planes medioambientales, destacadamente los planes de ordenación de los recursos naturales. Nos remitimos al esquema del Anexo I a esta ponencia para comprender estas difíciles relaciones.

En Andalucía se dictó en 1994 la Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía (LOTA), y en ella quedó claro que las relaciones entre los Planes de Ordenación del Territorio y los Planes Urbanísticos se basan siempre en la superior jerarquía de los primeros sobre los segundos. La regla es que los planes urbanísticos deben adaptarse a las determinaciones incluidas en los de ordenación del territorio en un plazo determinado que deben establecer los propios planes autonómicos.

En dicha norma autonómica se regulan: el POTA (Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía de ámbito regional), los Planes Subregionales y los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio (estos de carácter sectorial). Todos ellos se sitúan por la Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía en una posición de supremacía sobre el Planeamiento Urbanístico.

El sistema estaba pensado para que esa incidencia o vinculancia

directa sobre el Planeamiento Urbanístico le corresponda a los Planes de Ámbito Subregional, que serán los encargados de traducir los Criterios Territoriales Básicos del POTA para cada zona del territorio andaluz que requiera de la resolución de problemas del Planeamiento a nivel supralocal.

Es muy importante tener en cuenta que las normas de aplicación directa de los Planes Subregionales, vinculan desde el primer momento, desde su entrada en vigor, de tal forma que las determinaciones de los Planes urbanísticos que sean contrarias a ellas deberán entenderse derogadas de forma inmediata. En cambio, para el cumplimiento de las Directrices y, en su caso, de las Recomendaciones, es para lo que tendrá validez el plazo de adaptación que se otorgue en cada supuesto.

No podemos dejar de recalcar, por último, que los efectos directos o indirectos prevalentes de los Planes de Ordenación del Territorio sobre los urbanísticos, como ya explicamos, deben limitarse a los aspectos supramunicipales de la ordenación territorial. Esto es enormemente trascendente para el caso de los suelos no urbanizables, que es donde con más fuerza impactan estos planes.

En el caso de los planes medioambientales, se trata de instrumentos que ocupan un lugar preponderante en la acción pública en defensa de estos espacios naturales. En efecto, a raíz de la Ley estatal 4/1989 el sistema cambió, de tal forma que se implantó la máxima de que los espacios naturales a proteger primeros hay que planificarlos por unidades naturales homogéneas, y solo luego, una vez que están ordenados, es cuando, en función de lo previsto en el planeamiento aprobado, surgirá la necesidad de declarar espacios protegidos de distinta tipología en parte o partes de tales espacios. No todo espacio con determinados valores naturales tiene que estar necesariamente bajo el paraguas de una declaración de un espacio natural protegido, pero sí es apropiado que tenga un régimen protector que puede estar perfectamente establecido en unos los instrumentos de planeamiento ambiental que vamos a desarrollar. En el ordenamiento vigente existen los siguientes tipos de planes ambientales que siempre vinculan tanto a planes de ordenación territorial como urbanísticos.

5.1. El Plan Estratégico Estatal del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad

Su objeto es el establecimiento y la definición de objetivos, acciones y criterios que promuevan la conservación, el uso sostenible y, en su caso, la restauración del patrimonio, recursos naturales terrestres y marinos y de la

biodiversidad y de la geodiversidad. El Plan Estratégico Estatal será aprobado por Real Decreto del Gobierno y contendrá, al menos, los siguientes elementos: a) Un diagnóstico de la situación y de la evolución del patrimonio natural y la biodiversidad y la geodiversidad. b) Los objetivos cuantitativos y cualitativos a alcanzar durante su período de vigencia. c) Las acciones a desarrollar por la Administración General del Estado y las estimaciones presupuestarias necesarias para su ejecución.

5.2. Planes Sectoriales Estatales

Con el fin de integrar sus objetivos y acciones en las políticas sectoriales que sean competencia de la Administración General del Estado, el Ministerio competente en materia de medio ambiente y los Ministerios afectados elaborarán de forma conjunta los Planes Sectoriales que desarrollen el Plan Estratégico Estatal del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, tanto en el medio terrestre como marino.

5.3. Planes de Ordenación de los Recursos Naturales

Los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) son el instrumento específico para la delimitación, tipificación, integración en red y determinación de su relación con el resto del territorio, de los sistemas que integran el patrimonio y los recursos naturales de un determinado ámbito espacial, con independencia de otros instrumentos que pueda establecer la legislación autonómica. Los PORN será aprobados por Decreto autonómico y vincularán a todos los demás instrumentos de ordenación territorial, urbanística, de recursos naturales y, en general, física, existentes, que deberán adaptarse a sus determinaciones. En tanto dicha adaptación no tenga lugar, las determinaciones de los PORN se aplicarán, en todo caso, prevaleciendo sobre dichos instrumentos. Asimismo, los PORN serán determinantes respecto de cualesquiera otras actuaciones, planes o programas sectoriales, sin perjuicio de lo que disponga al respecto la legislación autonómica.

5.4. Otros planes posibles

Las leyes autonómicas desarrollan estos instrumentos de planeamiento ambiental e, incluso, incorporan algunos nuevos. Por ejemplo, la Ley andaluza 2/1989, de 18 de julio, incorpora al sistema dos nuevos instrumentos: los Planes de Desarrollo Integrales y los Programas de Fomento.

El Plan de Desarrollo Integral abarca a todos los Municipios incluidos o afectados por un Parque Natural y en su zona de influencia socio-económica, se trata con estos instrumentos de planificar cómo se van a desarrollar las comarcas afectadas por un gran espacio natural, de tal forma que se asegure un lícito desarrollo socio-económico que sea compatible con la preservación del medio natural. Los Programas de Fomento, por su parte, serán elaborados por el Instituto de Fomento de Andalucía y están orientados a actualizar, priorizar e individualizar las líneas de actuación previstas en el Plan de Desarrollo Integral.

VI. EL PROBLEMA DE LAS EDIFICACIONES ILEGALES EN SUELO NO URBANIZABLE EN ANDALUCÍA

6.1. El Planteamiento

El problema de las edificaciones irregulares en suelo no urbanizable, en especial el caso de las viviendas, se ha convertido especialmente en Andalucía en un problema social y político de primer orden. Para tratar de solventar en parte el problema se dictó el Decreto 2/2012 al Decreto 2/2012, de 10 de enero, *por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía*.

En realidad por ahora el citado Decreto ha resultado de gran ineficacia, generando además una gran inseguridad jurídica, máxime si las premisas claves en el Decreto luego en un breve plazo se anuncian como desechables por la propia Administración que las ha defendido como insoslayables.

En efecto, la inseguridad jurídica es grande, sobre todo si se analiza que muchas de las soluciones que se adoptan parecen poco justificadas. Lo que determina que unas viviendas permanezcan y otras no parece respetar unos criterios de igualdad y de proporcionalidad. Puede haber casos muy graves que se legalicen y otros de menor entidad que no puedan nunca acceder a ninguna forma de legalización, ni siquiera al denominado régimen AFO (asimilado al fuera de ordenación).

Los Jueces y Tribunales empiezan a dar alguna muestra de no comprender ciertamente las diferencias que hay entre unas viviendas y otras, sobre todo cuando no se aprueban los planes generales que deberían permitir que los asentamientos urbanísticos pudieran irse legalizando en muchos casos. Hay cientos de miles de viviendas en un auténtico limbo jurídico.

Ahora se anuncia la reforma incluso del artículo 185 LOUA, para

que las parcelaciones ilegales también puedan beneficiarse de la prescripción de los seis años. Pero ello deberá conllevar, entendemos, con una reforma inminente del Decreto 2/2012, pues el verdadero problema es que los asentamientos urbanísticos deben legalizarse en el marco de una modificación del Plan General, y las innovaciones o revisiones de los planes no se tramitan con la agilidad necesaria. Este sigue siendo un problema que no termina de encontrar una solución. Las reformas operadas en procedimientos y órganos administrativos no dan frutos. Es necesario repensarlo de nuevo y perseverar.

Hay que pensar en todas las viviendas ilegales que hay en Andalucía, y no sólo en unas cuantos miles cada dos años. Existe una responsabilidad objetiva por omisión en los deberes de control del irregular desarrollo urbanístico andaluz que afecta tanto a la Administración Autonómica como a la Local que no puede perderse de vista:

Algunos aspectos que preocupan de las noticias que aparecen sobre la reforma apuntada para que viviendas en asentamientos urbanísticos provenientes de parcelaciones ilegales puedan acceder al régimen AFO:

1. Parece que no podrán tener expediente penal ni administrativo en marcha, lo que no llegaríamos a comprender. Se premia la absoluta clandestinidad y la suerte del incumplidor.
2. No se contempla en absoluto la condición de tercero adquirente de buena fe, que en muchos casos los Juzgados y Tribunales están empezando a proteger.
3. Se dice que no podrán recibir dinero público para su urbanización. Pero no llegamos a entender tampoco el motivo.
4. Siguen fuera las viviendas que estén en suelos no urbanizables protegidos, aunque los criterios para que un plan urbanístico hace décadas hubiese protegido un área de suelo de su municipio no están en modo alguno unificados, por lo que sería hora de unificarlos pues de ello puede depender la futura regularización de la vivienda de multitud de ciudadanos andaluces.

El Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, aprobado por el Decreto 60/2010, intentó dar una solución también a esta problemática, contemplado algunas novedades para hacer frente a esta situación, pero la regulación existente respecto de la situación de fuera de ordenación y de asimilado a dicha situación ha impedido que tuviera efectos positivos.

Finalmente se ha aprobado el Decreto 2/2012 en el que se diferencian las diferentes situaciones en las que se pueden encontrar las edificacio-

nes, tanto desde el punto de vista físico, como jurídico, es decir, de conformidad o disconformidad con la ordenación territorial y urbanística. En base a esta clasificación el Decreto regula las diversas soluciones que propone.

6.2. Clases de Situaciones Reguladas en el Decreto 2/2012

En base a la situación de las edificaciones irregulares el Decreto diferencia las edificaciones aisladas, de los asentamientos urbanísticos y de los asentamientos que constituyen hábitat rural diseminado. Para determinar las edificaciones aisladas exige confeccionar un plan general de ordenación que delimite los asentamientos y los califique. Mientras tanto a falta de dicho Plan permite que los Ayuntamientos establezcan con carácter de ordenanza municipal, un avance de planeamiento con la misma finalidad. Las edificaciones que no se incluyan en los asentamientos que se delimiten serán las únicas que podrán considerarse como edificaciones aisladas.

Por tanto las definiciones a tener en cuenta son:

- Edificaciones aisladas: aquellas edificaciones o agrupaciones que no constituyen asentamientos urbanísticos.
- Asentamientos urbanísticos: aquellos ámbitos territoriales consolidados por edificaciones próximas entre sí, generadores de actividad urbana, necesitados de infraestructuras, dotaciones y servicios urbanísticos.
- Asentamientos que constituyen hábitat rural diseminado: aquellos ámbitos territoriales sobre los que se ubican edificaciones sin estructura urbana, ligadas en su origen a la actividad agropecuaria y del medio rural.

También es necesario para el Decreto clasificar las edificaciones en base a su situación jurídica.

En un primer grupo estarán las edificaciones aisladas que se ajusten a la ordenación territorial o urbanística (con licencia o sin licencia o contraviniendo sus condiciones) o que no se ajusten a la ordenación territorial o urbanística vigente, entre estas estarán las que están en situación legal de fuera de ordenación, las que están en situación de asimilado a fuera de ordenación, y aquellas sobre las que la Administración está todavía en plazo para adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico infringido.

En un segundo grupo estarán las edificaciones en suelo no urbanizable de especial protección. Dentro de este grupo, el decreto establece

aquellas en situación legal de fuera de ordenación por disconformidad sobreenvenida; las construcciones en situación asimilada al de fuera de ordenación, que son aquellas edificaciones disconformes, prescritas con anterioridad al establecimiento del régimen de protección especial o imposición de cualquier otra limitación; los demás casos de construcciones ilegales, respecto de las que el decreto considera que no prescriben e impone a la Administración el deber de adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística y del orden jurídico infringido.

El tercer grupo se refiere a las edificaciones realizadas sin licencia, con anterioridad a la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Este tercer grupo, lo integran las edificaciones aisladas construidas sin licencia con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. El Decreto las declara en situación asimilada a las edificaciones con licencia, siempre que mantengan el uso y las características tipológicas que tenían cuando entró vigor la Ley 19/1975 y no se hallen en situación legal de ruina urbanística.

6.3. Régimen Aplicable a Edificaciones Aisladas

6.3.1. Edificaciones aisladas conformes con la ordenación territorial y urbanística vigente

Aquellas que cuenten con licencia urbanística podrán obtener licencia de ocupación o utilización si mantienen el uso originario o si el nuevo uso resulta compatible con la ordenación.

En el caso de edificaciones sin licencia, tendremos que diferenciar las siguientes situaciones:

- Edificaciones que soliciten licencia con los requisitos y procedimiento que establece la LOUA y su reglamento. Podrán solocitarla la licencia urbanística sea cual sea el estado de la edificación, independientemente de que se hayan cumplido los plazos o no que la Administración tiene para llevar a cabo las acciones para el restablecimiento de la legalidad urbanística.
- Edificaciones construidas antes de la entrada en vigor de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, que sean conforme con el ordenamiento urbanístico vigente y no tengan licencia urbanística. Los titulares de dichas edificaciones tendrán que solicitar al ayuntamiento competente la certificación administrativa acreditativa correspondiente de su situación legal.

En ambos casos una vez que cuenten con la licencia o con la certificación acreditativa correspondiente, tendrán la posibilidad de tener la licencia de ocupación o utilización, preservando en todo caso el uso que en su origen tuvo o en el caso de cambio de éste, si resulta compatible con el ordenamiento.

6.3.2. Edificaciones aisladas en situación legal fuera de ordenación: (art.7)

La situación legal fuera de ordenación supone la disconformidad de un edificio, construcción o instalación con la normativa urbanística vigente como consecuencia directa de la aprobación o innovación de los instrumentos de planeamiento. Se pretende con la figura de fuera de ordenación que la construcción o edificación no prolongue su existencia más allá de lo que cabe esperar de ellas, teniendo en cuenta el estado de vida y conservación de los elementos que lo componen.

En este tipo de edificaciones o construcciones esta totalmente prohibida la realización de obras de consolidación, aumento de volumen, modernización incremento de su valor de expropiación, con excepción de las pequeñas reparaciones que exijan la higiene, el ornato y la conservación del propio bien inmueble.

Se le podrá otorgar la licencia de ocupación o utilización si se mantiene el uso originario o si el uso cambia hacia uno compatible con la ordenación territorial o urbanística vigente.

6.3.3. Asimilados a fuera de la ordenación: (art. 8)

El artículo 53.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma Andaluza establecido en el Decreto 60/2010, establece que “los actos de uso del suelo y en particular las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas con infracción de la normativa urbanística, respecto de los cuales ya no se puedan adoptar medidas de protección y restauración de la legalidad por haber transcurrido el plazo (6 años) citado en el artículo 185.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, quedarán asimilados al régimen de fuera de ordenación previsto en la Disposición adicional primera de la citada ley”.

Se trata de edificaciones a las que se aplica un procedimiento de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, teniendo en cuenta que las obras deben estar terminadas. Quedarían al margen de la aplicación de dicho procedimiento las edificaciones que se

ubicar en zonas de especial protección o con riesgos naturales, en suelos destinados a dotaciones públicas o en suelos con riesgo naturales. Por otro lado, quedan excluidas del mismo modo las edificaciones integradas en una parcelación urbanística ilegal y no prescrita si no se ha llevado a cabo la reagrupación de parcelas que prevé la Ley 7/2002. Este es uno de los importantes problemas que pretende solventarse modificando el art. 185 de la LOUA.

Una vez que se haya procedido al reconocimiento de asimilado a fuera de ordenación podrán autorizarse las obras de reparación y conservación que sean necesarias para el imprescindible mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble. En cuanto a los servicios básicos, en el caso de que no sea posible el acceso a redes de infraestructuras o para el supuesto de que dicho acceso se haya realizado sin la licencia correspondiente, se resolverán con instalaciones de carácter autónomo, ambientalmente sostenibles y a las que le será de aplicación la normativa sectorial aplicable.

Con dicho reconocimiento bastará para autorizar la acometida a servicios básicos de abastecimiento de agua, saneamiento, energía eléctrica, siempre que las compañías suministradoras acrediten la viabilidad de la acometida, y no conlleve a la implantación de nuevas edificaciones.

El procedimiento de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación se regula en los artículos 9-12 del RD 2/2012.

Esta situación de asimilado a fuera de ordenación podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad con el objetivo de tener una mayor seguridad jurídica respecto al bien inmueble, y facilitar la agilización del tráfico inmobiliario con la finalidad de que futuros adquirientes puedan conocer las limitaciones que lleva aparejado el inmueble, que para el supuesto de su adquisición por un tercero de buena fe y entidades financieras, no desconozcan las limitaciones y las peculiaridades jurídicas que conlleva éste régimen.

6.4. Incorporación de los Asentamientos Urbanísticos

Para los asentamientos urbanísticos el Decreto 2/2012 establece como instrumento de regularización el Plan General de ordenación urbanística. Queda regulado en el capítulo tercero del Decreto la incorporación de los asentamientos urbanísticos existentes en suelo no urbanizable al planeamiento urbanístico, contemplando la posibilidad de que los Ayuntamientos redacten o revisen el Plan general para incorporar estos asentamientos.

Antes de proceder a la incorporación de los asentamientos urbanís-

ticos habrá que analizar si cabe mantener la clasificación del terreno del asentamiento como suelo no urbanizable, por encontrarnos en algunos de los casos del art.46.1 LOUA. En efecto el artículo 13 del Decreto 2/2012, apartado tercero, enumera los supuestos en los que no procederá la incorporación de los asentamientos urbanísticos al planeamiento. Para estos supuestos la Administración tendrá que adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística perturbada y del orden jurídico infringido.

El Decreto 2/2012 establece en qué supuestos se integrarán los terrenos con asentamientos compatibles con el modelo urbanístico y territorial del municipio y que efectos conllevarán dicha incorporación. Podrán integrarse como suelo urbanos no consolidados o de suelos urbanizables ordenados o sectorizados.

La incorporación al Plan General de Ordenación Urbanística de los terrenos correspondientes a los asentamientos urbanísticos, exigirá la posterior implantación en ellos de las dotaciones y servicios básicos necesarios para alcanzar la categoría de suelo urbano consolidado así como de las infraestructuras exteriores necesarias para la conexión con las existentes en el municipio.

La incorporación de los asentamientos urbanísticos a la ordenación del Plan General de Ordenación Urbanística se producirá sin perjuicio de aquellas responsabilidades en que pudieran haber incurrido sus titulares o de la instrucción de otros procedimientos.

Como requisito indispensable para ejecutar la incorporación de los asentamientos urbanísticos en el marco de la formulación o revisión del PGOU se elaborará un inventario de asentamientos donde se precisará aspectos como la situación, clase y categoría de suelo, riesgos o limitaciones entre otros. Dicho inventario finalizará con diagnóstico sobre si el asentamiento es susceptible de integrarse en la ordenación del Plan General.

En dicho proceso de integración se posibilita eximir a los asentamientos afectados del cumplimiento de determinadas reglas sustantivas y de estándares contemplados en la LOUA, cuando su cumplimiento no sea posible y siempre que se justifique en el propio Plan que las dotaciones establecidas son suficientes para absorber la demanda que puede generar esta incorporación. (art.17 Decreto 2/2012).

6.5. Asentamientos de *Habitat* Rural Diseminado

Los asentamientos de hábitat rural diseminado quedan regulados en el capítulo cuarto del Decreto 2/2012, para los que será necesario su identificación y delimitación en el Plan General de Ordenación. El Plan General de Ordenación Urbanística identificará y delimitará los ámbitos de Hábitat Rural Diseminado, en función de los siguientes criterios:

- a) Constituir asentamientos sin estructura urbana definida, y desvinculados de los núcleos de población existentes, siempre que constituyan áreas territoriales homogéneas.
- b) Estar formados mayoritariamente en su origen por edificaciones y viviendas unifamiliares vinculadas a la actividad agropecuaria y del medio rural.
- c) Existir una relación funcional entre las edificaciones que puedan precisar ciertas dotaciones y servicios comunes no generadores de asentamientos urbanísticos.

En los ámbitos delimitados como Hábitat Rural Diseminado, solo se permitirán nuevas viviendas cuando estén vinculadas al medio rural y así se prevea en el Plan General o en el Plan Especial. Las edificaciones, construcciones, obras o instalaciones que estén expresamente permitidas por el Plan General o, en desarrollo de éste, por los Planes Especiales en los ámbitos del Hábitat Rural Diseminado serán autorizadas, en su caso, por el Ayuntamiento mediante licencia urbanística.

Respecto de las edificaciones, construcciones e instalaciones no expresamente permitidas en el Plan General o Plan Especial deberán someterse para su licencia al procedimiento establecido de la LOUA para las actuaciones de interés público en terrenos con el régimen del suelo no urbanizable.

VII. LA INSEGURIDAD JURÍDICA EN LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE: EL CASO DEL PLAN DEL CORREDOR DEL LITORAL DE ANDALUCÍA. DES-CLASIFICACIÓN DE SUELOS URBANIZABLES. CAMBIO DE CRITERIO

El 28 de noviembre se publicó en el BOJA, entrando en vigor al día siguiente, el Decreto Ley 5/2012 que crea una nueva figura de planeamiento territorial a nivel supramunicipal, el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, como un nuevo instrumento de planificación de ordenación territorial infraordenado al Plan de Ordenación del Territorio de

Andalucía pero por encima jerárquicamente de los Planes Subregionales de Ordenación del Territorio y, por supuesto, de los Planes Generales de Ordenación Urbanística. El Plan afectará a todos los terrenos de la denominada zona de influencia del litoral, es decir, los que se sitúan a una distancia de hasta 500 metros desde el límite interior de la ribera del mar, excluyendo las zonas contiguas a las márgenes de los ríos donde las mareas son sensibles.

El plazo previsto para la aprobación del Plan de Protección del Corredor Litoral era de dos años, aunque se establece un plazo máximo que podrá excepcionalmente ser aumentado por el Consejo de Gobierno. El problema que este nuevo instrumento de planeamiento genera es que mientras tanto se formula y se tramita el nuevo Plan, el art. 2 del Decreto Ley adopta unas medidas cautelares que denomina urgentes en ese ámbito litoral consistentes en suspender el procedimiento para la aprobación de los planes de sectorización y de los planes parciales en suelo urbanizable, en los ámbitos que incluyan terrenos situados a una distancia inferior a 500 metros, medidos en proyección horizontal tierra adentro, desde el límite interior de la ribera del mar; siempre que se trate de municipios que no hayan revisado su Planeamiento General para adaptarse a los límites de crecimiento del POTA (solo lo han hecho 10 de los 62 municipios costeros).

La suspensión en cuestión ha supuesto de manera inexorable la suspensión de los Planes Generales vigentes en tales municipios en la parte relativa a los suelos urbanizables incluidos en dicha zona de protección de 500 metros, y la suspensión de las potestades de iniciativa municipal de los planes de sectorización y de tramitación y aprobación de los planes parciales municipales, y duraría hasta que se hubiese aprobado el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía (aprobado por Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía por Decreto 141/2015 de 26 de mayo y que ha entrado en vigor el 20 de julio), o cuando se cumpla un plazo de dos años desde la entrada en vigor del Decreto-Ley, es decir hasta el 29 de noviembre de 2014.

Luego se aclara que, desde que se sometiese a información pública el Plan de Protección del Corredor Litoral (lo que se fijaba en un plazo de seis meses desde su formulación), la suspensión de los procedimientos de aprobación de instrumentos de planeamiento solo sería de aplicación a los sectores afectados por las determinaciones de dicho Plan que se identifiquen expresamente en el documento sometido a dicho trámite.

Estamos ante una norma con rango de ley que vino a paralizar de forma indiscriminada el procedimiento de tramitación de cualquier plan de sectorización o plan parcial de suelo urbanizable que afecte a dicha franja de

terreno litoral. Se trata de una medida suspensiva *ex lege*, que afecta de manera directa, y sin posible participación ni procedimiento alguno, a las competencias municipales en materia de planeamiento, y supone una paralización del legítimo ejercicio de las competencias de planeamiento municipales.

Atención a la Sentencia 154/2015, de 9 de julio de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 1832-2006, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y suelo. Se declaran inconstitucionales varios preceptos de la LOUA, entre ellos el 31.4, por atentado precisamente a la autonomía local, esta Sentencia es importante para restaurar la autonomía local en materia de urbanismo en el caso en especial de la Comunidad Autónoma Andaluza, y puede ser en buena medida trasladable al problema del Plan del Corredor del Litoral.

El Plan del Corredor del Litoral aprobado por Decreto 141/2015 de 26 de mayo y que ha entrado en vigor el 20 de julio, viene además a proteger como no urbanizables suelos que estaban clasificados como urbanizables sectorizados en Planes Generales recientemente aprobado por la propia Junta de Andalucía. Esto genera un cambio de criterio de difícil comprensión, y contribuye a la inseguridad jurídica que queremos denunciar.

El Plan contiene una memoria económica que mantiene que dado el carácter de instrumento de protección, el Plan no contiene propuestas de actuación evaluables económicamente, ni por tanto plazos de ejecución y orden de prioridades.

Esta frase demuestra que no se están contemplado en absoluto los daños patrimoniales que por responsabilidad objetiva pueden ser reclamados contra las Administraciones intervinientes por alteración del planeamiento en caso de que se esté dentro del plazo dado para transformar los suelos.

La inseguridad es alta, además consideramos que en los casos en los que pueda existir responsabilidad no deberían ser los Ayuntamientos sino la Junta de Andalucía la que afronte el pago de los daños que cumplan con los requisitos del Texto Refundido de la Ley de Suelo del Estado en este punto.

(Página deixada propositadamente em branco)

A UTILIZAÇÃO DO SOLO RÚSTICO (“NÃO URBANIZÁVEL”)

FERNANDA PAULA OLIVEIRA

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra

Instituto Jurídico

Sumário: I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. II. SOLOS RÚSTICOS (SOLOS NÃO URBANIZÁVEIS). 2.1. Uma classe com uma variedade de categorias. 2.2. As distintas funções (usos) admitidas(os) no solo rústico. 2.2.1. O princípio da mistura de usos. 2.2.2. Os usos dominantes admitidos nos solos rústicos (“não urbanizáveis”): as categorias funcionais dos solos rústicos. 2.3. O regime dos solos rústicos. 2.4. Um possível instrumento para a gestão dos solos rústicos: fundo municipal de sustentabilidade ambiental e urbanística. 2.5. Reclassificação de um solo rústico em urbano.

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

i. O direito do urbanismo e o direito do ordenamento do território portugueses têm vindo, nos últimos dois anos, a ser objeto de alterações legislativas relevantes. A primeira grande novidade, que serviu de fundamento para as outras que se seguiram, decorreu da Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo, aprovada pela Lei n.º 31/2014, de 14 de maio. Nesse âmbito o legislador introduziu alterações substanciais no que concerne ao *estatuto jurídico do solo* e ao *seu regime de uso*.

A este propósito assumem relevo as novidades em matéria de classificação dos solos, que pretendem reverter o modelo anterior, que não evitou a *dispersão da ocupação urbanística* potenciadora de desperdícios de várias ordens: territoriais (com consumo crescente de novos espaços), financeiros (com infraestruturas e equipamentos dispersos e subaproveitados), ambientais (com soluções que colocam em causa o património construído e o ambiente urbano das cidades) e sociais (promovendo a segregação espacial e social e impedindo o desenvolvimento ou revitalização do tecido económico da *urbe*).

A crise económico-financeira que se abateu sobre Portugal obrigou a repensar este modelo potenciador do desperdício. Uma das soluções passou pela alteração do regime de classificação dos solos com o objetivo de reduzir substancialmente os solos urbanos, o que conduz, inevitavelmente, ao reconhecimento de um relevo acrescido à classe dos solos rústicos (tradicional solos não urbanizáveis). Vejamos em que consiste esta alteração.

ii. Da Lei n.º 31/2014, é o Capítulo I do Título I (Estatuto Jurídico do Solo) aquele que se apresenta como o mais inovador: pretende-se, neste Capítulo, tornar claro, em termos legais — o que é feito pela primeira vez entre nós —, o conteúdo do direito de propriedade privada sobre os solos, isto é, a identificação dos *direitos* e dos *deveres* dos proprietários dos solos (ver em especial Secção II, artigos 13.º e ss.), conteúdo esse que se encontra diretamente relacionado com a sua *classificação* e *qualificação*, que é definida pelos instrumentos de planeamento territorial (em especial de planeamento municipal).

Com efeito, embora fosse claro, para todos, que os direitos e os deveres dos proprietários dos solos variam consoante estes sejam *urbanos* ou *rurais* (classificação que resulta dos planos em função do destino básico que este atribui aos solos, isto é, em função de os mesmos serem destinados pelo plano, ou não, para o processo de urbanização e edificação) e, dentro destas classes, em função da respetiva categoria — identificada pelo plano em função do *uso dominante neles admitido* (categorias funcionais) e, no caso dos solos urbanos, também em função do nível de infraestruturização/edificação existente (categorias operativas), distinguindo-se a este propósito os *solos sem urbanização programada*, os de *urbanização já programada* e os *já urbanizados ou edificados* — a verdade é que o legislador nunca identificou que direitos e deveres eram esses.

Esta falta de definição, pela Lei, do estatuto dos solos (isto é, dos direitos e deveres dos respetivos proprietários) sempre se apresentou como mais problemática no que respeita aos solos urbanos, na medida em que conduziu a um sistema em que a simples definição pelo plano de uma potencialidade edificativa ou de urbanização (solos urbanizáveis) concedeu

uma renda monopolista ao proprietário que nada investiu para a obter: de facto, a integração na *classe do solo urbano* da *categoria dos solos urbanizáveis*, isto é, daqueles destinados pelo plano para o processo de urbanização e de edificação sem que nem uma nem outra estivessem sequer programadas, criava “mais-valias caídas do céu” (*windfall gain*) que potenciou fenómenos de especulação fundiária.

Ora, uma das principais novidades do regime criado em 2014 foi, precisamente, evitar estes fenómenos, tendo a lei passado a determinar que a obtenção de renda fundiária por parte do respetivo proprietário no que concerne aos solos urbanos fica dependente do desenvolvimento, por parte deste, de todo um processo produtivo complexo, em que as facultades urbanísticas vão sendo adquiridas de forma gradual mediante o cumprimento por aquele dos deveres correspondentes (isto sem prejuízo de o legislador não ter identificado de forma clara que deveres devem ser cumpridos em cada etapa para que se adquiram as correspondentes facultades ou direitos)¹.

Mas a maior novidade de todas foi a de excluir da classe do solo urbano os típicos solos urbanizáveis, isto é, aqueles que apesar de destinados pelo plano para o processo de urbanização, não estavam ainda urbanizados nem dispunha de programa aprovado para o efeito.

Com esta solução visou-se inverter um modelo que conduziu a uma *ocupação territorial dispersa* — resultado de planos territoriais com amplos perímetros urbanos assentes em solos urbanizáveis de dimensão significativa sem qualquer programação quanto à sua execução — visando-se, antes, a *contenção*, a *colmatação* (preenchimento) de vazios urbanos dentro da cidade (numa lógica de densificação desta e da sua sustentabilidade) e a satisfação das necessidades urbanas por via da *reabilitação dos edifícios existentes* e não de novas edificações.

Por este motivo o solo urbano passa a ser apenas aquele que “*está total ou parcialmente urbanizado e edificado e, como tal, afeto por plano territorial à urbanização ou à edificação*”, passando *todos os restantes* a assumir a natureza de *solos rústicos*, classe que se vê, assim, ampliada, desde logo em termos quantitativos. Este aumento quantitativo leva a voltar o foco das preocupações jurídicas — que sempre esteve particularmente direcionado para os solos urbanos — para esta classe de solos e respetivas categorias.

É o que faremos também nas linhas seguintes.

¹ Também não estão claras, na lei, que etapas são essas, embora estas pareçam ser as que constam do n.º 3 do artigo 13.º da Lei n.º 31/2014: 1.º reestruturação da propriedade (loteamento ou parcelamento); 2.º sua urbanização; 3.º edificação; 4.º utilização dos edifícios e 5.º reabilitação destes.

II. OS SOLOS RÚSTICOS (SOLOS NÃO URBANIZÁVEIS)

2.1. Uma classe com uma variedade de categorias

i. Refira-se, antes de mais, que a definição pela lei dos solos urbanos como *aqueles que, estando total ou parcialmente urbanizados ou edificados, sejam afetos pelo plano à urbanização e edificação*, significa a assunção clara de que o solo rústico é uma *classe residual*, a ela se reconduzindo todos os *solos que não tenham sido classificados pelo plano como urbanos*.

Com efeito, segundo o disposto no artigo 10.º da Lei n.º 31/2014 [repetido na alínea b) do n.º 2 do artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio], o solo rústico é *“aquele que, pela sua reconhecida aptidão, se destine, nomeadamente, ao aproveitamento agrícola, pecuário, florestal, à conservação, à valorização e à exploração de recursos naturais, de recursos geológicos ou de recursos energéticos, assim como o que se destina a espaços naturais, culturais, de turismo, recreio e lazer ou à proteção de riscos, ainda que seja ocupado por infraestruturas, e aquele que não seja classificado como urbano”* (destacado nosso).

É, possível, a partir desta definição legal, identificar categorias muito distintas dentro desta classe mais genérica ou “aberta”:

- a) *solos com uma reconhecida aptidão para os usos “naturais”* (por contra-posição a usos “artificiais”), designadamente em função das suas características intrínsecas. Aqui se integram os solos destinados ao aproveitamento agrícola, pecuário, florestal, de conservação, valorização e exploração de recursos naturais, de recursos geológicos ou de recursos energéticos, espaços naturais, espaços para a proteção de riscos;
- b) solos destinados para certos *usos “edificáveis”* que, contudo, não lhe confirmam um estatuto de urbano, assumindo-se estes *usos edificáveis* não como aqueles que são meramente compatíveis ou complementares de um uso natural dominante (já que se o uso dominante for o natural, estamos na categoria anterior²), mas como o *próprio uso dominante desta classe de solos*: o caso dos espaços culturais, dos espaços de equipamentos e dos espaços de ocupação turística em solo rústico, mas também dos espaços de edi-

² O caso da construção da casa do agricultor no espaço agrícola e da construção do edifício para indústria de transformação de recursos florestais nos espaços florestais ou agroflorestais.

ficação dispersa³, dos aglomerados rurais⁴ e dos solos ocupados por infraestruturas ou outras estruturas que não lhes confirmam o estatuto de solo urbano;

c) todos os restantes que não sejam classificados pelos planos territoriais como urbanos.

ii. A opção por uma classificação binária dos solos (solos urbanos versus solos rurais), não obstante tenha sido objeto de amplas críticas — na medida em que parece esquecer a realidade dos solos, em regra situados na periferia dos espaços urbanos, que, resultando de uma interligação entre o urbano e o rural, origina situações de franja a que correspondem parâmetros intermédios e configurações misturadas dos padrões rurais e urbanos, normalmente designados de solos ou espaços periurbanos —, foi a adotada pela legislação portuguesa, motivo pelo qual a entidade planeadora terá sempre, nas concretas opções quanto à classificação das várias parcelas territoriais sobre que incide, de as integrar numa das referidas classes. Tal não significa, contudo, que não possa modelar o respetivo regime de modo a conferir a determinado solo as características próximas de uma ou de outra daquelas classes, atendendo, designadamente, às suas específicas características (*designadamente fácticas*). Podem, assim, os planos municipais ou intermunicipais integrar uma determinada área territorial com características urbano-rurais numa *categoria de solo rústico* para a qual, dada a proximidade e continuidade aos aglomerados urbanos adjacentes com os quais assume relações de interdependência elevadas ou dadas as suas particulares características, sejam fixados parâmetros que, não obstante não possam colocar em causa o seu destino básico, admitem maior ocupação urbanística ou promovem a respetiva qualificação [o caso da categoria de solo rústico designada de *aglomerado rural* [cfr. alínea ponto iv) da f) do n.º 17.º do Decreto Regulamentar n.º 15/2015 e alínea d) do n.º 2 do artigo 23.º do Decreto Regulamentar n.º 15/2015, de 19 de agosto]; como a podem integrar numa *categoria de solo urbano*, que, dadas as características de ruralidade que a caracterizam, assume parâmetros urbanísticos mais restritivos (o caso, por exemplo, da categoria

³ Espaços existentes, com características híbridas e uma ocupação de carácter urbano-rural [alínea e) do n.º 2 do artigo 23.º do Decreto Regulamentar n.º 15/2015, de 19 de agosto].

⁴ Áreas edificadas, com utilização predominantemente habitacional e de apoio a atividades localizadas em solo rústico, dispondo de infraestruturas e de serviços de proximidade, mas para os quais não se adequa a classificação de solo urbano, seja pelos direitos e deveres daqui decorrentes, seja pela sua fundamentação na estratégia do plano territorial de âmbito intermunicipal ou municipal [alínea d) do n.º 2 do artigo 23.º do Decreto Regulamentar n.º 15/2015, de 19 de agosto].

de solo urbano designada de *espaços de baixa densidade – alínea e) do n.º 1 do artigo 25.º* daquele decreto regulamentar). Isto não obstante, como melhor veremos, a opção que venha a ser tomada (recondução daquela parcela ao solo urbano ou rústico) tenha implicações importantes em matéria de regime de uso aplicável.

Acresce que, para além da identificação das duas classes possíveis de uso dos solos, a lei identifica ainda características que, encontrando-se verificadas, apontam para a integração do respetivo território numa daquelas duas classes. Deste modo, se os solos se encontrarem *já urbanizados* (isto é, dotados de infraestruturas urbanísticas que permitam uma sua utilização urbana), tenderão a ser classificados de urbanos. No entanto, a existência de infraestruturas não é impeditiva da sua integração na classe de solo rústico, uma vez que este inclui também solos dotados de infraestruturas que, contudo, *não lhe conferem “o estatuto de urbano”* [o caso, por exemplo, de uma estação de tratamento de resíduos sólidos, que embora se destine a servir espaços (e usos) urbanos, não devem ser localizados nesta classe de solo por serem com ele incompatíveis, dados os impactos urbanísticos e sobretudo ambientais que podem ter], sendo, ainda, o solo rústico a categoria residual, ou seja aquela onde se integram todos os solos que não sejam classificados de urbanos. Assim, ainda que agora só possam ser integrados no solo urbano, solos total ou parcialmente urbanizados, tal não significa que todos os que tenham estas características devam ser classificados como tal. É aliás isto que decorre da lei na medida em que um solo, para ser classificado de urbano, não se basta com estar total ou parcialmente urbanizado ou edificado, sendo ainda necessário (exigência cumulativa) que o plano o afete a usos eminentemente urbanos. De onde decorre que, embora as características da área de intervenção possam ser importantes para a classificação dos respetivos solos, elas apenas devem ser entendidas como um elemento a considerar na opção de planeamento, que será sempre uma opção da Administração planeadora.⁵

⁵ Nem poderia ser de outra maneira se tivermos em consideração a forma como, muitas vezes, foi feita a ocupação do território. Efetivamente, muitos municípios promoveram, durante anos, a infraestruturização de quase todo o seu território (alguns municípios têm mesmo as infraestruturas básicas a cobrir praticamente 90% da sua área territorial), o que, naturalmente, não há de significar que tenham de integrar todo este solo devidamente infraestruturado na classe de solo urbano, isto é, dentro do perímetro urbano. As exigências da contenção dos perímetros urbanos constantes do próprio Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território e da legislação atualmente em vigor impedem-no.

iii. Refira-se que, não obstante esta discricionariedade na decisão de recondução de uma dada parcela do território a uma ou outra classe de solo, estão atualmente identificados, no nosso ordenamento jurídico, de forma geral e abstrata, os critérios que devem ser tidos em conta pela Administração planificadora para este efeito.

Assim, segundo o disposto no artigo 7.º do Decreto Regulamentar n.º 15/2015, a classificação de um solo *como urbano* deve fundamentar-se na necessidade de garantir a sustentabilidade e a valorização das áreas urbanas, no respeito pelos imperativos de economia do solo e dos demais recursos territoriais. Por isso, a classificação de um solo como urbano depende cumulativamente: b) da existência de aglomerados de edifícios, população e atividades geradoras de fluxos significativos de população, bens e informação; c) da existência de infraestruturas urbanas e de prestação dos serviços associados, compreendendo, no mínimo, os sistemas de transportes públicos, de abastecimento de água e saneamento, de distribuição de energia e de telecomunicações, ou garantia da sua provisão no horizonte do plano territorial, mediante inscrição no respetivo programa de execução e as consequentes inscrições nos planos de atividades e nos orçamentos municipais; d) da garantia de acesso da população residente aos equipamentos de utilização coletiva que satisfaçam as suas necessidades coletivas fundamentais; e) da necessidade de garantir a coerência dos aglomerados urbanos existentes e a contenção da fragmentação territorial.

Por sua vez, nos termos do artigo 6.º do Decreto Regulamentar n.º 15/2015, a classificação de um *solo como rústico* deve, em primeira linha, ter em vista: (i) a proteção do solo como recurso natural escasso e não renovável; (ii) a salvaguarda das áreas com reconhecida aptidão para usos agrícolas, pecuários e florestais, afetas à exploração de recursos geológicos e energéticos ou à conservação da natureza e da biodiversidade e (iii) o enquadramento adequado de outras ocupações e usos que sejam incompatíveis com a integração em espaço urbano ou que não confirmam o estatuto de solo urbano. Por isso a classificação do solo como rústico obedece à verificação de pelo menos um dos seguintes critérios: a) a reconhecida aptidão do solo para o aproveitamento agrícola, pecuário ou florestal; b) a reconhecida potencialidade do mesmo para a exploração de recursos geológicos e energéticos; c) a conservação, valorização ou exploração de recursos e valores naturais, culturais ou paisagísticos, que justifiquem ou beneficiem de um estatuto de proteção, conservação ou valorização incompatível com o processo de urbanização e edificação; d) a prevenção e a minimização de riscos naturais ou antrópicos ou de outros fatores de perturbação ambiental, de segurança ou de saúde públicas, incompatíveis com a integração em solo

urbano; e) a adequação da afetação do solo a usos culturais, de turismo, de recreio ou de lazer que não implique uma classificação como urbano, ainda que ocupado por infraestruturas; f) a adequada localização de equipamentos, infraestruturas e sistemas indispensáveis à defesa nacional, segurança e proteção civil, incompatíveis com a integração em solo urbano; g) a necessidade da afetação do solo a infraestruturas, equipamentos ou outros tipos de ocupação humana que não confirmam o estatuto de solo urbano; h) a afetação a atividades industriais ligadas ao aproveitamento de produtos agrícolas, pecuários e florestais, ou à exploração de recursos geológicos e energéticos.

Estes critérios não têm de ser tidos em conta na classificação como rústicos daqueles solos que não sejam classificados como urbanos por não cumprirem os critérios constantes do artigo 7.º do Decreto Regulamentar n.º 15/2015 para serem classificados como urbanos. Com efeito, estes serão classificados como rústicos apenas e somente por não serem necessários ao processo urbano, ainda que, atentas as suas características ou o seu circunstancialismo, pudessem ser destinados a esse fim.

2.2. *As distintas funções (usos) admitidas(os) no solo rústico*

2.2.1. *O princípio da mistura de usos*

Feita, pelos planos, a *classificação* dos solos da sua área de abrangência, segue-se a sua *qualificação*, que corresponde à identificação das respetivas categorias por referência ao *uso dominante* que nelas é admitido (categorias funcionais).

A identificação das categorias do solo urbano e do solo rústico em função de um *uso dominante* — que corresponde ao tipo prevalecente de uso do solo atribuído pelo plano, fundamentado na análise dos recursos, valores, funções e atividades existentes e na ponderação estratégica dos interesses públicos convergentes no território municipal —, exclui, como princípio, categorias destinadas para *usos exclusivos*⁶: a sustentabilidade da ocupação territorial aponta antes, para a admissão, dentro de cada categoria, ao lado

⁶ Embora assim seja, isto é, embora deva ser promovida uma mistura de usos desde que compatíveis entre si, dentro de cada categoria de espaço, não está o plano impedido de fazer uma opção no sentido de afetar uma determinada categoria de espaço a um *uso exclusivo*, desde que, precisamente por esta ser uma exceção à regra, a mesma deva ser objeto de uma maior carga de justificação e motivação.

do referido *uso dominante*⁷, de utilizações ou *usos complementares ou acessórios*⁸ daquele e utilizações e *usos compatíveis* com o mesmo⁹, o que tem como consequência a admissão de *usos mistos*, desde que fique perfeitamente identificado e garantido um *uso dominante* de cada categoria, impedindo, assim, o desvirtuamento do regime jurídico inicialmente estabelecido nos instrumentos de planeamento urbanístico.

Em nossa opinião, o conceito de *dominância* que aqui releva não pode ser entendido de forma meramente *quantitativa* — isto é, mensurável em área ou percentagem de área afeta a esse fim —, mas de maneira *qualitativa* — referindo-se, designadamente, à expressão económica da atividade em causa e, sobretudo, ao seu impacte na zona de intervenção em termos sociais, ambientais e económicos. Considerar o contrário — isto é, que a utilização dominante exigida por lei se refere a uma *percentagem da área afeta à mesma* — poderia implicar a vinculação a critérios irracionais de uso, ocupação e transformação do solo, sobretudo quando nos situamos ao nível do território municipal, na medida em que as decisões de afetação precisa dos solos serão tomadas posteriormente, com base em planos mais concretos ou em operações urbanísticas¹⁰.

A caracterização, pela lei, da tarefa de qualificação dos solos como indicação dos *usos dominantes* neles admitidos tem como objetivo principal a substituição do tradicional *zonamento monofuncionalista* por um *zonamento*

⁷ Os *usos dominantes* correspondem a usos que constituem a vocação preferencial de utilização do solo em cada categoria ou subcategoria de espaços considerada

⁸ Os *usos complementares* ou *acessórios* são usos não integrados nos dominantes, mas cuja presença concorre para a valorização ou reforço destes. Dada a complementaridade que apresentam em relação aos usos dominantes de cada categoria, apenas excepcionalmente devem ser recusados.

⁹ Os *usos compatíveis* são aqueles que, não se articulando necessariamente com os dominantes, podem conviver com estes mediante o cumprimento dos requisitos que garantam essa compatibilização. Correspondem a usos que não tendo uma ligação direta ao uso dominante, não são de ocorrência normal, admitindo-se, contudo, a sua concretização desde que não ponham em causa o uso dominante e cumpram requisitos mais exigentes de compatibilidade de uso.

¹⁰ Não concordamos, pois, com a defesa de que o *uso dominante* de cada categoria de espaço identificada num plano diretor municipal passa pela afetação a esse uso de uma percentagem da área total de *cada unidade predial* integrada nessa categoria, entendimento que se apresenta tanto mais irrazoável quando em causa está um plano diretor municipal. Com efeito, atenta a escala a que o mesmo é elaborado e os seus objetivos precípuos — de estabelecer o modelo de estrutura espacial *do território municipal*, constituindo uma síntese da estratégia de desenvolvimento e ordenamento local prosseguida —, este tipo de plano desconsidera por completo, na respetiva regulamentação, a situação fundiária da sua área de intervenção.

plurifuncional das diferentes áreas do município, de modo a garantir “*uma coexistência harmoniosa das funções*”¹¹, apenas dessa forma sendo possível concretizar um dos mais relevantes princípios jurídicos do planeamento urbanístico atual: o princípio da *mistura de usos compatíveis* ou da *proximidade simbiótica*, que se apresenta como complementar de um outro, de sinal contrário — o da *separação de usos incompatíveis*. Enquanto este último se refere aos usos territoriais que se prejudicam mutuamente — assumindo-se como uma expressão da obrigação de o plano tomar em consideração todas as consequências, designadamente de natureza ambiental, dos tipos e modalidades de utilização por ele estabelecidos¹² —, o primeiro, fundamental em matéria de planeamento territorial, compele à promoção de uma *mistura de distintos usos*, de forma a otimizar a localização de atividades de diferente natureza e potenciar as suas sinergias¹³.

Assim, como defende certa doutrina, à qual aderimos, as categorias de uso do solo identificam áreas territoriais que ficam afetas a um “*uso dominante, o qual dá a denominação à classe*” e que deverá ser privilegiado pelo plano, mas podendo, de acordo com o princípio referido, “*ser toleradas ou mesmo estimuladas as atividades complementares ou paralelas, que de algum modo contribuam para desenvolver e valorizar o sistema. É assim que, no interior de um território de classe de uso urbano, ou de classe de uso florestal ou agrícola, há uma diversidade de atividades que diferenciam a paisagem, estruturam o meio, sem o pôr em causa. Antes pelo contrário, esta diversidade de atividades assegura melhores níveis*

¹¹ Cfr., neste sentido, Jorge de CARVALHO, *Ordenar a Cidade*, Coimbra, Quarteto, 2003, pp. 209-212 e 307 e ss.

¹² Neste sentido, vide Fernando ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 4.^a edição 2008, p. 500.

¹³ É, aliás, este princípio que tem impelido a que certos regimes sectoriais, como o da Rede Natura 2000, sejam devidamente integrados com as afetações com eles compatíveis, de modo a promover a sustentabilidade destas áreas. E, realce-se, tal uso compatível não tem de se traduzir num uso complementar ou acessório do uso principal, podendo ter uma autonomia própria; fundamental é que seja compatível com aquele, compatibilidade que terá de ser aferida em concreto, com base em critérios funcionais que, contudo, admitem um espaço de discricionariedade ao município.

É também a *compatibilidade de usos* o critério que esteve subjacente às alterações introduzidas ao regime legal da Reserva Ecológica Nacional promovido pelo Decreto-Lei n.º 180/2006, de 6 de Setembro, o qual veio a ser confirmado pelo Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de Agosto, que revogou o anterior regime desta restrição de utilidade pública. O Anexo II deste último diploma legal identifica, precisamente, os usos e as ações compatíveis com os objetivos de proteção ecológica e ambiental e de prevenção e redução de riscos naturais de áreas integradas na Reserva Ecológica Nacional (cfr. artigo 20.º, n.ºs 2 e 3). No mesmo sentido evoluiu o Regime da Reserva Agrícola Nacional aprovado pelo Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de Março (cfr., em especial, o seu artigo 22.º).

de desenvolvimento e de estabilidade ao uso dominante”¹⁴.

É por este motivo que o artigo 12.º do Decreto Regulamentar n.º 15/2015 determina, no seu n.º 3, que “as regras de ocupação, transformação e utilização do solo estabelecidas pelo plano territorial para cada categoria e sub-categoria, estabelecem o aproveitamento do solo em função do uso dominante da categoria em que se integra, privilegiando este uso, interditando as utilizações que o prejudiquem ou comprometam, e estimulando utilizações complementares e compatíveis que favorecem a multifuncionalidade do uso do solo” (destacado nosso), identificando, ainda, no seu n.º 4, de entre os princípios fundamentais para a definição, pelo plano, do aproveitamento do solo em função do uso dominante da respetiva categoria, o *princípio da compatibilidade de usos*, “garantindo a separação de usos incompatíveis e favorecendo a coexistência de usos compatíveis e complementares, a multifuncionalidade e a integração e flexibilidade de utilizações adequadas a cada uso do solo, contribuindo para uma maior diversidade e sustentabilidade territoriais”.¹⁵

E é por este motivo que o Decreto Regulamentar n.º 15/2015 integra, nos critérios a que a entidade planificadora se deve ater na tarefa de recondução das várias parcelas do território a cada uma das *categorias de solo rústico* a que faremos referência de seguida, o “*aproveitamento multifuncional do solo rústico com acolhimento de atividades que contribuam para a sua diversificação e dinamização económica e social, promovendo a integração de utilizações compatíveis e salvaguardando a sustentabilidade ambiental e paisagística, bem como a biodiversidade desses espaços* [cfr. alínea e) do n.º 1 do artigo 16.º].¹⁶

¹⁴ Cfr. Manuel COSTA LOBO, Sidónio PARDAL, Paulo CORREIA e Margarida SOUSA LOBO, *Normas Urbanísticas*, vol. I, 2.ª ed., Direcção-Geral de Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano, Universidade Técnica de Lisboa, pp. 181 e 182.

¹⁵ Ao mencionado princípio, este Decreto Regulamentar vem acrescentar o *princípio da graduação* (garantindo que, nas áreas onde convirjam interesses públicos entre si incompatíveis, sejam privilegiados aqueles cuja prossecução determine o mais adequado uso do solo, de acordo com critérios ambientais, económicos, sociais, culturais e paisagísticos, sem prejuízo de ser dada prioridade à prossecução dos interesses respeitantes à defesa nacional, à segurança, à saúde pública, à proteção civil e à prevenção e minimização de riscos); o *princípio da preferência de usos* (acautelando a preferência de usos indispensáveis que, pela sua natureza, não possam ter localização alternativa) e o *princípio da estabilidade* (consagrando critérios de qualificação do solo que representem um referencial estável no período de vigência do plano territorial).

¹⁶ A par deste critério, o referido n.º 1 do artigo 16.º identifica outros: a) a compatibilidade da qualificação com as opções: (i) dos programas regionais e intermunicipais; (ii) dos programas sectoriais com incidência no território municipal; (iii) dos programas especiais e dos regimes jurídicos de proteção, conservação e valorização dos recursos naturais; b) a salvaguarda e aproveitamento das áreas afetas a usos agrícolas e florestais, à conservação e exploração de recursos geológicos, à produção e exploração de recursos energéticos, e à conservação de recursos e valores naturais, ambientais, culturais

2.2.2. Os usos dominantes admitidos nos solos rústicos (“não urbanizáveis”): as categorias funcionais dos solos rústicos

(a) Olhando agora para os usos (*dominantes*) admitidos no solo rústico, encontramos, em primeiro lugar um conjunto de categorias vocacionados para usos “naturais” (por oposição aos usos “artificiais”).

i. Integra-se aqui, desde logo, a categoria dos *espaços agrícolas*: vocacionados para o desenvolvimento das atividades agrícolas e pecuárias, anda que nele se admitam, em nome do referido princípio da *mistura de usos*, atividades ou utilizações compatíveis como o aproveitamento de recursos geológicos e energéticos e atividades agroindustriais, turísticas, de lazer e culturais, conforme regulamentação a estabelecer nos planos territoriais de âmbito intermunicipal e municipal.

ii. Temos, em segundo lugar, os *espaços florestais*, cujo uso dominante é o que decorre das potencialidades para o desenvolvimento florestal, com base no mais adequado aproveitamento do solo vivo e dos demais recursos e das condições biofísicas que garantem a sua fertilidade.

Dentro desta categoria mais genérica, os planos territoriais de âmbito intermunicipal e municipal podem autonomizar, como subcategorias, os *espaços florestais de produção*; os *espaços florestais de proteção do solo e água ou de conservação*, designadamente os integrados em áreas classificadas de conservação da natureza e da biodiversidade; os *espaços ocupados por sistemas silvopastoris ou espaços mistos de uso silvícola com agrícola*; os *espaços florestais com funções predominantes de recreio e valorização da paisagem*. O uso destas subcategorias é regulamentado nos termos do previsto na legislação relativa ao ordenamento florestal e nos programas setoriais e especiais respeitantes às respetivas atividades e utilizações.

Do ponto de vista dos *usos admissíveis*, para além dos *usos dominantes*, podem desenvolver-se nestes espaços outras atividades ou utilizações *compatíveis* com aquele e com a necessidade da sua estabilização, designadamente de aproveitamento de recursos geológicos e energéticos e atividades agroindustriais, turísticas, de lazer e culturais, conforme regulamentação a estabelecer nos planos territoriais

e paisagísticos, bem como à prevenção e minimização de riscos naturais ou antrópicos; e c) o enquadramento de equipamentos, estruturas, infraestruturas e sistemas que não impliquem a classificação do solo como urbano.

de âmbito intermunicipal e municipal, a qual deve ter em consideração a avaliação do risco de incêndio.

iii. Temos, em terceiro lugar, a categoria *dos espaços de exploração de recursos energéticos e geológicos*, nos quais, para além das suas finalidades principais, se admite a localização das atividades de transformação industrial primária deste tipo de recursos.

iv. Seguem-se os *espaços naturais e paisagísticos*, que correspondem às áreas com maior valor natural e as zonas sujeitas a regimes de salvaguarda mais exigentes, como tal identificadas nos programas das áreas protegidas ou no programa sectorial da Rede Natura 2000, bem como as áreas de reconhecido interesse natural e paisagístico, desde que em qualquer dos casos o seu uso dominante não seja agrícola, florestal ou de exploração de recursos geológicos. Assim devem ser qualificadas, entre outras, as zonas húmidas e as áreas naturais descobertas ou com vegetação esparsa, incluindo praias, arribas, dunas ou afloramentos rochosos.

(b) Ainda atendendo aos usos dominantes admitidos em cada categoria de solo rústico, encontramos, em segundo lugar, um conjunto de categorias vocacionados para certos *usos “edificáveis”* (sendo este usos os usos dominantes ou principais dessa categoria) ou “urbanizados” (ocupados por infraestruturas ou outras estruturas que não lhes confirmam o estatuto de solo urbano). São eles:

i. Os *espaços de atividades industriais* destinados à instalação de indústrias diretamente ligadas ao aproveitamento de produtos agrícolas, pecuários e florestais, ou à exploração de recursos geológicos e energéticos (artigo 22.º do Decreto Regulamentar n.º 15/2015). Referimo-nos aqui a uma categoria de espaço vocacionada predominantemente para este fim e não à situação, também admissível, de poder ser instalada, como uso complementar ou compatível de um espaço florestal (isto é de um espaço com um uso florestal dominante) uma indústria destinada ao aproveitamento dos recursos florestais existentes.

ii. Os *espaços culturais*, correspondentes a áreas de património histórico, arquitetónico, arqueológico e paisagístico.

iii. Os *espaços de ocupação turística*, nas formas e tipologias admitidas em solo rural e de acordo com as orientações dos programas regionais;

iv. Os *aglomerados rurais*, correspondentes às áreas edificadas, com

utilização predominantemente habitacional e de apoio a atividades localizadas em solo rústico, dispondo de infraestruturas e de serviços de proximidade, mas para os quais não se adequa a classificação de solo urbano, seja pelos direitos e deveres daqui decorrentes, seja pela sua fundamentação na estratégia do plano territorial de âmbito intermunicipal ou municipal;

v. *As áreas de edificação dispersa*, correspondentes aos espaços existentes, com características híbridas e uma ocupação de carácter urbano-rural.

vi. *Os espaços destinados a equipamentos, infraestruturas e outras estruturas* ou ocupações compatíveis com o estatuto de solo rústico que justifiquem a constituição de uma categoria ou subcategoria de solo com um regime de uso próprio: o caso, por exemplo, de espaços destinados ao recreio e lazer e os espaços com infraestruturas e os espaços de equipamento cuja localização, em qualquer dos casos, se justifique seja feita em solo rústico ou não se justifica ocorra em solo urbano.

2.3. O regime dos solos rústicos

i. Identificados os usos admitidos em solo urbano — que influenciam decisivamente o regime que lhes deve ser reservado — incidamos agora a nossa atenção sobre o estatuto destes solos.

Refira-se, a este propósito, que a Lei n.º 31/2014 identifica, nos seus artigos 13.º, n.º 2 e 14.º, respetivamente, os *direitos* e os *deveres* dos proprietários do solo rústico (portanto, o estatuto da propriedade ou do direito de propriedade desta classe de solos).

Assim, de acordo com o primeiro normativo, os proprietários do solo rústico têm o *direito de utilizar tais solos de acordo com a sua natureza*, traduzida na exploração da aptidão produtiva desses solos, diretamente ou por terceiros. Trata-se de um direito dos proprietários de solos integrados em qualquer das categorias de solo rústico, ainda que, como se percebe, tenha essencialmente como objeto os solos supra identificados como vocacionados para usos naturais. No que concerne aos solos rústicos destinados para “usos edificáveis” consideramos que a estes direitos básicos, podem acrescer outros (como o direito de edificar), ainda que, neste caso, dependentes do cumprimento, pelo proprietário, de um conjunto de deveres (como o de

minimizar o nível de exposição a riscos coletivos¹⁷, e o de utilizar, conservar e reabilitar o edificado¹⁸). Deveres estes a que acrescem, sempre, nos termos do disposto no artigo 14.º da Lei de Bases, os de *preservar* e *valorizar* os bens naturais, ambientais, paisagísticos e de biodiversidade.¹⁹

ii. Estando aqui em causa o conjunto de direitos e de deveres dos proprietários de solos integrados em qualquer das categorias de solo rústico, não pode ignorar-se, porém, que a sua densificação se diferencia em função dos usos dominantes admitidos em cada uma das concretas categoriais de solo rústicos.

Assim, estando em causa *espaços agrícolas*, são ainda deveres dos respetivos proprietários, a promoção da compatibilização do aproveitamento agrícola e pecuário com as outras funções do solo, em articulação com o ciclo hidrológico terrestre e o clima. Isto tendo em conta o papel que estes solos desempenham no suporte aos processos biofísicos vitais para a conservação da natureza e da biodiversidade.

No que concerne aos *espaços florestais*, os respetivos proprietários estão ainda obrigados a garantir e promover a estabilidade do uso florestal, garantindo a perenidade das atividades florestais a longo prazo, a adequada infraestruturização do território e a valorização e defesa dos recursos. Devem ainda adotar as medidas que salvaguardem a compatibilização do aproveitamento florestal com as outras funções que o solo vivo, em articulação com o ciclo hidrológico terrestre e o clima desempenha no suporte a processos biofísicos vitais para o desenvolvimento de atividades humanas e para a conservação da natureza e da biodiversidade.

Os deveres dos proprietários dos solos integrados na categoria de *espaços de exploração de recursos energéticos e geológicos* devem ser definidos nos planos municipais ou intermunicipais, admitindo-se que estes instrumentos possam impor aos proprietários o dever de estes adotarem, na fase de exploração dos recursos energéticos e geológicos, medidas destinadas a assegurar a minimização dos impactes ambientais da exploração, bem como, após o término da atividade, medidas destinadas à recuperação paisagística da área.

No que concerne aos *espaços culturais*, os deveres dos respetivos pro-

¹⁷ Cfr. alínea e) do n.º 2 do artigo 14.º.

¹⁸ Cfr. alínea a) do artigo 14.º

¹⁹ Note-se que grande parte dos deveres identificados no n.º 2 do artigo 14.º correspondem, ainda que tal não resulte de forma expressa deste normativo (quanto a nós, por lapso), a deveres dos proprietários dos solos urbanos: com efeito, uma leitura deste mesmo artigo permite concluir que se trata de deveres a cumprir no processo de urbanização e sem o cumprimento das quais o proprietário não adquire as faculdades previstas no n.º 3 do artigo 13.º

prietários são, essencialmente, os de proteção, de conservar e de valorizar dos bens em causa.

No que concerne à categoria de espaço rústico designada de *aglomerados rurais*, o seu regime, a definir nos planos municipais ou intermunicipais, deve ser especialmente vocacionado para a qualificação destes espaços como áreas de articulação de funções habitacionais e de desenvolvimento rural. No que concerne à infraestruturação destas áreas — que apenas deve ser a indispensável àquela qualificação —, a mesma deve ser feita com recurso a soluções apropriadas às suas características, estando em todo o caso afastada a realização, nestes espaços, de operações de loteamento urbano ou de outras operações urbanísticas que impliquem a realização de nova infraestruturação.

Já tratando-se de *áreas de edificação dispersa* o seu regime deve ser vocacionado para a contenção destas áreas, o que implicará, por regra, o dever de os respetivos proprietários procederem ao seu ordenamento e à sua infraestruturação com recurso a soluções apropriadas às suas características e numa ótica estrita de sustentabilidade.

iii. Refira-se, ainda, que o artigo 16.º n.º 2 do Decreto Regulamentar determina expressamente que a edificação em solo rústico só pode ser admitida pelos planos territoriais de âmbito intermunicipal ou municipal como *excecional e limitada*, considerando-se incompatíveis com a classificação e qualificação como solo rústico: a) novas instalações de comércio, serviços e indústria que não estejam diretamente ligados às utilizações agrícolas, pecuárias, aquícolas, piscícolas, florestais ou de exploração de recursos energéticos ou geológicos; b) novas construções para habitação, salvo nas situações admitidas pelos planos territoriais de âmbito intermunicipal ou municipal, de acordo com o estabelecido nas orientações dos programas regionais; c) empreendimentos turísticos, salvo nas formas e tipologias admitidas em solo rústico, de acordo com as orientações estabelecidas nos programas regionais.

2.4. Um possível instrumento para a gestão dos solos rústicos: fundo municipal de sustentabilidade ambiental e urbanística

Como decorre do anteriormente exposto, dúvidas não restam de que grande parte dos terrenos integrados no solo rústico, quer em função dos usos nele admitidos quer das inibições que lhe são impostas, desem-

penham uma relevante *função ambiental* que cria externalidades ambientais positivas para o restante território.

É a este propósito que se tem vindo a questionar se os seus proprietários devem ser remunerados por esses usos e compensados por essas inibições e, sendo a resposta afirmativa, quem os pode/ deve remunerar: se o Estado (ou seja, o contribuinte em geral), se os proprietários em geral ou se apenas os proprietários e/ou utilizadores que mais delas usufruem?

Refira-se que não são todos os usos nem todas as inibições que devem dar lugar a esta compensação, sendo, por isso, relevante que o legislador explicita de forma clara os *usos correntes* admitidos nestes solos (que não devem ser remunerados) os quais, depois de devidamente identificados, permitem o cálculo de uma compensação a *pagar pelo proprietário* sempre que ele seja autorizado (por plano ou licença) a realizar *um uso mais remunerador* (nomeadamente o edificatório) e o cálculo de uma *compensação a receber pelo proprietário* sempre que ele leve a cabo um *uso ambientalmente adequado mas inibidor dos usos correntes*. O funcionamento deste sistema de compensações deverá ser feito por um “*fundo eco-perequativo*”, para o qual o solo urbano também deve contribuir com pagamento.

Ora, podemos dizer que a Lei n.º 31/2014 não esquece esta problemática. Assim, e desde logo, de entre fins da política do ordenamento do território e do urbanismo o artigo 2.º, alínea a) identifica a “...*salvaguardar a realização das funções ambientais do solo...*”, referindo-se o artigo 3.º, n.º 2, alínea a): à “*capacidade de produção de ecossistemas a longo prazo*” como uma das medidas que concorrem para o desenvolvimento sustentável.

Por sua vez, e como referimos supra, o artigo 13.º, n.º 2 desta lei identifica os usos correntes dos solos rústicos e os deveres correntes e excecionais a que os respectivos proprietários estão sujeitos, ao determinar que “*Os proprietários do solo rústico têm o direito de utilizar os solos de acordo com a sua natureza, traduzida na exploração da aptidão produtiva desses solos (deveres correntes), diretamente ou por terceiros, preservando e valorizando os bens culturais, naturais, ambientais e paisagísticos e de biodiversidade (deveres excecionais)*. Determinando, ainda, o artigo 14.º, n.º 1 que “*Os proprietários têm o dever de preservar e valorizar os bens naturais, ambientais, paisagísticos, culturais e de biodiversidade.*” (sublinhado nosso).

Relevante é o que decorre do n.º 4 do artigo 62.º, segundo o qual “*Os municípios devem constituir um Fundo Municipal de Sustentabilidade Ambiental e Urbanística, ao qual são afetadas receitas resultantes da distribuição de mais-valias, com vista a promover a reabilitação urbana, a sustentabilidade dos ecossistemas e a prestação de serviços ambientais, sem prejuízo do município*

poder afetar outras receitas urbanísticas a este Fundo, com vista a promover a criação, manutenção e reforço de infraestruturas, equipamentos ou áreas de uso público.” (sublinhado nosso). E o que decorre do n.º 7 do artigo 64.º segundo o qual “*A lei pode ainda estabelecer mecanismos de distribuição de encargos e benefícios destinados a compensar os custos decorrentes da proteção de interesses gerais, nomeadamente, a salvaguarda do património cultural, a valorização da biodiversidade ou da proteção de ecossistemas”*.”

Esta regulamentação, que não mereceu, porém, qualquer desenvolvimento por parte do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de março (diploma que veio desenvolver aquela Lei de Bases) permite concluir que a existência de um *fundo municipal de sustentabilidade ambiental e urbanística* destinado, entre outras coisas, a promover a sustentabilidade dos ecossistemas e a prestação de serviços ambientais se pode posicionar como um dos mais relevantes instrumentos para a gestão do solo rústico (não urbanizável) concorrendo, desta forma, para um sistema de ocupação territorial mais justo e sustentável, não apenas do ponto de vista ambiental mas também, e sobretudo, do ponto de vista financeiro e social. Esta falta de regulamentação não é, porém, impeditiva da sua utilização ou mobilização sempre que a mesma se mostre necessária na situação concreta.

2.5. Reclassificação de um solo rústico em urbano

i. Uma última referência que aqui faremos a propósito do solo rústico é à problemática da sua reclassificação como urbano. Pergunta-se, a este propósito, se é possível esta reclassificação, em que termos, por que vias e com que limitações?

Uma análise da legislação em vigor no nosso ordenamento jurídico permite concluir, desde logo, que, embora os solos urbanos sejam limitados àqueles que se encontram total ou parcialmente urbanizados ou edificados e afetos em plano em territorial à urbanização e edificação — o que determina que todos os restantes sejam integrados na classe do solo rústico — tal não impede, porém, como decorre do artigo 72.º do Decreto-Lei n.º 80/2015, que o solo rústico seja reclassificado de urbano, o que depende, contudo, da verificação de um conjunto de exigências cumulativas (artigo 72.º desta lei articulado com o artigo 8.º do Decreto Regulamentar n.º 15/2015), a saber:

- a) existência de concretas pretensões urbanísticas sobre o território necessárias ao seu desenvolvimento económico e social e indispensáveis à sua qualificação urbanística;

- b) inexistência de áreas urbanas disponíveis e comprovadamente necessárias para as acolher esta pretensão e a sua finalidade (comprovado através, designadamente, dos níveis de oferta e procura de solo urbano, com diferenciação tipológica quanto ao uso, e dos fluxos demográficos);
- c) viabilidade (sustentabilidade) económica e financeira da transformação do solo (identificando-se, designadamente, os sujeitos responsáveis pelo financiamento, a demonstração das fontes de financiamento contratualizadas e de investimento público) e demonstração do impacto da carga urbanística proposta no sistema de infraestruturas existente, e a previsão dos encargos necessários ao seu reforço, à execução de novas infraestruturas e à respetiva manutenção;
- d) aprovação (alteração ou revisão) de plano de pormenor com efeitos necessariamente registais, devidamente contratualizado quanto:
 - a. aos encargos urbanísticos das operações;
 - b. às condições de redistribuição de benefícios e encargos, considerando todos os custos urbanísticos envolvidos;
 - c. ao prazo de execução das obras de urbanização e das obras de edificação (o qual deve constar expressamente da certidão do plano a emitir para efeitos de inscrição no registo predial).

Note-se, porém, que não basta o cumprimento cumulativo de todas estas exigências para que um solo passe de rústico a urbano. Uma vez que este é apenas o que *“está devidamente urbanizado e edificado.....”*, somente com o cumprimento integral destas obrigações e com a urbanização e edificação da zona, opera aquela reclassificação. Por isso faz sentido o disposto no n.º 7 do referido artigo 72.º de que a alteração por adaptação do plano diretor municipal ou do plano diretor intermunicipal (precisamente para “transformar” o solo rústico nele identificado em solo urbano), só deve ser realizada findo o prazo previsto no n.º 5 e desde que executadas as operações urbanísticas previstas no plano, seguindo o procedimento referido no artigo 121.º. Mas já não faz sentido, sendo até contraditório com o previsto no n.º 7, a previsão contante do n.º 8 segundo o qual *“findo o prazo previsto para a execução do plano, a não realização das operações urbanísticas previstas determina automaticamente, a caducidade total ou parcial da classificação do solo como urbano, sem prejuízo das faculdades urbanísticas adquiridas mediante título urbanístico, nos termos da lei”*. Neste caso, o que acontecerá é precisamente o

contrário: o solo mantém a natureza de rústico, com exceção, eventualmente das *faculdades urbanísticas adquiridas mediante título urbanístico, nos termos da lei*". De facto, não basta a previsão em plano (ainda que se trate de um plano de pormenor com efeitos registais devidamente programado) que os solos se destinam a urbanização e edificação para que o solo seja urbano, sendo ainda necessário que ele se encontre já infraestruturado (e edificado, se essa for a sua previsão). Daí que só com o cumprimento da programação se operará a reclassificação. O incumprimento do prazo não terá, assim, como consequência a caducidade da classificação do solo como urbano mas a caducidade da previsão da reclassificação ou, se se preferir, a caducidade do plano de pormenor onde aquela classificação estava prevista. Na medida, porém, em que podem ter sido concedidas faculdades urbanísticas por título urbanístico (ficando a área parcialmente urbanizada/edificada), que se mantêm, deve a câmara municipal iniciar o procedimento de alteração ou revisão do plano de pormenor de forma a garantir a coerência territorial (n.º 9 do presente artigo).

ii. Poderia afirmar-se que a especulação que resultaria da existência de solos urbanizáveis não é impedida com a solução agora adotada na medida em que as expectativas (geradoras de pressão e especulação) passam a incidir *todo o solo rústico* já que todo ele, salvaguardas as devidas condições, *maxime*, a inexistência de restrições de interesse público, pode vir a ser destinado ao processo urbano pela simples aprovação de um instrumento de planeamento.

Em resposta afirma-se que se isto é verdade, não é menos verdade que a opção de transformar solo rústico em solo urbano terá de estar sempre associada a uma intervenção urbanística demonstradamente viável do ponto de vista económico e financeiro (com apresentação de garantias para o seu desenvolvimento e demonstração da inexistência de alternativas mais económicas, nomeadamente, a reabilitação, e com interiorização da totalidade dos encargos com as infraestruturas de suporte bem como da apresentação de um plano de pormenor com programa de desenvolvimento exigente e cronologicamente definido).

O que pretende tornar claro que apenas desenvolvendo todo o processo produtivo complexo de urbanização, com a assunção dos encargos correspondentes, os proprietários obterão o direito urbanístico pretendido, sendo tendencialmente eliminada qualquer expectativa fundada de "mais-valia caída do céu" resultante da simples classificação do solo como urbanizável.

11.

LITORAL E DIREITOS ADQUIRIDOS

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ
Professora Auxiliar de Direito Público
Instituto Jurídico

*Linha severa da longínqua costa –
Quando a nau se aproxima ergue-se a encosta
Em árvores onde o Longe nada tinha;
Mais perto, abre-se a terra em sons e cores;
E, no desembarcar, há aves, flores,
Onde era só, de longe a abstracta linha.*
Fernando Pessoa¹

Sumário: I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. II. LITORAL E DOMÍNIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE. III. APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DO REGIME DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS PRIVADOS SOBRE O DOMÍNIO PÚBLICO. IV. APRECIACÃO DO REGIME DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS PRIVADOS SOBRE O DOMÍNIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE: UMA DISCIPLINA NORMATIVA SUSTENTÁVEL? V. REFLEXÕES FINAIS.

¹ Fernando PESSOA, «Horizonte», in: *Mensagem e Outros Poemas Afins*, Publicações Europa-América, Mem Martins, 1992, p. 110.

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A extensão das costas portuguesas favoreceu a ligação umbilical que o País sempre teve com o mar: não será demais enaltecer a relevância histórica atestada desde o movimento da expansão às campanhas oceanográficas empreendidas pelo Rei D. Carlos², desde a estratégia de defesa do litoral levada a cabo por D. Dinis, à identificação de uma «identidade marítima portuguesa», efetuada pela recente *Estratégia Nacional para o Mar 2013-2020*³.

Subjacente à submissão das costas portuguesas a um regime jurídico-administrativo terá estado, inicialmente, apenas o critério do uso público, e, por conseguinte, a necessidade de assegurar a todas as pessoas a possibilidade de aproveitamento dos frutos desses terrenos⁴. Atualmente, o regime jurídico do litoral possui preocupações muito mais ambiciosas, que passam pelo ordenamento do território e urbanismo, pela defesa do ambiente, pelo desenvolvimento do turismo ou pela rentabilização dos bens do domínio público marítimo. Atente-se, porém, em que, se à publicização do regime das zonas costeiras preside este conjunto relevante de valores, as áreas situadas à beira-mar também se revelam especialmente apetecíveis para a ocupação pelos particulares. Os problemas suscitam-se nos casos em que tais terrenos eram objeto de propriedade privada antes da entrada em vigor das disposições normativas que determinaram a respetiva sujeição ao domínio público. A resolução destas questões pressupõe o alcance do delicado equilíbrio entre, por um lado, a segurança jurídica e a proteção da confiança dos cidadãos, e, por outro lado, a tutela dos interesses públicos subjacentes à dominialidade pública.

² V. D. Carlos de BRAGANÇA, *Yacht Amélia – Campanhas Oceanográficas de 1896*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1897, e *Resultados das Investigações Científicas Feitas a Bordo do Yacht Amélia sob a Direcção de D. Carlos de Bragança*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1899-1904.

³ Aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2014, de 12 de fevereiro, p. 1316.

⁴ Cf., *v. g.*, em momento ainda bem próximo da entrada em vigor do Código de Seabra, a exposição apresentada na Câmara dos Deputados por Avellar Machado: em causa estava o facto de a Câmara Municipal de Ílhavo exigir a outorga de licenças (e respetivas taxas) aos interessados na apanha das algas marinhas (moliço), que se encontravam nas margens dos diversos canais navegáveis que se ligam com o mar; o Deputado entendia que aquela exigência violava o Código Civil, na medida em que este considerava como coisas públicas os terrenos do (atual) domínio público marítimo-terrestre (cf. artigo 380.º) e estabelecia que as substâncias vegetais de qualquer natureza produzidas nas águas públicas (quer se achem no seio das águas, quer venham arroladas às margens ou praias) podiam ser livremente ocupadas por qualquer pessoa, que delas quisesse aproveitar-se. *V. Diário da Câmara dos Senhores Deputados da Nação Portuguesa*, Sessão n.º 57, de 10 de maio de 1899, p. 3.

II. LITORAL E DOMÍNIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

A diversidade terminológica que pauta a matéria agora sob escrutínio implica algumas tergiversações conceptuais, que importa, desde já, afastar. Até, porque, como veremos, os problemas que nos preocupam não se verificam em todas as áreas incluídas num sentido comum de «litoral», vocábulo derivado do latim *litus, litoris* com o significado de “faixa de terra emersa, à beira-mar”, também identificado com a costa⁵.

2.1. Um dos exemplos paradigmáticos da ausência de uniformidade linguística e da profusão de conceitos nesta matéria reconduz-se ao regime dos programas da orla costeira⁶, constante do Decreto-Lei n.º 159/2012, de 24 de julho⁷, onde encontramos a referência a três noções que, numa primeira abordagem, nos pareceriam sinónimas: litoral, orla costeira e zona costeira.

O *litoral* constitui o termo genérico que descreve as porções de território que são influenciadas direta e indiretamente pela proximidade do mar [cf. artigo 2.º, alínea e), do Decreto-Lei n.º 159/2012]. Mais preciso, o conceito de *zona costeira* corresponde à porção de território influenciada direta e indiretamente, em termos biofísicos, pelo mar, designadamente por ondas, marés, ventos, biota ou salinidade, e que, sem prejuízo das adaptações aos territórios específicos, tem, para o lado da terra, a largura de dois quilómetros, medida a partir da linha da máxima preia-mar de águas vivas equinociais e se estende, para o lado do mar, até ao limite das águas territoriais, incluindo o leito [cf. artigo 2.º, alínea l), do Decreto-Lei n.º 159/2012]. Por sua vez, a *orla costeira* é mais estreita que a zona costeira e identifica a porção do território onde o mar, coadjuvado pela ação eólica, exerce diretamente a sua ação e que se estende, para o lado de terra, até quinhentos metros, contados a partir da linha que limita a margem, e, para o lado de mar, até à batimétrica dos trinta metros referenciada ao zero hidrográfico [cf. artigo 2.º, alínea g), do Decreto-Lei n.º 159/2012]⁸.

⁵ *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Círculo de Leitores, Lisboa 2003, p. 2296.

⁶ Os programas da orla costeira consubstanciam, nos termos do n.º 5 do artigo 40.º da *Lei de bases da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo* (Lei n.º 31/2014, de 30 de maio) e do n.º 2 do artigo 42.º do *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial* (Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio), programas especiais de ordenamento do território, dotados de âmbito nacional.

⁷ Alterado pelo Decreto-Lei n.º 132/2015, de 9 de julho.

⁸ Esta noção de orla costeira coincide, quase totalmente, com a delimitação da área de intervenção dos programas da orla costeira, abrangendo quer a zona terrestre

Embora sem os definir, também a *Lei da Água*⁹ contém algumas referências a conceitos paralelos, aludindo, *v. g.*, à *orla costeira* (*maxime*, nos preceitos que se reportam aos programas de orla costeira, e enquanto uma das dimensões envolvidas no “território envolvente com incidência nos recursos hídricos”, para efeitos de delimitação do âmbito de intervenção das medidas de planeamento e ordenamento de recursos hídricos – cf. artigo 15.º, n.º 2), à *zona costeira* [artigos 32.º, n.º 2, alínea *a*), e 34.º] e ao *litoral* e *faixa litoral* [artigos 28.º, n.º 3, alínea *h*), e 33.º, n.º 3, alínea *b*), respetivamente].

2.2. Contudo, entre nós, as questões atinentes aos direitos adquiridos no litoral surgem não em todas as áreas que acabámos de descrever, mas tão-só em parcelas localizadas em zonas legalmente classificadas como domínio público marítimo – *in casu*, e porque se trata de parcelas de terreno (e não de águas), como *domínio público marítimo-terrestre*.

O domínio público marítimo – que compreende, como parte integrante, o domínio público marítimo-terrestre – inclui-se no conjunto de bens públicos que habitualmente designamos como *domínio público material* (ou «necessário»), por oposição ao domínio público formal (ou «por determinação da lei»). Como vimos defendendo¹⁰, o domínio público material compreende os bens conexonados de uma forma muito especial com a *integridade territorial do Estado* e com a respetiva *sobrevivência* enquanto tal, senão mesmo com a própria *identidade (identificação) nacional*. Independentemente de qualquer previsão textual, existem certas coisas cuja dominialidade resulta da circunstância de as mesmas se destinarem, na perspetiva de uma sociedade concreta, ao serviço de necessidades e interesses impreteríveis próprios sentidos por essa mesma sociedade, e que, nessa medida, hão de ficar subtraídas à disponibilidade dos particulares e sujeitas à titularidade

de proteção, quer a zona marítima de proteção (cf. artigos 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 159/2012, respetivamente). Contudo, no que tange à zona terrestre de proteção, o artigo 8.º admite que esta possa ser ajustada a uma largura máxima de mil metros, quando se justifique acautelar a integração de sistemas biofísicos fundamentais no contexto territorial objeto do plano, tendo por objetivo promover a abrangência de unidades territoriais homogêneas em estreita dependência com a dinâmica costeira, designadamente sistemas dunares, arribas fósseis, lagunas costeiras, estuários, sapais e outras zonas húmidas costeiras.

⁹ Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, alterada pelos Decretos-Leis n.ºs 245/2009, de 22 de setembro, 60/2012, de 14 de março, e 130/2012, de 22 de junho.

¹⁰ Cf. o nosso trabalho *O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 287 e ss., e as referências bibliográficas aí citadas; e, especificamente quanto ao domínio público marítimo, «Energia Eléctrica e Utilização de Recursos Hídricos», in: *Temas de Direito da Energia*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 19.

pública estadual. Nesta hipótese, encaramos tais bens do domínio público como verdadeiros elementos constitutivos do Estado (*hoc sensu*).

Além disso, o domínio público marítimo-terrestre integra o designado *domínio público natural*, que é composto por bens naturais, por oposição do domínio público artificial, o qual inclui os bens que pressupõem a ação humana¹¹. Ainda que, no direito português, tenha repercussões menores que noutros ordenamentos¹², esta distinção permite salientar alguns aspectos do regime jurídico aplicável, como sucede, paradigmaticamente, com a maior mutabilidade dos limites das parcelas dominiais.

Os terrenos que integram o domínio público marítimo-terrestre encontram-se submetidos ao estatuto da dominialidade desde o decreto de 31 de dezembro de 1864 e do Código de Seabra. Assim, por um lado, coube ao Decreto de 31 de dezembro de 1864¹³ submeter, pela primeira vez¹⁴, as praias ao domínio público: nos termos do artigo 2.º deste diploma, claramente inspirado pelo *Code Civil* napoleónico¹⁵, “[i]gualmente são do domínio público, imprescriptível, os portos de mar e praias, os rios navegáveis

¹¹ V., por todos, Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª ed. (reimp.), vol. II, Almedina, Coimbra, 1999, p. 896.

¹² Por exemplo, no direito francês, é tradicional a distinção, dentro da composição do domínio público, entre domínio público natural e domínio público artificial, com repercussões no respetivo regime jurídico, com especial incidência na aquisição e extinção do estatuto (recorde-se que foi justamente a propósito na integração de bens imóveis no domínio público artificial que se construiu a teoria do *aménagement spécial* – cf., por todos, CHAPUS, *Droit Administratif Général*, 15.ª ed., tomo 2, Montchrestien, Paris, 2001, pp. 389 e ss.) ou na utilização dos bens dominiais. Cf., v. g., DUFAU, *Le Domaine Public*, Le Moniteur, Paris, 2001, *passim*.

Esta distinção mantém-se hoje presente no *Code Général de la Propriété des Personnes Publiques* – cf., a propósito do domínio público marítimo (que, em França, abrange também o domínio público portuário), artigos L2111-4 a L2111-6.

¹³ Diploma autorizado pela Carta de Lei de 25 de junho de 1864, cujo artigo 1.º estabelecia: “É o governo auctorizado a decretar as disposições que dependerem de medida legislativa acerca do serviço de polícia, exploração e conservação dos caminhos de ferro, télégraphos, rios, canaes, vallas e portos de mar”. Atente-se em que, embora o citado Decreto de 31 de dezembro de 1864 tenha sido aprovado ao abrigo desta habilitação legislativa, a mesma *não incluía as praias no seu âmbito de aplicação* – o que poderá suscitar uma interessante questão acerca da sua validade, por eventual violação do princípio da legalidade, na dimensão de precedência da lei.

¹⁴ Ainda que já na Portaria de 13 de maio de 1864 se advertisse que “as praias e o mar adjacente sempre foram considerados pelo direito do reino bens nacionais”.

¹⁵ À época, o artigo 538 do *Code Civil* enumerava, como *dépendances du domaine public*, “chemins, routes et rues à la charge de l’Etat, fleuves et rivières navigables et flottables, rivages de la mer, ports, havres, et rades”. V. HAURIU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Dalloz, *fac-simile* da 12.ª ed, Paris, 2002, p. 802.

e fluctuaveis com as suas margens, os canaes e vallas, portos artificiaes e docas existentes ou que de futuro se construam”¹⁶. Por outro lado, um pouco mais tarde, o artigo 380.º do Código Civil de 1867 (cuja entrada em vigor remonta a 22 de março de 1868) vem qualificar como coisas públicas “as coisas naturais ou artificiais, apropriadas ou produzidas pelo estado e corporações públicas e mantidas debaixo da sua administração, das quais é lícito a todos individual ou colectivamente utilizar-se, com as restrições impostas pela lei, ou pelos regulamentos administrativos”, entre as quais inclui exemplificativamente os leitos das águas salgadas (n.º 2) e dos lagos, lagoas, canais e correntes de água doce, navegáveis ou flutuáveis (n.º 3). À luz destes dois diplomas, os bens dominiais caracterizavam-se já pelo uso público, com as consequências da imprescritibilidade e da subtração dos terrenos à livre disponibilidade dos particulares¹⁷.

Atualmente¹⁸, o domínio público marítimo-terrestre inclui, nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 84.º da Constituição, os leitos das águas territoriais e os fundos marinhos contíguos. Este dispositivo encontra uma concretização na Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro¹⁹, sobre a titularidade dos recursos hídricos. De acordo com as alíneas *c*), *d*) e *e*) do artigo 3.º deste diploma, o domínio público marítimo compreende os terrenos conexos com as águas marítimas, em particular, a plataforma continental, as margens e os leitos das águas territoriais e das águas interiores sujeitas à influência das marés.

As noções de leito e margem das águas do mar e das águas sujeitas à influência das marés surgem legalmente definidas (respetivamente pelos artigos 10.º, n.º 2, e 11.º, n.ºs 2, 5 e 6, da Lei n.º 54/2005), assumindo a sua concretização especiais dificuldades quando o legislador mobiliza critérios materiais de identificação – como sucede no n.º 5 do artigo 11.º, com a noção

¹⁶ Cf. também Afonso QUEIRÓ, «As Praias e o Domínio Público (Alguns Problemas Controvertidos)», in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 2000, p. 365; Freitas do AMARAL/José Pedro FERNANDES, *Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico*, Coimbra Editora, Coimbra, 1978, p. 125. V. também Guilherme MOREIRA, *Das Águas no Direito Civil Português*, livro I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1960, p. 255.

¹⁷ Cf. também o Relatório do Ministro e Secretário das Obras Públicas, Comércio e Indústria – João Chrysóstomo de Abreu e Sousa – que acompanhou o Decreto de 31 de dezembro de 1864.

¹⁸ Para uma evolução dos diplomas legislativos sobre esta matéria, cf. o nosso trabalho «Do Reconhecimento de Propriedade Privada sobre os Terrenos do Domínio Público Marítimo», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 102, novembro/dezembro 2013, pp. 65 e ss..

¹⁹ Alterada pelas Leis n.ºs 78/2013, de 21 de novembro, e 34/2014, de 19 de junho.

de praia²⁰. Mobilizando vários contributos doutrinários, poderemos caracterizar as praias como terrenos marginais planos (ou quase planos) contíguos à linha máxima de praia-mar de águas vivas equinociais, constituídos por areias soltas ou pedras, dotados de escassa ou nula vegetação característica²¹.

Não se ignora que, de início, a sujeição das águas e dos terrenos conexos ao regime do domínio público pretendia acentuar a dimensão de via de comunicação que àquelas se encontrava subjacente – como, aliás, se conclui pelo próprio contexto normativo (de dominialização das restantes vias de comunicação²²) que rodeou o Decreto de 31 de dezembro de 1864 e respetiva lei habilitante. Além disso, e em consonância com os critérios da dominialidade vigentes na época, estariam sujeitos a este regime tão-só os bens afetos ao uso público e insuscetíveis, pela sua própria natureza, de constituir objeto de propriedade privada²³.

²⁰ Para maiores desenvolvimentos, cf. o nosso trabalho «Energia...», cit., pp. 20 e ss..

²¹ Adotamos aqui uma formulação resultante da fusão de vários contributos doutrinários, entre os quais ressaltam Marcello CAETANO, *Manual...*, cit., p. 901, Afonso QUEIRÓ, «As Praias e o Domínio Público», in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 2000, p. 366, e Freitas do AMARAL/José Pedro FERNANDES, *Comentário...*, cit., p. 92.

Na qualidade de Autoridade Nacional da Água, a Agência Portuguesa do Ambiente (*Guia de Apoio sobre a Titularidade dos Recursos Hídricos*, APA, Lisboa, 2014, p. 6, disponível em http://www.apambiente.pt/_zdata/Divulgacao/Publicacoes/Guias%20e%20Manuais/Guia_RH_setembro2014.pdf, último acesso setembro 2015) propõe, com um propósito orientador, um conceito mais técnico, definindo praia como “faixa de terreno contígua às águas do mar, formada por acumulação de sedimentos não consolidados, geralmente de areia ou cascalho, com superfície quase plana e com vegetação nula ou escassa e característica, e em cuja delimitação se deve considerar a área compreendida entre a linha representativa da profundidade de fecho para o regime da ondulação no respetivo setor de costa e a linha que delimita a atividade do espraio das ondas ou de galgamento durante episódio de temporal”.

²² Ou, para utilizarmos a terminologia do direito francês, que subordinou ao estatuto da dominialidade a *voirie routière* (sobre este conceito, v. CHAPUS, *Droit Administratif Général*, 15.^a ed., tomo 2, Montchrestien, Paris, 2001, pp. 401 e ss.. Recorde-se, aliás, que, tradicionalmente, as sanções previstas para os factos que afetem a integridade material dos bens dominiais ou a utilização a que estes se encontra adstritos se designam como «contraventions de voirie», as quais acabam por, na prática, se reconduzir às «contraventions de voirie routière» – cf., v. g., DUFAU, *Le Domaine...*, cit., pp. 257 e ss..

²³ De acordo com Proudhon, a quem se deve a primeira teoria geral do domínio público, a caracterização do *domaine public* obedece a uma ideia de *usage public*, pelo que o sentido da caracterização de um bem como pertencendo ao domínio público envolve para este Autor uma dupla dimensão: uma, a salientar o poder público (*puissance publique*) que administra os objetos de tal domínio; outra, a pressupor que esses bens objeto de um poder público se destinem ao uso de todos. Cf. PROUDHON, *Traité du Domaine Public ou De la Distinction des Biens Considérés Principalement par Rapport au Domaine Public*, tome I, 2.^a ed., Lagier Lib.-Editeur, Dijon, 1843, pp. 19 e 240 e s., pelo que conclui que a

Todavia, na atualidade, os critérios da identificação (legislativa) dos tipos de bens dominiais são claramente multifacetados. Em especial, a dominialização das faixas de terreno ao longo da costa prossegue hoje precipuamente uma *função ambientalmente orientada*, porquanto as subtrai ao jogo do comércio privado, proporcionando-lhes uma disciplina dirigida à proteção²⁴, sem prejuízo da rentabilização e valorização. Por este motivo, o domínio público hídrico integra as áreas de continuidade, incluídas na Rede Fundamental de Conservação da Natureza [cf. artigo 5.º, n.º 1, alínea b), subalínea iii), do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de julho²⁵]. A par desta função dominante, pode ainda apontar-se uma vocação associada à *defesa nacional*: é este o motivo que, *v. g.*, justifica que as águas e os terrenos do domínio público marítimo pertencem apenas Estado, considerando-se, para efeitos da recusa da sua titularidade regional, que os mesmos se encontram afetos à *defesa nacional*²⁶. Por último, encontrando-se o domínio público marítimo-terrestre, por definição, situado na área costeira, a publicização dos bens em causa satisfará também imperativos de *gestão e minimização dos riscos*, decorrentes de fenómenos naturais.

composição do domínio público «propriamente dito» compreende as parcelas do território insuscetíveis de submissão às normas relativas à propriedade privada (*Op. cit.*, p. 249).

²⁴ Em sentido semelhante, a propósito do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro, *v. o Relatório do Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território* (aprovado pela Lei n.º 58/2007, de 4 de setembro), ed. organizada pelo CEDOUA, Coimbra, 2007, pp. 68 e s. (ponto 66)

²⁵ Aprova o regime jurídico da conservação da natureza e da biodiversidade, alterado pelo Decreto-Lei n.º 242/2015, de 15 de outubro.

²⁶ Trata-se de um entendimento acolhido já pelo Tribunal Constitucional: cf. Acórdãos n.ºs 330/99, de 2 de junho, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 44.º vol., 1999, p. 19; 131/2003, de 11 de março, cit., pp. 2227 e ss.; 402/2008, de 29 de julho, in: *Diário da República*, I Série, n.º 158, 18.08.2008, pp. 5715 e s.; 654/2009, de 16 de dezembro, in: *Diário da República*, I Série, n.º 30, 12.02.2010, pp. 445 e ss.. Trata-se, aliás, de uma posição que já vinha sendo adotada pela Comissão Constitucional (cf. Parecer n.º 26/80, in: *Pareceres da Comissão Constitucional*, 13.º vol., 1982, p. 185). Foi em conformidade com esta jurisprudência que o n.º 2 do artigo 22.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores excetuou do domínio público regional os bens afetos ao domínio público militar, ao domínio público marítimo, ao domínio público aéreo e, salvo quando classificados como património cultural, os bens dominiais afetos a serviços públicos não regionalizados.

Sempre partilhou desta perspetiva também a Comissão do Domínio Público Marítimo: este órgão entende de forma peremptória que “não pode haver dúvidas de que o domínio público interessa essencialmente e por declaração legal implícita à defesa nacional”. Esta asserção é sustentada por um argumento de ordem orgânica (a Comissão do Domínio Público Marítimo encontra-se na dependência do Chefe do Estado-Maior da Armada, integrando-se no Ministério da Defesa Nacional), de natureza substancial (o sistema orgânico da autoridade marítima em que se inclui a defesa de todas áreas do domínio público marítimo, assume, nessa medida, âmbito nacional) – cf. Parecer n.º 5111, de 19.11.1987, in: *Boletim da Comissão do Domínio Público Marítimo*, n.º 101, 1987, pp. 158 e ss. (pp. 160 e s.).

III. APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DO REGIME DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS PRIVADOS SOBRE O DOMÍNIO PÚBLICO

O facto de uma parcela reunir as características que impliquem, nos termos do regime constitucional e legal, a respetiva integração no domínio público hídrico (*in casu*, no domínio público marítimo-terrestre), não preclui a existência de casos excepcionais (e admitidos por lei) em que os mesmos se devem considerar subtraídos ao estatuto da dominialidade, em virtude da pré-existência de direitos privados sobre os mesmos.

3.1. Esta mesma realidade foi acolhida em 1971 – momento em que o legislador decidiu estabelecer um regime jurídico destinado a proteger os direitos privados pré-existentes sobre bens classificados, *a posteriori*, como dominiais. Coube ao artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro²⁷, admitir expressamente o reconhecimento de direitos privados (propriedade privada ou propriedade coletiva²⁸) sobre terrenos do domínio público²⁹, quando documentalmente³⁰ se provasse que haviam sido constituídos em

²⁷ Alterado, posteriormente, pelos Decretos-Leis n.ºs 53/74, de 15 de fevereiro, 89/87, de 26 de fevereiro, e 16/2003, de 4 de junho. Os capítulos I e II desde diploma (onde se inclui o artigo 8.º citado em texto) foram revogados pelo artigo 29.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro.

²⁸ Como, aliás, logo em 1968, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, para quem “o Decreto de 31 de Dezembro de 1864 e o Código Civil de 1867, que vieram incluir as praias no domínio público marítimo, por não terem efeito retroactivo, não retiraram a uma praia a qualidade de baldio municipal”, razão pela qual esse terreno era, em 1883, alienável nos termos da Lei de 28 de agosto de 1869 – cf. Acórdão de 29.10.1968, P. 62275. V. também Freitas do AMARAL/José Pedro FERNANDES, *Comentário...*, cit., p. 129.

²⁹ *Hoc sensu*, sobre terrenos caracterizáveis como dominiais (atenta a sua morfologia) à data da entrada em vigor do Decreto de 31 de dezembro de 1864 e do Código de Seabra (e não sobre terrenos que, *v. g.*, nesse momento não reuniam as condições para a sua qualificação como domínio público, mas que, em virtude do avanço das águas, passaram a ser assim considerados), talqualmente salienta o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 10/2006, in: *Diário da República*, II Série, n.º 139, 21.07.2008, p. 32233.

³⁰ Na falta de documentos comprovativos, o n.º 2 do artigo 8.º consagrava uma presunção (*iuris tantum*) de que os terrenos seriam particulares se se provasse que, naquelas datas, estavam na posse em nome próprio de particulares ou na fruição conjunta de indivíduos compreendidos em certa circunscrição administrativa.

Por sua vez, o n.º 3 do mesmo preceito respondia aos problemas decorrentes da ilegitimidade ou destruição dos documentos exigidos pelo n.º 1, estabelecendo outra presunção *iuris tantum* no sentido de considerar particulares os terrenos em relação aos quais se provasse que, antes de 1 de dezembro de 1892, eram objeto de propriedade ou

momento anterior a 31 de dezembro de 1864 (data do Decreto que, como apontámos, domínializou as praias) ou, tratando-se de arribas alcantiladas, a 22 de março de 1868 (data da entrada em vigor do Código de Seabra)³¹.

A *ratio* subjacente a esta solução legal prendia-se com o necessário equilíbrio entre a domínialidade pública e a proteção dos direitos adquiridos sobre leitos e margens. Ponderando os interesses públicos determinantes da domínialização dos terrenos conexos com águas dominiais e o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, o legislador considerou necessário tutelar a posição jurídica daqueles que detinham direitos privados sobre os terrenos publicizados em virtude de legislação posterior³².

posse privadas. Esta última data corresponde ao Decreto n.º 8, de 1 de dezembro de 1892, que estabelece a organização dos serviços hidráulicos, e ensaia uma distinção entre propriedade pública, comum e particular em matéria de águas e terrenos conexos. No que concerne, em especial, às margens, este diploma concebe como públicas as praias até onde alcança o colo da máxima preia-mar de águas vivas (artigo 1.º, n.º 1.º); em relação às margens das demais águas, estas consistem numa faixa de terreno adjacente, junto à linha de água, que se conserva ordinariamente enxuta, com uma largura que varia, em função da importância, necessidades e usos, entre 3 e 30 metros e, em casos excecionais, 50 metros para as correntes de água navegáveis e fluviáveis (artigo 4.º, n.º 1.º), e entre 1 e 3 metros para as correntes não navegáveis nem fluviáveis (artigo 4.º, n.º 2.º) medida a contar da linha que limita o leito ou álveo.

Evidentemente, se o terreno em causa houvesse sido, entretanto, objeto de um ato de “desafetação”, bastaria ao interessado fazer prova dessa desdomínialização (cf. artigo 8.º, n.º 4). Não se pense, porém, que esta possibilidade seria de prova fácil, sobretudo a partir do momento em que a domínialidade dos terrenos conexos com águas ficou consagrada nos textos constitucionais portugueses (em concreto, a partir da Constituição de 1933). Cf., sobre esta questão à luz do Decreto-Lei n.º 468/71, Freitas do AMARAL/José Pedro FERNANDES, *Comentário...*, cit., pp. 131 e ss.).

³¹ Foi, portanto, acolhida a posição de Afonso QUEIRÓ («As Praias...», cit., pp. 374 e s.), nos termos da qual o citado Decreto de 1864 determinou a domínialização das praias – no sentido de “terrenos enxutos resultantes do lento recuo do mar ou de depósitos aluviais” –, enquanto o artigo 380.º do Código Civil conduziu à inclusão no domínio público dos terrenos que, em 1868, não revestindo embora a natureza de praias, fossem propriedade do Estado, estivessem sob a sua administração e se encontrassem afetos a usos públicos marítimos.

³² Considerações semelhantes pautaram o legislador do Código Civil, que, também no âmbito do domínio hídrico, mas em relação às águas, salvaguardou os direitos adquiridos (por preocupação, doação régia ou concessão) sobre águas públicas anteriores a 21 de março de 1868 [v. artigo 438.º do Código de Seabra e artigo 1386.º, n.º 1, alínea *d*), do atual Código Civil]. Por outro lado, e agora em geral, também a Constituição de 1933 prescrevia, ao estabelecer quais os bens que pertenciam ao domínio público do Estado, a ressalva dos direitos adquiridos pelos particulares, podendo, contudo, tais direitos ser objeto de expropriação determinada pelo interesse público e mediante justa indemnização (artigo 49.º, § 1.º).

3.2. O reconhecimento da existência de direitos de propriedade privada sobre terrenos do domínio hídrico sofreu algumas alterações com a entrada em vigor da Lei n.º 54/2005.

3.2.1. Na sua redação original, o artigo 15.º da Lei n.º 54/2005 condicionou o reconhecimento do direito de propriedade privada sobre terrenos do domínio hídrico à propositura de uma *ação judicial*, exigindo, em princípio, a prova documental³³ de que tais terrenos eram, por título legítimo, objeto de propriedade particular ou comum antes de 31 de dezembro de 1864, ou, tratando-se de arribas alcantiladas, antes de 22 de março de 1868. A propositura desta ação judicial encontrava-se sujeita a um prazo de caducidade: nos termos da versão originária do preceito, a ação deveria ser intentada até 1 de janeiro de 2014³⁴. A Lei n.º 78/2013 veio esclarecer que

³³ Sem prejuízo do regime especial de prova previsto pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005. Ao âmbito de possibilidades já recortado pelo Decreto-Lei n.º 468/71, o citado n.º 3 havia acrescentado uma outra, determinando que *não ficavam sujeitos ao regime de prova estabelecido no n.º 1 e 2*, os terrenos que houvessem sido mantidos na *posse pública pelo período necessário à formação de usucapião*. Esta norma suscitava especiais perplexidades na medida em que, caso o bem fosse dominial, o mesmo gozava da característica da imprescritibilidade, pelo que não seria a posse pelo período de necessário à formação de usucapião que permitiria a aquisição da propriedade privada e, por conseguinte, o respetivo reconhecimento. No máximo, e para conferir algum sentido útil à norma (razão pela qual nos afastamos da posição de João MIRANDA, «A Titularidade e a Administração do Domínio Público Hídrico por Entidades Públicas», in: *Direito da Água*, ICJP/Faculdade de Direito de Lisboa/ERSAR, Lisboa, 2013, p. 177, e do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13.02.2014, P. 1907/09.5TBABFEI.S1; cf. também Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03.07.2014, P. 429/12.1 TBPNI. L1-6), poder-se-ia afirmar que o facto de os terrenos haverem sido mantidos na posse pelo período necessário à formação de usucapião implicaria uma inversão do ónus da prova: assim, em princípio, e por estarem em causa bens incluídos dentro dos limites do domínio público, caberá aos particulares fazer prova do contrário, nos termos previstos; todavia, se gozarem de posse pública, caberia à Administração comprovas que aqueles bens não eram privados antes de 1864 ou 1868. Nesta solução, o legislador, consciente da dificuldade probatória imposta aos cidadãos, procuraria equilibrar o interesse público subjacente à dominialidade, a tutela da confiança dos particulares, e a ausência do exercício de poderes de autotutela dominial que teriam reforçado aquela confiança.

Por considerarmos que a norma se destinava, efetivamente, a disciplinar situações de reconhecimento de propriedade privada sobre terrenos *a priori* incluídos no domínio hídrico, também rejeitávamos a solução preconizada por Joana MENDES, «Direito Administrativo da Água», in: Paulo OTERO/Pedro GONÇALVES (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2009, p. 43, e José Miguel JÚDICE/José Miguel FIGUEIREDO, *Ação de Reconhecimento de Propriedade Privada sobre Recursos Hídricos*, ed. e-book, Almedina, Coimbra, 2013, VIII.4.

³⁴ De acordo com a Exposição de Motivos que acompanhou a Proposta de Lei n.º 19/X (in: *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 27, 24.06.2005, p. 15,

os tribunais competentes para a propositura desta ação seriam os *tribunais comuns* (e não os tribunais administrativos) e estendeu o referido prazo até 1 de julho de 2014³⁵. Em suma, impunha-se, pois ao interessado em obter o reconhecimento do seu direito de propriedade privada sobre leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis o ónus de intentar a respetiva ação até 1 de julho de 2014, verificando-se que, depois, desse momento, se formava como que uma presunção *iuris et de iure* sobre a natureza pública das mesmas. Quer dizer, conjugando a solução do artigo 15.º com a leitura da parte final do n.º 1 do artigo 12.º da Lei n.º 54/2005, decorria que a presunção de publicidade dos leitos e margens de águas do mar (e de águas navegáveis e fluviáveis) constituía uma presunção *iuris tantum* que, a partir de 1 de julho de 2014, se transfiguraria em presunção *iuris et de iure*, caso não fosse intentada a ação prevista no artigo 15.º.

Mesmo após o alargamento do prazo de propositura da ação, o regime assim delineado causou sobressaltos no panorama jurídico, mas também social, português. Aliás, o artigo 2.º da Lei n.º 78/2013 já adivinhava esta realidade, porquanto impunha uma revisão da Lei n.º 54/2005, até 1 de julho de 2014, com o propósito de definir os requisitos e prazos necessários para a obtenção do reconhecimento de propriedade privada sobre terrenos do domínio público hídrico.

3.2.2. A Lei n.º 34/2014 introduziu uma alteração significativa nesta matéria. Embora tenha mantido, como princípio geral, que o reconhecimento pressupunha a prova documental da propriedade privada ou comum em momento anterior a 31 de dezembro de 1864 ou 22 de março de 1868 (sem prejuízo do regime especial admitido em caso de comprovação da destruição dos documentos), veio exceptuar desta regra um conjunto de situações novas. Para além dos casos de desafetação, o reconhecimento da

ponto 5), à previsão de um prazo para a propositura das ações presidiu a necessidade de equilibrar a proteção dos direitos privados com a estabilidade da base dominial; em concreto, a escolha do termo *ad quem* (1 de janeiro de 2014) foi efetuada em função de um critério de razoabilidade, tendo em consideração que a consagração legislativa da faculdade de obter o reconhecimento de direitos privados sobre o domínio hídrico já remonta a 1971 e que o prazo mais longo da usucapião é de apenas 20 anos. Cf. também Robin de ANDRADE, «Um Novo Regime da Titularidade das Águas Públicas», in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.ºs 23/24, janeiro/dezembro 2005, p. 123.

³⁵ O legislador histórico fundamentou a prorrogação na circunstância de não estarem, no momento, criadas condições para o cumprimento do prazo original (salientando, em especial, a sua exiguidade), sobretudo quando se considerava que o ónus da prova da propriedade cabia ao particular. Cf. o preâmbulo da Proposta de Lei n.º 399/XII (in: *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 122/XII, 20.04.2013, p. 2, e o debate na generalidade (in: *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 82, 26.04.2013, pp. 43 e ss.).

propriedade privada sobre terrenos dominiais não carecerá daquela prova mais exigente em duas hipóteses: quando aqueles terrenos ocupem (total ou parcialmente) as margens de cursos de água navegáveis ou fluviáveis e estas margens não estejam sujeitas à jurisdição da Direção-Geral da Autoridade Marítima ou das autoridades portuárias [artigo 15.º, n.º 5, alínea *b*)]; ou quando os referidos terrenos estejam integrados em zona urbana consolidada, fora da zona de risco de erosão ou de invasão do mar, e se encontrem ocupados por construção anterior a 1951, documentalmente comprovada [cf. artigo 15.º, n.º 5, alínea *c*)].

A primeira hipótese prevista parece isentar de qualquer regime de prova as situações em que esteja em causa o reconhecimento da propriedade privada sobre margens de cursos de águas navegáveis ou fluviáveis situados fora das áreas de jurisdição das capitânias dos portos³⁶ ou das autoridades portuárias³⁷. Como decorre do âmbito de aplicação da norma, está aqui

³⁶ Nos termos do n.º 3 do artigo 8.º e do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 44/2002, de 2 de março (alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 235/2012, de 31 de outubro, e 121/2014, de 7 de agosto), as capitânias dos portos constituem os órgãos locais da Direção-Geral da Autoridade Marítima (DGAM), a que se refere a alínea *b*) do n.º 5 do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005. As áreas de jurisdição das capitânias encontram-se recortadas no Anexo (quadro n.º 1) ao *Regulamento Geral das Capitânias*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 265/72, de 31 de julho [alterado, expressa e tacitamente, por inúmeros diplomas, encontrando-se uma versão consolidada não oficial disponível em [http://www.amn.pt/Lists/Legislacao/RGC%20\(atualizado%20FEV2015\).pdf](http://www.amn.pt/Lists/Legislacao/RGC%20(atualizado%20FEV2015).pdf), último acesso: setembro 2015].

³⁷ As autoridades portuárias correspondem a entidades formalmente particulares, mas materialmente públicas (sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos) – as *Administrações Portuárias* –, às quais cabe um amplo leque de poderes e cujas áreas de jurisdição se não circunscrevem às infraestruturas portuárias, *abrangendo também as áreas do domínio público hídrico conexas*, tal como resulta dos respetivos diplomas instituidores e reguladores. No continente, cf. Decretos-Leis n.ºs 335/98 (*APDL – Administração dos Portos do Douro e Leixões, S. A.*, alterado pelo Decreto-Lei n.º 334/2001, de 24 de dezembro), 336/98 (*APL – Administração do Porto de Lisboa, S. A.*, alterado pelo Decreto-Lei n.º 334/2001, de 24 de dezembro), 337/98 (*APS – Administração dos Portos de Sines e do Algarve, S. A.*, a quem se encontra cometida a gestão dos portos de Sines, Faro e Portimão, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 334/2001, de 24 de dezembro, 46/2002, de 2 de março, 95/2010, de 29 de julho, e 44/2014, de 20 de março), 338/98 (*APSS – Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S. A.*, alterado pelo Decreto-Lei n.º 334/2001, de 24 de dezembro), 339/98 (*APA – Administração do Porto de Aveiro, S. A.*, alterado pelo Decreto-Lei n.º 40/2002, de 28 de fevereiro), todos de 3 de novembro; Decretos-Leis n.ºs 210/2008 (*Administração do Porto da Figueira da Foz, S. A. – APFE, S. A.*) e 211/2008 (*Administração do Porto de Viana do Castelo, S. A. – APVC, S. A.*, alterado pelo Decreto-Lei n.º 98/2013, de 24 de julho), ambos de 3 de novembro (retificados pelas Declarações de Retificação n.ºs 75/2008 e 76/2008, respetivamente). Nas regiões autónomas, cf. Decreto Legislativo Regional n.º 19/99/M, de 1 de Julho (*APRAM – Administração dos Portos da Região Autónoma da Madeira, S. A.*, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 25/2003/M, de 23 de Agosto); e Decreto Legislativo Regional n.º 24/2011/A, de 22 de agosto (*Portos dos Açores, S. A.*).

compreendido apenas o eventual reconhecimento de propriedade privada sobre parcelas do domínio público hidráulico-terrestre (e não marítimo-terrestre), localizados fora daquelas áreas de jurisdição.

Destarte, e no âmbito específico em que nos movemos, assume maior interesse a hipótese contemplada na alínea *c*) do n.º 5 do artigo 15.º, na medida em que admite o reconhecimento da propriedade privada (*inter alia*) sobre margens de águas marítimas, desde que estas se prove documentalmente que as mesmas se encontram ocupadas por construções anteriores a 1951 e estejam localizadas em zona urbana consolidada, fora da zona de risco de erosão ou de invasão do mar. Este preceito merece, pois, algumas explicitações adicionais.

Primo, o ano de 1951 pretende constituir uma referência ao *Regime Geral das Edificações Urbanas* (RGEU)³⁸, que passou a exigir o licenciamento municipal das construções dentro dos perímetros urbanos e das zonas rurais de proteção. Talqualmente decorre do preâmbulo do decreto-lei que aprovou o RGEU, este diploma representou um avanço significativo na legislação urbanística da época, na medida em que associou às preocupações sanitárias e de salubridade (que marcaram o desenvolvimento da legislação urbanística no final do século XIX e início do século XX³⁹) a necessidade de garantia de condições mínimas em termos de segurança e de estética das edificações. Atente-se, porém, em que, à luz das disposições da época⁴⁰, o RGEU só entrou em vigor cinco, dez ou quarenta dias após a publicação (que ocorreu em 7 de agosto de 1951), no continente, nos Açores e na Madeira, e nas Ilhas do Corvo e Flores, respetivamente; portanto, existem construções erigidas *antes* da entrada em vigor do RGEU que *já* se encontram abrangidas pela exceção que agora analisamos.

Secundo, o conceito de «zona urbana consolidada» surge densificado pela alínea *o*) do artigo 2.º do *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação* (RJUE), que o descreve como “a zona caracterizada por uma densidade de ocupação que permite identificar uma malha ou estrutura urbana já definida, onde existem as infraestruturas essenciais e onde se encontram definidos os

³⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38 382, de 7 de agosto de 1951.

³⁹ E que ainda se encontravam muito presentes no *Regulamento de Salubridade das Edificações Urbanas*, aprovado pelo Decreto de 14 de fevereiro de 1903. Cf. também F. Alves CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 150, e *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 207.

⁴⁰ Cf. artigo 1.º, n.º 1.º, do Decreto-Lei n.º 22 470, de 11 de abril de 1933, que regula a publicação das leis e fixa as datas em que começam a vigorar, e determina o formulário dos diplomas.

alinhamentos dos planos marginais por edificações em continuidade”. No âmbito da legislação do urbanismo, esta noção é convocada para efeitos de seleção do procedimento de controlo prévio das operações urbanísticas, prevendo o RJUE um procedimento menos exigente – a comunicação prévia com prazo – para a realização de “obras de construção, de alteração ou de ampliação em zona urbana consolidada que respeitem os planos municipais ou intermunicipais e das quais não resulte edificação com cércea superior à altura mais frequente das fachadas da frente edificada do lado do arruamento onde se integra a nova edificação, no troço de rua compreendido entre as duas transversais mais próximas, para um e para outro lado” [cf. artigo 4.º, n.º 4, alínea *d*), do RJUE]. Sem prejuízo das dificuldades inerentes à interpretação desta norma, pode, com segurança, afirmar-se que a circunstância de as obras se incluírem em zona urbana consolidada autoriza um aligeiramento da verificação dos parâmetros da área em que aquelas se localizam, *na medida em que os planos não prevejam uma transformação das características da mesma*⁴¹ – a implicar que, para efeitos do RJUE, a simples circunstância de uma obra se localizar em zona urbana consolidada não determina, por si só, qual o procedimento de controlo prévio aplicável, revelando-se, para tanto, necessária a concorrência de outras condições.

Tertio, as alusões a «zona de risco de erosão» e «zona de risco de invasão do mar» remetem, embora não diretamente, para algumas noções constante disciplina jurídica aplicável aos programas da orla costeira. Este regime identifica um conjunto de riscos associados às zonas de costa, referindo-se, em concreto, ao risco como perigosidade resultante da ocorrência, *inter alia*, de fenómenos de erosão costeira, galgamento e inundação [cf. artigo 2.º, alínea *k*), do Decreto-Lei n.º 159/2012]. A erosão costeira traduz-se no recuo da linha costa (perda de área emersa do território), e inclui o amputamento e recuo dos sistemas dunares frontais, a redução da largura e perda volumétrica da praia emersa (incluindo a dinâmica sazonal) e o recuo linear e paralelo em arribas talhadas em materiais brandos [cf. anexo II, n.º 1, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 159/2012]. As parcelas de terrenos suscetíveis de serem afetadas por estes fenómenos podem integrar as «faixas de risco» [concebidas como faixas paralelas ao litoral, identificadas nos programas, e que se destinam à salvaguarda das áreas sujeitas aos fenómenos erosivos em litoral de arriba e arenoso face à ocupação humana existente, bem como à prevenção desses impactos na evolução global dos sistemas costeiros – cf. artigo 2.º, alínea *a*)] ou mesmo as «áreas de risco» (que consubs-

⁴¹ Cf., *v. g.*, Fernanda Paula OLIVEIRA/Maria José Castanheira NEVES/Dulce LOPES/Fernanda MAÇÃS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 107 e s..

tanciam “áreas específicas incluídas nas faixas de risco definidas para litoral de arriba e litoral baixo e arenoso, as quais devem, sempre que possível, ser assinaladas como zonas de perigo ou zonas interditas, correspondendo, nas arribas, às áreas existentes na base e no topo com evidências localizadas e potencial de instabilidade elevados, onde, no curto prazo, é expectável a ocorrência de movimento de massa de vertente, e, nas praias, às áreas que apresentem suscetibilidade elevada ao galgamento, inundações costeiras ou a outros fenómenos hidrodinâmicos extremos com perigosidade associada – cf. artigo 2.º, alínea b)].

Também o artigo 22.º da Lei n.º 54/2005 contém uma noção paralela às que analisamos – «zona ameaçada pelo mar» –, a qual corresponde a uma área, em relação à qual se preveja tecnicamente o avanço das águas do mar. Todavia, nesta última hipótese, estão em causa terrenos particulares situados *além da margem*, os quais, quando se encontrem naquela situação, podem ser classificados como «zona adjacente» e, como tal, sujeitos a restrições de utilidade pública (cf. artigos 22.º, n.ºs 2 e 3, e 24.º).

3.3. A par deste regime geral, quer o Decreto-Lei n.º 468/71, quer a Lei n.º 54/2005 preveem uma disciplina específica para as Regiões Autónomas, estabelecendo que nestas “os terrenos tradicionalmente ocupados junto à crista das arribas alcantiladas nas respectivas ilhas constituem propriedade privada” (cf. artigos 5.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 468/71, e 12.º, n.º 3, da Lei n.º 54/2005, que coincidem textualmente). Resulta da norma transcrita que, nestas hipóteses, o reconhecimento da propriedade privada apenas depende da prova de que os terrenos em causa vêm estando *tradicionalmente ocupados*⁴²: por um lado, não se prevê agora a exigência de prova documental; por outro lado, não se fixa qualquer momento-limite até ao qual ou a partir do qual se comprovaria a ocupação.

Esta hipótese corresponde a um apelo à figura do *imemorial* (*vetustas*)⁴³, como forma de legitimação de uma situação de facto, *in casu* da ocupação (não titulada) do particular⁴⁴. Em geral, esta figura destina-se a

⁴² Neste sentido, já Freitas do AMARAL/José Pedro FERNANDES, *Comentário...*, cit., p. 139.

⁴³ Partilharão deste entendimento também Freitas do AMARAL/José Pedro FERNANDES, *Comentário...*, cit., p. 107.

⁴⁴ Parecem, a certo momento, inclinar-se também para esta solução, Rogério SOARES, *Direito Administrativo*, p. 10 (quando alude ao imemorial como forma de permitir a defesa de direitos relativos a bens inapropriáveis pelos particulares como sejam os bens do domínio público acidental) e Vaz SERRA, «Prescrição e Caducidade», in: *Boletim do*

permitir, perante um litígio concreto, a presunção de que um particular detém a propriedade da coisa, se se provar⁴⁵ que, desde tempos imemoriais, os particulares (designadamente os antepassados do primeiro) se comportaram relativamente ao bem, sem qualquer contestação, como titulares de direitos reais (privados), *maxime* como proprietários, sobre ele. O imemorial importa, pois, efeitos em duas vertentes de verificação simultânea, consubstanciando, nessa medida, um duplo efeito: presunção da cessação do carácter dominial da coisa e presunção da aquisição da mesma pelo particular.

A admissibilidade da figura do imemorial não contende com a nota da imprescritibilidade do domínio público, mas permite atender à necessidade de tutelar a certeza jurídica perante certas situações de facto. Além disso, a esta solução não se poderia assacar que colidiria com o princípio da extracomercialidade privada de bens dominiais, uma vez que, além do carácter de excecionalidade e de simples presunção que reveste, atento o lapso temporal durante o qual se prolongou, se pode legitimamente concluir que o bem já não interessará ao desempenho de qualquer função pública – não esqueçamos que embora as entidades administrativas sejam titulares do direito de propriedade pública sobre os bens, tal posição jurídica (funcionalizada) lhes confere o dever de velar por uma adequada gestão e tutela dos mesmos, de acordo com a função pública que os mesmos prosseguem e determinante da respetiva submissão ao estatuto da dominialidade. Por último, mas ainda em virtude do mesmo motivo, a Administração teve amplas possibilidades de reação contra a situação abusiva do particular.

IV. APRECIACÃO DO REGIME DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS PRIVADOS SOBRE O DOMÍNIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE: UMA DISCIPLINA NORMATIVA SUSTENTÁVEL?

Muitas críticas se podem tecer acerca da reforma do regime do reconhecimento de direitos privados sobre as margens dominiais, sob a ótica da

Ministério da Justiça, n.º 105, abril 1961, p. 90. Criticando o instituto da *vetustas* ou posse imemorial, cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos Estudios sobre la Usucapión en Derecho Administrativo*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1998, pp. 78 e ss., 95 e ss., 137 e ss. (*v.* ainda pp. 28 e ss., acentuando a vertente probatória do instituto).

Relativamente ao modo como o imemorial pode operar no âmbito do domínio público, *v.* as considerações que tecemos em *O Domínio...*, cit., pp. 150 e ss., e 434 e ss..

⁴⁵ Sobre a prova da imemorialidade cf. Coco, «Immemorable (Diritto Vigente)», in: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XX, Giuffrè Editore, Milano, 1970, pp. 167 e s.; Santi ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo*, 2.ª ed., Cedam, Padova, 1932, p. 228.

técnica legística, das opções político-legislativas e da absoluta falta de rigor e de conhecimento por parte do legislador histórico da evolução normativa em matéria⁴⁶.

O atual regime encerra duas deficiências em dois planos distintos – o plano orgânico-funcional (4.1.) e o plano substantivo (4.2.) –, podendo, em qualquer dos casos, e convocando a palavra-chave que mobiliza o nosso encontro, considerar-se que a disciplina normativa gizada pelo legislador não se revela *sustentável*.

Como é sabido, o conceito de sustentabilidade possui uma densidade e uma teia de significados plúrima: em sentido estrito e mais próximo da sua génese, a noção articula-se com o Direito do Ambiente, tendo origem, logo no início do século XVIII, no âmbito da economia florestal, quando se sentiu necessidade de estabelecer condições e limites ao abate de árvores, de modo a permitir a manutenção e o crescimento das florestas (nesta aceção, o conceito invadiu progressivamente o direito da caça e das pescas)⁴⁷; em sentido amplo, a sustentabilidade inclui o direito ao desenvolvimento (nomeadamente, à melhoria das condições de vida, no horizonte de um acesso justo aos recursos), a sua partilha com as gerações futuras e o estabelecimento de limites a esse desenvolvimento, impostos, desde logo, pela proteção do ecossistema, paulatinamente afetado pelo estado da técnica e da organização social⁴⁸. Enquanto «conceito de ligação» (*Verbundbegriff*)⁴⁹, a sustentabilidade

⁴⁶ A ausência de rigor histórico encontra-se patente, com nitidez, na apresentação do Projeto de Lei n.º 557/XII, na Assembleia da República, aquando do debate na generalidade: v. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 77, 26.04.2014, pp. 3 e s., e 22. O mesmo sucede com a falta de percepção do real alcance das soluções legislativas: v., por exemplo, p. 23, onde se alude ao reconhecimento da propriedade privada através de autos de delimitação administrativa – possibilidade que foi afastada em 2005, e continuou afastada nas alterações de 2013 e 2014 (cf., já a seguir, em texto); ou p. 27, onde se refere que os leitos são sempre públicos, parecendo ignorar que o artigo 15.º também permite o reconhecimento de propriedade privada de parcelas de leitos de águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis.

⁴⁷ V. também KLIPPEL / OTTO, «Nachhaltigkeit und Begriffsgeschichte», in: KAHL (org.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*; Mohr Siebeck, Tübingen, 2008 pp. 39 e ss., esp.^{te} pp. 44 e ss..

⁴⁸ Cf. KAHL, «Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff», in: KAHL (org.), *Nachhaltigkeit...*, cit., pp. 7 e ss., que seguimos de perto.

⁴⁹ KAHL, «Einleitung...», cit., *passim*, esp.^{te} pp. 23 e ss.. O Autor acentua a conexão ou ligação propiciada pelo conceito nas perspetivas interdisciplinar (com impacto nos domínios do direito, mas também da economia, das ciências da natureza, da moral e da ética), temporal (a unificar passado, presente e futuro, introduzindo os problemas da responsabilidade pelo futuro e da justiça intergeracional) e espacial (induzindo a ultrapassagem das fronteiras estaduais e a reconstrução do conceito de soberania).

possui uma pluridimensionalidade que aponta para os desafios atinentes à sustentabilidade ambiental, mas também à sustentabilidade política, à sustentabilidade financeira e fiscal e à sustentabilidade social.

4.1. Sobre os problemas que o regime em análise suscita numa perspetiva orgânico-funcional, temos já tecido algumas observações, pelo que nos autorizaremos a retomá-las neste momento agora em traços meramente esquemáticos. Ao impor a propositura de uma ação judicial para o reconhecimento de direitos privados, o direito português recuou no alcance que conferia ao poder administrativo de delimitação dos bens dominiais⁵⁰ – uma originalidade que, aliás, o apartava do direito espanhol.

Em geral, e como acentuava já Afonso Queiró⁵¹, a delimitação consubstancia o ato administrativo que tem como propósito estabelecer a extensão dos bens dominiais relativamente aos bens (privados) confinantes (no fundo, “declarar aquilo que resulta da própria lei, a qual, na verdade, enuncia os requisitos da dominialidade”). A delimitação constitui uma prerrogativa própria da Administração, à qual a lei atribui o poder de fixar os limites dos bens adstritos ao desempenho de uma função pública determinante da sua dominialidade.

Atualmente, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º

⁵⁰ Em momento anterior ao Decreto-Lei n.º 468/71, a Comissão do Domínio Público Marítimo, na sua tarefa de delimitação dos terrenos do domínio público marítimo-terrestre, admitia que o Estado beneficiava de uma presunção *iuris tantum* da dominialidade das margens e dos leitos das águas dominiais, pelo que, enquanto não fosse apresentada prova em contrário, se presumia que aqueles integravam o domínio público estadual. Tal significava, pois, que o ato de delimitação, além de esclarecer dúvidas sobre as extremas de determinado prédio dominial, poderia reconhecer, *quando apresentada prova (legalmente configurada) nesse sentido*, a existência de direitos de propriedade privada sobre parcelas integradas nas margens e leitos dominiais. Esta ideia foi acolhida pelo artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 468/71, preceito que, associado ao artigo 10.º do mesmo diploma, parecia indiciar no sentido de que o ato administrativo de delimitação, na medida em que dilucidava os limites do domínio público, se encontrava habilitado a constatar a subsistência de propriedade privada sobre margens ou leitos e, como tal, a certificar que a parcela submetida ao domínio público hídrico não teria as dimensões previstas pelo legislador, ficando aquém delas, por se haver provado que uma parte dela estava sujeita a propriedade privada, a posse em nome de particulares ou a fruição conjunta de indivíduos compreendidos em certa circunscrição territorial antes de 31 de dezembro de 1864 ou de 22 de março de 1868, ou ainda (quando se demonstre que os documentos anteriores a estas datas se tornaram ilegíveis ou foram destruídos por incêndio ou facto semelhante ocorrido na conservatória ou registo competente) antes de 1 de dezembro de 1892.

⁵¹ Afonso QUEIRÓ, «Uma Questão sobre Domínio Público Marítimo», in: *Estudos de Direito Público*, vol. II, tomo I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 2000, pp. 389 e 395.

353/2007, de 26 de outubro⁵², “a delimitação do domínio público hídrico é o procedimento administrativo pelo qual é fixada a linha que define a estrema dos leitos e margens do domínio público hídrico confinantes com terrenos de outra natureza”. Conjugando esta norma com o disposto no citado artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, concluímos que o poder para o reconhecimento de propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicas não cabe hoje à Administração, através da delimitação, mas *apenas* aos tribunais⁵³. O legislador criou, pois, uma solução que não só desvaloriza a delimitação administrativa enquanto prerrogativa administrativa da correta definição dos bens dominiais⁵⁴, como também viabiliza desnecessariamente, a prática de atos de delimitação inválidos. Assim sucederá quando, apesar do conhecimento de elementos que justificariam (por força da subsistência de direitos de propriedade privada sobre margens públicas) a certificação de uma outra configuração da parcela dominial em causa (que, *v. g.*, não teria uma largura de 50 metros, mas de apenas 20), as comissões de delimitação se vejam vinculadas a abstrair deste facto e a considerar levar os limites do domínio público até às dimensões legalmente previstas – com a consequência de praticar um ato de delimitação nulo, por, na realidade, se revelar incorreta a definição das fronteiras entre domínio público e propriedade privada.

Outra questão respeita aos tribunais competentes para apreciar a ação: se, na redação inicial, o legislador não consagrava, *ex professo*, uma solução, nas alterações introduzidas em 2013, o artigo 15.º veio apontar no sentido da competência dos tribunais comuns (e não dos tribunais administrativos)⁵⁵. Trata-se de uma opção que perfilha do entendimento segun-

⁵² Para os procedimentos de delimitação pendentes em 27 de outubro de 2007, cf. Despacho Normativo n.º 32/2008, in: *Diário da República*, II Série, n.º 118, 20.06.2008, pp. 26933 e ss., emanado ao abrigo do n.º 2 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 353/2007.

⁵³ Não obstante a epígrafe da Resolução da Assembleia da República n.º 97/2013, de 11 de julho (“Recomenda ao Governo um conjunto de ações versando a ocupação e o reconhecimento da propriedade privada no domínio público hídrico”), o respetivo conteúdo pretende incentivar e simplificar a delimitação *administrativa* dos terrenos do domínio hídrico (n.ºs 1, 2, 5 e 6), bem como promover a difusão de informação sobre os direitos dos cidadãos relativos ao reconhecimento (*judicial*) da propriedade privada sobre o domínio hídrico (n.ºs 3 e 4).

⁵⁴ Evidentemente, a partir do momento em que concluisse não integrar a parcela o domínio público, não cabia ao ato de delimitação decidir a que particular pertencia, em propriedade, a faixa não submetida ao estatuto da dominialidade.

⁵⁵ Em momento anterior à Lei n.º 34/2014, o Tribunal dos Conflitos teve oportunidade de analisar esta questão, mas evitou-a. No Acórdão de 07.07.2009, P. 011/09, aquela instância foi confrontada com um conflito negativo de competências, relativo à

do o qual os tribunais competentes para decidir sobre questões relativas à propriedade privada serão os tribunais comuns, não se encontrando, nesta hipótese, envolvida qualquer relação jurídica administrativa que fundamentasse a competência dos tribunais administrativos⁵⁶.

Não ignoramos que se poderão invocar os n.ºs 5 e 6 do artigo 17.º da Lei n.º 54/2005 para sustentar a coerência das soluções: a primeira norma afirma explicitamente que a delimitação administrativa não preclui a competência dos tribunais comuns para decidir da propriedade ou da posse dos leitos e margens ou suas parcelas; o segundo preceito, complementar do primeiro, consagra a competência dos tribunais comuns para arguir vícios próprios do ato de delimitação que se traduzam numa questão de propriedade ou posse. Conjugando estas disposições com o artigo 15.º, afirmar-se-á, que, no caso específico dos recursos hídricos, o legislador terá pretendido cometer aos tribunais comuns todas as questões substantivas relacionadas com a definição da propriedade. Ora, é justamente esta opção que criticamos, na medida em que não subsistem razões para tal.

O reconhecimento judicial de direitos de propriedade privada sobre terrenos do domínio público constitui uma questão de fronteira⁵⁷ no que se refere à delimitação entre a jurisdição administrativa e a jurisdição comum. Nos termos do n.º 3 do artigo 212.º da Constituição, a delimitação

apreciação de uma providência cautelar, intentada pelos requerentes como preliminar de uma ação de reconhecimento da propriedade privada; a questão assumia contornos especialmente complexos, na medida em que o Diretor Regional do Ambiente e do Território já ordenara a demolição das construções erigidas sobre o terreno e a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional pretendia agora executá-lo (tendo em conta que os requerentes haviam decaído na ação de impugnação do ato). Considerando este último circunstancialismo, o Tribunal dos Conflitos optou por considerar que, talqualmente se encontrava configurada no requerimento, a providência cautelar se destinava a “obstar ao exercício da prerrogativa ou autotutela executiva da Administração”, motivo que captava a causa para o âmbito da competência dos tribunais administrativos.

⁵⁶ Cf., neste sentido, por exemplo, José Miguel JÚDICE / José Miguel FIGUEIREDO, *Ação...*, IV.1.

⁵⁷ A par de outras: pense-se, *v. g.*, nas ações de delimitação judicial do domínio público ou nas ações intentadas em caso de situação de dúvida acerca do estatuto (público ou privado) assumido por uma determinada coisa. No primeiro caso, e independentemente das soluções pontuais adotadas pelo legislador (desde logo, no que tange ao domínio hídrico), a tarefa do tribunal reconduz-se a averiguar, numa coisa determinada, até onde vão os caracteres que a permitem considerar como domínial – o que apontaria no sentido da competência dos tribunais administrativos. Na segunda hipótese, está em causa um conflito relacionado com a determinação em concreto da dominialidade de um bem – também neste âmbito nos deparamos com uma ação declarativa de simples apreciação, a deduzir, nos tribunais administrativos, nos termos do artigos 37.º, n.º 1, alínea g), e 39.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

do âmbito da Justiça Administrativa é efetuada de acordo com o critério da relação jurídica administrativa, pelo que se poderá afirmar que a *ratio* da dualidade de jurisdições assenta na especificidade do regime jurídico aplicável e, em consonância, na imprescindível especialização dos juizes dos tribunais administrativos⁵⁸. Uma maior cultura pelo interesse público e a ultrapassagem de uma concepção estrita do princípio da divisão de poderes aliadas à procura do equilíbrio entre proteção jurisdicional do cidadão e eficiência administrativa, por um lado, e Estado de Direito e Estado Administrativo, por outro⁵⁹, constituem os vetores em torno dos quais circula a emergência de uma ordem jurisdicional separada para apreciar litígios que primordialmente se colocam em termos de Direito Administrativo.

Estas razões verificam-se relativamente ao problema que nos ocupa. Não obstante a formulação da norma do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, o objeto do processo consiste em determinar se os terrenos em causa se encontram ou não submetidos ao estatuto da dominialidade – problema que releva da apreciação, em concreto, da existência de um regime especial de Direito Administrativo sobre determinados bens que, numa primeira análise (à luz do ordenamento jurídico em vigor) reúnem as condições naturais para integrarem o domínio público hídrico. Deverá entender-se estarmos ainda aqui diante de uma *questão de Direito Administrativo*, a dirimir pelos tribunais administrativos, inclusivamente por motivos relacionados com a *especialidade*⁶⁰ da competência desta ordem jurisdicional⁶¹.

⁵⁸ Cf. M. Aroso de ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 56. Sobre a problemática da opção entre a existência de ordem jurisdicional separada ou uma especialização de tribunais (ambas admissíveis, em teoria), *v.*, por todos, Sêrvulo CORREIA, *Contencioso Administrativo*, polic., AAFDL, Lisboa, 1990, pp. 134 e ss..

⁵⁹ Barbosa de MELO, *Direito Administrativo II (A Protecção Jurisdicional dos Cidadãos perante a Administração Pública)*, polic., Coimbra, 1987, p. 8.

⁶⁰ À qual os tribunais judiciais nem sempre conseguem dar resposta como demonstrámos no nosso trabalho «Da Competência...», cit., pp. 75 e s..

⁶¹ O diploma em causa encontra-se, além disso, em contracorrente com o projeto (mais ou menos contemporâneo) do Código das Expropriações, que passa a atribuir aos tribunais administrativos a competência para conhecer dos processos de expropriação litigiosa (artigo 41.º, n.º 2), com fundamento no desaparecimento das razões históricas que justificavam a competência dos tribunais comuns, na atual disseminação dos tribunais administrativos pelo território nacional, na coerência do sistema judicial, mas também na circunstância de, estando em causa a defesa de um direito de natureza análoga (o direito de propriedade), a ação se integrar na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Cf. o Projeto de Revisão do Código das Expropriações (2013), disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/apresentacao-do-projeto/downloadFile/attachedFile_f0/Projeto_Revisao_CodigoExpropriacoes.pdf?nocache=1372332986.34 (último acesso: setembro 2015).

4.2. No plano substantivo, o diploma põe em cheque os fundamentos subjacentes à dominialidade dos terrenos conexos com águas marítimas. Como anteriormente enfatizámos, e em termos distintos do que sucedeu em meados do século XIX, as razões que, nos tempos hodiernos justificam a submissão das águas e respetivos terrenos ao domínio público não se prendem apenas com fatores associados à circulação de pessoas e bens ou com o critério do uso público. Assim, e por um lado, embora o estatuto da dominialidade não se encontre (nem se deva encontrar) adstrito, em exclusivo, à proteção do ambiente, também se não pode ignorar a relevante função de natureza ambiental que prossegue, na medida em que subtrai os bens à disponibilidade dos particulares e os sujeita a um exigente regime de Direito Administrativo. Por outro lado, e no caso do domínio público marítimo, assomam também as funções associadas à defesa nacional.

Ora, o regime de reconhecimento da propriedade privada – *sobretudo, nos termos resultantes da alínea c) do n.º 5 do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005* – obnubila todas estas questões. Admitindo que se considerem como privados os terrenos integrados em zona urbana consolidada, fora das zonas de risco, e ocupados por construção anterior a 1951, o preceito vem inverter a presunção *iuris tantum* da dominialidade e, na verdade, criar uma presunção *iuris et de iure* de propriedade privada em área dominial, tendo como critérios orientadores a ocupação urbanística e a segurança das edificações. Efetivamente, a partir do momento em que os interessados comprovem que a parcela está abrangida pelo *Tatbestand* da norma, não se permite ao Estado demonstrar que, não obstante aquele circunstancialismo, o terreno integrava, na altura e agora, o domínio público marítimo-terrestre⁶².

⁶² O desconhecimento e a tentação para ignorar os fundamentos *atuais* da dominialidade dos terrenos conexos com águas do mar constitui, aliás, uma tendência recente do legislador nacional. Considere-se, *v. g.*, o Decreto-Lei n.º 100/2008, de 16 de junho, que estabelece os procedimentos relativos ao destino a dar às áreas compreendidas no domínio público hídrico do Estado em relação a usos com este compatíveis, nos termos legais, ou quando deixem de estar afetas exclusivamente ao interesse público do uso das águas. Desarte, o diploma parece regressar à associação entre domínio hídrico e circulação.

Ainda que não sejam estes os únicos problemas que o mencionado Decreto-Lei que, aliás, se caracteriza igualmente pela indefinição conceitual. Atente-se, desde logo, na criação de um conceito de «domínio público geral» (cf. artigos 4.º, n.º 3, 7.º, n.ºs 2 e 3, e 8.º, n.º 1), para referir os bens dominiais que não integram o domínio público hídrico. Sabendo que, entre nós, os bens dominiais só existem *qua tale* perante uma classificação legal – que não é livre, mas atende a um conjunto de critérios orientadores (cf. o nosso trabalho *O Domínio...*, cit., pp. 287 e ss., e «Direito...», cit., pp. 23 e ss.) –, não se compreende o sentido daquela referência: ou os bens em causa (ainda que desafetados do domínio hídrico) se integram noutra tipo dominial (e, assim, mantêm-se sujeitos ao

E a favor do regime legal mais permissivo não se poderá invocar o princípio da proteção da confiança ou o imperativo da tutela das legítimas expectativas dos particulares. Trata-se de um argumento que apenas teria validade se, por um lado, a disciplina normativa referente à integração dos terrenos em causa no domínio público marítimo-terrestre houvesse determinado, à época, uma expropriação dos bens em causa, ou se, por outro lado, se viesse impossibilitar (de todo, ou após o decurso de um determinado lapso temporal, como sucedia na redação inicial do n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005) o reconhecimento da pré-existência dos direitos privados.

Sem prejuízo de o próprio legislador histórico conceder que é relativamente às margens sujeitas à jurisdição das autoridades marítimas “que incidem com maior acuidade os valores de segurança de pessoas e bens e da proteção da natureza e do ambiente, subjacentes à tutela da dominialidade”⁶³, a Lei n.º 34/2014 acaba, implicitamente, por admitir a legitimidade da apropriação de bens dominiais entre 1864/1868 e 1951, a partir do momento em que exista uma construção sobre a parcela em causa e esta se encontre nas demais condições previstas na alínea c) do n.º 5 do artigo 15.º da Lei n.º 54/2005. Tal implica, a afinal, que, não obstante a dominialização dos recursos hídricos (*lato sensu*) haver ocorrido em meados do século XIX e obtido confirmação em vários diplomas desde então (com especial destaque para a Lei das Águas de 1919 e para o Decreto-Lei n.º 468/71), em 2014, a lei revoga (retroativamente!) todos esses dispositivos, considerando que, nas situações (sem dúvida, muito frequentes) em que os terrenos se encontrem em zona urbana consolidada, fora da zona de risco de erosão ou de invasão do mar, e ocupados por construção anterior ao RGEU, aqueles só passaram a integrar o domínio público marítimo-terrestre a partir de 1 de janeiro de 1951 (ainda que, como assinalámos, aquele diploma só tenha começado a vigorar, *grosso modo*, em agosto do mesmo ano...).

A circunstância de sobre os terrenos privados incluídos em área dominial incidir um conjunto de restrições jurídico-administrativas (eventualmente equiparáveis a servidões)⁶⁴ não infirma as considerações tecidas.

estatuto da dominialidade, nos termos previstos para esse tipo), ou não têm qualquer característica que justifique a sua integração no domínio público (como, à luz das situações delineadas pelo legislador, sucederá com mais frequência). Outros problemas resultariam igualmente da referência à existência de uma *autorização* para utilização privativa do domínio hídrico [cf. artigo 3.º, n.º 1, alínea b)].

⁶³ Cf. a Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 557/XII (que deu origem à Lei n.º 34/2014), in: *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 38, 16.04.2014, p. 2.

⁶⁴ Expressamente avançado na já Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 557/XII, cit., p. 2, de acordo com a qual “o fato de ser reconhecida a propriedade privada sobre

Exceto se a opção político-legislativa consistisse na alteração do modelo dos bens públicos, no sentido da substituição de um sistema de raiz romano-francesa por um modelo germânico, a previsão de restrições ou direitos reais administrativos não (cor)responde às exigências pressupostas pelo estatuto da dominialidade pública.

Outro argumento invocado para a solução legal consistiu no facto de o regime anterior (que exigia a prova da propriedade ou posse privadas antes de 1864 ou 1868, ou, em caso de destruição de documentos, antes de 1892) implicar um ónus da prova excessivo para os particulares, atentando contra o direito de propriedade privada e contra o direito à tutela jurisdicional efetiva. Trata-se de uma retórica escrutinada, muito recentemente, pelo Tribunal Constitucional⁶⁵: louvando-se em jurisprudência anterior dedicada ao problema do ónus da prova, o Tribunal reiterou o entendimento de que, em princípio, aquele ónus deve ser “alocado à parte que se encontra em melhores condições para antecipadamente poder lançar mão dos meios ou instrumentos materiais aptos à prova dos factos”, acrescentando que não se afigurará contestável que, nas situações em análise, “o particular [seja], à partida, quem preenche melhor – ou, pelo menos, menos mal – esta exigência”.

Por último, o regime parece igualmente algo desequilibrado, na medida em que apenas protege (ou, pelo menos, só confere uma proteção acrescida aos) particulares que efetuaram construções sobre as parcelas em causa. Se o fundamento para as alterações da disciplina normativa sobre a matéria reside na desproporcionada imposição de uma *diabolica probatio* sobre os cidadãos⁶⁶, todos teriam de beneficiar de um regime menos rigoroso. A esta linha discursiva opor-se-á que os prejuízos sofridos pelos interessados se revelam superiores quando existam edificações sobre os terrenos; então, tal significa que a *ratio* subjacente à atenuação do regime não se reconduz aos problemas probatórios, mas antes à tutela dos interessados

terrenos dos leitos e margens não deixa desguarnecidos de tutela jurídica os valores inerentes ao regime do domínio público hídrico, uma vez que, nesse caso, tais terrenos ficam sujeitos às restrições e de servidões administrativas estabelecidas no mesmo regime jurídico”.

⁶⁵ Acórdão n.º 326/2015, de 23 de junho, in: *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 46, 29.07.2015, pp. 20901 e ss., esp.^{te} p. 20908, ponto 12.4.

⁶⁶ Eis o que decorre da Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 557/XII, cit., p. 2, que alude à “dificuldade na recolha da prova exigida para o reconhecimento da propriedade privada” ou ao carácter “excessivo” da exigência de prova de propriedade privada reportada a 1864 ou 1868; repare-se, porém, que o documento não deixa de salientar que relativamente margens sujeitas à “jurisdição marítima” [que escapam ao regime mais atenuado de prova constante do n.º 5, por se encontrarem excluídas do âmbito da alínea *b*)] “incidem com maior acuidade os valores da segurança de pessoas e bens e da proteção da natureza e do ambiente, subjacentes à tutela da dominialidade”.

que tenham erguido construções. Temos, contudo, dificuldade em aceitar que, nos termos do princípio da proteção da confiança (e mesmo do princípio da igualdade), estes mereçam uma tutela superior aos cidadãos que, *v. g.*, mantinham plantações sobre as parcelas em causa, das quais retiravam os rendimentos para viver.

Naturalmente, o regime previsto na alínea *c*) do n.º 5 do artigo 15.º não permitiria abranger também parcelas sem edificações. O argumento mobilizado destina-se, contudo, a demonstrar que, caso o fundamento para a atenuação das exigências se reconduzisse apenas às dificuldades de prova que constroem o direito de propriedade privada, o legislador também haveria de, em coerência, construir uma exceção similar para as demais parcelas relativamente às quais os particulares pretendessem obter o reconhecimento de direitos.

Abre-se, todavia, caminho para a adoção de soluções intermédias para determinados casos que mereceriam um tratamento diferenciado – menos exigente que o constante nos n.ºs 1 e 2. Pense-se, *v. g.*, na opção perfilhada pela disposição transitória primeira da *Ley de Costas* espanhola⁶⁷ e reiterada pela disposição transitória primeira do *Reglamento General de Costas*⁶⁸, que, ao invés de considerarem que os terrenos permaneciam na propriedade privada dos particulares, apontam para a conversão dos direitos de propriedade (privada) em direitos concessionais. Já antes da *Ley de Costas*, alguma doutrina⁶⁹ vinha considerando que os titulares de direitos de propriedade privada sobre tais terrenos que passaram a integrar o domínio público estadual tinham o direito de exigir à Administração a concessão de uso privativo do domínio público (a que correspondia, da parte da entidade administrativa, o dever de a outorgar, salvo se daí resultasse um grave e notório prejuízo para o interesse público), durante um prazo máximo de noventa e nove anos (cf. artigo 126, primeiro parágrafo da Lei do Património do Estado). Não obstante a atual *Ley de Costas* implicar um fortalecimento da titularidade pública sobre o espaço costeiro, o n.º 1 da disposição transitória primeira vem reconhecer, pelo menos em termos implícitos, a existência de direitos de propriedade sobre terrenos pertencentes à zona marítimo-terrestre (o mesmo sucedendo com o n.º 1 da disposição transitória primeira do *Reglamento General de Costas*). Com efeito, prevê-se aí expressamente a

⁶⁷ *Ley* 22/1988, de 29 de julho, alterada, por último, pela *Ley* 2/2013, de 29 de maio.

⁶⁸ *Real Decreto* 876/2014, de 10 de outubro.

⁶⁹ Cf. SAÍNZ MORENO, «Dominio Público Estatal de las Playas y Zona Marítimo-Terrestre (Artículo 132.2 de la Constitución)», in: *Revista de Administración Pública*, n.º 99, setembro/dezembro 1982, pp. 241 e s..

compensação⁷⁰ dos antigos proprietários através da previsão de um direito a exigir uma «conversão» do seu direito de propriedade num direito de ocupação e aproveitamento (no fundo, uma concessão de uso privativo do domínio público) pelo prazo de trinta anos (prorrogável por outros trinta), sem obrigatoriedade de pagamento de taxa, a par de um direito de preferência relativo a concessões para novos usos ou aproveitamentos sobre os terrenos que anteriormente constituíam objeto de propriedade privada⁷¹.

A adoção de soluções alternativas poderá passar igualmente por um *crescendo* na intensidade e na estabilidade da posição conferida ao particular que ocupa parcelas cujas características determina(ria)m a inclusão no domínio público marítimo terrestre. O primeiro nível (mais intenso) – correspondente ao reconhecimento do direito de propriedade privada – estaria reservado para os particulares nos termos originariamente admitidos pelo Decreto-Lei n.º 468/71. Um segundo patamar poderia abranger os particulares que, não conseguindo comprovar aqueles requisitos mais exigentes, mas encontrando-se numa situação que justificaria uma proteção acrescida (por exemplo, por possuírem construções ou plantações sobre as parcelas, anterior, *v. g.*, à vigência do Decreto-Lei n.º 468/71, que, pela primeira vez, estabelece um regime claro sobre as condições de reconhecimento de propriedade privada sobre leitos e margens), seria defensável, em alternativa à opção legal, considerar que as obras e plantações edificadas sobre parcelas incluídas no domínio público marítimo-terrestre revestiriam natureza pri-

⁷⁰ Chegou a questionar-se a constitucionalidade desta compensação com fundamento no n.º 3 do artigo 33 da Constituição espanhola (“ninguém pode ser privado dos seus bens e direitos senão por causa justificada de utilidade pública ou interesse social, mediante a correspondente indemnização e em conformidade com o disposto nas leis”), entendendo-se que a conversão em concessões administrativas não compensava em termos económicos a perda do direito de propriedade. O Tribunal Constitucional considerou, porém, *inter alia*, que as condições em que o direito de ocupação e aproveitamento era conferido aos particulares constituíam um equivalente económico do direito de que os particulares se viam privados. Cf. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho...*, cit., pp. 175 e s..

⁷¹ V. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, «Reconocimiento de Titularidades Privadas en el Dominio Público Marítimo-Terrestre. Alcance y Límites», in: *Revista de Administración Pública*, n.º 146, maio/agosto 1998, pp. 239 e 246. De referir que a prova da existência de anteriores direitos de propriedade sobre parcelas da zona marítimo-terrestre se revela particularmente exigente, já que tais direitos hão-de ter sido reconhecidos por sentença judicial transitada em julgado anterior à entrada em vigor da *Ley de Costas* (ainda que alguma doutrina aqui defenda um alargamento, por forma a incluir as titularidades pendentes de sentença ou as situações em que ainda não se verificou o trânsito em julgado, assim como os direitos de propriedade futuramente reconhecidos judicialmente – *v.*, por todos, *Op. cit.*, p. 247 e, na mesma p., n. 39). Cf. também sobre o referido preceito MELÁN GIL, «El Concepto de Dominio Público Marítimo-Terrestre en el Proyecto de Ley de Costas», in: *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 59, julho/setembro 1988, pp. 7 e ss. *passim*, esp. pp. 35 e ss..

vada, embora assentes em solo dominial⁷². Aos respetivos titulares reconhecer-se-ia o direito de propriedade privada sobre as construções⁷³, bem como a outorga de um direito de uso privativo, sujeito a um regime jurídico especial, embora não necessariamente coincidente com o emergente do direito espanhol (*v. g.*, dotado de maior estabilidade, designadamente pela previsão de um prazo longo, suscetível de renovação sem limites temporais, mas acompanhado de deveres para com a Administração – desde logo, o pagamento de uma taxa, especialmente relevante em tempos de crise económico-financeira e numa época de valorização dos terrenos costeiros). O último nível respeitaria às restantes hipóteses, em que se aplicaria, sem mais, o regime da dominialidade pública, pelo que qualquer ocupação dos terrenos em causa significaria uma ocupação sem título.

V. REFLEXÕES FINAIS

As considerações anteriores permitem-nos concluir que, em matéria de reconhecimento de direitos privados sobre o domínio público marítimo-terrestre, o Decreto-Lei n.º 468/71 continha um regime técnico-juridicamente muito mais apurado⁷⁴. Tal não significa, porém, que a disciplina normativa atual seja completamente desprovida de virtudes. Todavia, a maior vantagem da redação atual da Lei n.º 54/2005 consiste no regresso à ausência de prazo para solicitar o reconhecimento da propriedade privada sobre os terrenos conexos com águas – o qual, não sendo necessariamente

⁷² Trata-se de uma solução próxima da equacionada pelo Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 10/2006, cit., p. 32234. Cf., porém, a este propósito, a crítica de João MIRANDA, «A Titularidade...», cit., p. 178. Reconhecemos que, construindo o particular uma obra sobre o domínio público sem título para tal, não se encontra exatamente nas mesmas condições de um concessionário de uso privativo, cujo título de utilização lhe consentia a edificação de construções sobre a parcela dominial concedida. Todavia, e considerando o contexto em que defendemos a solução (como alternativa aos excessos do reconhecimento de direitos privados sobre o domínio público marítimo abertos pela Lei n.º 34/2014), parece-nos mais razoável converter o direito sobre a parcela dominial num direito de uso privativo e, de acordo com a disciplina jurídica relativa às construções realizadas ao abrigo de uma concessão de uso privativo, admitir a existência de um direito de propriedade privada sobre a obra, que reconhecer a propriedade privada *in toto*, incluindo o terreno.

⁷³ Ainda que sujeito a expropriação, quando os terrenos se revelassem imprescindíveis ao cumprimento das funções dominiais – à semelhança do que prevê o n.º 2 do artigo 16.º da Lei n.º 54/2005 em relação às parcelas sobre as quais se reconheça a existência de um direito de propriedade privada.

⁷⁴ Como, aliás, se encontra, *ex professo*, reconhecido pela Proposta de Lei n.º 19/X, cit., p. 15, que qualifica o Decreto-Lei n.º 468/71 como “diploma de elevada qualidade técnica”.

inconstitucional⁷⁵, talvez não se revelasse muito conveniente também numa perspetiva de política legislativa. Evidentemente, e sob pena de se fazerem perigar os interesses públicos da dominialidade dos terrenos conexos com águas, a ausência deste prazo deveria ser acompanhada da imposição de alguma celeridade nos procedimentos de delimitação, conferindo a este ato os efeitos (mais amplos) que lhe assinalámos.

Importa ainda sublinhar a *vis attractiva* do estatuto da dominialidade sempre que as parcelas em causa, embora reconhecidas como privadas, preenchem em concreto os requisitos físicos legalmente estabelecidos. Assim, o artigo 16.º do mesmo diploma, que prevê, na linha do que sucedia com o Decreto-Lei n.º 468/71, um direito de preferência do Estado na alienação entre vivos destes terrenos (n.º 1), assim como a possibilidade de expropriação por utilidade pública, sempre que tal se revele necessário para submeter ao regime da dominialidade todas as parcelas existentes em certa zona (n.º 2), ficando em ambos os casos as coisas automaticamente (*i. e.*, independentemente de outro ato da Administração para além do que operou a aquisição para a titularidade de um ente público) subordinadas ao domínio público (n.º 3).

Em suma, o futuro do regime jurídico do domínio público marítimo-terrestre passará pelo balanceamento entre uma concepção sustentável da dominialidade e a manutenção da tradição romano-francesa – o que implicará, desde logo, a defesa de uma função ambiental, mas também a sua necessária articulação com as demais funções dominiais (designadamente, com a vocação rentabilizadora)⁷⁶. Destarte, entendemos, na senda do Tribunal Constitucional⁷⁷, que a dominialidade pública (identificada com a propriedade pública sobre os bens) constitui o melhor instrumento jurídico de garantia dos interesses públicos subjacentes, sobretudo quando se considera, regressando, em parte, às origens, que as margens das águas públicas apresentam impacto no exercício de liberdades fundamentais, como a liberdade de circulação. Eis os motivos que nos levam a defender uma posição mais cautelosa no reconhecimento de direitos adquiridos no litoral.

⁷⁵ O Tribunal Constitucional não considerou inconstitucional a fixação de um prazo para a propositura da ação de reconhecimento, entendendo que tal previsão constituía um “elemento indispensável à estabilização da base dominial” – cf. Acórdão n.º 326/2015, cit., p. 20908, ponto 12.2.. Defendendo, porém, a inconstitucionalidade da solução, *v.* João MIRANDA, «A Titularidade...», pp. 171 e ss.; José Miguel JÚDICE/José Miguel FIGUEIREDO, *Acção...*, cit., I-1.

⁷⁶ Como adequadamente sublinha Joana MENDES («Direito...», cit., p. 38), a tutela ambiental não demanda a propriedade pública dos bens em causa, satisfazendo-se com a atribuição de um conjunto de poderes à Administração (e, acrescentaríamos, a imposição de um conjunto de vínculos sobre os bens), e a fiscalização administrativa do cumprimento das normas de Direito do Ambiente.

⁷⁷ Acórdão n.º 326/2015, p. 20909, ponto 12.4.

(Página deixada propositadamente em branco)

DERECHOS ADQUIRIDOS Y COSTAS

CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
Instituto García Oviedo

Sumário: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONTROVERTIDA ADMISIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE ENCLAVES PRIVADOS EN LAS COSTAS. III. LA LEY 22/1988, DE 27 DE JULIO, DE COSTAS. RECHAZO A LA POSIBILIDAD DE DERECHOS DE PROPIEDAD SOBRE LOS BIENES DEL DEMANIO MARÍTIMO-TERRESTRE Y EL TRATAMIENTO DE LAS TITULARIDADES PRIVADAS PREEXISTENTES. IV. LA LEY 272013, DE 29 DE MAYO, DE PROTECCIÓN Y USO SOSTENIBLE DEL LITORAL Y DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE COSTAS. ¿QUÉ HA SUPUESTO EN EL TEMA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS SOBRE LAS COSTAS?

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho español, el tema de los derechos adquiridos en las costas ha suscitado mucha atención y debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, una cuestión que presenta matices y que no puede abordarse sin que previamente se hagan algunas precisiones. Ante todo, y en la medida que el lenguaje siempre es importante se debe aclarar cuál es el fenómeno jurídico al que nos podemos estar refiriendo al hablar de “derechos adquiridos en las costas”, toda vez que en principio puede cubrir distintas situaciones jurídicas que habilitan a su titular al uso privativo de las costas, desde el más pleno o derecho de propiedad hasta aquellos otros, tanto de índole administrativa, como la concesión, como de índole civil

que habilitan a su titular a un uso o aprovechamiento exclusivo. En esta exposición debemos ceñirnos a su sentido más pleno, por lo demás el más polémico como se verá, esto es, a la posibilidad de derechos de propiedad de particulares sobre los espacios de las costas. Y ello sin perjuicio de la necesidad de referirnos a los otros derechos que permiten el uso privativo de las costas, sin cuestionar que la plena titularidad corresponde al Estado. En segundo lugar, hay que circunscribir el análisis a “las costas” o espacios del litoral a los que el Derecho declara o dispone su condición de dominio público, esto es, de titularidad pública y uso colectivo, asumiendo que las costas como realidad natural puede tener una consistencia distinta no solo para las normas, como es el caso de que se dispongan servidumbres sobre terrenos de propiedad privada sitas en el litoral, sino también desde otras perspectivas o disciplinas. Desde ambas precisiones nuestro análisis se ciñe a lo que en la doctrina o jurisprudencia española se conoce como “enclaves privados en el dominio público marítimo-terrestre”.

Por último, debe aclararse que, aunque se hable de enclaves privados en el dominio público marítimo-terrestre la realidad es que esta frase encierra una contradicción en sí misma, toda vez que propiedad privada y dominio público son conceptos jurídicos antagónicos. Lo que realmente trasluce esta expresión es la existencia o la posibilidad legal de que personas particulares ostenten válidamente derechos de propiedad privada sobre espacios de las costas que excepcionan la condición pública demanial que, en otro caso, tendrían. De admitirse la propiedad privada de un particular sobre un terreno de las costas, se excluye para el mismo la declaración legal de titularidad pública y naturaleza demanial que con carácter general se disponen para los bienes del demanio marítimo-terrestre.

Sentado lo anterior, la pregunta es inevitable ¿Se ha admitido en el Derecho español la posibilidad de enclaves privados en las costas?, y, si es así, ¿en el Derecho vigente cabe afirmar que se reconoce la posibilidad de que particulares puedan ser titulares de propiedad privada sobre parcelas del dominio público marítimo-terrestre? Para responder a esta pregunta, y en tanto que abordamos una cuestión jurídica es preciso tomar como referentes el tratamiento que las sucesivas normas han dado a este tema y su interpretación, que resumiremos para la exposición en tres momentos: antes de la vigente Ley 22/1988, de 27 de julio, de Costas (2); la propia Ley de Costas en su versión original (3) y la Ley 2/2013, de 29 de mayo de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988 de Costas (4).

II. LA CONTROVERTIDA ADMISIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE ENCLAVES PRIVADOS EN LAS COSTAS

Ha sido una constante en el Derecho español, desde épocas remotas, el tratamiento de las costas del mar como bienes diferenciados. Desde la recepción del Derecho romano a través de las Partidas aparecen ya unos bienes definidos, por remisión a la realidad natural en torno a la línea ideal de contacto entre el mar y la tierra caracterizados por su “condición pública”. Con diversa denominación e, incluso, definición las sucesivas disposiciones normativas que han determinado cuáles son los bienes marítimos y su régimen jurídico han mantenido este común denominador. La Ley de Aguas de 1866, las Leyes de Puertos de 1880 y 1928, la Ley de Costas de 1969 y la vigente Ley de Costas de 1988 identifican, en efecto, ciertos bienes otorgándoles sustantividad jurídica, mediante la descripción de realidades naturales localizadas en el medio litoral¹.

Ha sido igualmente una constante histórica que los bienes así identificados participen del régimen dispuesto para las cosas públicas, del dominio público en la terminología actual. Ambas claves explican que los bienes marítimos hayan sido exponentes claros de lo que la doctrina convino en llamar “dominio publico natural”, al articularse su afectación al dominio público por categorías o grupos de bienes, normalmente, como decimos, a través de la identificación de ciertas realidades naturales homogéneas. Ejemplo paradigmático de estos bienes, a partir del cual se han ido adicionando otros, ja sido el terreno de las costas cubierto por el flujo del mar en su devenir, que desde la la Ley de Puertos de 1880 se nominó zona marítimo-terrestre. Hoy con la denominación de ribera del mar, la Ley de Costas de 1988 individualiza los espacios del litoral que por presentar ciertas características naturales integran el dominio público marítimo-terrestre al formar parte de la zona marítimo-terrestre o las playas. Así pues, y en principio, cualquier terreno de las costas que se acomode a la descripción de bien marítimo es por efecto directo de la norma de dominio público marítimo-terrestre, sin requerir ningún acto de afectación singular, de forma que la titularidad pública dispuesta *ope legis*. A lo que hay que añadir, como dato de singular relieve, que el art.132.2 de la Constitución de 1978 dispone la demanialidad necesaria, entre otros bienes, del mar territorial, de la zona marítimo-terrestre y de las playas.

¹ Un estudio de la evolución de los criterios legales que establecían las características físicas que en cada período histórico han configurado los distintos bienes marítimo-terrestres pueden encontrarse en nuestro trabajo *El deslinde de costas*. Tecnos, Madrid, 1995, pags.25-74.

Sin embargo, no puede afirmarse con rotundidad que la identidad de un terreno como bien marítimo y, por consiguiente, de naturaleza demanial y titularidad pública haya sido una ecuación perfecta en nuestro ordenamiento. Antes, al contrario, la posibilidad de propiedad privada sobre los bienes marítimos, en particular, sobre los espacios que integraban la zona marítimo-terrestre, ha sido do una de las cuestiones capitales que planteara la normativa propia del dominio público marítimo-terrestre anterior a la Ley de Costas de 1988. Esta última norma ha proscrito de forma rotunda, con apoyo expreso en la Constitución, la pervivencia de enclaves privados en las costas, reconociendo en su Exposición de Motivos como uno de los fallos graves de la legislación derogada el haber permitido “la adquisición privada del dominio público”. Ciertamente la existencia de enclaves privados en las costas es un tema polémico, complejo y desde luego confuso pero cuya realidad, sin embargo, no es posible desconocer, lo cual explica las tensiones al momento de la Ley de Costas de 1988 en el tratamiento dispensado a las situaciones jurídicas preexistentes a su vigencia.

En efecto, aunque las bases normativas de la dialéctica se apoyan en las Leyes de Puertos de 1880 y 1928, la discusión cobra especial relevancia a partir de la década de los sesenta debido a la revalorización de las costas como espacios de ocio y atracción turística. La existencia de una cláusula de salvaguarda de los «derechos legítimamente adquiridos» en la normativa propia del demanio marítimo-terrestre, así como algunas referencias a “terrenos enclavados” en la zona marítimo-terrestre darán lugar a interpretaciones contrapuestas de la doctrina acerca de su configuración jurídica². Para un sector doctrinal tales derechos legítimos hacían referencia a derechos plenos de dominio, evidenciando la admisión de los enclaves privados; para otro sector doctrinal, negando su admisión, las normas aludían a derechos de uso y disfrute, en concreto a concesiones administrativas. En el auge de la discusión, el Proyecto de Ley de Costas de 1969 se decantó por suprimir cualquier alusión a los derechos de propiedad sobre las costas, aunque respetando ciertas situaciones consolidadas en esos momentos. El texto definitivo de la Ley optaría, en cambio, por mantener la cláusula de salvaguarda de los derechos adquiridos y otras referencias a las propiedades enclavadas en el dominio público, con lo que se terminaría reconociendo que la posibilidad de enclaves en las costas había sido sancionada en el Derecho español. Se mantendría, sin embargo, la discusión sobre cuáles eran las causas que permitían adquirir legítimamente estos derechos de propiedad.

² Una exposición del estado de la cuestión acerca de los enclaves privados hasta la Ley de Costas de 1988 puede encontrarse en nuestro trabajo *El deslinde de Costas*, *ob.cit.*, pags 231 y 263, en el que se da cuenta de las posiciones de la doctrina científica, del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo.

Fue la jurisprudencia del orden civil la que establecería una doctrina sobre el origen de los enclaves privados en las costas, aunque con vacilaciones y contradicciones. En qué casos y bajo que presupuestos la condición demanial y titularidad pública de los bienes marítimos debía ceder ante el derecho del particular legítimamente adquirido ha sido una cuestión a discutir exclusivamente ante los tribunales del orden civil, por tratarse de una cuestión que afecta *al derecho de propiedad*. La tesis que se impuso de forma mayoritaria fue, en primer lugar, aceptar que los “derechos legítimamente adquiridos” a los que se referían las normas eran derechos de propiedad plena; y, en segundo lugar, considerar que estos derechos de propiedad solo podían haberse originado válidamente por concretas causas, por determinados *hechos obstativos a la demanialidad*, a saber: que la propiedad trajese causa antes de 1880; que se hubiese producido una desafectación por el Estado de los bienes del dominio público; o que su alienabilidad o transmisión hubiese sido autorizada por el Estado. Si podían acreditarse algunos de estos hechos obstativos, la propiedad privada del particular prevalecía sobre la condición de dominio público del Estado³.

La gran interrogante que planteara esta jurisprudencia fue la referencia a la Ley de Puertos de 1880 como la primera norma que estableciera la demanialidad de la zona marítimo-terrestre pues, con esta interpretación, los derechos privados que trajesen causa de adquisiciones anteriores tenían que ser respetados, sin entrar a cuestionar los orígenes de esta propiedad más allá de la fecha de referencia. Por esta razón algunos autores criticarían esta doctrina jurisprudencial, alegando que no sólo con la Ley de Aguas de 1866 sino, incluso, vigentes las Partidas, el espacio de costas marítimas que el mar abarca en su flujo y reflujo era insusceptible de propiedad privada⁴.

³ Hubo muchos pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación la doctrina de los hechos obstativos, aunque es conveniente advertir que pese a configurar una línea jurisprudencial clara, presentan matices sobre los que no es posible detenerse ahora. Pueden aislarse; sin embargo, aquellos que rechazaron la existencia del enclave privado por no resultar probados ninguno de los hechos obstativos, pero que parten de la legitimidad de las adquisiciones que puedan darse a su amparo (SSTS 7 de mayo de 1976, de 23 de junio de 1981, de 12 de noviembre de 1988, entre otras). Igualmente pueden aislarse aquellos otros fallos que han reconocido el enclave privado sobre terrenos que forman parte de la zona marítimo-terrestre, como fueron las STS de 1 de diciembre de 1966, de 2 de febrero de 1974, de 13 de octubre de 1981 y de 1 de junio de 1984. Estas sentencias apoyan concretamente su decisión en que la configuración legal de la zona marítimo-terrestre como bien de dominio público, con el carácter de imprescriptible e inalienable, tiene su génesis específica en la Ley de Puertos de 1880; de ahí la legitimidad de las titularidades privadas cuyo origen se remonta a fechas anteriores a la citada ley.

⁴ Entre otros: SAINZ MORENO, F., “Dominio público estatal de las playas y zona marítimo-terrestre”. *RAP.*, núm.99, 1982, pags.201 y ss; MARTÍN RETORTILLO, L., “¿Propiedad privada de playas y zona marítimo-terrestre?”. *REDA*, núm.34, 1982, pags.517 y ss.

Con la promulgación de la Constitución Española de 1978, que expresamente declara en el artículo 132.2 la titularidad estatal y demanialidad necesaria de la zona marítimo-terrestre y las playas, se vuelve a reabrir la polémica, pues aunque nadie discutiese que la misma prohíbe la consolidación de nuevos enclaves, su eficacia respecto a los supuestos anteriores a su vigencia no fue pacífica. Es más, el Tribunal Supremo siguió aplicando la doctrina de los hechos obstativos, en la que incardinaba incluso el mandato del artículo 132.2 CE. En este sentido, en muchos fallos de estos años, para el Tribunal Supremo el mandato del precepto constitucional no es de aplicación a los derechos que pudieran haberse consolidado con anterioridad a la Constitución española; ante una titularidad probada que trajese causa en uno de las causas admitidas, la titularidad estatal debía ceder ante el derecho de propiedad del particular (SSTS 11 de junio de 1984, 11 de junio de 1985, 12 de noviembre de 1988, entre otras).

III. LA LEY 22/1988, DE 27 DE JULIO, DE COSTAS. RECHAZO A LA POSIBILIDAD DE DERECHOS DE PROPIEDAD SOBRE LOS BIENES DEL DEMANIO MARÍTIMO-TERRESTRE Y EL TRATAMIENTO DE LAS TITULARIDADES PRIVADAS PREEXISTENTES

La Ley 22/1988, de 27 de julio, de Costas supuso un cambio radical en el régimen jurídico de los bienes del dominio público marítimo-terrestre, inspirado en la nueva dimensión que penetra el Derecho contemporáneo: la protección del medioambiente; pero a su vez se inserta en una tradición jurídica que ha dispuesto el carácter «publicado» del mar y de las riberas de mar. Protección y disfrute colectivo del demanio marítimo-terrestre son los objetivos básicos que se persiguen con esta reforma legislativa para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales del derecho a un medioambiente adecuado (Art.45CE) y a la demanialidad necesaria de las playas y la zona marítimo-terrestre (132.2CE). La creciente desnaturalización de la ribera del mar, provocada por asentamientos masivos en las costas a través de un proceso de urbanización no siempre racional y normalmente descoordinado con la normativa que regulara estos bienes, así como la dejación de las funciones que se encomendaran a la Administración para la protección de estos sensibles espacios naturales, entre otros factores, determinaron, a juicio del legislador, la necesidad de una reforma en profundidad del régimen jurídico de las costas.

Esta reforma se desarrolló en diversos frentes. En relación con los bienes marítimos,)⁵; se demanializan nuevos bienes y se instauran cauces para ampliar la franja terrestre de esta condición, pero lo más destacado fue que la Ley redefiniría los componentes tradicionales, de modo que la zona marítimo-terrestre y las playas, que integran “la ribera del mar”, abarca una realidad natural más amplia que en las leyes anteriores. Y así, el art.3.1, a) definía la zona marítima como el:

“espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos, o cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas.

Se considerarán incluidas en esta zona las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar”.

Y se entendería por playa, a tenor del art.3.1, b):

“las zonas de depósitos de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, tengan o no vegetación, formadas por la acción del mar o del viento marino, u otras causas naturales o artificiales”.

En este sentido, la determinación del dominio público marítimo-terrestre establecida en la Ley de Costas de 1988 se apartaba de la que se contenía en las leyes anteriores, y aunque el Tribunal Constitucional llegaría a confirmar la legitimidad del legislador de escoger los criterios definitorios que considere más conveniente (STC 149/1991, de 4 de julio), la nueva definición de la zona marítimo-terrestre y de las playas implicaba la posibilidad de que terrenos del litoral se “publicasen” por la nueva Ley.

De otra parte, la Ley impone un régimen de utilización conforme a su condición colectiva, estableciendo una vinculación general de los bienes del demanio marítimo-terrestre al uso público y subordinando los usos especiales o privativos a que no puedan tener, por su naturaleza, otra ubicación. Y en cuanto a la titularidad sobre los bienes marítimos la Ley de Costas excluyó cualquier situación jurídica que fuese incompatible con la titularidad estatal y la naturaleza de dominio públicos sobre estos bienes.

En efecto, en el tema que tratamos, la Ley de Costas fue radical, al proscribir la propiedad privada sobre los bienes marítimo-terrestres de forma rotunda, estableciendo la demanialidad y titularidad estatal necesaria para los mismos. Desde su Exposición de Motivos toma partido en el tema de los enclaves, al reconocer como uno de los fallos graves de la legislación

⁵ En la redacción original de la Ley de Costas.

derogada el haber permitido “la adquisición privada del dominio público”; e igualmente adelanta que en este punto el objetivo de la nueva regulación es “cerrar el paréntesis de signo privatizador que inició la Ley de Aguas de 1866, con un equívoco respeto a los derechos legítimamente adquiridos, que no deberían ser otros que los concesionales, continuado por las Leyes de Puertos de 1880 y 1928, así como por la Ley de Costas de 1969, a pesar de los graves problemas que ya existían en esta época, y de la postura contraria y prácticamente unánime de la doctrina... De este modo, se excluye la posibilidad de consolidar la apropiación por particulares de terrenos de dominio público”. Con este objetivo, la Ley de Costas rechazará que puedan surgir *nuevos* derechos de propiedad privada sobre bienes integrantes del dominio público, excluyendo la validez de cualquier modo de apropiación o de adquisición de los mismos, declarando que estos bienes son indisponibles, inembargables e imprescriptibles (arts.8, y 9). Y con la misma filosofía aborda la situación de los derechos preexistentes: los derechos de propiedad que puedan existir a la entrada en vigor de la Ley de Costas se extinguen, en tanto que los terrenos que reúnan los caracteres por los que se definen la zona marítimo-terrestre y las playas pasan a integrarse necesariamente en el dominio público marítimo-terrestre (Disposición Transitoria primera) ⁶. Por tanto, además de extinguir los “enclaves” históricos, la Ley excluye que puedan mantenerse los derechos de propiedad sobre terrenos que conforme a sus prescripciones participen a partir de la vigencia de la Ley de Costas de la naturaleza de zona marítimo-terrestre o de playa.

Y así, en relación con los bienes marítimos sobre los que existieran derechos de propiedad al tiempo de su promulgación, así como para los que con la nueva redefinición participasen de la identidad de ribera del mar se establece su condición demanial, articulando las distintas situaciones en que quedarían sus titulares a fin de obtener un título de ocupación que habilita al uso y aprovechamiento de los bienes (Disposición Transitoria Primera). El Reglamento General de la Ley de Costas de 1989 completó el sistema, estableciendo para ciertos supuestos el otorgamiento de oficio por la Administración de tal título de ocupación. En tal dirección, tanto los “enclaves privados” si estaban sancionados por sentencia firme, como los derechos de propiedad sobre terrenos que el deslinde que se realice evidencie que pasan al dominio público por la ampliación que realiza la Ley de Costas, se transforman en concesiones administrativas por treinta años, prorrogables por otros treinta, sin pago de canon (Disposición Transitoria

⁶ Sobre el tratamiento que la Ley de Costas diera a las situaciones jurídicas preexistentes *vid* nuestro trabajo *El deslinde de costas*, pags. 263-293.

Primera, apartados 1 y 4). Sin embargo, para otras situaciones jurídicas no se disponía el otorgamiento directo de la concesión administrativa, como el caso de los derechos de dominio inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos de la ribera del mar, o el supuesto de terrenos en las costas que a la entrada en vigor de la Ley no contasen con un deslinde del dominio público marítimo-terrestre o fuese incompleto (Disposición Transitoria Primera, apartados 2 y 3). Una diferencia de tratamiento de situaciones jurídicas en principio iguales que la norma hacía descansar en una inactividad de la Administración, como es la falta de deslinde del demanio marítimo-terrestre, lo que evidenciaba una desigualdad difícil de justificar.

Fue realmente la Sentencia 149/1991 del Tribunal Constitucional recaída en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Costas la que estableciera cuál es el régimen jurídico en que quedarían los titulares de bienes que se integran en el dominio público marítimo-terrestre, ya sea por extinción de los enclaves que pudieran existir al tiempo de la Ley o ya sea por las nuevas definiciones legales de los bienes, al establecer una interpretación correctiva de la Disposición Transitoria Primera para entenderla conforme a la Constitución

Esta interpretación correctiva que realiza el Tribunal Constitucional para entender la norma conforme a la Constitución radica en considerar que la ablación de los derechos de propiedad que establece la Disposición Transitoria Primera es una expropiación, que encuentra su fundamento en el art.132.2 CE, y cuya compensación o indemnización, para entender la medida constitucional por exigencia del art.33 CE, no es otra que la conversión de la propiedad en una concesión sobre los usos y aprovechamientos existentes por treinta años, prorrogables por otros treinta y sin pago de canon. Esta concesión compensatoria se otorga directamente por la norma en los supuestos de sentencia firme reconociendo el “enclave privado en las costas”, o bien cuando el terreno quede entre dos deslindes, uno realizado al amparo de normas anteriores y el nuevo deslinde que se realice conforme a las nuevas definiciones de los bienes marítimos. Asimismo, el Tribunal Constitucional declara que en los supuestos en los que tal compensación no se otorga de forma automática por la norma, el particular puede instar el reconocimiento de su derecho de propiedad ante los Tribunales ordinarios, de suerte que si es reconocida judicialmente lo encuadraría en el caso anterior, y por tanto tendría derecho a la concesión compensatoria.

Como puede comprobarse, con esta interpretación el Tribunal Constitucional amplía los supuestos contemplados en el apartado primero de la Disposición Transitoria Primera (los enclaves privados reconocidos por

sentencia firme a la entrada en vigor de la Ley), pues ahora se integrarán en el mismo todos los titulares de dominio que lleguen a reconocerse por la instancia judicial. Pero, igualmente, ha limitado la eficacia de estos posibles pronunciamientos, ya que sólo determinarán que la propiedad reconocida lo sea a los fines de su conversión en el derecho de uso y aprovechamiento en los términos de esta norma, no permitiendo un pronunciamiento dirigido a que el derecho de propiedad sobre bienes marítimos pueda *mantenerse, pues no es jurídicamente posible que subsistan derechos de propiedad privada sobre los bienes del demanio marítimo-terrestre*. No obstante, el Tribunal Constitucional reconoce que los particulares puedan plantear ante la jurisdicción competente las pretensiones que estimen pertinentes frente al acto de conversión, lo que abre la posibilidad de que los órganos judiciales puedan estimar una compensación complementaria ante perjuicios no cubiertos por la conversión en que se materializa la indemnización expropiatoria.

Por otra parte, debe señalarse que esta interpretación del Tribunal Constitucional ha traído consigo otra consecuencia no menos importante: la superación de la doctrina de los hechos obstativos para reconocer la existencia de derechos de propiedad sobre espacios de las costas⁷. Hay que partir, para entender esta evolución en la jurisprudencia, del dato de que el Tribunal Constitucional en la STC 149/1991 negó la posibilidad de pervivencia de “enclaves” en las costas, como derechos de propiedad oponibles a la demanialidad de estos bienes, e igualmente que no estableció ningún condicionante que limitara los motivos por los que los Tribunales civiles debieran admitir las pretensiones de una declaración de propiedad con el único fin de que el particular obtuviese la concesión compensatoria. Se comprende que conocedores los Tribunales civiles de que la indemnización dispuesta en la Ley de Costas, esto es, la conversión del derecho de propiedad en una concesión compensatoria, en los casos de que no se otorga directamente se hace depender de sancionar la titularidad privada se ha establecido una nueva línea jurisprudencial menos restrictiva. Esta línea jurisprudencial, que ya no esgrime la doctrina de los hechos obstativos, parte de rechazar la pretensión de que se sancione el derecho de propiedad particular sobre bienes marítimos, oponible a la demanialidad de los mismos, a la que se acompaña con *la estimación del derecho de propiedad del particular a los fines de su conversión en*

⁷ Sobre la doctrina jurisprudencial de los hechos obstativos a la demanialidad de las costas y el nuevo enfoque que se produce tras la Ley de Costas de 1988 nos remitimos a nuestro trabajo “¿Resurgimiento de enclaves privados en las costas? La posibilidad de pervivencia de los enclaves privados tras la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.”, *Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 31, 1997, pags. 119 y ss.

una concesión administrativa. En definitiva, incluir a los titulares de derechos de propiedad en la Transitoria Primera, primer apartado, al margen de cual fuese su origen concreto.

En este sentido, en los fallos de las sentencias que se han sucedido y que siguen esta línea se observa que ante la inclusión en el deslinde realizado por la Administración conforme a la normativa vigente de bienes que hasta el momento aparecían como de propiedad privada en el Registro de la Propiedad, se desestima la pretensión de confirmar la subsistencia del dominio privado al recaer sobre espacios costeros, pero a la vez se estima el derecho del demandante a obtener la compensación dispuesta en la Ley de Costas por la ablación del derecho. Y ello sin entrar siquiera a verificar si tal propiedad del particular sobre espacios de las costas pudo estar amparada en un hecho obstativo conforme a la jurisprudencia de la que hemos dado cuenta, esto es, si se estaba en presencia de un enclave preexistente, o si la inclusión del bien en el dominio público marítimo-terrestre obedecía al efecto expansivo de las nuevas definiciones legales. Para el Tribunal civil se considera bastante, para estimar el derecho que habilita a convertirse en concesionario, que tales particulares presentaran sus títulos válidos de propiedad, y a tal efecto, suficiente con alegar su derecho de dominio inscrito en el Registro de la propiedad.

IV. LA LEY 27/2013, DE 29 DE MAYO, DE PROTECCIÓN Y USO SOSTENIBLE DEL LITORAL Y DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE COSTAS. ¿QUÉ HA SUPUESTO EN EL TEMA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS SOBRE LAS COSTAS?

Pese a las críticas de las que ha sido objeto la Ley 2/2013⁸, y que comparto, debe señalarse que la Ley no ha supuesto una reforma de la Ley de Costas en sentido contrario en relación con los “derechos adquiridos sobre las costas”, al punto de admitir la propiedad privada sobre terrenos que presentan los caracteres naturales de los bienes declarados de dominio público marítimo-terrestre. A nuestro juicio, una declaración tal confrontaría directamente con nuestra norma constitucional. Pero la reforma sí presenta signos claros de “privatización” de las costas, algunos más sutiles y otros claramente expresados que hacen dudar de que la intención declarada del legislador de 2013 sea realmente la de proteger y garantizar el uso racional

⁸ Para un análisis detallado la Ley 2/2013 de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988 de Costas *vid.*, *La nueva regulación de las Costas*. Coordinadores J.L. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, J. FERREIRA FERNÁNDEZ Y A. NOGUEIRA LÓPEZ, INAP. Madrid, 2014.

de nuestras costas. Como se ha puesto de relieve el propósito real de la Ley 2/2013 es revalorizar económicamente el litoral, hasta el punto de favorecer a grupos de intereses privados en detrimento de la protección del dominio público marítimo-terrestre y su destino normal al uso público⁹.

En primer lugar, la Ley 2/2013 establece una relevante modificación de la Ley de Costas de 1988 relacionada con el tema que tratamos en dos aspectos principalmente. De una parte, en cuanto a la determinación de los bienes marítimos, y de otra parte, respecto al tratamiento de los derechos preexistentes sobre el dominio público marítimo-terrestres.

1) Respecto a la determinación de los bienes, se modifica la definición de los componentes del dominio público en nuestro litoral, dando una nueva redacción al artículo 3 LC. En efecto, en relación con su componente más característico, la ribera del mar, se modifican las definiciones tanto de la zona marítimo-terrestre como de la playa. Y así, para la zona marítimo-terrestre, aunque se mantiene el criterio de los «mayores temporales» se remite su alcance a «criterios técnicos que se establezcan reglamentariamente»; se eleva a rango legal el criterio de que solo entran en el dominio público los terrenos naturalmente inundables (salvo los que estén destinados a cultivos marinos o salinas y fuesen de propiedad particular), y quedan excluidos los terrenos inundados artificialmente, salvo que sean navegables. Para las playas, se establece que las dunas únicamente pertenecerán al dominio público marítimo-terrestre «hasta el límite necesario para garantizar la defensa de la costa y la estabilidad de las playas». Estas modificaciones traen consigo una previsible retracción hacia el mar de la extensión del dominio público marítimo-terrestre en todas nuestras costas.

Con la reformulación de la ribera del mar, se hará preciso verificar si a la entrada en vigor de la Ley 2/2013 la extensión del dominio público marítimo-terrestre es ajustada, y si no es así habrá que revisar los deslindes aprobados (Disposición Adicional Segunda de la Ley 2/2013). Esta previsión determina que se inicie un proceso generalizado de revisión de los deslindes y, por consiguiente, que se reabra la discusión sobre los límites del dominio público en unos momentos que parecía que la operación delimitadora había culminado después de más de veinte años, y se habían concluido los muchos litigios que se habían suscitado.

⁹ A. MENENDEZ REXACH, “La nueva regulación de las costas: un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre”. *La nueva regulación de las costas*, pag.55

Por otra parte, esta previsión enlaza con otra de las prescripciones más llamativas de la Ley 2/2013, al establecer un «derecho de reintegro del dominio» para los anteriores propietarios, con título inscrito en el Registro de la Propiedad, en el caso de que un nuevo deslinde deje los terrenos de su antigua propiedad fuera del dominio público (Disposición Adicional Quinta de la Ley 2/2013). Un derecho de reintegro del dominio que es contrario al artículo 5.4 LC, y para el que no se aclara si comporta una transmisión de carácter gratuito u oneroso, y si los terrenos pasan directamente del dominio público al privado sin que previamente deban ser desafectados.

De otro lado, se introduce un nuevo apartado 5 en la Disposición Transitoria Primera, en el que se excluyen del dominio público los terrenos que, siendo naturalmente inundables, “hubieran sido inundados artificial y controladamente como consecuencia de obras o instalaciones realizadas al efecto y estuvieren destinados a actividades de cultivo marino o salinas marítimas”.

2) También se ha modificado el régimen de la concesión de la Ley de Costas, tanto en su plazo, ahora setenta y cinco años como máximo; como en la posibilidad ahora de transmisión *inter vivos*. Y no solo se ha establecido que el nuevo régimen para las concesiones que se otorguen a partir de la reforma de la Ley de Costas, sino que también alcanza a las otorgadas con anterioridad, toda vez que el artículo 2 Ley 2/2013 establece la posible prórroga de las concesiones demaniales existentes hasta setenta y cinco años a contar desde la solicitud. en relación al tema que tratamos. Y lo más singular, se aplica a las concesiones compensatorias (derecho de ocupación y aprovechamiento) por la pérdida de la propiedad conforme a la Disposición Transitoria Primera LC. De esta forma, estas concesiones compensatorias pueden prorrogar su vigencia hasta setenta y cinco años más, lo que unido al plazo inicial de treinta años parece augurar que estas ocupaciones pervivan por más de 100 años. Siendo así, esta regulación trae consigo que se van a mantener usos, construcciones y situaciones de ocupación de las costas que pueden ser contrarias a sus prescripciones generales durante muchos años, cuando parecía que iba a cerrarse el plazo que la Ley de Costas había dispuesto (2018).

Al menos, cuando se trate de concesiones que amparen usos destinados a instalaciones e industrias incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 16/2002 de prevención y control integrados de la contaminación, la prórroga será concedida previo informe, con carácter determinante, del órgano ambiental de la Comunidad Autónoma.

En segundo lugar, las previsiones más controvertidas de la Ley 2/2013 no están en la modificación de la Ley de Costas, sino en disposiciones propias de la Ley que implican un tratamiento desigual del régimen de las costas en España, al punto de que puede llegar a sostenerse que implanta una discriminación difícilmente justificable.

De una parte, la Ley 2/2013 contiene disposiciones que excepcionan el criterio general de la determinación del dominio público marítimo-terrestre de la Ley de Costas. En este punto se resaltan dos disposiciones de la ley que establecen criterios singulares para la delimitación de la ribera del mar. En este sentido, para determinados paseos marítimos construidos o autorizados por la Administración General del Estado, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2013 hace coincidir la línea interior de la ribera del mar con la línea exterior del paseo marítimo. Pero, muy especialmente, llama la atención las previsiones de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 2/2013 que vienen a definir la ribera del mar con carácter diferente y exclusivo para la isla de Formentera. En efecto, en esta isla, la zona marítimo-terrestre se define por remisión a los «temporales ordinarios» (que son los que se han repetido al menos en tres ocasiones en los cinco años anteriores al momento en que se inicia el deslinde); y se excluyen las dunas del dominio público al establecer que las playas presenten una «superficie casi plana con vegetación nula o escasa y característica», reproduciendo prácticamente la definición de la playa dada por la Ley de Costas de 1969. Disposición Adicional Cuarta que ordena, además, revisar el deslinde ya realizado en esta isla en el plazo de dos años, con la declarada intención de que los terrenos que tras el deslinde dejen de formar parte del dominio público se reintegren a los anteriores propietarios.

De otra parte, destaca como uno de los puntos más críticos y de difícil justificación de la Ley 2/2013 de protección y uso sostenible del litoral la previsión legal de excluir directamente del dominio público marítimo-terrestre terrenos de determinados núcleos de población (Disposición Adicional Séptima), que llega incluso a fijar la extensión de los terrenos excluidos en un anexo a la Ley. De esta forma, es la Ley la que realiza “el deslinde” de estos terrenos, al señalar la extensión que se fija en la planimetría incorporada en el propio anexo. Estos terrenos excluidos podrán ser transmitidos a sus ocupantes por cualquier negocio jurídico de los previstos en la legislación patrimonial.

La justificación de este “indulto” del dominio público se encuentra, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley, en “otorgar una solución singular a terrenos de núcleos residenciales que se encuentran en una situa-

ción singular: los terrenos sobre los que están edificados, por su degradación y sus características físicas actuales, resultan absolutamente innecesarios para la protección o utilización del dominio público marítimo-terrestre por disposición de deslinde anteriores a la Ley de Costas de 1988 y que las propias edificaciones residenciales son también anteriores a la Ley de Costas; por último, y en conexión con lo anterior, se trata de áreas de viviendas históricamente consolidadas cuya situación de inseguridad jurídica arrastrada desde 1988, debe ser resuelta por esta Ley”.

Esta exclusión del dominio público que directamente realiza la ley de unos terrenos que, en otro caso, integrarían el dominio público marítimo-terrestre se ha considerado arbitraria por la doctrina y se ha planteado que genera desigualdad por el legislador¹⁰ ¿Por qué estos núcleos y no otros? ¿Cuál es la razón de esta exclusión, de este «indulto» de unos terrenos que, en otro caso, formarían parte del dominio público? Con los matices que se quiera, esta solución “singular” del legislador hace resurgir la cuestión de si en el Derecho español se sancionan “enclaves privados” en las costas. Una sanción de propiedades privadas en las costas dispuesta por el propio legislador. En cualquier caso, esta disposición ejemplifica un caso de ley singular, pues implica un tratamiento particular por ley de una situación que no parece asentarse en una excepcionalidad patente o clara. La valoración de esta norma de la Ley 2/2013 es rotundamente negativa, llegándose a dudar o cuestionar su adecuación a la Constitución¹¹.

A nuestro juicio la constitucionalidad de la norma pasa por un doble test o contraste. De un lado, desde la perspectiva de la determinación del dominio público marítimo-terrestre una exclusión de estas características requiere que no se trate de terrenos que puedan considerarse, desde las definiciones generales de la Ley de Costas, integrantes de la zona marítimo-terrestre o de las playas, pues a tenor del art.132.2 estos terrenos son, en todo caso, de dominio público estatal. De otro, y superado el primer test, que esta ley singular obedezca a un caso excepcional que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no es remediable por los instrumentos normales de que dispone la Administración, ni por los instrumentos normativos ordinarios, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

¹⁰ Vid. A. MENENDEZ REXACH, *ob. cit.*, pag.37

¹¹ En tal sentido se han pronunciado M. GARCÍA PÉREZ y F. J. SANZ LARUGA, “Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas”, en *La nueva regulación de las costas*, pags.126-127

Por lo expuesto, puede concluirse que la reforma establecida por la Ley 2/2013 es bastante desafortunada, por cuanto realmente no se dirige a incrementar la protección de estos bienes ni a garantizar su uso público; antes al contrario, su objetivo fundamental es incrementar el valor económico del litoral y aboca a una clara “privatización” de estos sensibles espacios¹².

Señalar, por último, que la Ley 2/2013 ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional¹³.

¹² Y así lo pusimos de manifiesto en “La nueva regulación de las costas. Conclusiones”, en *La nueva regulación...*, pags. 199y ss.

¹³ Recurso núm.5012-2013, publicado en BOE núm.250 de 18 de octubre de 2013.

LAS REPERCUSIONES MEDIOAMBIENTALES DE LAS ACTIVIDADES MINERAS

LA PLANIFICACIÓN DE PROYECTOS MINEROS: DIFICULTADES Y DEBILIDADES DEL MARCO NORMATIVO VIGENTE (SU APLICACIÓN EN ANDALUCÍA)

ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
Instituto García Oviedo

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II PRESUPUESTOS: LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS CCAA EN MATERIA DE MINAS. III. PLANIFICACIÓN DE PERMISOS MINEROS: ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: PLANES O DIRECTRICES DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. IV. EL URBANISMO. 4.1. Referencia expresa a la normativa andaluza: la Ley 7/2002, de 17 de enero de Ordenación urbanística de Andalucía (LOUA). 4.2. Modelos de leyes urbanísticas en función del alcance de la habilitación de las actividades mineras en suelo rural. 4.3. Límites a las prohibiciones a las actividades mineras. 4.4. Licencias urbanísticas exigibles a las actividades mineras. V. ACTIVIDAD EXTRATIVA Y CONTROL MEDIOAMBIENTAL. 5.1. Restauración de espacios afectados por actividades extractivas y la gestión de residuos en las actividades extractivas. 5.2. La Evaluación de impacto ambiental: la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación ambiental. 5.2.1. Cuestiones generales. 5.2.2. Armonización procedimental. 5.2.2.1. Simplificación: procedimiento ordinario y abreviado. 5.2.2.2. Agilización del procedimiento: reducción de plazos, extensión de efectos y acumulación. 5.2.2.3. La inactividad de la Administración. 5.2.2.4. Naturaleza de la DIA (DIA y DAE). 5.2.3. Modificaciones en los Anexos Ley 21/2013 que afectan a las actividades extractivas. 5.2.4. Aplicación de la Ley 21/2013 en las CCAA. Caso particular de Andalucía. VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El 70% de de la industria europea depende de las materias primas minerales (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La minería no energética en Europa» (2009/C 27/19) en un momento en que la UE 27 afronta una reestructuración de gran envergadura en el sector de la minería y en el que el precio de los metales en el mercado mundial aumenta constantemente. Para hacer frente a esta tendencia, las políticas industriales europeas han de tomar en consideración que la seguridad de la oferta y la demanda de materias primas debe prevalecer en el contexto de las fuerzas del libre mercado.

La actividad minera destaca por su cualificada incidencia positiva en la economía como negativa en el medio ambiente. Por ello es preciso integrar la dimensión territorial, urbanística y medioambiental de la minería. Una buena planificación de la industria minera debería ser capaz de armonizar, no sólo sus repercusiones económicas y laborales, sino también su impacto en el territorio y el medio ambiente completando el ciclo de vida de la mina o cantera desde el comienzo del proceso de extracción, hasta las operaciones de clausura y restauración.

En el ordenamiento jurídico español no existe una regulación integrada de la actividad minera, sino un complejo de normas disperso donde a veces es difícil poner orden. Además, las normativas minera, ambiental y urbanística se superponen y contradicen. La entrada en escena de competencias autonómicas y locales no ha permitido tejer una red de cauces de colaboración entre las Administraciones en el ejercicio de sus competencias que inciden sobre la actividad extractiva, su coordinación es inexistente o muy débil. Es por ello que las relaciones entre minería y medio ambiente se han planteado en términos de conflicto¹.

¹ En la redacción de este trabajo, en particular en los aspectos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo hemos seguido el excelente estudio de la profesora MOREU CARBONELL, E. “Minas, Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente” en *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Fernando López Ramón - Víctor Escartin Escudé (coords.) Marcial Pons, 2013, págs. 409-444.

II. PRESUPUESTOS: LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS CCAA EN MATERIA DE MINAS

En el Derecho español la actividad minera se regula por la Ley 22/1973, de 21 de julio, Ley de Minas (en adelante LMi) única Ley sectorial preconstitucional que no se ha adecuado al nuevo marco constitucional de reparto de competencias entre el Estado y las CCAA. Por lo demás, es una Ley que no integra las perspectivas de ordenación del territorio, urbanística y ambiental y del ciclo de vida de la mina o cantera. Carece, pues, de una visión integral. La LMi permanece hermética frente a la planificación territorial y se halla anclada en los viejos y estrictos esquemas de la planificación económica de desarrollo (art. 5.1 LMi)². De modo que su conexión con la ordenación del territorio o con la protección ambiental suele plantearse en términos de enfrentamiento, como se deduce de la STC 64/1982, de 4 de noviembre.

El Derecho español de minas pivota sobre la declaración de dominio público de titularidad estatal de todos los yacimientos minerales y recursos geológicos (art. 2.1 LMi). Pero es obligado distinguir entre la titularidad del bien, y el ejercicio de las competencias sobre estos bienes. En definitiva, como ha declarado reiteradamente el TC en su jurisprudencia el dominio público no es un criterio de reparto de competencias ni en la CE ni en los Estatutos de Autonomía.

Por lo demás, podemos hablar de una situación de indefinición del marco jurídico aplicable al sector minero en gran parte debido al retraso en la promulgación por el Estado de una Ley básica de minas adaptada al modelo constitucional de reparto de competencias entre el Estado y las CCAA. Las CCAA carecen de un referente competencial claro. Sólo puede calificarse de intento frustrado el Borrador de Ley de bases de la minería de noviembre de 2014³.

² El art. 5.1 LMi dispone "El Ministerio de Industria realizará, con la colaboración, en su caso, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, los estudios necesarios para adecuar a las previsiones de los Planes de Desarrollo Económico y Social el Programa Nacional de Investigación Minera y el de Revalorización de la Minería, al objeto de lograr su permanente actualización, ajustándose a dichos programas la acción estatal en cuanto al aprovechamiento de los recursos de esta Ley".

³ Vid. sobre las minas como dominio público VERGARA BLANCO, A. "El pro-

La CE atribuye al Estado las competencias exclusivas sobre las “*Bases del régimen minero y energético*” (art. 149.125CE), así como “*la legislación básica sobre medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección*” (art. 149.1.23CE).

La STC 64/1982, de 4 de noviembre, mediante la que se estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra la Ley catalana 12/1981, de 24 de diciembre, por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural proclama:

“El artículo 45 [CE] recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que [se] ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la ‘utilización racional’ de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida. Estas consideraciones son aplicables a las industrias extractivas como cualquier otro sector económico y supone, en consecuencia, que no es aceptable la postura del representante del Gobierno, de que exista una prioridad absoluta del fomento de la reproducción [sic] minera frente a la protección del medio ambiente. (...) La actual legislación minera muestra que la armonización de la protección del medio ambiente con la explotación minera no es contraria a sus principios, sino que se apoya en ellos. Basta con recordar los arts. 5.3, 17.2, 34.3, 66, 69.1 y 81 de la Ley de Minas. Especialmente significativo es el 5.3, que encomienda al Ministerio de Industria realizar los estudios oportunos para fijar las condiciones de protección del medio ambiente ‘que serán imperativas’

blema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral”, *RAP*, 173, 2007, pág. 447-482. Anteproyecto de la Ley de Minas de 17 de noviembre de 2014 ha sido finalmente retirado por el Gobierno debido a la firme oposición del sector. El citado Anteproyecto amén de elevadas dosis de improvisación constituye un ejemplo de diversas y a veces contradictorias manifestaciones de la rentabilización del dominio público y demuestra la necesidad de una política coherente y racional sobre su rentabilidad y eficaz explotación.

Ha sido sin duda la consideración de “riqueza nacional” lo que ha motivado que en el Derecho minero español, desde mediados del siglo XIX con la Ley de 11 de abril de 1849 hasta nuestros días, se hayan considerado los recursos minerales de titularidad del Estado, según el principio de regalía, que limita la propiedad a la superficie del terreno, dando al subsuelo la condición de dominio público.

Uno de los objetivos que subyace en el Anteproyecto, cuando no el principal, es poner en valor las concesiones y evitar los *cazapermisos* (personas que suman concesiones porque son gratis) a través de la creación de un nuevo impuesto sobre el valor de la extracción de los recursos minerales y geológicos como “un tributo de carácter directo y naturaleza real que grava el valor de los recursos minerales y geológicos de dominio público extraídos en el ámbito de aplicación del impuesto”(art. 68.1). El Estado introduce esta carga, cuyo importe se fijará de acuerdo al valor del recurso, “en ejercicio de sus competencias en materia de planificación energética y económica” y lo configura como un incentivo económico destinado a las administraciones en las que se desarrollen actividades mineras.

en el aprovechamiento de los recursos mineros ‘y que se establecerán por Decreto’, previsión ésta que no se ha cumplido todavía, a pesar de que la Ley citada es de 1973” (FEJJ. 2 y 5).

Cuestión distinta es que puedan prohibir la actividad minera en casos concretos, siempre que no exista un interés prioritario, pero el carácter general debe tacharse de inconstitucional por exceder la finalidad de la Ley y por sustraer a la riqueza nacional posibles recursos mineros. Claro está que la inconstitucionalidad se refiere sólo a la prohibición y no al hecho de que a estas explotaciones se apliquen, en su caso, las disposiciones de la Ley, como dispone expresamente el apartado primero del mismo artículo” (STC 64/1982, FJ 6), destinadas en última instancia a la protección medioambiental.”

Si se examina el Estatuto de Autonomía de Andalucía LO 2/2007, de 19 de marzo⁴, el art. 49 de esta norma institucional básica indica que:

“2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11.^a y 13.^a de la Constitución, la competencia sobre:

- a) Energía y minas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.25.^a de la Constitución.
- b) Regulación de actividades de producción, depósito y transporte de energías, así como su autorización e inspección y control, estableciendo, en su caso, las normas de calidad de los servicios de suministro.

(...)

5. Corresponde a la Comunidad Autónoma, como competencia compartida, la regulación y control de las minas y de los recursos mineros, así como las actividades extractivas, y las relativas a las instalaciones radiactivas de segunda y tercera categoría”.

Lo que verdaderamente compete a las CCAA es el desarrollo legislativo de las bases estatales, operación que entraña una verdadera capacidad para orientar, dentro del respeto a las mencionadas bases, políticas propias en materia energética (como competencia compartida lo contempla expresamente STC 136/2009 en los términos de reformado estatuto de Aragón LO 5/2007, de 23 de abril).

Cuando el art. 49.5 LO 2/2007 habla específicamente sobre sector minero lo configura como una competencia compartida. A ello contribuye sin duda la configuración de los recursos mineros como recursos de titula-

⁴ Véanse los Estatutos de Autonomía de nueva generación las competencias sobre minas: art. 133.4 LO 6/2006, por el que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 50.5 LO 1/2006, de 10 de abril del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; art. 31.15 de la LO 1/2007, de 28 de febrero, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares; art. 75.2 de la LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; art. 71.1.10 Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; art. 9.1.15 Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

ridad estatal, circunstancia que determina que la competencia autonómica al respecto se centra fundamentalmente en los aspectos sobre los que llama la atención el art 49.5 del Estatuto reformado: *regulación y control de las minas y de los recursos mineros, actividades extractivas e instalaciones radioactivas de segunda y tercera categoría*⁵.

La acción legislativa de la Comunidad de Andalucía se ha centrado básicamente en la adopción de medidas para paliar los efectos de la rotura de la balsa de la mina de Aznalcóllar⁶ (Ley 3/1998, de 3 de julio, de concesión de crédito extraordinario para financiar las actuaciones derivadas de la rotura de la balsa de decantación de residuos de la mina ubicada en el término municipal de Aznalcóllar y Decreto 116/1998, de 9 de junio, por el que se regulan medidas excepcionales para la adquisición por la Administración de la Junta de Andalucía de tierras de titularidad privada afectadas por la rotura de la balsa de decantación de la mina propiedad de Boliden Apirsa, SL, ubicada en el término municipal de Aznalcóllar, Sevilla), en actuaciones de incorporación de determinados parajes mineros al catálogo General del Patrimonio Histórico andaluz, y lo más relevante la reapertura de la mina de Aznalcóllar a través de un concurso internacional.

⁵ Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, M. “Artículo 49. Energía y minas” en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Dirs. CRUZ VILLALÓN, P. Medina Guerrero, M., Parlamento de Andalucía, 2012, Tomo II, págs. 801-816.

⁶ La rotura de la balsa de residuos de la mina de Aznalcóllar ocasionó el sábado 25 de abril de 1998, la mayor catástrofe ecológica que ha sufrido Andalucía, con repercusiones medioambientales, económicas y sociales. Aquel desastre medioambiental sin precedentes fue paliado, minimizado y finalmente corregido, no por la empresa explotadora de la mina, sino por la acción conjunta de los poderes públicos, singularmente de la Junta de Andalucía, de manera que se transformó, andado el tiempo, en un ejemplo de esfuerzo público por la restauración medioambiental. Con posterioridad al mismo fueron adoptadas la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, para cuya transposición se aprobó la ley 26/2007, de 23 de octubre, y la Directiva 2006/21/CE, de 15 de marzo, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas, transpuesta en el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las actividades extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras.

La rotura de la balsa de residuos de la mina de Aznalcóllar tuvo también consecuencias económicas y sociales, dado que, en 2001, había cesado por completo la actividad minera en Aznalcóllar, a pesar de la existencia, bien documentada, de un importante yacimiento en lo que es conocido como «la corta de los Frailes»

III. PLANIFICACIÓN DE PERMISOS MINEROS: ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: PLANES O DIRECTRICES DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO⁷

Partiendo de un concepto integrador de la ordenación de territorio, según se define en la Carta europea de Ordenación del Territorio (Torremolinos, 20 de mayo de 1983) como la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de una sociedad, que implica un esfuerzo de integración de la planificación de tipo físico, social y económico, es evidente que la planificación territorial constituye un excelente instrumento de armonización de los intereses contrapuestos que confluyen en la actividad minera. De ahí que el análisis urbanístico y ambiental de la minería deba dar comienzo por sus cimientos, es decir, la ordenación de territorio.

La planificación territorial es un instrumento indispensable en el sector minero, pues permite integrar en un único instrumento todos los condicionantes.

Las CCAA con tradición minera han aprobado planes de ordenación territorial de la minería, como por ejemplo Asturias (Plan territorial especial de los terrenos de Hunosa), Galicia (Ley 3/2008 Plan Sectorial de actividades extractivas), Castilla y León (Programa de Actuación de Comarcas mineras) o en las Islas Baleares (Plan director sectorial de canteras mediante el Decreto 77/1997, de 11 de junio).

En Andalucía, la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación de territorio tiene por objeto la regulación de los instrumentos y procedimientos necesarios para el ejercicio por la Junta de Andalucía de su competencia en Ordenación del Territorio. Son objetivos específicos en esta materia según el art. 2.2 de la Ley 1/1994:

- a) La articulación territorial interna y con el exterior de la Comunidad Autónoma.
- b) La distribución geográfica de las actividades y de los usos del suelo, armonizada con el desarrollo socioeconómico, las potencialidades existentes en el territorio y la protección de la naturaleza y del patrimonio histórico y cultural.

El art. 5 Ley 1/994 dispone que:

⁷ En la redacción de este epígrafe hemos seguido a MOREU CARBONELL, E. *ob. cit.*, págs. 410-413.

“1. La planificación territorial se realizará a través de los siguientes instrumentos:

- a) El Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía (POTA).
- b) El Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía.
- c) Los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional”.

El Plan de Ordenación de territorio de Andalucía (POTA), aprobado por Decreto 206/2006, de 28 de noviembre es el marco de referencia territorial para los demás planes regulados en esta Ley y para las actuaciones con incidencia en la ordenación del territorio.

Los efectos de la aprobación de los planes territoriales sobre la actividad minera son los siguientes:

1. obligan a adaptar los planes urbanísticos.
2. limitan, condicionan o prohíben las actividades mineras en determinadas zonas del territorio, por razones ambientales o urbanísticas, aunque esta posibilidad ahora queda matizada con el nuevo art. 122 LMi⁸ en los términos siguientes: “cualquier prohibición contenida en los instrumentos de ordenación sobre actividades incluidas en la LMi deberá ser motivada y no podrá ser de carácter genérico”.

La prevalencia del plan territorial genera conflictos de adaptación y transitoriedad, si hay explotaciones en activo afectadas.

En Andalucía hay que citar:

- El Plan de Ordenación de los Recursos mineros (PORMIAN) 2010-2013, aprobado por Decreto 369/2010, de 7 de septiembre, que persigue la planificación de la actividad minera con la finalidad de poner en valor la minería, con criterios de competitividad y sostenibilidad. Tiene la consideración de Plan con incidencia en la Ordenación del Territorio a efectos previstos en la Ley 1/1994.
- La Estrategia minera: 2014-2020 Por acuerdo de 21 de mayo de 2013, del Consejo de Gobierno, se aprueba la formulación de la Estrategia Minera de Andalucía 2014-2020. Continúa con la línea inaugurada por el PORMIAN. Actualmente en fase de redacción. Se aprobará por Decreto del Consejo de Gobierno

⁸ Redacción dada por la D.Adicional Primera de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/98, de 7 de octubre de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas.

y tendrá también la consideración de Plan con incidencia en la ordenación del territorio a efectos de la Ley 1/1994. Estará sometida al procedimiento establecido en la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, para la evaluación ambiental de planes y programas. Se constituirá como el instrumento planificador que oriente estratégicamente las actividades de investigación y explotación de los recursos minerales en el territorio de Andalucía de acuerdo con los intereses sociales y económicos, tanto sectoriales como generales, de forma coordinada y compatible con la planificación económica, medioambiental y territorial de Andalucía, y en el marco de la normativa europea, nacional y autonómica.

La Estrategia incluirá el siguiente contenido:

- a. El diagnóstico de la minería andaluza en la actualidad, a partir del análisis del potencial minero del territorio de la Comunidad Autónoma, basado en la mejor información técnica disponible y referenciada a los diversos materiales y sustancias.
- b. El análisis de los instrumentos de planificación ambiental y territorial y su posible incidencia en la ordenación minera.
- c. Identificación de los elementos patrimoniales más significativos, incluida la minería industrial protegida, estableciendo líneas estratégicas de ordenación compatibles con la protección de sus valores y su disfrute colectivo.
- d. Determinación de los objetivos, estrategias, programas y acciones que permitan la ordenación de los recursos mineros de Andalucía.
- e. La valoración económica de las actuaciones previstas, así como la determinación de los recursos económicos que deban ser utilizados para su ejecución, y los instrumentos financieros y de gestión que deban ponerse en marcha por la Administración de la Junta de Andalucía para la correcta ejecución de la Estrategia.
- f. La definición de los criterios para el seguimiento y evaluación de la Estrategia.

IV. EL URBANISMO

El urbanismo clasifica el suelo y lo dota de un régimen jurídico concreto. Las limitaciones y prohibiciones impuestas a las actividades mineras por el planeamiento urbanístico están en función de la protección otorgada a cada categoría de suelo.

Las actividades mineras se rigen por el principio de ubicación inmovible de los recursos. El mineral hay que explotarlo donde se encuentra. Su localización no se puede modificar, por lo que hay que hacer una ponderación de intereses. Lógicamente las actividades extractivas se insertan en suelo rural o no urbanizable.

El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo - hoy derogado por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas- en el art. 13 legitimaba que en suelo rural se destine a cualquier uso “*vinculado a la utilización racional de los recursos naturales*” donde encajan las actividades extractivas “*dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística*”. Y disponía que “*con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación del territorio y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución al desarrollo rural o porque hayan de emplazarse en el medio rural*”.

Por su parte, el art. 10.2 del RD 1492/2011, de 24 de octubre, que aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley del suelo considera explotaciones en suelo rural a efectos de este Reglamento “*Las explotaciones extractivas, cuya actividad comprenda la extracción del suelo y subsuelo de minerales, agua, materiales destinados a la construcción, gas, petróleo y otros recursos geológicos y mineros limitados*”.

4.1. Referencia expresa a la normativa andaluza: la Ley 7/2002, de 17 de enero de Ordenación urbanística de Andalucía (LOUA)

El art. 50 LOUA bajo la rúbrica *Contenido urbanístico legal del derecho de propiedad del suelo: Derechos* dispone: “Forman parte del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo, sin perjuicio del régimen que le sea de aplicación a éste por razón de su clasificación, los siguientes derechos:

“B) Cuando se trate de terrenos que pertenezcan al suelo no urbanizable, los derechos anteriores comprenden:

- a) Cualquiera que sea la categoría a la que estén adscritos, la realización de los actos precisos para la utilización y explotación agrícola, ganadera, forestal, cinegética o análoga a la que estén efectivamente destinados, conforme a su naturaleza y mediante el empleo de medios técnicos e instalaciones adecuados y ordinarios, que no supongan ni tengan como consecuencia la transformación de dicho destino, ni de las características de la explotación. Los trabajos e instalaciones que se lleven a cabo en los terrenos quedan sujetos a las limitaciones impuestas por la legislación civil y administrativa aplicables por razón de la materia y, cuando consistan en instalaciones u obras, deben realizarse, además, de conformidad con la ordenación urbanística aplicable.

En los terrenos adscritos a las categorías de suelo no urbanizable de especial protección, esta facultad tiene como límites su compatibilidad con el régimen de protección a que estén sujetos”.

La letra b) del art. 50.B) dispone:

“En las categorías de suelo no urbanizable de carácter natural o rural y del Hábitat Rural Diseminado, la realización de las obras, construcciones, edificaciones o instalaciones y el desarrollo de usos y actividades que, no previstas en la letra anterior, se legitimen expresamente por los Planes de Ordenación del Territorio, por el propio Plan General de Ordenación Urbanística o por Planes Especiales, así como, en su caso, por los instrumentos previstos en la legislación ambiental”.

Por último, la letra c) del art. 50.B establece:

“En los terrenos adscritos a las categorías de suelo no urbanizable de especial protección, el derecho reconocido en la letra anterior sólo corresponderá cuando así lo atribuya el régimen de protección a que esté sujeto por la legislación sectorial o por la ordenación del territorio que haya determinado esta categoría o por la ordenación específica que para los mismos establezca el Plan General de Ordenación Urbanística”.

Por su parte, el art. 52 LOUA relativo al régimen del suelo no urbanizable que no esté adscrito a categoría alguna de especial protección prevé que pueden realizarse los siguientes actos:

“A) Las obras o instalaciones precisas para el desarrollo de las actividades enumeradas en el artículo 50.B).a), que no estén prohibidas expresamente por la legislación aplicable por razón de la materia, por los Planes de Ordenación del Territorio, por el Plan General de Ordenación Urbanística y por los Planes Especiales”.

El precepto prohíbe, como no puede ser de otra manera, los usos urbanos y las segregaciones (parcelaciones). El mismo precepto pero en el apartado C) permite:

“Las Actuaciones de Interés Público en terrenos que tienen el régimen del suelo no urbanizable en esta Ley, previa aprobación del correspondiente Plan Especial o Proyecto de Actuación”.

Por su parte, a tenor del art. 42 bajo la rúbrica Actuaciones de Interés Público en terrenos con el régimen del suelo no urbanizable dispone:

“1. Son actuaciones de interés público en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable las actividades de intervención singular, de promoción pública o privada, con incidencia en la ordenación urbanística, en las que concurren los requisitos de utilidad pública o interés social, así como la procedencia o necesidad de implantación en suelos que tengan este régimen jurídico. Dicha actuación habrá de ser compatible con el régimen de la correspondiente categoría de este suelo y no inducir a la formación de nuevos asentamientos”.

Dichas actividades pueden tener por objeto la realización de edificaciones, construcciones, obras e instalaciones, para la implantación en este suelo de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos, *así como para usos industriales, terciarios, turísticos u otros análogos*, pero en ningún caso usos residenciales.

Ya hemos visto que el art. 52 C LOUA permite Actuaciones de interés público mediante Planes especiales o Proyectos de Actuación (porque es una utilización no rural). Dado que en estos casos no se trata de un uso o destino propio del suelo no urbanizable (en el que no considero que estén las actividades extractivos toda vez que el destino minero es un uso propio del suelo no urbanizable o rústico) el art. 52.4 exige una garantía en los términos siguientes:

“Cuando la ordenación urbanística otorgue la posibilidad de *llevar a cabo en el suelo clasificado como no urbanizable actos de edificación, construcción, obras o instalaciones* no vinculados a la explotación agrícola, pecuaria, forestal o análoga, el propietario podrá materializar éstos en las condiciones determinadas por dicha ordenación y por la aprobación del pertinente Plan Especial o Proyecto de Actuación y, en su caso, licencia. Estos actos tendrán una duración limitada, aunque renovable, no inferior en ningún caso al tiempo que sea indispensable para la amortización de la inversión que requiera su materialización. El propietario deberá asegurar la prestación de garantía por cuantía mínima del diez por ciento de dicho importe para cubrir los gastos que puedan derivarse de incumplimientos e infracciones, así como los resultantes, en su caso, de las labores de restitución de los terrenos”.

Con la finalidad de que se produzca la necesaria compensación por el uso y aprovechamiento de carácter excepcional del suelo no urbanizable que conllevarían las actuaciones permitidas en el art. 52.4 es decir, usos no propios del suelo no urbanizable, se establece una prestación compensatoria, que gestionará el municipio y destinará al Patrimonio Municipal de Suelo. Así pues, la prestación compensatoria en suelo no urbanizable tiene por objeto gravar los actos de edificación, construcción, obras o instalaciones no vinculados a la explotación agrícola, pecuaria, forestal o análoga, en suelos que tengan el régimen del no urbanizable.

Estarán obligados al pago de esta prestación las personas físicas o jurídicas que promuevan tales los actos. Se devengará con ocasión del otorgamiento de la licencia con una cuantía de hasta el diez por ciento del importe

total de la inversión a realizar para su implantación efectiva, excluida la correspondiente a maquinaria y equipos. Los municipios podrán establecer mediante la correspondiente ordenanza cuantías inferiores según el tipo de actividad y condiciones de implantación.

Los actos que realicen las Administraciones públicas en ejercicio de sus competencias están exentos de la prestación compensatoria en suelo no urbanizable (art. 52.5 LOUA).

Así pues, las Actividades mineras en suelo no urbanizables se canalizan a través de:

- *Planes Especiales* (pueden ser municipales o supramunicipales): art. 14. a) LOUA. No precisan, ex art. 14.2.b LOUA previo PGOU, pero deben valorar y justificar la incidencia en los Planes de ordenación del territorio, y planes sectoriales y ambientales;
- *Proyectos de Actuación*.

La diferencia entre Planes Especiales y Proyectos de Actuación es que los Planes Especiales proceden en los casos del art. 42.4 letras a, b, c y d LOUA. Y en el resto de los casos a través de Proyectos de Actuación. En efecto, el art. 42.4 dispone:

“Procederá la formulación de un Plan Especial en los casos de actividades en las que se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes: Las Actividades mineras en suelo no urbanizables se canalizan:

- a. Comprender terrenos pertenecientes a más de un término municipal.
- b. Tener, por su naturaleza, entidad u objeto, incidencia o trascendencia territoriales supramunicipales.
- c. Afectar a la ordenación estructural del correspondiente Plan General de Ordenación Urbanística.
- d. En todo caso, cuando comprendan una superficie superior a 50 hectáreas.

En los restantes supuestos procederá la formulación de un Proyecto de Actuación”.

Es importante destacar que los Planes Especiales si tienen trascendencia territorial, como las minas, la aprobación definitiva es de la Comunidad Autónoma, es decir, de la Junta de Andalucía. En cambio, los Proyectos de actuación los aprueba el Ayuntamiento.

Asimismo, la aprobación del Plan Especial no exime de las demás licencias y autorizaciones, incluida la urbanística municipal.

4.2. Modelos de leyes urbanísticas en función del alcance de la habilitación de las actividades mineras en suelo rural o no urbanizable

Podemos distinguir dos modelos:

- Leyes autonómicas que consideran los usos mineros como propios del suelo rural o no urbanizable, tanto al definir esta clase de suelo, como en la regulación del estatuto jurídico de su propietario, sin perjuicio de que puedan quedar sometidas al licencia urbanística y a otras autorizaciones exigidas por la legislación sectorial. En particular, este es el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia a través de la Ley 3/2008, de 23 de mayo de Ordenación de la minería de Galicia⁹ y de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia¹⁰. Cuando el planeamiento califica el suelo como rústico de protección ordinaria, las actividades mineras se consideran usos autorizables y eso significa sujeción a doble autorización: autorización autonómica previa a la licencia municipal. Y en el suelo rural de especial protección las actividades mineras se consideran autorizables, aunque quedan prohibidas

⁹ Seguimos MOREU CARBONELL, E., *ob. cit.*, págs. 416-418. El art. 11 de la Ley 3/2008 de Ordenación de la minería de Galicia dispone: “1. El Plan sectorial de actividades extractivas de Galicia se configura como un plan sectorial de incidencia supramunicipal de los regulados en la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de ordenación del territorio de Galicia. Como máximo instrumento de planificación de la política minera tiene por objeto establecer los principios y directrices para la ordenación minera de Galicia, basada en criterios de estabilidad y sostenibilidad, así como la normativa necesaria para desarrollar los ejes básicos de actuación administrativa en Galicia en el sector propiciando la coordinación de las acciones, su desarrollo sostenible, la mejora tecnológica y la diversificación económica. 2. Las determinaciones del Plan sectorial de actividades extractivas de Galicia serán directamente aplicables y prevalecerán de forma inmediata sobre las del planeamiento urbanístico, que habrá de ser objeto de adaptación. 3. El procedimiento de aprobación del Plan sectorial de actividades extractivas de Galicia se ajustará a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de ordenación del territorio de Galicia”.

¹⁰ El art. 33 de la Ley gallega 9/2002 dispone que los usos y actividades posibles en suelo rústico serán los siguientes: entre las actividades y usos no constructivos: apartado 1. letra e) “Actividades extractivas, incluida la explotación minera, las canteras y la extracción de áridos o tierras, así como sus establecimientos de beneficio”. Y entre las actividades y usos constructivos, apartado 2 letra k) “Construcciones destinadas a las actividades extractivas, incluidas las explotaciones mineras, las canteras y la extracción de áridos y tierras, así como sus establecimientos de beneficio y actividades complementarias de primera transformación, almacenamiento y envasado de productos del sector primario, siempre que guarden relación directa con la naturaleza, extensión y destino de la finca o explotación del recurso natural”.

en ciertos supuestos.

- Leyes restrictivas: Condicionan el desarrollo de la actividad minera en suelo rural a que el planeamiento territorial y el urbanístico lo hayan previsto expresamente como uso autorizable o permitido, Ej. Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid¹¹ necesidad de calificación urbanística previa a la licencia municipal. Pero es necesario previamente que los usos mineros estén expresamente permitidos por el planeamiento regional o urbanístico.

De lo que hemos visto anteriormente podemos concluir que la legislación andaluza se enmarca en un sistema mixto o intermedio. Si la Comunidad Autónoma de Andalucía por el potencial económico de las minas que se ubican en su territorio quiere llevar a cabo una política coherente de fomento de la minería sostenible sería conveniente que se llevara a cabo una modificación puntual de la LOUA en su art. 50.B para contemplar de manera expresa la minería como una actividad propia del suelo no urbanizable.

¹¹ En efecto, la Ley madrileña 9/2001 en el art. 28 Derechos y deberes de la propiedad en suelo no urbanizable de protección dispone: "1. En el suelo no urbanizable de protección los derechos de la propiedad comprenden, además de los generales, los siguientes:

a) La realización de los actos precisos para la utilización y explotación agrícola, ganadera, forestal, cinegética o análoga a la que estén efectivamente destinados, conforme a su naturaleza y mediante el empleo de medios técnicos e instalaciones, compatibles con la preservación de los valores que motivan su inclusión en esta clasificación de suelo. Esta facultad comprende sólo los trabajos y las instalaciones que sean indispensables y estén permitidos o, en todo caso, no prohibidos por las ordenaciones territorial y urbanística, debiendo ejecutarse en los términos de éstas y con sujeción, además y, en todo caso, a las limitaciones impuestas por la legislación civil y la administrativa aplicable por razón de la materia. b) La realización de obras, edificaciones y construcciones y el desarrollo de usos y actividades que se legitimen expresamente en los términos dispuestos por esta Ley mediante calificación urbanística" Por su parte, el art. 29 dedicado al Régimen de las actuaciones en suelo no urbanizable de protección en su apartado 3 establece: Previa comprobación de la calificación urbanística, los Ayuntamientos podrán autorizar en los suelos rurales dedicados al uso agrícola, ganadero, forestal o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales, por ser de interés público o social, por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural las siguientes construcciones e instalaciones con los usos y actividades correspondientes: b) Las de carácter extractivo. El uso extractivo comprenderá las construcciones e instalaciones estrictamente indispensables para la investigación, obtención y primera transformación de los recursos minerales o hidrológicos. La superficie mínima de la finca soporte de la actividad será la funcionalmente indispensable".

4.3. Límites a las prohibiciones a las actividades mineras

Las actividades mineras pueden quedar limitadas o condicionadas por los distintos instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico. Pero ¿cabén prohibiciones absolutas o genéricas? El art. 122 LMi ratifica la jurisprudencia del TC desde la sentencia 64/1982 que ya negó la posibilidad de que las CCAA prohibieran con carácter general el desarrollo de actividades extractivas en una serie de espacios declarados de interés natural.

Asimismo, la STC 170/1989, de 19 de octubre, afirmó que cualquier prohibición general que sustrajera posibles recurso mineros a la riqueza nacional, incluso en el marco de espacios naturales protegidos es contraria a la CE. El nuevo art. 122 LMi pone fin al “acorralamiento” que sufren las empresas mineras por Administración ambiental y urbanística, sobre todo de ámbito local.

El art. 122 LMi impide las prohibiciones genéricas: cuando afectan a todo el ámbito territorial del instrumento de planificación de que se trate y cuando alcance a todos los tipos de actividades mineras. No a todas las actividades extractivas de su ámbito territorial, aunque sí en determinadas clases de suelo normalmente rural protegido. Es obligado a exigir adecuada motivación y juicio de ponderación, a tenor del art. 54 f de la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LPAC).

4.4. Licencias urbanísticas exigibles a las actividades mineras

El otorgamiento de una autorización, permiso o concesión de carácter minero no excluye la necesidad de obtener las demás autorizaciones y concesiones que con arreglo a las leyes sean necesarias. Así lo dispone la legislación minera: art 2.3 del Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el régimen de la minería, así como la legislación básica de régimen local LBRL art 84.3¹², además de las intervenciones de tipo ambiental.

La licencia urbanística municipal, es el principal acto de control preventivo municipal por ser la actividad minera un acto de construcción o edificación e instalación y de uso del suelo o subsuelo. El pro-

¹² V. MOREU CARBONELL, E., *ob. cit.*, págs. 425-428. El precepto dispone: “3. Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales”.

blema es la falta de coordinación entre las distintas Administraciones públicas con competencia para autorizar las actividades extractivas (minera, ambiental y municipal).

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2009 sobre la minería no energética en Europa ha tenido ocasión de analizar esta cuestión y aconseja eliminar cargas administrativas innecesarias y un sistema de ventanilla única. Recomienda pues una coordinación, y no una mera superposición en cadena de intervenciones administrativas.

La exigencia de licencia municipal urbanística plantea dos tipos de conflictos jurídicos.

En primer lugar, la posibilidad de que los Ayuntamientos suspendan o clausuren una explotación minera sin licencia municipal.

Como la minería es una actividad sometida a disciplina urbanística, los Ayuntamientos tienen competencia para denegar la licencia urbanística a una explotación minera, aunque cuente con las oportunas autorizaciones o concesiones mineras y además, puede suspender, clausurar y sancionar actividades extractivas realizadas sin licencia municipal.

El art. 116 LMi preceptúa: *“ninguna autoridad administrativa distinta del Ministro de Industria podrá suspender trabajos de aprovechamientos de recursos que estuviesen autorizados”*. Este precepto ha de ser interpretado a la luz del reparto de competencias en materia urbanística y ambiental. Por tanto, una actividad extractiva sin licencia municipal es clandestina (STS 23 de enero de 2003) y es pertinente la orden de clausura dictada por la autoridad local cuando siendo preceptiva la licencia municipal, las actividades mineras se estaban llevando a cabo sin ellas” (STS 16 de marzo de 2000).

Pero los Ayuntamientos sólo pueden suspender una actividad extractiva por razones urbanística, porque cada Administración ha de actuar en el ejercicio de sus respectivas competencias sectoriales. Significa que los parámetros urbanísticos y ambientales vinculan también a la Administración minera en el sentido de que el interés público de la minería ha de llevarse a cabo procurando armonizar con el resto de los intereses generales respecto de los cuales es susceptible de poder entrar en colisión.

Por lo demás hay que tener en cuenta la modificación en las competencias locales llevada a cabo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local. Las materias de competencia local enumeradas en el art. 25.2 LBRL en algunos casos se han suprimido y en otros encogido o reducido. Así el art. 25.2LBRL reformado en lo que aquí nos interesa: *“a) urbanismo: planeamiento gestión ejecución y disciplina; b) medio ambiente urbano”*.

Parece que se les ha desapoderado a los municipios de la competencia sobre el medio ambiental rural. Es decir, el medio ambiente en el caso del suelo no urbanizable si es de competencia municipal. Por lo demás como casa con las competencias que se atribuyen directamente a los municipios por el art 92 LO 2/2007, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía como en la letra *a*) Ordenación, gestión ejecución y disciplina urbanística y *h*) cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción y defensa del medio ambiente.

V. ACTIVIDAD EXTRACTIVA Y CONTROL MEDIOAMBIENTAL

La LMi fue pionera y contiene normas orientadas a compatibilizar las explotaciones mineras con la protección ambiental. El mandato de compatibilizar ambos intereses alteraba la histórica tendencia a la prioridad del fomento de la riqueza nacional. En particular destaca el art. 5.3 al mandar que: *“El Ministerio de Industria realizará los estudios oportunos para fijar las condiciones de protección del ambiente, que serán imperativas en el aprovechamiento de los recursos objeto de esta Ley y se establecerán por Decreto, a propuesta del Ministerio de Industria, previo informe de la Comisión interministerial del Medio Ambiente y de la Organización Sindical”*.

Como instrumentos de tutela ambiental en materia de minería destacan.

5.1. Restauración de espacios afectados por actividades extractivas y la gestión de residuos en las actividades extractivas

El RD Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración del espacio natural afectado por actividades mineras, en su art. 1 disponía:

“1. Quienes realicen el aprovechamiento de recursos regulados por la Ley de Minas de 21 de julio de 1973, modificada por la de 5 de noviembre de 1980, quedan obligados a realizar trabajos de restauración del espacio natural afectado por las labores mineras, en los términos previstos en este Real Decreto y dentro de los límites que permita la existencia de actividades extractivas, particularmente de aquellas que por su interés para la economía nacional son clasificadas como prioritarias.

2. Procederá la restauración, siempre que se trate de aprovechamientos a explotaciones a cielo abierto, y en aquellos casos de minas de interior, en los que las instalaciones o trabajos en el exterior, alteren sensiblemente el espacio natural”.

Asimismo el art. 2 establecía que: “Con carácter previo al otorgamiento de una autorización de aprovechamiento o de una con-

cesión de explotación, el solicitante deberá presentar ante la Dirección Provincial del M.º de Industria y Energía, o, en su caso, ante el órgano competente en minería de las Comunidades Autónomas, un Plan de Restauración del espacio natural afectado, por las labores. Dicho Plan deberá acompañar a la documentación correspondiente a la solicitud de autorización o concesión”.

La Directiva 2006/21/CE, del Parlamento y del Consejo de 15 de marzo de 2006, sobre la gestión de residuos en las actividades extractivas. El RD 975/2009 de 12 de junio modificado por RD 777/2012 incorpora al ordenamiento interno dicha Directiva y se dicta con carácter de norma básica. El instrumento es el Plan de Restauración que el solicitante de un título minero debe presentar con anterioridad para su aprobación por la autoridad minera con carácter previo al otorgamiento del título minero¹³.

El plan de gestión de residuos mineros (RD 975/2009) que son los derivados directamente de la investigación y del aprovechamiento y no de los subproductos. El Plan de gestión de residuos se configura como un contenido obligatorio del Plan de restauración.

5.2. La Evaluación de impacto ambiental: la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación ambiental

Las actividades mineras que no cuenten con Evaluación de impacto ambiental (EIA) siendo preceptiva, son nulas.

5.2.1. Cuestiones generales

La Ley 21/2013 declara como objetivos: la máxima protección del medio ambiente, agilizar y simplificar procedimientos y homogeneizar la normativa.

Unifica en una sola norma dos disposiciones: la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, es decir, la evaluación ambiental estratégica (en adelante EAE) y el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos y modificaciones posteriores al citado texto refundido (EIA).

¹³ RD 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras trasposición de la Directiva 2006/21, según el art. 2 relativo a su ámbito de aplicación comprende en el número 1 también las actividades de investigación, por ende, los permisos de investigación.

La ley establece un esquema similar para ambos procedimientos –evaluación ambiental estratégica y evaluación de impacto ambiental– y unifica la terminología. Además, estos procedimientos se regulan de manera exhaustiva, lo cual aporta dos ventajas: por una parte puede servir de acicate para que las CCAA los adopten en su ámbito de competencias, sin más modificaciones que las estrictamente necesarias para atender a sus peculiaridades, y por otra parte, hace que el desarrollo reglamentario de la ley no resulte imprescindible.

Asimismo, esta ley pretende incrementar la seguridad de los promotores. El establecimiento de unos principios a los que debe someterse la evaluación ambiental y el llamamiento a la cooperación en el marco de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente determinará el desarrollo de una legislación homogénea en todo el territorio nacional, que permitirá a los promotores conocer de antemano cuáles serán las exigencias legales de carácter medioambiental requeridas para la tramitación de un plan, un programa o un proyecto, con independencia del lugar donde pretenda desarrollarlo.

De acuerdo con estos principios, debe subrayarse que todos los anexos que se incorporan a la ley son legislación básica y por tanto, de aplicación general.

5.2.2. Armonización procedimental

Una de las razones fundamentales de su promulgación, según declara su Exposición de Motivos, es su voluntad de armonizar procedimentalmente la técnica de la evaluación ambiental, de forma que desaparezcan diferencias, ciertamente no siempre explicables en una técnica de estas características, en función de la CCAA en la que nos hallemos.

Y es que en las anteriores leyes de impacto y evaluación de planes y programas se optó simplemente por trasponer el contenido de las respectivas directivas dejando el mismo marco de desarrollo, que éstas dejan a los Estados miembros, a las CCAA, para que fuesen ellas, las que desarrollase sus procedimientos particulares. La realidad ha sido que prácticamente todas ellas han ejercido de sus potestades normativas y, el resultado ha sido dispar y en ocasiones profundamente diferente.

La nueva Ley pretende un desarrollo legislativo homogéneo en todo el territorio nacional y a tal fin regular de manera exhaustiva el elemento formal o procedimental de la evaluación y establece un novedoso régimen de entrada en vigor (DD y DF 10 y 11) de forma que otorga el plazo de un año a las CCAA para que adapten su normativa a la Ley, que se declara

básica prácticamente en todo su articulado, en el bien entendido de que si tal adaptación se produce con antelación, la Ley entrará en vigor en ese momento, como también entrará en vigor, en todo lo que es legislación básica, al finalizar el plazo máximo de 1 año desde su publicación.

5.2.2.1. Simplificación: procedimiento ordinario y abreviado

A los efectos de la simplificación articula dos procedimientos (tanto en el caso de la EAE como de la EIA) uno ordinario y otro abreviado.

En el afán de llevar a cabo una regulación procedimental detallada, hasta el extremo de que se haga innecesario su desarrollo reglamentario, la nueva Ley introduce dos procedimientos ordinario y simplificado, en el bien entendido de que el denominado simplificado no es un procedimiento de evaluación ambiental en sentido estricto y ello tanto en el caso de la EAE como para el supuesto de la EIA. En este sentido cabe decir que la Ley unifica trámites, denominaciones y procedimientos.

En cuanto a la evaluación ambiental estratégica ordinaria se ha tratado de sistematizar el procedimiento ordinario, siguiendo un orden cronológico que facilite a los promotores la aplicación de esta ley. De esta manera, el informe de sostenibilidad ambiental que regulaba la Ley 9/2006, de 28 de abril, pasa ahora a denominarse estudio ambiental estratégico, mientras que la memoria ambiental pasa a ser, en virtud de esta ley, la declaración ambiental estratégica, a semejanza, respectivamente, del estudio de impacto ambiental y la declaración de impacto ambiental.

El procedimiento ordinario de evaluación ambiental estratégica finaliza con la declaración ambiental estratégica, pronunciamiento del órgano ambiental que, tiene la naturaleza jurídica de un informe preceptivo y determinante, no será objeto de recurso y deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial correspondiente, sin perjuicio de su publicación en la sede electrónica del órgano ambiental.

Por lo que respecta al procedimiento simplificado de evaluación ambiental estratégica, incluye como novedad la previa admisión a trámite, continúa con las consultas a las Administraciones afectadas y concluye con un informe ambiental estratégico, que puede determinar bien que el plan o programa tiene efectos significativos sobre el medio ambiente, y por tanto debe someterse a una evaluación estratégica ordinaria, o bien que el plan o programa no tiene efectos significativos sobre el medio ambiente y, por tanto, puede adoptarse o aprobarse en los términos que el propio informe establezca.

Así pues y con carácter básico la Ley 21/2013 en el artículo 6. *Ámbito de aplicación de la evaluación ambiental estratégica* preceptúa:

“1. Serán objeto de una evaluación ambiental estratégica ordinaria los planes y programas, así como sus modificaciones, que se adopten o aprueben por una Administración pública y cuya elaboración y aprobación venga exigida por una disposición legal o reglamentaria o por acuerdo del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno de una comunidad autónoma, cuando:

- a) Establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental y se refieran a la agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca, energía, minería, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, ocupación del dominio público marítimo terrestre, utilización del medio marino, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural, o del uso del suelo; o bien,
- b) Requieran una evaluación por afectar a espacios Red Natura 2000 en los términos previstos en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.
- c) Los comprendidos en el apartado 2 cuando así lo decida caso por caso el órgano ambiental en el informe ambiental estratégico de acuerdo con los criterios del anexo V.
- d) Los planes y programas incluidos en el apartado 2, cuando así lo determine el órgano ambiental, a solicitud del promotor.

2. Serán objeto de una evaluación ambiental estratégica simplificada:

- a) Las modificaciones menores de los planes y programas mencionados en el apartado anterior.
- b) Los planes y programas mencionados en el apartado anterior que establezcan el uso, a nivel municipal, de zonas de reducida extensión.
- c) Los planes y programas que, estableciendo un marco para la autorización en el futuro de proyectos, no cumplan los demás requisitos mencionados en el apartado anterior.”

Por su parte, el artículo 7 respecto del ámbito de aplicación de la evaluación de impacto ambiental establece:

“1. Serán objeto de una evaluación de impacto ambiental ordinaria los siguientes proyectos:

- a) Los comprendidos en el *anexo I*, así como los proyectos que, presentándose fraccionados, alcancen los umbrales del anexo I mediante la acumulación de las magnitudes o dimensiones de cada uno de los proyectos considerados.
- b) Los comprendidos en el apartado 2, cuando así lo decida caso por caso el órgano ambiental, en el informe de impacto ambiental de acuerdo con los criterios del anexo III.
- c) Cualquier modificación de las características de un proyecto consignado en el anexo I o en el anexo II, cuando dicha modificación cumple, por sí sola, los umbrales establecidos en el anexo I.
- d) Los proyectos incluidos en el apartado 2, cuando así lo solicite el promotor.”

Están sujetos a Evaluación de impacto ambiental ordinario los proyectos mineros incluidos en el anexo I Proyectos sometidos a la evaluación ambiental ordinaria regulada en el título II, capítulo II, sección 1.^a entre los que se encuentran las actividades mineras que cumplan los requisitos que se indican¹⁴.

- ¹⁴
- a) Explotaciones y frentes de una misma autorización o concesión a cielo abierto de yacimientos minerales y demás recursos geológicos de las secciones A, B, C y D cuyo aprovechamiento está regulado por la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas y normativa complementaria, cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:
 - 1. Explotaciones en las que la superficie de terreno afectado supere las 25 ha.
 - 2. Explotaciones que tengan un movimiento total de tierras superior a 200.000 metros cúbicos anuales.
 - 3. Explotaciones que se realicen por debajo del nivel freático, tomando como nivel de referencia el más elevado entre las oscilaciones anuales, o que pueden suponer una disminución de la recarga de acuíferos superficiales o profundos.
 - 4. Explotaciones de depósitos ligados a la dinámica actual: fluvial, fluvio-glacial, litoral o eólica. Aquellos otros depósitos y turberas que por su contenido en flora fósil puedan tener interés científico para la reconstrucción palinológica y paleoclimática. Extracción de turba, cuando la superficie del terreno de extracción supere las 150 ha.
 - 5. Explotaciones visibles desde autopistas, autovías, carreteras nacionales y comarcales, espacios naturales protegidos, núcleos urbanos superiores a 1.000 habitantes o situadas a distancias inferiores a 2 km de tales núcleos.
 - 6. Explotaciones de sustancias que puedan sufrir alteraciones por oxidación, hidratación, etc., y que induzcan, en límites superiores a los incluidos en las legislaciones vigentes, a acidez, toxicidad u otros parámetros en concentraciones tales que supongan riesgo para la salud humana o el medio ambiente, como las menas con sulfuros, explotaciones de combustibles sólidos, explotaciones que requieran tratamiento por lixiviación in situ y minerales radiactivos.
 - 7. Extracciones que, aun no cumpliendo ninguna de las condiciones anteriores, se sitúen a menos de 5 km de los límites del área que se prevea afectar por el laboreo y las instalaciones anexas de cualquier explotación o concesión minera a cielo abierto existente.
 - b) Minería subterránea en las explotaciones en las que se dé alguna de las circunstancias siguientes:
 - 1.º Que su paragénesis pueda, por oxidación, hidratación o disolución, producir aguas ácidas o alcalinas que den lugar a cambios en el pH o liberen iones metálicos o no metálicos que supongan una alteración del medio natural.
 - 2.º Que exploten minerales radiactivos.
 - 3.º Aquéllas cuyos minados se encuentren a menos de 1 km (medido en plano) de distancia de núcleos urbanos, que puedan inducir riesgos por subsidencia.
 - c) Extracción o almacenamiento subterráneo de petróleo y gas natural con fines comerciales cuando:

En este punto es preciso subrayar que el procedimiento simplificado – la evaluación simplificada o *screening* – es conforme con la Directiva 2001/42/CEE. La única cuestión sobre la que todos los Estados deben ser cuidadosos, conforme a la jurisprudencia del TJUE por ejemplo sentencia 18 de abril de 2013 en el sentido de que todos los procedimientos simplificados, acelerados y similares no pueden dar como resultado la elusión de la técnica que impone la Directiva cuando el plan o programa entra dentro de su ámbito de aplicación, ni puede establecer un sistema con unas características equivalentes a privar de todo efecto útil al art. 3.1 de la Directiva. En esta misma línea puede incardinarse la STS de 9 de junio de 2012 que declara el sometimiento a EAE de la modificación puntual del Plan General de Valladolid por la pretendida introducción de un uso de suelo ambientalmente significativo (instalación de estaciones de telefonía móvil en los tejados de los edificios residenciales). Por tanto, teniendo presentes las limitaciones de la denominada evaluación simplificada y adoptando las cautelas necesarias para evitar que ésta se transforme en una elusión de la EA completa.

1.º La cantidad de producción sea superior a 500 toneladas por día en el caso del petróleo y de 500.000 metros cúbicos por día en el caso del gas o bien,

2.º Se realicen en medio marino.

- d) Los proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, almacenamiento de CO₂, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpía, que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica.

No se incluyen en este apartado las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigo previos a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de facturación hidráulica.

En todos los apartados de este grupo se incluyen las instalaciones y estructuras necesarias para la extracción, tratamiento, almacenamiento, aprovechamiento y transporte del mineral, acopios de estériles, balsas, así como las líneas eléctricas, abastecimientos de agua y su depuración y caminos de acceso nuevos.

Grupo 9. Otros proyectos.

Los siguientes proyectos cuando se desarrollen en Espacios Naturales Protegidos, Red Natura 2000 y Áreas protegidas por instrumentos internacionales, según la regulación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad:

15.º Explotaciones y frentes de una misma autorización o concesión a cielo abierto de yacimientos minerales y demás recursos geológicos de las secciones A, B, C y D cuyo aprovechamiento está regulado por la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas y normativa complementaria.

5.2.2.2. Agilización del procedimiento: reducción de plazos, extensión de efectos y acumulación

La Ley también contempla medidas de agilización procedimiento: como reducción de plazos, extensión de efectos y la acumulación.

La medida de reducción de plazos, tiene el inconveniente de que los artículos relativos a los plazos no son básicos y en consecuencia dependerá de las CCAA que decidan adoptarlos o no, o por el contrario mantener sus plazos originales, todos ellos como norma más extensos.

La extensión de efectos es una media regulada en la DA 10 para los proyectos sometidos a EIA cuya actividad o actuación sea inferior a un año, pero susceptible de repetirse periódicamente en años sucesivos en idénticas condiciones mediante proyectos que deban ser autorizados por el mismo órgano sustantivo y por el mismo promotor El órgano ambiental puede declarar que la DIA pueda extender sus efectos a los proyectos sucesivos hasta 4 años, teniendo siempre en cuenta el impacto acumulativo.

La acumulación de procedimientos de EIA prevista en la DA 11 el órgano ambiental de manera excepcional podrá acumular distintos procedimientos cuando se den las circunstancias señaladas en el art 73 LPAC.

5.2.2.3. La inactividad de la Administración

Un aspecto importante a tratar en relación al nuevo elemento formal es el relativo a la no resolución en plazo tanto de procedimiento ordinario como del simplificado. Es decir, los efectos de la inactividad de la Administración.

La Ley ha establecido los plazos máximos para resolver los procedimientos ordinario y simplificado de la EAE y EIA, pero no se ha manifestado de forma expresa, clara y rotunda sobre si el transcurso de dicho plazo da paso al silencio y si dicho silencio debe entenderse positivo o negativo. En todo caso, el art. 10 bajo la rúbrica Falta de emisión de las declaraciones e informes ambientales declara:

“La falta de emisión de la declaración ambiental estratégica, del informe ambiental estratégico, de la declaración de impacto ambiental o del informe de impacto ambiental, en los plazos legalmente establecidos, en ningún caso podrá entenderse que equivale a una evaluación ambiental favorable”.

Por ende, niega expresamente que la falta de emisión de las declaraciones e informes ambientales equivalga a una evaluación favorable. Falta de emisión en plazo de la DIA o DAE en ningún caso podrá entenderse que

equivale a una evaluación favorable. Se incorpora la doctrina jurisprudencial sobre la imposibilidad de obtener la DIA por silencio positivo (STS 28 de mayo de 2012), pero sigue sin aclararse que ocurre si no se emite por la autoridad ambiental competente. Como no es susceptible de recurso autónomo ni es un caso de silencio negativo impugnable la única vía que le queda al promotor es el art. 29.1 LJCA recurso contencioso contra la inactividad¹⁵.

5.2.2.4. Naturaleza de la DIA (DIA y DAE)

Se define como informe preceptivo y *determinante*, es decir, un *Tertium genus* entre los informes facultativos y vinculantes). Las discrepancias en el ejercicio de sus propias competencias por el órgano sustantivo pueden elevarse para su resolución al Consejo de Ministros o Consejo de Gobierno.

Aunque la ley 21/2013 declara no recurrible la declaración ambiental estratégica y la declaración de impacto ambiental, tal regulación no parece muy acorde con el art. 24CE ni con la jurisprudencia del TS y TC dado el innegable carácter de acto administrativo de trámite cualificado.

5.2.3. Modificaciones en los Anexos Ley 21/2013 que afectan a las actividades extractivas¹⁶

Contiene importantes novedades en el ámbito de aplicación de la evaluación ambiental ordinaria y la simplificada de proyectos (Anexos I y II de la Ley) respecto del TR 1/2008, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de impacto ambiental¹⁷.

Así en el Anexo I relaciona los proyectos sometidos en todo caso a Evaluación ambiental. Se excluyen algunos proyectos del anexo I porque la Directiva de evaluación de impacto ambiental de proyectos (Directiva 2011/92UE) no lo exige. En términos generales, puede decirse que las exclusiones de proyectos que en todo caso deben someterse a EIA superan en número e importancia a las nuevas inclusiones.

¹⁵ Plazo de vigencia de DIA y DAE; desde la fecha de la publicación hasta el inicio de la ejecución del proyecto. Vigencia de la DAE 2 años y 4 para la DIA. Si en ese plazo no se ha aprobado el plan o programa o iniciado el proyecto el promotor deberá iniciar nuevamente el trámite

¹⁶ LOZANO CUTANDA, B. “La Ley 21/2013, de evaluación ambiental: Noveidades en el ámbito de aplicación (comparativa de anexos)” Noticias breves Gómez Acebo & Pombo, enero de 2014.

¹⁷ Se incluye entre los efectos de los proyectos que han de ser objeto de evaluación ambiental su posible incidencia en el cambio climático. Se trata de una novedad aun no exigida en el Derecho comunitario.

También se llevan a cabo inclusiones y exclusiones en el Anexo II que relaciona los proyectos que requieren Evaluación ambiental simplificada, esto es, un análisis caso por caso para determinar si han de someterse a evaluación ambiental ordinaria por tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente.

“ANEXO I: Nuevas tipologías de proyectos que han de someterse en todo caso a Evaluación ambiental ordinaria Grupo 2: Industria extractiva:

Extracción de turba, cuando la superficie del terreno de extracción supere las 150 ha.

Los proyectos de extracción de petróleo y gas natural con fines comerciales cuando se realicen en el medio marino.”

Los proyectos de *fracking*, regulados por la Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, que los define como los “consistentes en la realización de perforaciones para la explotación, investigación o explotación de hidrocarburos que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica”. La Ley 21/2013 añade también a este Anexo las perforaciones para el almacenamiento de CO₂, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpía, que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica. Se excluyen expresamente “las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigo previos a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de facturación hidráulica”.

“ANEXO II: Tipos de proyectos que se excluyen de la necesidad de someterse a evaluación ambiental simplificada (EAS):

Grupo 3: Perforaciones, dragados y otras instalaciones mineras industriales

Únicamente han de someterse a EAS las perforaciones geotérmicas de más de 500 metros y las perforaciones para el abastecimiento de agua si tienen más de 120 metros (anteriormente, no se establecía un mínimo)”.

En conclusión, con relación a los Anexos de la Ley 21/2013 y por lo que respecta a las actividades extractivas hay que destacar las siguientes diferencias:

– Principales diferencias en Anexo I:

“Grupo 2: Industria extractiva

- Inclusión del almacenamiento subterráneo de petróleo y gas natural en medio marino (independientemente de umbrales de extracción);
- Mantenimiento del *fracking* (incorporado ya mediante la Ley 17/2013), ampliación de su utilización para almacenamiento de CO₂ o gas y exención de sondeos previos de investigación (por fractura);
- Instalaciones e infraestructuras auxiliares, de abastecimiento o accesos asociadas a explotaciones e industria extractiva”.

– Principales diferencias en Anexo II

“Grupo 3: Perforaciones, dragados y otras instalaciones mineras e industriales

- Solo incluye perforaciones geotérmicas > 500 m y de abastecimiento de agua > 120 m;
- Inclusión de perforaciones gasísticas de exploración e investigación;
- Exclusión de dragados para mejora de condiciones hidrodinámicas o de navegabilidad;
- Inclusión de explotaciones a cielo abierto y extracción de turba (no incluidas en Anexo I)”.

5.2.4. Aplicación de la Ley 21/2013 en las CCAA. Caso particular de Andalucía

Recordemos el sistema de entrada en vigor de la Ley 21/2013. La D. Final Décima de la citada norma establece que la presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, momento que se produjo el 12 de diciembre de 2013. Por su parte, su Disposición Final Undécima da un plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley estatal, para que las Comunidades Autónomas que dispongan de legislación propia en materia de evaluación ambiental, se adapten a lo dispuesto en los preceptos de la mencionada Ley, plazo que expiró el 12 de diciembre de 2014.

Llegada esta fecha y en caso de no adaptación a la Ley estatal por parte de las CCAA se aplicarán en bloque los preceptos de la Ley estatal, salvo aquellos que no sean básicos y ello podría provocar contradicciones con la normativa autonómica, como el caso de Andalucía.

Por otra, también ha de tenerse en cuenta la relación entre la autorización ambiental integrada y la Ley 21/2013. A tal efecto, el art. 14 Relación entre la evaluación de impacto ambiental y la autorización ambiental integrada dispone:

“Las Comunidades Autónomas dispondrán lo necesario para incluir las actuaciones en materia de evaluación de impacto ambiental, cuando así sea exigible, en el procedimiento de otorgamiento y modificación de la autorización ambiental integrada”.

A la fecha de hoy y por tanto ya con la plena entrada en vigor de la Ley 21/2013- hay CCAA que no se han adaptado a la misma por lo que les resulta directamente de aplicación en concurso con otras normas como: Islas Baleares donde se aplica la Ley 21/2013 junto con Ley 11/2006 de impacto ambiental y evaluaciones ambientales estratégicas y la Ley 7/2013 de régimen jurídico de instalación, acceso y ejercicio de actividades; Castilla La Mancha , Extremadura; La Rioja Navarra o País Vasco.

La aplicación de la Ley 21/2013 en Andalucía ha tenido lugar a través de la Ley 3/2014, de eliminación de trabas administrativas, que modifica el ANEXO I de la Ley 7/2007, de Gestión integrada de la Calidad Ambiental (GICA para armonizarla con la Ley 21/2013).

El Decreto-ley 3/2015, de 3 de marzo, por el que se modifican las Leyes 7/2007, de 9 de julio, de gestión integrada de la calidad ambiental de Andalucía, 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía, 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros y se adoptan medidas excepcionales en materia de sanidad animal (sobre todo con la finalidad de aplicar la Evaluación ambiental estratégica Ordinaria / simplificada al planeamiento urbanístico.

Dos son los aspectos claves que han obligado a la urgente adaptación de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a la normativa básica estatal. Por un lado, respetar el modelo de autorización ambiental unificada vigente en Andalucía, desde la entrada en vigor de la mencionada Ley 7/2007, de 9 de julio, manteniendo así, el protagonismo del órgano ambiental en su tramitación, y por otro, la necesidad de unificar el procedimiento de la evaluación ambiental estratégica de planes y programas, con las particularidades que requiere la tramitación de este procedimiento de evaluación ambiental estratégica, cuando se realiza a los distintos instrumentos de planeamiento urbanístico.

Por tanto, en la Ley 7/2007, de 9 de julio, nos encontramos ante dos procedimientos distintos para la evaluación ambiental estratégica de planes y programas; el general, regulado en los artículos 36 y siguientes, y el especial para los instrumentos de planeamiento urbanístico, regulado en el artículo 40, y que como hemos visto, nos reconduce al procedimiento de evaluación de impacto ambiental de los proyectos de actividades.

La aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 21/2013, crearía a corto plazo tres regímenes jurídicos para la evaluación ambiental de los instrumentos de planeamiento. Para los iniciados con anterioridad al 12 de diciembre de 2014, seguiría vigente la regulación establecida en la Ley 7/2007, para los iniciados con posterioridad a esa fecha, regiría el procedimiento de la Ley 21/2013, sustancialmente diferente del anterior, y en el momento en que se produzca la adaptación de la normativa autonómica, tendríamos un tercer procedimiento en vigor.

VI. CONCLUSIÓN

El análisis de la normativa reguladora de las actividades extractivas en el ordenamiento jurídico español deja muchas cuestiones pendientes para la reflexión.

La minera sostenible exige una visión integral y coordinada de las tres vertientes implicadas: la planificación territorial, el urbanismo y la tutela ambiental, así como un gran esfuerzo de coordinación entre las Administraciones públicas implicadas que ha de traducirse necesariamente en un marco regulatorio claro, más ágil, sin tramites administrativo innecesarios que dote de suficiente seguridad jurídica a los promotores, ciudadanos y a las propias Administraciones.

Sin embargo, y por lo que se refiere a la tutela ambiental, la Ley 21/2013 está lejos de conseguir la armonización procedimental que anhela en la Exposición de Motivos. Siguen existiendo grandes divergencias entre las CCAA en asuntos tales como plazos de tramitación de los procedimientos, diferencias entre los anexos entre la Ley básica 21/2013 y la normativa autonómica etc.

Es por ello que la propia Ley 21/2013, conscientes de sus limitaciones prevé en el art. 4 bajo la rúbrica Cooperación en el marco de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente que:

“1. La Conferencia Sectorial de Medio Ambiente analizará y propondrá las modificaciones normativas necesarias para cumplir con los principios recogidos en este título y establecer un procedimiento de evaluación ambiental homogéneo en todo el territorio nacional.

2. En particular, la Conferencia Sectorial impulsará los cambios normativos y reformas necesarias que podrán consistir en la modificación, derogación o refundición de la normativa autonómica existente, o la remisión a esta ley, con las salvedades que exijan sus particularidades organizativas.

3. La Conferencia Sectorial podrá establecer mecanismos para garantizar que las Administraciones públicas afectadas emitan en plazo los informes previstos en esta ley.

4. En el seno de la Conferencia Sectorial podrán constituirse grupos de trabajo de carácter técnico que elaboren guías metodológicas de evaluación ambiental que permitan la estandarización de estos procedimientos”.

ÚLTIMAS ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE MINERÍA Y MEDIO AMBIENTE¹

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI
*Contratada del Departamento de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla*

Sumario: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE MINERÍA Y MEDIO AMBIENTE. 2.1. ¿La falta de examen de alternativas en la evaluación de impacto ambiental de actividades con incidencia en el medio ambiente invalidan el proyecto de explotación? 2.2. ¿Es posible limitar temporalmente una autorización aludiendo a razones medioambientales? 2.3. ¿Una afirmación desdichada puede desvanecer la apreciación fáctica del Tribunal que apreció una infracción ya que no se contaba con la evaluación de impacto ambiental? 2.4. ¿El otorgamiento de una concesión minera excluye la necesidad de obtener otras licencias previstas por las normas sectoriales? III. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MINAS DE 2014.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2013-48329-C2-1-PI “Recursos naturales y Energía” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Desde que surge en España en 1825 el Derecho público de minas, el sistema de ordenación minera utilizado ha sido el que otorga la propiedad de los yacimientos al titular de la soberanía territorial. Quiere decirse que el sistema español de ordenación minera ha estado presidido por el principio del dominio público de los yacimientos minerales. Sin embargo, el carácter demanial no ha impedido la explotación económica del sector² y en él nos encontramos claramente la búsqueda del equilibrio o de la compatibilidad entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico minero³.

En efecto, el concepto de bien minero que utiliza el Tribunal Constitucional español es el de explotación industrial imbricada en el desarrollo económico del país. Por eso, los términos que contraponen son el desarrollo económico y la protección ambiental, propugnando la necesidad de compaginar, en la forma en que en cada caso decida el legislador competente, la protección de ambos bienes constitucionales⁴.

También en este sentido, el Tribunal Supremo establece en varias de sus Sentencias la necesaria ponderación del valor ambiental y del económico de una explotación o de una investigación minera. Para ello, afirma, en la Sentencia de 29 de mayo de 1980 -RJ 1980/1979- que no es suficiente la alegación de daños y perjuicios al medio ambiente, sino que es necesario probarlos. En concreto, afirma el Tribunal Supremo que *«en cuanto al segundo de los argumentos de oposición, es decir, el de la pérdida de la riqueza cinética de la zona afectada, si bien no puede negarse que se produciría un desplazamiento de las*

² LÓPEZ RAMÓN, F., «Dominio público y protección del medio ambiente», Instituto Vasco de Administración Pública, *Ordenación del territorio y medio ambiente*, Oñati, 1988, pp. 585 y ss., explica que la etiqueta de dominio público no sirve por sí sola para dotar a los bienes de una protección suficiente, para su mantenimiento en condiciones óptimas, pero esta sola afirmación ya es suficientemente indicativa de que existe un empeño generalizado en vincular la titularidad del dominio con la protección del bien.

³ FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, L.C., «El conflicto de intereses entre el medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero», *Revista de Administración Pública*, núm. 111, 1986, p. 254.

⁴ El mandato de encontrar un equilibrio entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico altera una tendencia histórica a dar prioridad a los intereses mineros sobre cualesquiera otros, palpable sobre todo en la jurisprudencia anterior a la Constitución, que aún perdura, si bien en pocas ocasiones (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1971 -RJ 1971/208-; de 12 de junio de 1974 -RJ 1974/2832- y de 1 de octubre de 1996 -RJ 1996/6983-). Actualmente, la mayoría de los pronunciamientos dan prioridad a la protección ambiental frente a las actividades extractivas.

especies de la zona concreta donde se desarrollasen los trabajos de investigación, no puede sostenerse con fundamento, y nada se ha probado en tal sentido, que tal desaparición pase a ser definitiva». Asimismo, en otro de sus pronunciamientos, Sentencia de 9 de julio de 2008, -RJ 2008/6873-, e igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2003, -RJ 2003/5730-, desestima un recurso contencioso interpuesto contra la denegación presunta del recurso de reposición formulado contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias que autorizaba la ocupación de cuarenta hectáreas de terreno en monte de utilidad pública. Como causa alega: «Efectivamente nada tienen que ver una y otra cuestión, y con toda claridad lo expresa la sentencia en el fundamento quinto, donde se ocupa de la compatibilidad de la ocupación temporal del monte para el fin de utilidad pública de la explotación a cielo abierto solicitada con la conservación del mismo y, además, del sometimiento obligatorio del proyecto a la Evaluación de Impacto Ambiental de la que dice que, también, se sometió a información pública. Y ambos mandatos fueron cumplidos».

Lo anterior se debe a que las explotaciones mineras son susceptibles de entrar en conflicto con el destino que la planificación urbanística delimita para el suelo o subsuelo, así como de condicionar de modo negativo otros bienes jurídicos, especialmente la protección del ambiente. Podemos citar, entre otros efectos negativos posibles de la minería, el daño a la tierra; la liberación de sustancias tóxicas; el riesgo de exposición de los trabajadores a materiales tóxicos; la producción de grandes cantidades de desechos⁵; los altos niveles de ruido, etc. Tanto la extracción superficial como la subterránea incluyen el drenaje del área de la mina y descarga del agua de la misma; remoción y almacenamiento/eliminación de grandes volúmenes de desechos; y traslado y procesamiento de los minerales o materiales de construcción.

La legislación minera no debe ser ajena a la necesidad de armonizar los conflictos que ineludiblemente surgen entre los usos asignados al espacio físico, tendiendo a sustituir el sistema vigente de uso ilimitado y exclusivo de los recursos mineros por otro que implique un uso limitado y razonable de los mismos⁶. La cuestión no es sencilla, pues es necesario que los diversos

⁵ QUINTANA LÓPEZ, T., «La alteración física del medio. Movimientos de tierras y actividades extractivas», ESTEVE PARDO, J. (coord.), *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 199-226.

⁶ MOREU CARBONELL, E., *Régimen jurídico de las actividades extractivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 292. Actualmente, es el art. 5 de la Ley de Minas el que formula el principio general en virtud del cual: «El Ministerio de Industria realizará, con la colaboración, en su caso, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, los estudios necesarios para adecuar a las previsiones de los Planes de Desarrollo Económico y Social el Programa Nacional de Investigación Minera y el de Revalorización de la Minería, al objeto de lograr su permanente actualización, ajustándose a dichos programas la acción estatal en cuanto al aprovechamiento de

instrumentos implicados actúen coordinadamente. Aquí uno de los aspectos más problemáticos que habrá que tener en cuenta en la relación entre las actividades extractivas y la protección ambiental, y su regulación jurídica, es el punto de vista competencial, pues el medio ambiente tiene un carácter transversal, que incide en otras materias incluidas en el reparto constitucional de competencias. En efecto, junto a la competencia estatal para establecer las bases del régimen minero, desarrollada escasamente por las Comunidades Autónomas, éstas asumen también una competencia de desarrollo de la legislación básica estatal para la protección del medio ambiente (art. 149.1.23 de la Constitución)⁷. El juego de los diferentes instrumentos normativos implicados planteará conflictos en numerosas ocasiones.

La presente comunicación tiene por objeto analizar los últimos pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo español en materia de minería y medio ambiente, con el objeto de conocer cuáles son los problemas principales que se plantean, las soluciones que se les están otorgando y, sobre todo, el camino que aún queda por recorrer.

Por otra parte, merece la pena señalar que todo esfuerzo que realice el legislador para intentar conjugar la explotación del dominio público minero y la protección del medio ambiente es muy importante, pero no siempre completamente satisfactorio. Por eso, para finalizar, hemos de citar el nuevo Anteproyecto de la Ley de Minas del año 2014, que a pesar de no haber sido aprobado, dedica un escaso Título IV a la protección del medio ambiente.

los recursos de esta Ley. El Ministerio de Industria, previo informe del Instituto Geológico y Minero de España y oída la Organización Sindical, podrá disponer la ejecución de todos o algunos de los trabajos incluidos en los citados programas, previa declaración de zona reservada y en cualquiera de las formas establecidas en el Capítulo II de este Título. De conformidad con el Consejo Superior Geográfico, publicará, a las escalas que reglamentariamente se establezcan, los mapas geológicos, geofísicos, geoquímicos, geotécnicos, hidrogeológicos, metalogenéticos y cualesquiera otros que el desarrollo tecnológico requiera, que sean útiles a la ordenación del territorio y al aprovechamiento racional de los recursos minerales del país. El Ministerio de Industria realizará los estudios oportunos para fijar las condiciones de protección del ambiente, que serán imperativas en el aprovechamiento de los recursos objeto de esta Ley y se establecerán por Decreto, a propuesta del Ministerio de Industria, previo informe de la Comisión interministerial del Medio Ambiente y de la Organización Sindical».

⁷ MOREU CARBONELL, E., *Régimen jurídico de las actividades extractivas...*, op. cit., p. 299.

II. ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE MINERÍA Y MEDIO AMBIENTE

Durante los últimos años el Tribunal Supremo ha debido resolver varios supuestos en los que se han visto implicados tanto el sector minero como el medioambiental. A continuación, se analizan algunas de estas Sentencias más recientes para conocer la postura de la jurisprudencia en cada caso.

2.1. **¿La falta de examen de alternativas en la evaluación de impacto ambiental de actividades con incidencia en el medio ambiente invalida el proyecto de explotación?**

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2015, -RJ 2015/1631-, examina el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de diciembre de 2012, por infracción del art. 5.1 y 2 y el Anexo III, epígrafe 2 de la Directiva europea 85/337, de 27 de junio de 1985, del Consejo, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y de los arts. 2.1 b) del Real Decreto Legislativo 1302/86, de 28 de junio, sobre Evaluación de Impacto Ambiental; 7, 8, 9 y 10 del Reglamento de Evaluación Ambiental de Proyectos, aprobado por Real Decreto 1131/88, de 30 de septiembre, que exigen la formulación y análisis de alternativas respecto de los proyectos con incidencia en el medio ambiente.

El Tribunal Supremo aclara que la Sala sentenciadora había declarado, como razón de su decisión desestimatoria del recurso deducido en la instancia que la declaración de impacto ambiental describía el proyecto, pero no hacía referencia alguna a las alternativas a la ubicación de la explotación minera. Además, había expresado que las dos formas de evaluación ambiental conocidas, el estudio de impacto ambiental y la evaluación ambiental estratégica, tiene su ámbito de actuación, pues mientras la primera versa sobre los proyectos, la segunda alcanza a los planes y ello determina un distinto alcance de cada una de estas técnicas, de forma que el análisis en los proyectos de la incidencia ambiental será mucho más concreto, desarrollándose fundamentalmente, alrededor del proyecto o instalación, correspondiendo a los planes un estudio más amplio comprensivo de las distintas alternativas a esa ubicación.

Sin embargo, como indica ahora la Sentencia del Tribunal Supremo, el art. 2.1 b) del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio establece que los proyectos contendrán, al menos, entre otros *«una exposición de las principales alternativas estudiadas y una justificación de las principales razones de la solución adoptada, teniendo en cuenta los efectos ambientales»*.

Recordando la Sentencia de 30 de noviembre de 2012, -RJ 2012/11033-, declara ahora esta Sentencia que es propio de la naturaleza de los estudios de impacto ambiental que se especifiquen las distintas alternativas de la solución adoptada, entre las que se encuentran también las referentes al emplazamiento. En este caso, de las declaraciones testificales de los redactores del proyecto de explotación se desprende que se estudiaron las diferentes alternativas, ya que ese estudio o análisis acerca de las alternativas posibles no cabe confundirlo ni reducirlo al hecho de que los redactores del proyecto manifestasen que analizaron diferentes emplazamientos, ni esa deficiencia en el estudio o evaluación de impacto ambiental impone al demandante la carga de probar que el emplazamiento elegido para la explotación de la cantera no es el más idóneo.

2.2. **¿Es posible limitar temporalmente una autorización aludiendo a razones medioambientales?**

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2014, -RJ 2014/6613-, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 20 de noviembre de 2012, sobre una autorización de aprovechamiento minero. La Sentencia que se impugna estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad mercantil, contra una Resolución de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, que desestima el recurso de alzada formulado contra una Resolución anterior de la Delegación Provincial de Sevilla, que autorizó el aprovechamiento de recursos de la Sección A), por un período de diez años, prorrogable por otros diez.

El recurso de casación se sustenta en un único motivo en el que se reprocha a la Sentencia la lesión del art. 28.2 del Reglamento de la Ley de Minas, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, que dispone, cuando aborda el contenido necesario de una autorización de explotación minera, que debe incluir *«el tiempo de duración de la autorización que no podrá exceder de aquel que el peticionario tenga acreditado el derecho a la explotación»*. La sociedad mercantil sostiene que procede la inadmisión del recurso y que quien ha infringido el art. 28.2 ha sido la Administración.

Por este motivo y para poder entender la respuesta del Tribunal, es conveniente referirse aquí brevemente a los usos⁸ que pueden realizar los sujetos privados en relación con las minas⁹ y, especialmente, a las concesiones de explotación.

La Ley vigente 22/1973, de 21 de julio, de Minas (en adelante LMi) regula la concesión minera de manera más detallada que la Ley de 1944, manteniendo los dos tipos de concesiones que reconocía esta última: concesiones directas y concesiones derivadas de permisos de investigación. La Ley de Minas, de 19 de julio de 1944 no fomentaba la explotación de las concesiones mineras por dos motivos: establecía la obligación de explotar aquellas concesiones que al entrar en vigor estuviesen en explotación, pero dejando vigente la Ley de 1868, es decir, la supervivencia de la concesión mediante el mero pago del canon para todas aquellas concesiones que no estaban en explotación. Por otra parte, estableciendo una sanción pecuniaria con carácter previo a la caducidad de una concesión por su no explotación, se ocasionaba que los concesionarios pagaran la multa dejando transcurrir el tiempo sin llevar a cabo las labores de explotación y esperando la imposición de una nueva multa.

Asimismo, provoca con sus previsiones que en la práctica, el otorgamiento de una concesión de explotación constituya un supuesto reglado¹⁰ para la Administración. La Ley establece como requisitos para su otorgamiento: que el mineral haya sido puesto de manifiesto y que sea susceptible de aprovechamiento racional (arts. 63-65 y 67-69 de la LMi). Además, los motivos de denegación vienen establecidos en los arts. 68.2 y 69.2¹¹ cuando

⁸ FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, L.C., «El dominio público minero», PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos, vol. III, Regímenes dominicales específicos. Propiedades especiales. Dominio hidráulico*, Aranzadi, Navarra, pp. 483-484, explica que debe señalarse que, en este ámbito, la posición de los particulares ha sido de dos tipos: En primer lugar, han podido explotar determinados minerales sin título alguno de explotación. En segundo lugar, la explotación de los restantes minerales ha requerido el título minero de concesión o el título de autorización. Sin embargo, en 1973 con la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas el legislador cambió el criterio ante la importancia económica de las canteras.

⁹ ENTRENA CUESTA, R., «Naturaleza y régimen jurídico de las rocas», *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959, p. 37, destaca la importancia de las minas para el dominio público en general.

¹⁰ DE ARCENEGUI FERNÁNDEZ, I., *Derecho minero*, Civitas, Madrid, 2002, se pronuncia a favor de la discrecionalidad en el otorgamiento de concesiones mineras.

¹¹ QUINTANA LÓPEZ, T., «Viejos y nuevos problemas de la concesión minera», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 18, 2009, pp. 13 y ss., afirma que el art. 69.2 establece una regla particular en relación con la denegación motivada en que la investigación realizada no haya puesto de manifiesto la existencia del mineral, permitiendo que

precisan las condiciones para su otorgamiento: a) la documentación presentada debe reunir los requisitos reglamentarios; b) el proyecto debe estimarse adecuado al aprovechamiento racional del recurso mineral; c) el recurso mineral debe considerarse suficientemente conocido y/o haberse puesto de manifiesto en la investigación.

En cuanto a la extensión de la concesión, el art. 76.4 señala que debe estar comprendida entre una y cien cuadrículas. Por su parte, el art. 62 fija la vigencia de la misma en un período de treinta años, prorrogables por plazos iguales hasta un máximo de noventa años.

En 1973 el legislador adoptó en la Disposición Transitoria primera de la Ley, la siguiente regulación para otorgar una solución a la situación en que se encontraban las concesiones de explotación como consecuencia de la normativa anterior:

«1. Todas las concesiones de explotación de recursos minerales de la Sección C) otorgadas con arreglo a las legislaciones anteriores, quedan sometidas a las disposiciones de la presente Ley. 2. Los titulares de las concesiones que vinieran siendo explotadas al entrar en vigor la presente Ley, dispondrán del plazo de un año para consolidar sus derechos. En este caso, cuando el titular haya cumplido las obligaciones dimanantes de las mismas, el plazo de concesión será de hasta noventa años, contado a partir del nuevo otorgamiento. 3. Los titulares de concesiones mineras que no vinieran siendo explotadas al entrar en vigor la presente Ley, sin que constituyan reservas debidamente aprobadas de otras en actividad, dispondrán del plazo de dos años, si estuviera puesto de manifiesto un recurso de la Sección C), para iniciar los trabajos de explotación o solicitar, en su caso, la autorización prevista en el artículo 72 para la concentración de la actividad en una o varias concesiones. 4. De no estar puesto de manifiesto dicho recurso, los titulares deberán presentar dentro del plazo de un año el proyecto a que se refiere el artículo 47 para la investigación de los terrenos que tengan concedidos; aprobada la investigación, deberá realizarse en los plazos que establece el artículo 45 de la presente Ley. Transcurridos los plazos sin que se haya puesto de manifiesto un recurso, se declarará la caducidad de la concesión de que se trate. Caso de resultar positiva la investigación desarrollada, la referida concesión quedará sometida a lo estipulado en el párrafo 3 de esta disposición transitoria. 5. Si finalizasen los plazos a que se refieren los párrafos anteriores sin haberse dado cumplimiento a lo establecido en los mismos por causas imputables al titular, se procederá a la caducidad de las concesiones. 6. A efectos de los apartados anteriores, no se entenderán

la misma continúe hasta agotar los plazos del permiso correspondiente. De este mismo autor, *Concesión de minas y protección del medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

como concesiones mineras inactivas aquellas cuya paralización obtenga autorización previa de la Delegación Provincial correspondiente. 7. Cuanto se contiene en esta disposición transitoria será aplicable a la reserva de zonas a favor del Estado, que se considerarán, según sean provisionales o definitivas, como permisos de exploración, investigación o concesiones de explotación, siéndoles también de aplicación, en cuanto a plazos, lo establecido en el párrafo tercero del artículo octavo de la presente Ley».

De esta manera, se refleja la referida conciliación de los intereses privados con los intereses generales, con el objetivo de acabar con la situación de privilegio de las antiguas concesiones inactivas y lograr considerarlas incluidas en la obligación de mantenerlas en actividad.

Hechas estas consideraciones y volviendo ahora sí a nuestro caso, el Tribunal Supremo explica que la discrepancia surge cuando se trata de determinar el carácter motivado o no del acto administrativo impugnado en instancia, toda vez que la Administración recurrente considera que la referencia que se hace, al medio ambiente y a la racional utilización de los recursos, al resolverse el recurso, es una motivación suficiente que manifiesta la infracción en que incurre la sentencia cuando concluye que el acto no ha sido motivado.

La Sentencia entonces recuerda que el requisito de la motivación de los actos se extiende también a los actos discrecionales, que no están exentos de esta exigencia. Es más, precisamente en los actos discrecionales, por contraposición a los reglados en los que su contenido viene agotadoramente establecido por la norma legal o reglamentariamente de cobertura, la exigencia de motivación tiene una importancia capital, pues sirve para diferenciar la discrecionalidad administrativa de la mera arbitrariedad. En definitiva, la libertad de elección que comporta la discrecionalidad exige la exteriorización de las razones y del proceso lógico que conduce a la decisión final, es decir, a la determinación del plazo en diez años prorrogables por otros diez.

La alusión que se hizo al medio ambiente en el caso *«la fijación del plazo se hace con el fin de asegurar la protección del medio ambiente y la racional utilización de los recursos naturales»* debió llenarse de contenido mediante la expresión de las específicas circunstancias del caso que hacían aconsejable, o imprescindible, para el interés general, la limitación del plazo a diez años.

Como es consabido, la motivación de los actos administrativos cumple una doble finalidad: dar a conocer al destinatario de los mismos las razones concretas y precisas, aunque no exhaustivas, de la decisión administrativa adoptada, para que con tal conocimiento, la parte pueda impugnarla ante los órganos jurisdiccionales, y éstos, a su vez, puedan cumplir

la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican. El cumplimiento de la exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa se salvaguarda mediante la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo no motivado, en caso de incumplimiento, que es precisamente lo acordado en la Sentencia que se impugna.

En consecuencia, no basta para establecer una limitación con la expresión genérica “asegurar la protección del medio ambiente y la racional utilización de los recursos naturales”, sino que es necesario precisar y concretar estos conceptos.

2.3. ¿Una afirmación desdichada puede desvanecer la apreciación fáctica del Tribunal que apreció una infracción ya que no se contaba con la evaluación de impacto ambiental?

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de marzo de 2014, -RJ 2014/1885-, resuelve el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 22 de marzo de 2011, que desestimó la acción ejercitada por aquélla contra una resolución administrativa sancionatoria por haber realizado excavaciones por debajo del nivel freático sin contar con la evaluación de impacto ambiental correspondiente¹². El recurso se sustenta en la vulneración de los preceptos que regulan la valoración de la prueba, que a su vez supone infracción del principio de presunción de inocencia, al señalar literalmente que «*es de tener en cuenta que todos estos informes periciales han sido emitidos a instancia de la actora y no gozan, por ello, de la presunción de objetividad que los emitidos por los técnicos de la Administración*».

El Tribunal Supremo explica entonces que si se considera que el Tribunal de instancia no ha infringido las reglas relativas a la valoración de las pruebas, el planteamiento del recurrente queda privado de fundamento. Tras analizar las razones por las cuales el Tribunal *a quo* cree que no son aceptables las conclusiones de los peritos de la entidad demandante, el

¹² QUINTANA LÓPEZ, T. y CASARES MARCOS, A.B., «La evaluación del impacto ambiental de las minas», FERNÁNDEZ TORRES, J.R.; PRIETO DE PEDRO, J.J. y TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., (coords.), *El Camino de Santiago y otros itinerarios: cultura, historia, patrimonio, urbanismo, turismo, ocio y medio ambiente. Liber amicorum Enrique Gómez-Reino y Carnota*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 677-704.

Tribunal Supremo indica que, como cualquier valoración de pruebas periciales, el razonamiento es discutible. Sin embargo, no por ello debe calificarse de irrazonable o arbitrario. A pesar de que la Sala de Instancia haya utilizado expresiones desafortunadas que pueden dar a entender que se ha desnaturalizado el principio de presunción de inocencia, ello no puede desvanecer los razonamientos que anteceden y siguen la expresión en cuestión. La única problemática dirimida es el haber llevado a cabo una excavación por debajo del nivel freático y esa excavación efectivamente ha tenido lugar. Si la conclusión fáctica de la Sentencia impugnada no se opone a las reglas de la lógica ni es arbitraria, los motivos de casación son desestimables porque tienen como premisa que se ha vulnerado la presunción de inexistencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. Efectuada la excavación por debajo del nivel freático, se ha incurrido en la infracción por la que la entidad recurrente ha sido sancionada y, por tanto, la sentencia recurrida no ha infringido los preceptos que se invocan en cada uno de los motivos de casación alegados, ya que no está en tela de juicio la falta de evaluación de impacto ambiental.

2.4. ¿El otorgamiento de una concesión minera excluye la necesidad de obtener otras licencias previstas por las normas sectoriales?

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2013, *-RJ/2013/6047-*, resuelve como único motivo de casación si es correcta o no la denegación de una autorización en materia de minas fundada en que el solicitante carece de otras licencias también necesarias para el ejercicio de la actividad. En concreto, se indica que la discrepancia es si la disponibilidad de la licencia urbanística es un presupuesto previo y necesario para obtener la autorización de la Administración competente en materia de minas o no lo es.

Como explica el Tribunal Supremo, el otorgamiento de permiso o concesión minera no excluye la necesidad de obtener las demás autorizaciones o licencias que establezcan las respectivas normas sectoriales. Ciertamente, la confluencia de diferentes permisos o licencias de distintas Administraciones públicas, o de varios órganos administrativos dentro de las mismas, sobre la misma actividad a desarrollar, precisa, con carácter general, que cada una aplique el régimen jurídico correspondiente a su ámbito sectorial, que tiene sus propios principios, su finalidad concreta y el específico interés público cuya tutela tiene encomendado. En consecuencia, se concederá el necesario permiso o licencia si concurren los presupuestos,

legal o reglamentariamente establecidos, en dicha esfera sectorial, a los que se anuda su otorgamiento.

En este sentido, el Tribunal Supremo ya había declarado, en varias Sentencias, sobre la concurrencia de la autorización minera y la licencia municipal que cuando para la realización de una actividad se necesita la concurrencia de permisos o autorizaciones de varias entidades u organismos administrativos, cada uno con privativas y específicas competencias en razón de las finalidades de interés público que respectivamente tutelan y tales permisos se tramitan y conceden con independencia, es necesario que todos ellos concurren para que la actividad pueda desarrollarse legalmente, siendo obligación de cada entidad u órgano velar por cumplimiento de la exigencia que a él atañe.

Ahora bien, esa regla general tiene matizaciones. En primer lugar, el propio acto administrativo impugnado en la instancia declara que no puede concluir el expediente para la regulación de la autorización, porque no puede realizarse la oportuna declaración de impacto ambiental por problemas urbanísticos surgidos y que hacen inviable la explotación. En segundo lugar, cuando se impugna la licencia municipal, ajena al ámbito minero, se justifica y acredita la imposibilidad para llevar a cabo la actividad que se pretende. Finalmente, el cauce procesal se estrecha porque es preciso invocar que concurre una prohibición legal expresa que impide realizar la extracción autorizada por la concesión y acreditar su concurrencia. Cuando no es así, debe descenderse al contenido del planeamiento general para determinar la clase de suelo donde se ubica la concesión.

En definitiva, la regla general es que entre los respectivos ámbitos sectoriales que concurren para autorizar el ejercicio de una actividad existe una separación primaria, pues cada área material tiene su específica regulación, y su propio interés público a proteger. De modo que se excluye, con carácter general, que un órgano encargado de otorgar la licencia urbanística deniegue la misma por aplicación de las normas mineras o al contrario.

III. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MINAS DE 2014

Como uno de los últimos intentos por parte del legislador español para solucionar los principales problemas presentes en el sector de la minería, debe hacerse referencia al Anteproyecto de Ley de Minas, de 17 de noviembre de 2014, que a pesar de que no haya prosperado antes de finales del año 2014 como se pretendía, contiene cambios de envergadura en la materia.

Entre otros, el borrador, parte del principio de titularidad estatal de

los recursos y del desarrollo sostenible, para establecer el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Asimismo, determina la declaración de reservas a favor del Estado, recursos y geológicos. Además, clasifica los recursos, en función de sus características, en dos secciones -la A sometida a un régimen de autorización en la que el derecho a explotar se atribuye al propietario del terreno en el que se encuentre el recurso- y una B en la que los recursos pueden ser objeto de permisos de investigación a cuyos titulares se les concede el derecho preferente a una concesión de explotación sobre un territorio en el que se haya demostrado suficientemente la existencia de recurso y que conlleva la declaración de utilidad pública a efectos de aplicación de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa. En esta sección están los yacimientos geológicos, como el carbón, minerales radioactivos, rocas bituminosas, y las estructuras subterráneas que retenga cualquier producto o residuo, excluidos los hidrocarburos y el dióxido de carbono, que en él se vierta o inyecte. Los criterios para la clasificación implican que se otorgue al investigador un derecho preferente sobre los recursos y que se conceda la utilidad pública a efectos de expropiación forzosa para evitar la posibilidad de que se impida la explotación por parte de los propietarios de los terrenos.

Para la cuestión que nos ocupa, debemos detenernos en el nuevo Título IV que lleva por rúbrica «Protección del medio ambiente» afirma ahora, en el art. 62.1, que las actividades mineras deben realizarse respetando el medio ambiente y las condiciones de calidad de vida del entorno en el que se desarrollan. El apartado segundo continúa precisando que las personas jurídicas que deseen realizar actividades reguladas por la Ley de minas deben someterse a un procedimiento previo de evaluación de impacto ambiental u otras figuras de evaluación ambiental, de acuerdo con la legislación medioambiental vigente, y a cualquier otro procedimiento que resulte de aplicación de acuerdo con la normativa medioambiental. Por su parte, el apartado tercero se ocupa de indicar que las actividades deben respetar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa ambiental; la correcta gestión de los residuos resultantes de la investigación y aprovechamiento de los recursos minerales; la restauración del espacio natural afectado por las labores mineras; el desmantelamiento y abandono de instalaciones en condiciones medioambientales y de seguridad suficientes.

El art. 63 establece que la entidad explotadora está obligada a tomar todas las medidas necesarias para prevenir o reducir en lo posible cualquier efecto negativo sobre el medio ambiente y sobre la salud de las personas derivado de la investigación y aprovechamiento de recursos minerales. Dichas medidas deben basarse en las mejores técnicas disponibles e incluir la

gestión de los residuos mineros y de todas las instalaciones de residuos también con posterioridad a su cierre, cuando proceda, así como la prevención de accidentes graves que puedan ocurrir en las instalaciones, y la limitación de sus consecuencias para el medio ambiente y la salud humana.

Con carácter previo al otorgamiento de una autorización, permiso o concesión regulada por la Ley de Minas, el solicitante debe presentar ante la autoridad competente en minería un plan de restauración del espacio natural afectado por las labores mineras teniendo en cuenta los aspectos propios de su actividad que puedan tener efectos negativos sobre el medio ambiente o la salud de las personas. Dicho plan debe acompañar a la documentación correspondiente a la solicitud de autorización, permiso o concesión.

No pueden otorgarse autorizaciones, permisos o concesiones reguladas por la Ley de Minas sin tener un plan de restauración y, una vez otorgados, no pueden iniciarse los trabajos hasta tener constituidas las garantías que aseguren su cumplimiento.

Para finalizar el Título, el art. 64 señala que la actividad de gestión de los residuos resultantes de la investigación y aprovechamiento de los recursos minerales y geológicos, se realizará de acuerdo con los requisitos establecidos reglamentariamente. La autoridad minera podrá imponer alguna limitación sobre los terrenos donde se desarrolló una actividad minera cuando otra actividad que se pudiera ejercer en ellos pudiera significar algún tipo de riesgo.

Lo cierto es que tras la lectura del Anteproyecto, lo que queda claro es que los cambios para proteger el medio ambiente no son tantos ni de la forma en que deberían haberse planteado. El Anteproyecto se preocupa principalmente -y casi exclusivamente- por el aumento de los impuestos. Así, no se puede pasarse por alto, aunque no sea lo que ahora nos ocupa, que el Anteproyecto actualiza el canon de superficie e incluye también un nuevo impuesto sobre el valor de la extracción. El impuesto sobre el valor de la extracción de los recursos minerales y geológicos es un tributo de carácter directo y naturaleza real que grava el valor de los recursos minerales y geológicos de dominio público extraídos en el ámbito de aplicación del impuesto. El ámbito objetivo del mismo está constituido por los minerales y demás recursos geológicos, cualquiera que sea su origen y estado físico. El hecho imponible del mismo es la extracción en territorio español de minerales y demás recursos geológicos, mediante las autorizaciones de explotación o concesiones de aprovechamiento. Con carácter general, la base imponible se determina atendiendo al importe total que corresponda percibir al contribuyente por aquellos recursos que sean vendidos o entregados en el período

impositivo. Para el caso de autoconsumo (entregas entre personas vinculadas o entregas sin contraprestación), se hará teniendo en cuenta el importe a percibir que se hubiese acordado en condiciones normales de mercado, en la misma fase de comercialización, entre partes que fuesen independientes.

Habrá que esperar para ver qué sucede cuando una nueva Ley de Minas sea aprobada. Lo que queda claro es que para que logre proteger el medio ambiente debe introducir numerosas modificaciones a las previsiones del Anteproyecto.

OBRA PUBLICADA
COM A COORDENAÇÃO
CIENTÍFICA



O Grupo Crise, Sustentabilidade e Cidadanias é um dos grupos de investigação do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e tem como principais núcleos temáticos de pesquisa a transestatalidade, a sustentabilidade ambiental e energética, a sustentabilidade económica e financeira, a sustentabilidade social e a sustentabilidade política.

O seu plano de trabalhos para o quinquénio 2015-2020 concentra-se no estudo de cinco problemas: a superação da crise através de novas ideias estratégicas e da reformulação das estruturas administrativas e orientações da *governance*; o desafio da justiça intergeracional e social no contexto nacional e europeu; os problemas normativos da transestatalidade; as reformas fiscais em resposta aos desafios da justiça e da competitividade; a reforma do Estado e das organizações políticas na Sociedade aberta, global e em rede.

