

Seminario de Actualización Jurídica local Josep María Esquerda 2024

**“La última doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo referente al
ámbito local”**

**(Reflexiones sobre el ágora civilizatoria de las ciudades, la sostenibilidad
medioambiental y la emergencia climática a la luz de la doctrina del
Tribunal Supremo)**

Jose Manuel Bandrés

Magistrado del Tribunal Supremo

Barcelona, 5 de julio de 2024.

SUMARIO

I. Introducción: La penetración del Derecho de la Unión Europea y la emergencia climática y medioambiental: El papel central de los Entes locales en la lucha contra la contaminación atmosférica en los entornos urbanos.

II. Directrices jurisprudenciales del Tribunal Supremo relativas a los Entes Locales.

1.- Memoria Democrática, identidad constitucional y libertad religiosa:

1.1 La obligación de los Ayuntamientos de retirar del espacio público todos aquellos símbolos que supongan exaltación de la guerra civil. [(STS de 14 de diciembre de 2023 (RC 7637/2021)).]

2.- Participación ciudadana y democracia local.

2.1 Los Ayuntamientos no pueden instar, al amparo del artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la celebración de consultas populares que afecten o incidan en la organización territorial del Estado o de las Comunidades Autónomas. [(STS de 25 de septiembre de 2023 (RCA 1013/2022))]

3.- Gobernanza local, competencias municipales y el valor del pluralismo público.

3.1 El Pleno del Ayuntamiento está legitimado para acordar declaraciones de reprobación de miembros de la Corporación. [STS de 26 de junio de 2023 (RC 6327/2021)]

4.- Unidad de mercado, libertad de empresa y Ordenanzas municipales reguladoras de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor VTC.

4.1 Los Ayuntamientos pueden adoptar regulaciones restrictivas del ejercicio de actividades económicas siempre que tengan como finalidad salvaguardar razones imperiosas de interés general y sean objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.

[STS de 15 de marzo de 2024 (RC 8543/2022)]

5.- Urbanismo y medio ambiente

5.1 Los Ayuntamientos, en el ejercicio de las potestades de planeamiento urbanístico, no pueden violar el principio de no regresión en materia de protección del medio ambiente.

[STS de 30 de junio de 2023 (RC 7738/2021)]

- III. Epilogo: El efecto útil de las sentencias del Tribunal Supremo resolviendo recursos de casación interpuestos en relación con la fiscalización jurisdiccional de la actividad de los Entes locales.**

I.- Introducción: La penetración del Derecho de la Unión Europea y la emergencia climática y medioambiental: El papel central de los Entes locales en la lucha contra la contaminación atmosférica en los entornos urbanos.

La lucha contra el cambio climático, contra la contaminación atmosférica y contra todas las fuentes lesivas del medio ambiente, constituye un desafío global que compromete a la Comunidad Internacional, a los Estados y a todas las Administraciones públicas que desarrollan su actividad en un determinado territorio, y, particularmente, a las ciudades, a emprender y desplegar políticas activas medioambientales que garanticen a todos una calidad de vida digna acorde con el pleno respeto a los valores ecológicos (Vid. Alexandre Peñalver Cabré “El rol de los Gobiernos locales frente al cambio climático en el derecho internacional y en el derecho de la Unión Europea”. Anuario del Gobierno Local 2021. Fundación Democracia y Gobierno Local y Institut de Dret Public, pags. 51 a 90).

La noción de Estado de Derecho Ecológico, vinculado al valor axiológico de desarrollo sostenible, impregna la justicia ambiental del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo (Vid. José Manuel Bandrés “La recepción de la noción de Estado de Derecho Ecológico en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”. En los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomas de la Quadra Salcedo y Fernandez del Castillo Vol.2. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017)

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2022 (Asunto C-125/20), por la que se condena al Reino de España por no haber adoptado las medidas suficientes para mejorar la calidad del aire en las ciudades de Madrid y Barcelona y en el área del Baix Llobregat, incumpliendo de forma generalizada y reiterada la Directiva 2008/50/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa, constituye un claro referente del valor del Derecho medioambiental de la Unión Europea para desarrollar el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

Europea, que consagra el derecho de los ciudadanos europeos a un nivel alienado de protección del medio ambiente y a la mejora de su calidad.

La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2023 (RC 4910/2022), versa sobre los límites a la potestad reglamentaria de los Ayuntamientos, en relación con la imposición de restricciones a la circulación de vehículos y acerca del alcance del control jurisdiccional en materia de protección del derecho al medio ambiente.

Esta sentencia del Tribunal Supremo, que enjuicia los recursos de casación interpuestos por la Generalitat de Cataluña, el Ayuntamiento de Barcelona y el Área Metropolitana de Barcelona, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 972/2022, de 21 de marzo, constituye un auténtico leading case del Derecho Judicial de Régimen Local, en cuanto se fija doctrina sobre cuestiones particularmente significativas acerca de los límites de la potestad normativa de los Ayuntamientos en materias relacionadas con el derecho a la movilidad, la libertad de empresa, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la protección del medio ambiente.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había declarado la nulidad de la Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona de 20 de diciembre de 2019, relativa a la restricción de determinados vehículos en la ciudad de Barcelona, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por diversas Asociaciones de transportistas, con base en la apreciación de vicios sustanciales en la tramitación del procedimiento administrativo, en relación con las memorias e informes defectuosamente emitidos u omitidos, y no tener en cuenta datos actualizados y contrastados sobre la afectación a las distintas partes del territorio, y por no haber ponderado suficientemente el alcance y consecuencias económicas y sociales de las restricciones adoptadas, lo que supone una infracción del deber de motivación de los actos y disposiciones administrativas, que vulnera lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y del artículo 5.2 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado.

El recurso de casación interpuesto por el Abogado de la Generalitat consideraba infringidos los artículos 2, 13.1 y 23.1 de la Directiva 2008/50/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia, singularmente las sentencias de 26 de junio de 2019 (asunto C-723/17), de 10 de noviembre de 2020 (asunto C-644/18), 24 de octubre de 2019 (asunto C-636/18) y 19 de noviembre de 2014 (asunto C-404/13).

Alegaba que la sentencia impugnada afectaba de manera directa a las obligaciones adquiridas por España, como miembro de la Unión Europea, en relación con el cumplimiento de exigencias en materia de calidad del aire y discrepa de la pretendida falta de motivación y de la infracción del principio de proporcionalidad que se imputa a la ordenanza impugnada.

Por su parte, el Letrado consistorial defensor del Ayuntamiento de Barcelona consideraba infringidos los artículos 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el artículo 5.1 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en relación con el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; así como los artículos 2, 13.1 y 23.1 de la Directiva 2008/50/CE citada y la sentencia del TJUE de 26 de junio de 2019 (asunto C-723/17).

Aducía que la normativa sobre régimen local no contempla como requisito aplicable a las Ordenanzas locales que éstas incluyan un análisis cualitativo y cuantitativo del impacto económico en los colectivos empresariales derivado de la aplicación de la misma, lo que, en cualquier caso, estaría justificado por el cumplimiento de medidas rectoras como la protección de la salud pública y el medio ambiente, al tiempo que la sentencia recurrida hace una incorrecta aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto a las medidas adoptadas en orden a la limitación de la movilidad o la libertad de circulación para preservar la salud y el medio ambiente.

La defensa letrada del Área Metropolitana de Barcelona sostenía que la sentencia infringía los artículos 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, así como la inaplicación del artículo 14 de la ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética.

El Auto de admisión de los recursos de casación resuelve que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si resulta posible preponderar, en pos del principio de proporcionalidad, los derechos a la movilidad de las personas y la libertad económica y de empresa respecto de los derechos a la salud y al medio ambiente a la hora de llevar a cabo el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria en materia ambiental, teniendo en cuenta la naturaleza preventiva, permanente y proactiva de la intervención pública en la citada materia.

Se identifican en este Auto, como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 2, 13.1 y 23.1 de la Directiva 2008/50/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa; 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el artículo 5.1 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en relación con el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado (art. 90.4 LJCA).

El Tribunal Supremo aborda, en primer término, las cuestiones suscitadas por las Administraciones recurrentes, referidas a que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2022 (Asunto C-125/20), por la que se condena al Reino de España por no haber adoptado las medidas suficientes para que en determinadas zonas de nuestro territorio -y concretamente, en el área de Barcelona- para antes el aumento de contaminación, desautoriza la fundamentación jurídica de la sentencia del

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que considera desproporcionadas las medidas adoptadas por el Ayuntamiento de Barcelona por ser desproporcionadas así como resulta contradictorio en el razonamiento de que los valores de contaminación no son fiables.

Sin embargo, para el Tribunal Supremo no existe contradicción, porque el fallo anulatorio de la Ordenanza municipal pronunciado por el Tribunal de instancia se sustentaba no en el cuestionamiento de que no haya que adoptar medidas para mejorar la calidad del aire en la ciudad de Barcelona, sino el hecho de que en la elaboración de la norma reglamentaria no se ha contado con una información real de los índices de contaminación en las diferentes zonas del municipio de Barcelona, ni de un análisis valorativo de la afectación territorial coherente con los fines y obligaciones que justifican la adopción de la Ordenanza.

Se cuestiona en la sentencia del Tribunal Supremo que sean las Administraciones recurrentes, que debieran darse por aludidas por las declaraciones de incumplimientos que se hacen en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las que pongan tanto énfasis en los fundamentos de la mencionada sentencia, que condena al Reino de España por los importantes incumplimientos de la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa; no nos corresponde ahora el examen de tales gruesos incumplimientos por la normativa española que empieza ya con el de transposición de la Directiva. Pero hemos de salir al paso del reproche que, con base a dicha sentencia, se hace en el presente recurso, que carece de toda justificación.

Se afirma que la misma sentencia, si bien no conocía el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es posterior, si la existencia del recurso planteado y los incumplimientos que se reprochaban al Reino de España, así como el déficit que en España existe de medidas que limiten las emisiones de gases contaminantes, conforme a dicha Directiva, claramente se expone en sus razonamientos.

Lo que se reprocha en la sentencia a la Ordenanza impugnada es la falta de justificación por deficiente motivación de esas decisiones o, si se quiere, que las limitaciones impuestas sean razonables a la vista de la información de que se ha servido la Administración, y esas conclusiones, lejos de ser contradictorias con los razonamientos de la sentencia del TJUE, aparecen ratificadas en ella.

El Tribunal Supremo afirma que es cierto que el centro de los reproches de la Comisión Europea a España en cuanto al incumplimiento de la Directiva es, entre otras, el área de Barcelona, en concreto, las denominadas ES0901 y ES0902 (Vallés-Baix Llobregat) que es mucho más amplia que la zona delimitada en la Ordenanza, en concreto, que no comprende ni el puerto ni el aeropuerto, dejando constancia de que precisamente la zona portuaria --excluida de la Ordenanza-- es *«el mayor foco de contaminación de la ciudad»*.

Para la sentencia del Tribunal Supremo, ello quiere decir que las consideraciones de incumplimiento que se hacen en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se corresponden, propiamente, con el ámbito territorial de la Ordenanza, tan siquiera con las instalaciones con mayor foco de contaminación. Pero es que, además, la propia sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea deja constancia que precisamente en la zona ES0902 --ha de insistirse que pese a no incluir en las actuaciones el mayor foco de contaminación-- es donde hasta el año 2017 se va produciendo una menor carga de contaminación y así se razona en los párrafos 63 y 64: *«... Pues bien, los datos relativos a 2018 muestran que, en la zona ES0902 Vallès — Baix Llobregat, no se superó el valor límite anual de 40 µg/m³. Aun cuando la Comisión admite este hecho en su demanda, considera que no desvirtúa el incumplimiento objeto del presente recurso, ya que se trata, en su opinión, de un dato aislado en un contexto de incumplimiento reiterado y continuado. No obstante, en la vista, la Comisión reconoció que la infracción sistemática y continuada del artículo 13 de la Directiva 2008/50 había dejado de producirse, en lo que respecta a dicha zona, desde 2018. En estas circunstancias, el primer motivo debe considerarse en todo caso no fundado en lo que atañe a la zona*

ES0902 Vallès — Baix Llobregat en la medida en que se refiere a 2018.» (en ese mismo sentido pueden citarse los párrafos 71, 86, 158, 163, 166).

Es decir, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acepta que, pese al incumplimiento por España de los límites de emisiones --en especial respecto de las fechas para dicha superación--, es lo cierto que en el año 2017 se aprecia una mejora en esa reducción en la zona ES0902. Y eso es precisamente lo que reprocha la sentencia recurrida a la actuación de la Administración, que no es que no se requiera adoptar medidas, sino que las medidas que se venían adoptando como coyunturales se conviertan en estructurales, sobre el fundamento de unos datos de contaminación que no se consideran fiables ni actualizados al momento de elaboración y aprobación de la Ordenanza en 2019, de donde se concluye en la deficiente motivación de las medidas adoptadas, un hecho que precisamente se admite en la sentencia europea. Y aún deberá añadirse que las consideraciones del TJUE afectan a toda el área, que no incluye, ha de insistirse, los focos más contaminantes que quedan fuera del ámbito de afectación de la Ordenanza, dejando sin justificar, cabría añadir, los motivos por los que la Ordenanza, sin incidir en los focos más contaminantes --que no se ven privados de los accesos--, impone una serie de medidas restrictivas con fundamento en unos valores de contaminación que se ven mejorados y que no son los apreciados para la elaboración de la norma.

El Tribunal Supremo, también, rechaza, por indebida, la censura casacional formulada a la sentencia recurrida, con base en el argumento de que cuando se trata de la revisión judicial de normas reglamentarias en materia de medio ambiente, por sus características de normas preventivas, permanentes y proactivas, los tribunales deban modular su control, atendiendo al principio de proporcionalidad, sin que puedan hacer prevalecer derechos afectados, como el derecho a la movilidad de las personas o el derecho a la libertad de empresa, sobre el derecho a la protección medioambiental.

La sentencia del Tribunal Supremo aclara que el sentido de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Cataluña no es negar la competencia del Ayuntamiento de Barcelona para intervenir sobre las

actividades privadas con el objeto de preservar intereses públicos legítimos vinculados, en este caso, a la protección de la salud de los ciudadanos y la protección del medio ambiente, ni hacer prevalecer la libertad de empresa y la libre de competencia en los mercados afectados, porque lo que se resuelve en la sentencia, y constituye la ratio decidendi del fallo anulatorio de la Ordenanza, es que “en la documentación preparatoria no se evalúa el efecto que las medidas restrictivas pueden tener sobre la competencia en el ámbito del transporte y en otros ámbitos empresariales, comerciales y profesionales, aun cuando se trata de medidas que implican un coste económico considerable para las personas que ejercen una actividad empresarial o profesional que tiene relación directa con el uso de un vehículo de motor, quienes deben afrontar el coste de renovación del mismo para seguir desempeñando su actividad en el ámbito de la ZBE de Barcelona.»

Por tanto, la Sala ni concluye cuál sea ese impacto ni, menos aún, declara que deban primar esos derechos de movilidad y mercado, sino pura y simplemente que no se ha podido valorar adecuadamente, a los efectos de la adopción de las concretas medidas adoptadas en la Ordenanza, dicha incidencia, porque no se ha recabado por la Administración informes concluyentes a la hora de establecer las restricciones que se imponen y poder realizar --no se hace por la Sala-- «una ponderación adecuada del balance de beneficios y costes propio de la proporcionalidad y si, finalmente, se ha barajado la posibilidad de adoptar medidas menos restrictivas de efecto equivalente o de que las mismas puedan producir un efecto discriminatorio». Es la falta de informes y estudios fidedignos y concluyentes sobre ese aspecto los que llevan a la Sala al razonamiento que se contiene en el ya mencionado argumento.

Pero es que, además de esa delimitación de los argumentos de la sentencia, y suscitado el debate en sede de hacer preponderar medidas restrictivas, el argumento no puede acogerse al amparo de una pretendida peculiaridad en el control de la potestad reglamentaria por los Tribunales, la cual, cuando se trate de actuaciones administrativas preventivas, permanentes y proactividad en protección del medio ambiente, deba estar condicionada. No hay ninguna especialidad y el control no tiene por qué ser diferente, porque no hay norma que lo respalde.

Otra cosa sería -se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo- que en el juicio de ponderar valores --que en el caso de autos no se hace porque no existe información-- deban tener mayor relevancia los intereses públicos concretamente afectados que, no cabe dudar, son los vinculados a la protección del medio ambiente que tiene, en apretada síntesis, un valor esencial en sí mismo considerado --protección de los recursos naturales-- y reforzado por los derechos humanos a él vinculados, como son la propia calidad de vida, la salud y la propia vida de las personas. Pero esa protección tampoco es absoluta --ningún derecho fundamental lo es-- y requeriría ese juicio de preponderancia que en el caso de autos no se ha realizado por ausencia de suficiente justificación.

El Tribunal Supremo, en consonancia con la consolidada doctrina del mismo Alto Tribunal, formulada respecto del valor de los derechos medioambientales consagrados en el artículo 45 de la Constitución, formula un encomiable alegato en favor del efecto útil de la legislación ambiental, invocando la normativa de carácter internacional y la regulación establecida a nivel europeo sobre la materia:

«No podemos aceptar tales argumentos. Bien es verdad que en la actualidad la protección del medio ambiente adquiere una especialísima trascendencia para las actuaciones de los Poderes públicos y basta, para destacar esa relevancia, el hecho de que a nivel de la Unión Europea esa protección constituye uno de los pilares de la política comunitaria, como ponen de manifiesto los artículos 11 y, de manera especial, el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, debiendo señalar que esa protección se configura como una materia de competencia compartida entre la Unión y los Estados (artículo 4.2º.e). Ello no es sino consecuencia de la pluralidad de texto a nivel internacional --porque la protección del medio ambiente requiere ese ámbito para que sea efectiva-- que imponen dicha protección, de las que son de destacar las Convenciones Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en adelante CMNUCC), desde la en realidad inicial de Río de Janeiro de 1992, hasta la más efectiva de París de 2015, en que se aprobó el Convenio de París, con fuerza vinculante y que la Unión ha capitaneado a nivel mundial en cuanto a los objetivos que en el mismo se imponen.

Pues bien, en todos esos texto internacionales, se ha pretendido establecer un efectivo y pragmático criterio de asegurar, en esa lucha contra el cambio climático y en palabras de la Convención de Río, «lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible...» Ha sido esta idea del desarrollo sostenible, en la efectiva lucha contra el cambio climático, una constante de toda la normativa internacional, europea y nacional, que no parece sea necesario reseñar.

Si hay algo que resulta meridianamente claro de todos esos textos normativos y programáticos es que la finalidad de la legislación y, en base a ella, de las actuaciones de los poderes públicos, debe ser la de un desarrollo sostenible, que evite el progresivo deterioro de los valores medioambientales que con tanta aceleración se ha venido produciendo en las últimas décadas. Se trata de revertir el proceso con el fin de que, mediante la protección de los valores medioambientales más deteriorados, se frene dicho deterioro y se proceda a una recuperación de los mismos, y ello por estar en juego la misma existencia del ser humano y su calidad de vida. Pero ha de tratarse de un desarrollo, es decir progreso, sostenible, de tal forma que, sin menosprecio de la protección de las generaciones presentes, no se vean perjudicados el de las generaciones futuras.

Por ello, entre los variados principios que se han acuñado en esa pluralidad de textos internacionales y europeos, tanto normativos como programáticos, se destaca el de que en la elaboración de las políticas ambientales se determinen las ventajas y las cargas que puedan resultar, tanto de las medidas que se adopten como de las que se dejen de adoptar, también en relación con la economía de las sociedades afectadas, porque no puede olvidarse que en esa faceta subyace la posibilidad de que puedan prestarse servicios sociales a las comunidades actuales, que no pueden verse significativamente deteriorados con dichas políticas.

No parece necesario extenderse en dichas consideraciones aunque no está de más recordar lo que al respecto se establece en el artículo 37 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, los artículos 12 y 23 de la Directiva de 2008, ya mencionada, y por todo argumento, el artículo 2.j) de la Ley española 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, de fecha posterior a la Ordenanza que nos ocupa, pero que viene a reseñar los principios rectores de la política en esta materia que ya estaban impuestos en la Directiva y en los Tratados internacionales, que si estaban vigentes al momento de aprobarse la norma reglamentaria. Oportuno es traer a este debate el informe que emitió el Consejo de Estado al anteproyecto de dicha Ley cuando señala «El principio coste-eficacia trata de analizar los mejores medios o alternativas para lograr los fines dados, en particular cuando, como se pone de manifiesto en la norma, la regulación de los mecanismos de transición justos y la transición a una economía baja en carbono puede suponer riesgos o coste económicos y sociales en determinados sectores...»

Y es que, en definitiva, si el debate se suscita --que no se hace en la sentencia de instancia-- en sede de ponderación proyectada en el ámbito de derechos fundamentales, que es, en esencia, donde se suscita el debate por las recurrentes, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado, como recuerda la sentencia 148/2021, de 14 de julio (ECLI:ES:TC:2021:148), con abundante cita, que «el principio constitucional de proporcionalidad, y su proyección en el ámbito de derechos fundamentales, existe una muy reiterada doctrina constitucional. Basta ahora recordar que el examen jurisdiccional de dicho principio se articula en tres pasos sucesivos. Habrá de apreciar, en primer lugar, si la medida enjuiciada aparece como idónea para la consecución de la finalidad legítima que pretende; si resulta, además, necesaria, por no existir otra menos incisiva en el derecho fundamental y de eficacia pareja; y si, superados estos dos escrutinios, la afectación del derecho se muestra, en fin, como razonable, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho en cada caso comprometido...» Palabras elocuentes a la vista de los razonamientos que, como se ha visto, se contienen en la sentencia de instancia. Y es que solo después de esa labor podrá realizarse la preponderancia de unos u otros bienes afectados y, lo que no puede

desconocerse, la incidencia que las medidas tengan en uno u otros bienes afectados, porque es contrario a la lógica adoptar medidas con una afectación intensa de unos valores, quizás de menor entidad, si esas medidas no comportan una real y efectiva protección de valores dignos de mayor protección. Por más que, ha de insistirse, no es eso lo que se hace en el caso de autos, donde, como se ha dicho, lo que el Tribunal echa en falta es que se haya obtenido la información necesaria y fidedigna para incluso realizar esa labor para poder preponderar los derechos afectados con las medidas adoptadas. En la sentencia de instancia, tan siquiera se hace un juicio de preponderancia de las ventajas de las medidas adoptadas en la Ordenanza y los perjuicios que se ocasionan a los dos concretos derechos a que se hace referencia --es indudable que se ven afectados otros, directa o indirectamente--, sino que de los datos resultantes de los informes tomados en consideración por la Corporación para la aprobación de la Ordenanza, tan siquiera puede hacerse ese juicio porque, como se justifica en la sentencia con suficientes razones, tales datos, o son incompletos o inexactos, como veremos a continuación. »

La sentencia del Tribunal Supremo da cumplida respuesta a la vulneración del artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, en relación con el artículo 4 de la Ley 4/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, basado en el alegato de que en la tramitación *de una Ordenanza municipal no se exige la elaboración de un informe que analice el impacto económico de la norma a aprobar sobre las economías privadas y los efectos sobre la competencia y el mercado*» y trayendo a colación lo declarado en nuestra reciente sentencia 108/2023, de 31 de enero, dictada en el recurso de casación 4791/2021, en que se mantiene que en la aprobación de los instrumentos del planeamiento municipales, con naturaleza de disposición reglamentaria, con regulación propia, no regían las exigencias de procedimiento generales de dichas disposiciones.

La sentencia del Tribunal Supremo sostiene que, es obligado recordar, como ya se hizo antes, que la Sala de instancia considera que no hay vicio alguno en cuanto a los trámites necesarios y substanciales para la aprobación de la Ordenanza, rechazando dichos defectos que debieron ser invocados por las partes recurrentes en la instancia y así resulta de la transcripción de la sentencia.

En último término, se refiere que lo que la Sala sentenciadora quiere resaltar, como una de las últimas razones para el examen de legalidad de la Ordenanza y, en particular, para justificar que se haya rechazado acudir a otras alternativas, es que las medidas impuestas no han podido ser debidamente

valoradas a los efectos de ejercer las potestades discrecionales que ostenta la Administración por no haberse tomado en consideración esos aspectos económicos y sociales.

Es decir, -advierte la sentencia del Tribunal Supremo- el debate se suscita, no en sede de procedimiento, sino en el ejercicio de la potestad reglamentaria y la obligada exigencia de la motivación en su ejercicio que, para no incurrir en arbitrariedad, debe aparecer suficientemente motivada, lo cual solo es posible mediante la obtención de todos los elementos determinantes afectados por dicha potestad, entre lo que no cabe despreciar a los que se refiere, en esta materia, la sentencia que se revisa, debiendo rechazarse el motivo examinado y, con él, la totalidad del recurso, sin que pueda darse respuesta a la cuestión casacional suscitada toda vez que, conforme a lo razonado, la decisión de la Sala de instancia no estaba motivada en la preponderancia de los derechos a la movilidad de las personas y la libertad de mercado respecto a los derechos a la salud y protección del medio ambiente.

La lectura de esta sentencia del Tribunal Supremo evoca la idea, que expone el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra José Francisco Alenza, de la insoportable levedad de lo local ante la intensa amenaza del cambio climático, en la medida que muestra las dificultades que soportan los Entes locales para implementar políticas públicas eficaces que favorezcan una movilidad urbana sostenible coherente con los objetivos de la lucha contra la contaminación atmosférica (Vid. José Francisco Alenza García "Planificación climática local: ordenación del territorio, urbanismo y movilidad" Anuario del Gobierno Local 2021, Fundación Democracia y Gobierno Local y Institut de Dret Públic, pags. 91 a 123).

II.- Directrices jurisprudenciales del Tribunal Supremo relativas a los Entes Locales.

1.- Memoria Democrática, identidad constitucional y libertad religiosa.

1.1 La obligación de os Ayuntamientos de retirar del espacio público todos aquellos símbolos que supongan exaltación de la guerra civil.

[(STS de 14 de diciembre de 2023 (RC 7637/2021)]

La memoria democrática constituye uno de los componentes esenciales de la identidad nacional del Estado Constitucional alumbrado en la Constitución española de 1978.

La Constitución de 1978 clausura una época oscura de la historia de España, reconocible, entre otros rasgos, por su negación de la libertad y por las violaciones de los derechos humanos, por la eliminación del principio de separación de poderes y por la inmunidad del poder frente a la jurisdicción.

Supone la consagración de un régimen político democrático, que fija como ideales el establecimiento de la justicia, la libertad y la seguridad, que constituyen los pilares sobre los que cabe consolidar el Estado social y democrático de Derecho, que garantice la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo.

El espíritu de la reconciliación y de concordia, el respeto al pluralismo político, religioso y cultural y la defensa pacífica de todas las ideas que guió la transición – tal como se refiere en la Exposición de Motivos de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, permitió dotarnos de una Constitución que trajo jurídicamente la voluntad de reencuentro de los españoles, articulando un Estado social y democrático de derecho con clara vocación integradora.

En nombre de la dignidad de todos los españoles que lucharon por la democracia y las libertades y que por esta causa murieron o sufrieron persecución, el Estado debía promover políticas públicas dirigidas a honrar su memoria, y a reparar los perjuicios ocasionados, y encaminadas a evitar toda exaltación de la sublevación militar, de la Guerra civil y de la represión de la dictadura, de modo que los símbolos políticos que perduren como testimonios de esa época sean ocasión de reencuentro y no signo de enfrentamiento, ofensa o agravio.

Ciertamente, el silencio, el olvido, la desmemoria y la indiferencia o la pasividad frente a las acciones ilegítimas que reivindicquen la intolerancia constituye una abdicación de los valores de paz y justicia que fundamentan nuestra Constitución. Y por eso, todos los poderes públicos que vertebran el Estado Constitucional deben velar por asegurar el reconocimiento, amparo y fomento de la memoria democrática. (Vid. José Manuel Bandrés “La administración de la memoria histórica. Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de junio de 2005, que resuelve el caso Comunidad Moiwana contra el Estado de Surinam”. En Administración y justicia). Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum. Tomás Ramón Fernández. Coord. Eduardo García de Enterría. Ed. Thomson Reuters, 2012.

En la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2023 (RC 7637/2021), debíamos pronunciarnos acerca de la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en aclarar si una Cruz, con un listado de personas fallecidas de un bando de los contendientes en la Guerra Civil, supone exaltación de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura, o estamos ante las excepciones contempladas en el art. 15.2 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de la Memoria Histórica, y, en concreto, si supone estricto recuerdo privado, sin exaltación de los enfrentados, o concurren razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley.

El Tribunal Supremo, dando respuesta a esta cuestión, partiendo de los objetivos de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían los derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, de suprimir cualquier elemento arquitectónico ornamental del espacio público que suponga una exaltación personal o colectiva de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la Dictadura, fija la doctrina de que solo cabe conservar aquellos símbolos que sean reconocibles por su valor neutral.

En el supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo, se aprecia que la Cruz cuestionada no tenía un significado neutral respecto de la Ley de la Memoria Histórica, porque, según se declaraba en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana impugnada, del examen de las fotografías incorporadas al acta notarial de presencia de 20 de diciembre de 2016, aportada a los autos de instancia por la Asociación recurrente, se aprecia que en la base de la cruz sigue figurando un listado de nombres de personas fallecidas, que, aunque la recurrente sostiene (sin aportar prueba al respecto) que se corresponde con "todos los hijos de Callosa de Segura fallecidos durante la guerra civil", se trata de un dato negado por el Ayuntamiento, que opone que "la relación de personas fallecidas que consta en el pedestal no es neutral". Con ello la sentencia hace referencia a que, si bien se ha retirado la placa que mencionaba a Jose Antonio Primo de Rivera y a los héroes falangistas, en la foto que aparece en el acta notarial de 20 de diciembre de 2106 sigue figurando un listado de nombres, sin que pueda mantenerse que la relación de personas fallecidas que consta en el pedestal sea neutral.

Es decir, -razona el Tribunal Supremo- la sentencia remarca hechos que impiden dar por cierto todo el planteamiento de la Plataforma Ciudadana en defensa de la Cruz, consistente en que se habría llevado a cabo una resignificación de la Cruz tras haber sido retirados de su base aquellos elementos que permitirían apreciar la exaltación de uno de los bandos enfrentados en la contienda nacional.

La sentencia del Tribunal Supremo concluye que estamos ante un símbolo religioso -cruz- que contiene elementos que impiden reconocerle un valor neutral como mero símbolo artístico o artístico-religioso. Por el contrario, su presencia en un espacio público permite apreciar un acto de exaltación en cuanto contribuye a realzar el mérito de aquella contienda civil con la inclusión del listado de fallecidos de un solo bando, lo que, implícitamente, también conlleva la reprobación del bando contrario en la percepción social.

Con base a estos razonamientos jurídicos, el Tribunal Supremo resuelve que la Cruz, con un listado de personas fallecidas de uno solo de los

bandos contendientes en la Guerra Civil, supone exaltación de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura.

Y, por lo tanto, ningún reproche cabe formular al Acuerdo del Ayuntamiento de Callosa de Segura, porque retirar del primer plano del espacio público cuanto signifique, representante o simbolice el enfrentamiento civil que dividió a los españoles no resulta incompatible con la libertad religiosa ni supone negar o desconocer las creencias de nadie.

El Tribunal Supremo sigue en esta sentencia, de la que fue ponente el Magistrado del Tribunal Supremo Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, los precedentes del Alto Tribunal formulados en la sentencias de 30 de septiembre de 2019 y de 8 de julio de 2020, en las que se sienta el criterio de justificar todas aquellas actuaciones de las Administraciones Públicas que traten de garantizar la consideración de la memoria histórica desde la perspectiva del mayor respeto a los valores inalienables de verdad, justicia, reparación y memoria colectiva, con el objeto de asegurar la preservación de la convivencia, la concordia y la paz social.

2.- Participación ciudadana y democracia local.

2.1 Los Ayuntamientos no pueden instar, al amparo del artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la celebración de consultas populares que afecten o incidan en la organización territorial del Estado o de las Comunidades Autónomas.
[(TS de 25 de septiembre de 2023 (RCA 1013/2022))]

La idea de democracia es indisociable de la apertura del espacio público, del debate público, a la participación de la ciudadanía.

No hay democracia sin conciencia de pertenencia a una colectividad política integrada por ciudadanos responsables que, en el ejercicio legítimo de los derechos de ciudadanía que participan de manera activa en la vida pública.

En el ámbito local, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y las leyes reguladoras del régimen local de las Comunidades Autónomas, prevén mecanismo de participación ciudadana, como son las consultas populares, por los que se somete a consulta de los vecinos aquellos asuntos de competencia propia municipal, y de carácter local, que sean de especial relevancia para la colectividad local.

La sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2023, resuelve con un pronunciamiento desestimatorio el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de la Línea de la Concepción contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de octubre de 2022, por el que se denegó la autorización para la celebración de una consulta popular en el municipio de La Línea de la Concepción (Cádiz).

El litigio tiene su origen en el del Pleno del Ayuntamiento de La Línea de la Concepción de 10 de marzo de 2022 que, en el seno del expediente incoado al efecto el 8 de julio de 2021, acordó, sin votos en contra y dos abstenciones, celebrar, previa autorización del Consejo de Ministros, una consulta popular con el siguiente tenor: ¿Cree usted conveniente que el Ayuntamiento de La Línea de la Concepción eleve al Gobierno de la Nación y a las Cortes Generales una petición para instar la conversión del municipio en Comunidad Autónoma de acuerdo con el artículo 144 a) de la Constitución Española? En esa fecha también aprobó el pleno municipal sus respuestas a las alegaciones de la Delegación del Gobierno y de la Delegación de la Junta de Andalucía.

Con posterioridad, el 16 de septiembre de 2022 el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de La Línea de la Concepción, ante la falta de respuesta, y habiendo transcurrido más de tres meses desde la presentación de su solicitud e, incluso, de su remisión al Ministerio de Administración Territorial, y considerando que el régimen del silencio es en este caso positivo, pidió certificación sobre acto presunto.

Ese documento es el primero que entra en el registro en el que, posteriormente, el 26 de septiembre de 2022 se presentó un escrito del Viceconsejero de la Consejería de Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa de la Junta de Andalucía que pedía información sobre la resolución del expediente de autorización de la consulta popular. Además, acompañaba la documentación remitida el 12 de abril de 2022.

Tras tener por iniciado el procedimiento, el Consejo de Ministros acordó el 4 de octubre de 2022, en virtud del informe elaborado por la Abogacía General del Estado, denegar la solicitud de certificado de silencio administrativo positivo y, más tarde, por Acuerdo de 25 de octubre de 2022, denegó la autorización solicitada. Las razones aducidas para ello fueron que la consulta pretendida excedía de lo previsto por el artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local.

El Letrado Consistorial del Ayuntamiento de la Línea de la Concepción sostenía en su escrito de demanda, rector del proceso contencioso-administrativo, que, siendo el plazo para resolver el general de tres meses y el silencio positivo, al haber transcurrido más tiempo desde que presentó la solicitud de autorización e, incluso, desde que la Junta de Andalucía la remitió al Ministerio de Administración Territorial, debió considerarse autorizada la consulta y, en consecuencia, se debió expedir el certificado de acto presunto. porque, la consulta se ajustaba al artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local.

Se insiste en la demanda insiste en que estamos ante un procedimiento iniciado a instancia de parte, y en que, ya se fije como fecha de inicio del plazo de tres meses el 16 de marzo, día en que entra la petición de autorización en la Junta de la Andalucía, o el 12 de abril, en que ésta lo envía al Ministerio, se produjo la estimación por silencio positivo de su solicitud de autorización conforme al artículo 24 de la Ley 39/2015. Porque, subraya, a falta de un plazo específico para este supuesto, el que tenía la Administración para resolver era el de tres meses previsto con carácter general por el artículo 21.3

de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En consecuencia, la resolución expresa denegatoria de 25 de octubre de 2022 vulnera el ordenamiento jurídico.

Sobre la conformidad de la solicitud al artículo 71 de la Ley 7/1985 invoca la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1986 para decir que su pretensión no implica una reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía y añade que la cuestión planteada no excede de las competencias municipales. Aquí trae a colación el acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2021 que aprobó los acuerdos que autorizaron a los Ayuntamientos de Villanueva de la Serena y Don Benito a realizar una consulta popular sobre el ejercicio de la iniciativa para la fusión de ambos municipios.

Expone, además, que no se da en este caso ninguna de las razones por las que el apartado 1 del artículo 24 de la Ley 39/2015 excluye el silencio positivo, por lo que se ha de estar a su apartado 2. De ahí que sea contraria a Derecho la negativa del Consejo de Ministros a expedir el certificado de acto presunto. Y sobre la aplicabilidad de este régimen a las solicitudes de autorización del artículo 71 de la Ley 7/1985, apunta que el Consejo de Estado la afirmó en su dictamen 943/1994, de 9 de junio. Además, señala que el propio Gobierno así lo reconoce en la ficha ofrecida en la dirección electrónica en la que expone la tramitación de estas solicitudes, ficha que reproduce.

La sentencia del Tribunal Supremo de la que fue ponente el magistrado del Tribunal Supremo Pablo Lucas Murillo de la Cueva, considera que el artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, no contempla consultas como la pretendida por el Ayuntamiento de La Línea de la Concepción, en la medida en que incide en la organización territorial del Estado y de las Comunidades Autónomas, materia extremadamente delicada sobre la que cualquier alteración excede absolutamente de los intereses meramente locales. Se sitúa en un plano manifiestamente al margen del que es propio de este precepto. Es más, resulta incompatible con él porque excede del ámbito de la autonomía local.

Para el Tribunal Supremo, el artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que, de conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local.

Por tanto, -se subraya en la sentencia- no forma parte de ella la transformación pretendida por el Ayuntamiento de la Línea de la Concepción, que no es otra que la de convertirse por la vía del artículo 144 a) de la Constitución en Comunidad Autónoma. No puede reivindicarse, por tanto, al amparo del artículo 140 de la Constitución y tiene un objetivo que trasciende, además, según es evidente por lo que acabamos de decir, al carácter local que exige el artículo 71 de la Ley 7/1985 y a los intereses especialmente relevantes de los vecinos a que alude este precepto. Hay que convenir con la Abogacía del Estado en que el conjunto de determinaciones normativas que contiene este precepto y las restantes de la Ley 7/1985, y sus fundamentos constitucionales y estatutarios, llevan a entender que se trata de aquellos intereses que la corporación municipal puede atender mediante el ejercicio de sus competencias.

El Tribunal Supremo, también, analiza en esta sentencia si resulta aplicable el silencio administrativo positivo del procedimiento de autorización de consultas populares tramitados conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

El Tribunal Supremo entiende que, si bien es cierto que el procedimiento de autorización de consultas populares no está excluido expresamente por ley de entre aquellos en los que rige el silencio positivo, también lo es que no le es aplicable ninguna de las causas que, según el artículo 24.1 de la Ley 39/2015, excluyen el carácter positivo de la pasividad administrativa. No obstante, aunque con carácter general a las solicitudes de autorización de consultas populares locales se las tenga como presentadas por

los interesados y se les aplique el silencio positivo, no puede suceder así en este caso, en el que media una intervención administrativa preceptiva de la Junta de Andalucía.

No puede aplicarse, además, porque, la consulta que propone el Ayuntamiento de La Línea de la Concepción es absolutamente ajena al artículo 71 de la Ley 7/1985 y a la autonomía local que reconoce y protege la Constitución. La corporación municipal ha pretendido obtener a través de un medio que no está concebido para el fin al que aspira una respuesta contraria al ordenamiento jurídico.

Concluye la sentencia del Tribunal Supremo que la utilización que ha hecho del artículo 71 desnaturaliza absolutamente el procedimiento e impide darle el tratamiento que se dispensa a aquellas solicitudes que sí se inscriben en el marco que la ley asigna a las consultas populares locales y, en particular, junto a la singularidad procedimental, impide que juegue el silencio positivo, por lo que concluye que es correcta materialmente la denegación de la autorización aunque formalmente haya habido la pasividad injustificada que se ha descrito.

3.- Gobernanza local, competencias municipales y el valor del pluralismo público.

3.1 El Pleno del Ayuntamiento está legitimado para acordar declaraciones de reprobación de miembros de la Corporación.

[STS de 26 de junio de 2023 (RC 6327/2021)]

¿Cuáles son los límites del debate público en el seno de los órganos representativos del Gobierno local o de los Consejos de Administración de las empresas públicas municipales?

¿Hay un derecho al insulto? ¿O los miembros electos tienen el deber de mostrar en sus interpelaciones respeto mutuo?

¿El Pleno de un Ayuntamiento puede adoptar acuerdos de reprobación a concejales miembros de la Corporación Con base en la libertad de expresión y el derecho a la crítica política?.¿O esta clase de Acuerdos

constituyen una injerencia ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen de dichos Concejales?

En la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2023 (RC 6327/2021), se ofrece una respuesta clara a estos interrogantes al declarar que el Pleno del Ayuntamiento, en el ejercicio de su función de control y fiscalización, puede aprobar declaraciones de reprobación, que se refieran a cuestiones que afecten al círculo de intereses municipales, concurren razones de interés general debidamente justificadas, y siempre que lo haga de modo ponderado y guardando la debida proporcionalidad.

La sentencia del Tribunal Supremo, de la fue ponente la Magistrada del Tribunal Supremo María del Pilar Teso Gamella, desestima el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 4 de junio de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Cádiz de 13 de febrero de 2019, que había desestimado el recurso contencioso-administrativo planteado contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cádiz, de 27 de octubre de 2017, en virtud del cual se acuerda: *“condenar los insultos y actuaciones violentas que, por parte del Grupo Municipal Popular, tuvieron lugar el pasado día 23 de octubre en la Junta General de la Empresa Municipal de Cádiz”, y “reprobar a los ediles del Grupo Municipal Popular, Teófila Martínez e Ignacio Romaní, por haber faltado el respeto a los representantes públicos elegidos democráticamente mediante insultos y agresivas descalificaciones”*.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo gaditano había señalado que el Pleno del Ayuntamiento de Cádiz, como órgano representativo de la autonomía local, puede dictar una resolución de reprobación dentro de su función. de control, fiscalización o actuación política, considerando dicha reprobación a los ediles municipales como una declaración política dentro de las competencia que el Pleno de la Corporación tiene en tal sentido.

No puede equipararse -razona el juzgado- la reprobación de una conducta realizada por el Pleno de un Ayuntamiento dentro de sus funciones y como representante de la autonomía local, a una amonestación, por cuanto no se trata de iniciar un procedimiento para imponer una sanción por su conducta, sino una declaración política sobre dicha conducta en el seno de la autonomía municipal, sin que conlleve consecuencias jurídicas alguna para los ediles reprobados, ante lo cual no se entiende que estemos ante una sanción, ni que se hubiera tenido que iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

Por su parte, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía señala que, del contenido de las deliberaciones y debates producidos en el seno de la sesión de la Junta General de la referida empresa pública, se desprende la presencia de un intenso y agrio debate sobre cuestiones de indudable relevancia política para los intereses del Ayuntamiento y de la gestión municipal, y en este contexto, y al margen de la corrección o acierto de las expresiones empleadas, la reprobación articula un modo de expresión por el Pleno de la Corporación, mediante un acuerdo adoptado a partir de las mayorías correspondientes, de su desagrado por los términos en que vino a desarrollarse el debate en el seno de una de las sesiones de la Junta General de la empresa pública.

La sentencia recuerda, al respecto, que la doctrina del Tribunal Constitucional fija unos límites más amplios o menos taxativos, si bien existentes, de la libertad de expresión, cuando se emplea no con el resultado de hacer cuestión del honor de ciudadanos comunes, sino con el de poner en entredicho, al calor del debate cívico y político y con su dialéctica propia, la plena honorabilidad o probidad de personajes públicos o de titulares de cargos públicos (STC 110/2000, de 5 de mayo).

El recurso de casación, interpuesto por los ediles del Ayuntamiento de Cádiz reprobados, se sustentaba en el alegato de que la sentencia recurrida había vulnerado los artículos 22 y 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución Española, así como la jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Se expone que el Ayuntamiento carecía de competencia para reprobación a las personas que ejercen cargos públicos municipales, porque esa facultad de reprobación no se encuentra entre las competencias que establece el artículo 25 de la Ley de Bases, toda vez que no se puede “instrumentalizar el Pleno del Ayuntamiento para que sirva de cauce a la expresión de censuras u opiniones de carácter político dirigidas a realizar juicios críticos de la conducta de otros miembros de la misma Corporación”, como son los concejales de la oposición, por lo que se vulnera la objetividad en la actuación de la Administración, que no resulta amparada por la autonomía local, y se aduce que el Acuerdo tampoco puede encontrar amparo en el ejercicio de la libertad de expresión.

Se alegaba, además, que la declaración de reprobación es un acto que sí produce efectos, por la carga peyorativa que comporta, y que, por tanto, debió ser objeto de la correspondiente tramitación previa. Se discrepa de la sentencia de apelación impugnada, en cuanto considera que tal declaración de reprobación de los concejales recurrentes no produce efectos, ni tiene la naturaleza sancionadora que se había invocado en la instancia.

Frente a las alegaciones esgrimidas por los ediles recurrentes, el Tribunal Supremo hace una declaración clarificadora y precisa sobre la configuración constitucional de los Entes locales como instituciones de carácter representativo de la comunidad local, que asumen funciones netamente políticas que les caracterizan como gobierno local, al afirmar que los municipios, con carácter general, son entidades básicas de la organización territorial del Estado y *cauces inmediatos* de participación ciudadana en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades, según declara el artículo 1 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local.

Se afirma que para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente, ex artículo 140 de la Constitución, a los municipios, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, su derecho a intervenir en cuantos asuntos *afecten directamente al círculo de sus intereses*, atribuyéndoles

las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad, señala en artículo 2 de la misma Ley, con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Partiendo de estas consideraciones, y reconociendo el carácter político de las declaraciones municipales de reprobación de cargos públicos electos, el Tribunal Supremo entiende que el Pleno de la Corporación Municipal es competente para realizar esta clase de manifestaciones carentes de efectos jurídicos pues se agota en la propia expresión de la reprobación.

Para el Tribunal Supremo, el Gobierno y la Administración municipal, ex artículo 19.1 de la LBRL, corresponde al Pleno como órgano de carácter electivo, integrado por los concejales y presidido por el alcalde. Las competencias que corresponden a este órgano colegiado supremo del municipio se relacionan en el artículo 22 de la LBRL, y la primera de ellas se refiere a la potestad de control sobre todos los órganos municipales, al señalar que corresponde al Pleno “el control y la fiscalización de los órganos de gobierno”, como también se refiere en la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local.

No olvidemos -apunta el Tribunal Supremo- que el Pleno es “el órgano de máxima representación política de los ciudadanos en el gobierno municipal” (artículo 123.1 de la LBRL), que en su función de control puede aprobar declaraciones, siempre que se refieran cuestiones que afecten al círculo de intereses municipales, como acontece en el caso examinado, y siempre que se realice de modo ponderado y guardando la debida proporcionalidad, que ahora no se cuestiona.

El ejercicio de esta función de control y fiscalización, cuyo exponente máximo es la moción de censura, que tiene amparo específico en los citados artículos 22 y 123 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, se integra también por aquellas funciones que tengan ese objeto y finalidad, siempre que concurren razones de interés general, que, en este caso, se concretan en alcanzar la debida corrección en las relaciones que impone la vida

política municipal, prestigiando esa noble función al servicio de todos los ciudadanos.

Tras este razonamiento, se pone de relieve que la declaración de reprobación, a tenor de su naturaleza y contenido, no ha vulnerado los límites de la proporcionalidad, atendida también la ausencia de efectos de la declaración de reprobación.

También, el Tribunal Supremo descarta que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía hubiere vulnerado la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal, atendiendo a las evidentes diferencias entre los pronunciamientos confrontados.

Así se razona que las sentencias del Tribunal Supremo que se citan (SSTS de 17 de julio de 1998 dictada en el recurso de apelación nº 6168/1992, y 24 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de casación nº 7786/2003), se refieren a la declaración municipal de persona “non grata” respecto de empresas y personas que se encuentran extramuros de la propia organización municipal, por lo que no se refieren, por tanto, a la impugnación de una declaración de reprobación de varios concejales del propio Ayuntamiento.

En suma, el Tribunal Supremo avala las declaraciones de reprobación, siempre que evidencian la desaprobación del Pleno sobre determinados comportamientos, en la medida que deberían contribuir a dejar los insultos al margen del debate político municipal.

La gobernanza de los Entes locales exige de los actores políticos que integran los órganos representativos del Gobierno municipal una conducta responsable, sustentada en un profundo respeto al significado sustantivo del término lealtad institucional, que comporta la sujeción a las reglas de juego escritas y no escritas que caracterizan a un sistema democrático fundado en el respeto debido a los oponentes políticos y cimentado en el juego limpio.

El Tribunal Supremo no tiene como función imponer un modelo de democracia local sustentado en reglas de corrección política ni le corresponde frenar el auge de la confrontación y la polarización política extremas, pero sí emitir directrices jurisprudenciales -desde la perspectiva del control de la

legalidad- que sirvan para la mejora del funcionamiento del sistema de gobernanza de los Entes locales, y para aflorar los valores del respeto mutuo, la tolerancia, la contención institucional en el ámbito de la vida política local (Vid. José Manuel Bandrés “El derecho a la ciudad y el buen gobierno urbano”. Editorial Marcial Pons. Barcelona-Madrid, 2022).

4.- Unidad de mercado, libertad de empresa y Ordenanzas municipales reguladoras de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor VTC.

4.1 Los Ayuntamientos pueden adoptar regulaciones restrictivas del ejercicio de actividades económicas siempre que tengan como finalidad salvaguardar razones imperiosas de interés general y sean objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.

[STS de 15 de marzo de 2024 (RC 8543/2022)]

Los Entes locales, como autoridades de regulación, en el ejercicio de sus competencias, deben ajustar su actuación a la consecución del interés general, en el marco del pleno respeto a las libertades económicas, entendidas en el contexto de una economía social de mercado, y sujetas a los principios de objetividad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación (Vid. José María Gimeno Feliu “La Administración Pública como autoridad de regulación y como operador económico en los mercados ¿Freno o impulso de la economía?”. En Gobernanza económica, regulación y Administración de Justicia. Directora Patricia Valcárcel Fernandez, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2023.

El ejercicio de las potestades regulatorias debe ser coherente con los paradigmas del buen gobierno y la buena administración, como advierte el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona Julio Ponce Solé, lo que exige mejorar la calidad normativa de las disposiciones reglamentarias, de modo que la autoridad regulatoria pueda prever anticipadamente los impactos de la norma y conocer los efectos positivos y

negativos que se derivaran de su aprobación y aplicación (Vid. Juli Ponce Solé “El derecho a una buena regulación: importancia y nuevas perspectivas”. En Gobernanza económica, regulación y Administración de Justicia. Directora Patricia Valcárcel Fernández, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2023.

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2024 (RC 8543/2022), enjuiciaba el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 21 de septiembre de 2022, que estimó el recurso contencioso-administrativo planteado por la Agencia de Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía contra el Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera de 24 de enero de 2020, por el que se aprueba la Ordenanza municipal reguladora de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) en la ciudad de Jerez de la Frontera.

Las cuestiones que revestían interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistían en determinar si la imposición de las medidas restrictivas al ejercicio de la actividad de prestación de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC), incluidas en los artículos 2, 3, 4, 5 y 12.d) de la Ordenanza municipal reguladora de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC), adoptada por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, afectan lesivamente al derecho a la libertad de empresa, en su vertiente de garantía de la libre competencia y de la proscripción de límites o requisitos innecesarios o desproporcionados que distorsionen el desarrollo de la actividad económica (artículo 38 de la Constitución Española), considerado a la luz del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y de la STS n.º 921/2018, de 4 de junio; así como de la doctrina constitucional sentada, entre otras, en las SSTC 35/2016, de 6 de marzo; 111/2017, de 5 de octubre y 112/2021, de 13 de mayo.

También el Tribunal Supremo debía pronunciarse acerca de si una Ordenanza municipal constituye una norma válida, desde el punto de vista de la reserva de Ley, para imponer medidas restrictivas a la libre competencia en el sector de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC).

La doctrina que se fija por el Tribunal Supremo, en esta sentencia de la que pue ponente el Magistrado del Tribunal Supremo José Manuel Bandrés Sanchez-Cruzat, dando respuesta a dichas cuestiones, se plasma en la declaración de que la normativa reglamentaria reguladora de los requisitos o de las condiciones exigidos para ejercer la actividad de prestación de servicios de arrendamiento de vehículos con conductor no es contraria a la libertad de empresa, en su vertiente de garantía de un régimen de libre competencia, cuando dicha regulación se base en criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, y tenga como finalidad la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general, vinculada a la buena gestión del transporte urbano, del tráfico y del espacio público, así como la protección del medio ambiente y la lucha contra la contaminación y el cambio climático.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía había declarado la nulidad de los artículos 2, 3, 4, 5 y 12 d), en el inciso ropa deportiva, de la Ordenanza municipal partiendo de la consideración de que el ejercicio de las competencias por los municipios relacionadas con la regulación del transporte urbano, que inciden en títulos competenciales atribuidos a los Ayuntamientos en materia de utilización del dominio público viario, gestión de tráfico urbano, protección del medio ambiente y prevención de la contaminación atmosférica, y que se pretende justificar en que se persigue una reducción de tráfico rodado en beneficio de los peatones, ciclistas y el transporte colectivo, ha de ajustarse a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminatorios establecidos en los artículo 3 y 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Específicamente, con base en este razonamiento, la Sala del Tribunal de Andalucía declara la nulidad del artículo 2 de la Ordenanza municipal, que regula la parada y el estacionamiento de los vehículos con conductor VTC, porque las medidas regulatorias adoptadas, al respecto, no son proporcionadas, ya que no se acierta a comprender por qué se impone las prohibiciones y limitaciones que se contemplan en este precepto únicamente a los VTC, cuando en el municipio no existen más que ocho licencias, y lo lógico y racional sería imponer estas restricciones a todos los vehículos de motor,

incluyendo taxis y vehículos particulares, lo que resulta también discriminatorio y carente de justificación.

En lo que respecta a la declaración de nulidad del artículo 3 de la Ordenanza municipal, que regulaba la precontratación del servicio, imponiendo que debe contratarse al menos con una anticipación de quince minutos previos a su efectiva prestación, el Tribunal de instancia entiende que las limitaciones sobre la forma de captar clientes y los tiempos mínimos que deben existir entre la contratación y la prestación del servicio, no están justificadas por el objeto de evitar la congestión del tráfico, y resultan especialmente discriminatorias, en relación con los servicios prestados por los taxis.

La sentencia recurrida también declaró la nulidad del artículo 4 de la Ordenanza municipal, que regulaba los horarios y el calendario de prestación del servicio de los operadores de VTC, en cuanto las previsiones contempladas limitan la actividad, al imponerles más restricciones con el objeto de acomodarlas al servicio de taxi, lo que supone una merma de su capacidad para poder competir frente a la flota de vehículos taxi de la localidad.

La declaración de nulidad del artículo 5 de la Ordenanza municipal, que regulaba limitar la circulación de los vehículos de arrendamiento con conductor cuando no transporten clientes, y que establecía otras restricciones a la circulación dependiendo de la antigüedad de los vehículos y en función de su clasificación ambiental, se fundamentaba en que dichas medidas no están justificadas, teniendo en cuenta la escasa incidencia que la circulación de este tipo de vehículos tiene sobre la contaminación atmosférica.

En último término, también se declaró nulo el artículo 12, en lo que se refiere a la prohibición de que los conductores de VTC utilicen prendas deportivas, por su carácter discriminatorio, y porque no hay título que ampare dicha intervención reguladora, que afecta a la propia autoorganización empresarial.

El Tribunal Supremo confirma el pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y declara no haber lugar al recurso de casación, al apreciar que existe un desajuste relevante en la formulación del escrito de interposición del recurso de casación,

pues, lejos de cuestionar los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada, cuya razón de decidir se sustentaba en que las disposiciones de la Ordenanza municipal no se ajustaban a los principios de objetividad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación enunciados en el artículo 5 de la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, se introduce, como argumento casacional, que los preceptos anulados tienen encaje en las previsiones del Decreto-ley aprobado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 8/2022, de 27 de septiembre, que regulaba condiciones de prestación del servicio de arrendamiento de vehículos con conductor y, que, entre otros aspectos, contemplaba la obligatoriedad de la precontratación, limitaciones al estacionamiento en la vía pública, así como restricciones a la circulación de los vehículos VTC, e imposiciones en materia de horarios y calendario de la prestación del servicio, cuestionan la sentencia recurrida por no tener en cuenta dicha normativa.

El Tribunal Supremo mantiene que corresponde a la defensa letrada del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera la carga de impugnar la sentencia recurrida con base a un análisis pormenorizado crítico de la fundamentación jurídica de la sentencia con el objeto de lograr del Tribunal Supremo la convicción de que el Tribunal de instancia hubiere incurrido en error de Derecho al interpretar los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación enunciados en la mencionada Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Y en este supuesto, constata que no se ha efectuado una crítica convincente a la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, respecto de las razones por las que se declara la nulidad de los artículos 2, 3, 4, 5 y 12 d) de la Ordenanza municipal, que debería haberse sustentado en la errónea o injustificada aplicación al caso de los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación en los términos consagrados en la citada Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La sentencia del Tribunal Supremo descarta que la sentencia impugnada haya infringido la doctrina del Tribunal Constitucional formulada sobre la libertad de empresa, puesto que observa que el Tribunal de instancia ha fundamentado su pronunciamiento de modo acorde con la configuración

constitucional de la libertad de empresa, que habilita a las autoridades públicas a imponer, en el marco de la Ley, medidas restrictivas al ejercicio de una actividad económica siempre que obedezcan a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, y que sean adecuadas y proporcionadas para lograr dicho objetivo.

En este contexto, el pronunciamiento del Tribunal Supremo se limita a declarar, en consonancia con lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 8 de junio de 2023, resolviendo el asunto C-50/21, así como con la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 4 de junio de 2018 (RCA 738/2017), en lo referente a la aplicabilidad de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que una normativa reglamentaria reguladora de los requisitos o de las condiciones exigidos para ejercer la actividad de prestación de servicios de arrendamiento de vehículos con conductor no es contraria a la libertad de empresa, en su vertiente de garantía de un régimen de libre competencia, cuando dicha regulación se base en criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, y tenga como finalidad la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general, vinculada a la buena gestión del transporte urbano, del tráfico y del espacio público, así como a la protección del medio ambiente y la lucha contra la contaminación y el cambio climático.

La unidad de mercado impone límites al poder normativo local, como pone de relieve la profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia Inmaculada Revuelta, entre los que cabe destacar la obligación de analizar y ponderar los efectos que la normativa proyectada produce respecto de la unidad de mercado, así como evaluar ex post el impacto que ha tenido sobre los sectores afectados (Vid. Inmaculada Revuelta Pérez "La unidad de mercado como límite al poder normativo local". Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2019, pgs. 173-200.

5.- Urbanismo y medio ambiente

5.1 Los Ayuntamientos, en el ejercicio de las potestades de planeamiento urbanístico, no pueden violar el principio de no regresión en materia de protección del medio ambiente.

[STS de 30 de junio de 2023 (RC 7738/2021)]

El deber de conservación que incumbe a los poderes públicos tiene una dimensión, la de no propiciar la destrucción o degradación del medio ambiente, que no consentiría la adopción de medidas, carentes de justificación objetiva, de tal calibre que supusieran un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de intervención tuitiva. Esta dimensión inevitablemente evoca la idea de no regresión.

La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2023 (RC 7738/2021), enjuiciaba los recursos de casación interpuestos por la Junta de Extremadura, el Ayuntamiento de Cáceres y Soluciones Extremeñas de Recuperación, S.L. (RECUSOEX) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 20 de septiembre de 2021, que había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación para la Defensa de la Naturaleza y de los Recursos de Extremadura (ADENEX), que declaró la nulidad de pleno derecho de la resolución, de la Consejera de Medio Ambiente y Rural, Políticas Agrarias y Territorio de la Junta de Extremadura de 30 de abril de 2019, por la que se aprueba definitivamente la modificación puntual del Plan General de Cáceres .

El Tribunal Supremo, al resolver estos recursos de casación, debía dar respuesta a la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar si la aprobación de una modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico que conlleva la modificación de usos en suelo no urbanizable de protección, manteniendo la clasificación, puede vulnerar el principio de no regresión en materia de protección ambiental.

A juicio del Tribunal Supremo, se trataba de determinar si el principio ambiental de no regresión puede servir de cobertura y apoyo a una decisión anulatoria de un instrumento de planeamiento urbanístico que altera los

usos que se desarrollan en suelo clasificado como no urbanizable de protección sin modificar dicha clasificación.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura había considerado que la modificación suponía la autorización de unos concretos usos y actividades en suelo no urbanizable protegido cuando en la revisión del Plan General Municipal que se modifica sólo era posible que estuvieran ubicados en suelo no urbanizable común.

Resaltaba la sentencia impugnada en casación que una lectura detenida de la modificación, permitía llegar a la conclusión de que su verdadera razón era permitir la autorización de las actividades existentes de "depósitos de desechos o chatarras", así como los de "Gestión de residuos, tratamiento y reciclaje de desechos recuperables" ubicadas en la categoría de SNUP-LI (Protección de Llanos) con anterioridad a la entrada en vigor de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, Planes Rectores de Uso y Gestión, el Plan Director de la Red Natura 2000 y los Planes de Gestión de las áreas incluidas en la Red Natura 2000, que según la redacción anterior a la modificación se encontraban en situación de "régimen de tolerancia de uso", resultando que la empresa promotora de la Modificación Puntual era curiosamente titular de una instalación de esas actividades y en ese paraje protegido.

Tras un análisis pormenorizado de las circunstancias concurrentes en la modificación del planeamiento urbanístico, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura fundamentó la ratio decidendi de la sentencia en el razonamiento de que no es óbice alguno para la aplicación del principio de no regresión el que los suelos concernidos sigan siendo clasificados como suelo no urbanizable protegido pues lo trascendente es que con la Modificación puntual se permite la ubicación (en realidad la legalización) de usos y actividades que estaban prohibidos en ellos en el propio PGM, precisamente para preservar los valores ambientales que justifica su protección.

Estamos ante una decisión que implica una desprotección ambiental del suelo urbanizable protegido, y para ello, como nos recuerda constante doctrina jurisprudencial, de la que es buena muestra la sentencia del

Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2016, (RC 1947/2014), se "exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de esos suelos", que no existe en este caso, de tal modo que la indiscutible potestad discrecional de la Administración, para ejercer el ius variandi en el planeamiento, carece de justificación, lo que convierte la Modificación Puntual en nula de pleno derecho, por suponer una actuación arbitraria y con desviación de poder (en el sentido de procurar un interés privado y no general).

La sentencia del Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación partiendo de la definición conceptual del principio de no regresión consagrado por la jurisprudencia del Alto Tribunal, que constituye un límite a la discrecionalidad del planificador.

Se pone de relieve que dicha doctrina jurisprudencial se ha formulado al hilo de modificaciones que afectaban a zonas verdes urbanas o a modificaciones de suelos no urbanizables o terrenos de equipamientos, tomando como fundamento preceptos constitucionales -los arts. 45 (derecho a un medio ambiente adecuado y utilización racional de los recursos naturales), 46 (conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico), 47 (utilización del suelo de acuerdo con el interés general) y 128.1 CE (subordinación de la riqueza del país al interés general)-, así como el art. 37 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (protección del medio ambiente y desarrollo sostenible), así como, ya en el ámbito de la legalidad urbanística, el principio de desarrollo sostenible que se reflejaba en los arts. 2 y concordantes del TRLS 2008 y, actualmente, en el art. 3 y concordantes del TRLS 2015.

La finalidad y efecto útil del principio de no regresión es tratar de «proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental», carácter finalista también destacado por la doctrina constitucional al referirse a la «vertiente dinámica tendente a su mejoramiento» comprendida dentro del derecho al medio ambiente reconocido, como principio rector de la política social y económica, en el art. 45 CE.

Se trae a colación, en este sentido, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo fijada en la sentencia de 23 de febrero de 2012, en cuyo fundamento octavo se realizan unas interesantes reflexiones en torno al «carácter sostenible y medioambiental del urbanismo actual, que se proyecta, de forma más directa y efectiva, en relación con la protección de los suelos rústicos de especial protección», así como en relación con el especial régimen de utilización del suelo rural reflejado en el TRLS 2008 (art. 13) -actualmente, en términos similares, en el art. 13 del TRLS 2015-.

Se razona que «la urbanización de tales suelos [...] se nos presenta, como en el caso de la eliminación de zonas verdes, como una actuación prácticamente irreversible, capaz de comprometer el citado recurso natural -o su uso más racional-, además de proyectar consecuencias determinantes y nefastas para otros recursos naturales, tales como el agua, el aire o los ecosistemas».

Se recuerda que nos situamos en el ámbito propio del Derecho medioambiental, del principio de no regresión, que, en supuestos como el de autos, implicaría la imposibilidad de no poder alterar una protección especial del terreno, como es la derivada de la Catalogación del Monte como de Utilidad Pública, incompatible con su urbanización, directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades de gestión de tales suelos tanto por aplicación de su legislación específica como por el planificador urbanístico. (...) este principio de no regresión, ha sido considerado como una "cláusula de statu quo" o "de no regresión", con la finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental...»; y concluye que «el citado principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos implica, exige e impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de esos suelos».

También se reseña la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha destacado la relevancia de este principio y su conexión con el art. 45 CE en su sentencia 233/2015, FJ 2.c, en la que se afirma que «el principio de no regresión

del Derecho medioambiental (también conocido como cláusula stand-still) entronca con el propio fundamento originario de este sector del ordenamiento, y enuncia una estrategia sin duda plausible en orden a la conservación y utilización racional de los recursos naturales», y tras destacar que, hasta ese momento, «es hoy por hoy a lo sumo una *lex non scripta*», a la cuestión de «si cabe extraer directamente tal principio de los postulados recogidos en el art. 45 CE», responde que «las nociones de conservación, defensa y restauración del medio ambiente, explícitas en los apartados 1 y 2 de este precepto constitucional, comportan tanto la preservación de lo existente como una vertiente dinámica tendente a su mejoramiento»,

El deber de conservación del medio ambiente que incumbe a los poderes públicos, afirmaba el Tribunal Constitucional en la sentencia 233/2015 tiene una dimensión, la de no propiciar la destrucción o degradación del medio ambiente, que no consentiría la adopción de medidas, carentes de justificación objetiva, de tal calibre que supusieran un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de intervención tuitiva. Esta dimensión inevitablemente evoca la idea de -no regresión-. Y aunque advierte de que no se puede «identificar el deber de conservar el medio ambiente con el deber de conservar la norma», ya que «la reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia- (STC 31/2010, 28 junio, FJ 6», ello no obstante, «esta noción, consustancial al principio democrático, otorga al legislador un margen de configuración plenamente legítimo, amplio pero no ilimitado, pues está supeditado a los deberes que emanan del conjunto de la Constitución». Y en fin, tras recordar que las normas no son intangibles, advierte que «la apreciación del potencial impacto negativo de su modificación sobre la conservación del medio ambiente requiere una cuidadosa ponderación, en la que, como uno más entre otros factores, habrá de tomarse en consideración la regulación preexistente».

La ratio decidendi del Tribunal Supremo se fundamenta en que si lo que caracteriza al suelo no urbanizable de protección -como es el concernido en el caso de autos- son sus valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos (art. 13 TRLS de 2015), es decir, sus valores ambientales en sentido amplio, y, consiguientemente, un régimen más

restrictivo de los usos permitidos respecto al suelo no urbanizable común, la regresión en su nivel de protección ambiental no es susceptible de derivar solamente de su eventual desclasificación, protegida, además, por su carácter reglado (por todas, sentencia de 16 de abril de 2015, rec. 3068/2012), sino también de la alteración de los usos. En esta misma línea nos hemos pronunciado, además, en una reciente sentencia de 22 de marzo de 2023, rec. 1451/2022, en la que fijamos como doctrina que «la regresión en materia de medio ambiente en la planificación urbanística es una cuestión fáctica, que puede llevarse a cabo sin que para ello sea requisito o condición una alteración de la calificación o de los usos urbanísticos.

Por ello, se afirma que la conclusión alcanzada no implica que se produzca una petrificación del ordenamiento ambiental ya que el principio sólo entra en juego en casos de vuelta atrás, de regresiones injustificables desde la perspectiva del interés público.

¿El principio de no regresión es contrario al principio democrático, en cuanto limita la autoridad discrecional del planificador para modificar las determinaciones de los planes de urbanismo?

El Tribunal Supremo responde a este interrogante que, aunque ciertamente, al principio de legitimidad democrática del plan urbanístico le es consustancial su variabilidad para dar respuesta a las constantes necesidades de transformación de la ciudad, y, en consecuencia, el principio democrático que subyace a la potestad de planeamiento urbanístico -que se expresa al atribuirse tal potestad al municipio y, su aprobación, al pleno de la corporación (arts. 22 y 25 LBRL)- lleva aparejada la necesaria discrecionalidad del planificador que se articula en el conocido como *ius variandi* que constituye, no sólo una potestad, sino un deber de adaptar sus decisiones, en el ejercicio de la función pública de ordenación territorial y urbanística, a las necesidades cambiantes de la sociedad, pero esta potestad-deber en que consiste el *ius variandi* del planificador urbanístico no está exenta de límites y, entre ellos, los que derivan del reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente (art. 45 CE) cuya vertiente -recordemos-, no sólo de conservación, sino también dinámica tendente a su mejoramiento, «que evoca la idea de no regresión», hemos destacado, así como los que impone el tratarse de una función pública orientada

a la efectividad del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible (arts. 37 de la CDFUE, y 3 y concordantes del TRLS 2015) que hagan compatible el crecimiento económico con la cohesión social y la defensa del medio ambiente, garantizando de esta forma una mejor calidad de vida a los ciudadanos.

No se trata, por tanto, tampoco, de impedir la necesaria adaptación o conexión del planeamiento urbanístico con el desarrollo económico y social, sino de tener en cuenta que estos avances han de estar siempre orientados, por exigencias del legislador, hacia un desarrollo sostenible.

A juicio del Tribunal Supremo, el principio de no regresión se erige, en un límite al *ius variandi*, a la discrecionalidad del planificador urbanístico que abunda en la necesidad de motivar el interés general al que sirve la potestad de ordenación territorial y urbanística (art. 4.1 TRLS 2015).

No se tratan -afirma el Tribunal Supremo- de que la versión anterior del plan que se modifica o revisa se erija, de forma mecánica o automática, en canon de validez de la versión nueva modificada o revisada, sino de que, por exigencias del principio de no regresión, la modificación del plan, en la medida en que reduzca el estándar de protección ambiental, ha de tener una justificación por razones de interés público prevalente claramente identificadas y razonadas por el planificador y de suficiente entidad. No es que no quepa alterar la clasificación o uso del suelo, sino que, en la medida en que esta alteración sea ambientalmente relevante, ha de estar claramente justificada en razón de «un interés público especialmente prevalente, acreditado y general; no cabe cuando dicho interés es particular o privado, por gran relevancia social que tenga» (Dictamen del Consejo de Estado 3297/2002, aludido en la jurisprudencia antes reseñada).

En definitiva, -concluye la sentencia del Tribunal Supremo- el principio de no regresión no consiente una aplicación mecánica, ya que exige un esfuerzo de ponderación de los valores en presencia que debe quedar reflejado en el expediente administrativo, en la documentación del plan, y exteriorizarse en la correspondiente motivación para explicar las razones que llevan a la adopción de determinadas medidas que puedan reducir el nivel de protección

ambiental hasta ahora alcanzado y su justificación desde la perspectiva de un interés público prevalente.

El Tribunal Supremo consagra un valioso precedente jurisprudencial al fijar de forma clara los límites que al planificador urbanístico impone la plena asunción del principio de no regresión, en el sentido de que la aprobación de una modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico que conlleve la modificación de usos en suelo no urbanizable de protección, manteniendo la clasificación, vulnera el principio de no regresión en materia de protección ambiental y determina la invalidez del plan, tras la adecuada ponderación sobre la ausencia de razones de interés público prevalente justificativas de la modificación claramente identificadas y razonadas por el planificador.

III. Epilogo: El efecto útil de las sentencias del Tribunal Supremo resolviendo recursos de casación interpuestos en relación con la fiscalización jurisdiccional de la actividad de los Entes locales.

El aprendizaje de la técnica casacional exige una especial formación y conocimientos en los principios estructurales que rigen el Derecho procesal sustantivo para lograr unos hábitos en el manejo de la practica forense ante el Tribunal Supremo que resulten útiles para la formación de jurisprudencia.

La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2023 (RC 2209/2022), de la que fue ponente el Magistrado del Tribunal Supremo Angel Ramón Arozamena Laso, consagra el principio de “efectos útil” como una de las características estructurales de la configuración del recurso de casación.

Según este principio, el Tribunal Supremo debe abstenerse de sentar doctrina sobre la interpretación del ordenamiento jurídico cuando se aprecie que la doctrina que se pretende fijar para responder a la cuestión que presentaba interés casacional esta desvinculada de la resolución del caso concreto.

Conociendo de los recursos de casación interpuestos por la entidad mercantil LIDL supermercados S.A.L, y el Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de octubre de 2021, estimatoria del recurso contencioso-administrativo entablado frente a resolución del Consejero de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Cataluña de 27 de marzo de 2017, de aprobación definitiva de la Modificación Puntual del Plan General Metropolitano en el ámbito discontinuo Tres Molinos-Plan Parcial Gall de Esplugues de Llobregat, el Tribunal Supremo debía pronunciarse acerca de si la memoria del plan o, en su caso, de su modificación, ha de exteriorizar necesariamente, como condición básica garantizadora de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, la perspectiva de género tenida en cuenta a la hora de llevar a cabo la planificación y, en su caso, si los criterios empleados pueden -y deben- ser un parámetro para analizar la conformidad a Derecho de las determinaciones del planeamiento.

Con esta finalidad, el Tribunal Supremo debía interpretar el artículo 149.1. 1ª de la Constitución, artículo 31 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, y artículos 3.2 y 20.1.c) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre la cuestión que presentaba interés casacional ni considera necesario interpretar los preceptos de la normativa urbanística que, en relación con el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, impone al planificador urbanístico analizar la perspectiva de género, y que los recurrentes habían invocado como argumento casacional para revocar la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la medida que estos pronunciamientos resultaban superfluos, porque el Tribunal Supremo considera que la sentencia recurrida había basado la declaración de nulidad de la modificación puntual del Plan General Metropolitano, por no haberse dado curso, en la fase preliminar de la tramitación del instrumento de planeamiento, al documento ambiental estratégico, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 15 de la

Ley 6/2009, de 28 de abril, para la decisión previa de evaluación ambiental, que paso a denominarse evaluación ambiental estratégica simplificada, de conformidad con la Disposición Adicional 8ª de la Ley 17/2015, contradiciendo al propio documento ambiental estratégico en el que se admite que en la Modificación puntual debe seguirse dicho procedimiento.

También, se había expuesto en la sentencia impugnada, como fundamento de la declaración de nulidad que no se cumplían los requisitos necesarios para la modificación de la trama urbana consolidada (TUC) llevada a cabo, y que no se ha valorado ni se ha incorporado la perspectiva de género con ocasión de aprobar la referida modificación del planeamiento general.

En cuanto al sometimiento a evaluación ambiental, consideraba la sentencia recurrida que una modificación puntual de un instrumento de planeamiento general como la impugnada, que aprueba una recalificación de suelo de sistema general de parques y jardines metropolitanos a una zona de aprovechamiento privado, con usos comerciales y de oficina, con el fin último de acoger un gran establecimiento comercial junto a otras actividades y aparcamientos, puede presumirse que produzca «diferencias en los efectos previstos», y debe ser objeto de evaluación ambiental estratégica simplificada, al encontrarse incluida en el apartado 6.b) de la disposición adicional octava de la Ley 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica.

En relación con la modificación de la TUC, analizaba las determinaciones contenidas en la normativa autonómica sobre ordenación de equipamientos comerciales y los informes emitidos a su amparo.

Y por lo que respecta, específicamente, a la incorporación de la perspectiva de género, consideraba la Sala de instancia que en la memoria no se observa «ningún análisis de la Modificación puntual del PGM con perspectiva de género», sin que conste en la documentación de la modificación ni pueda deducirse de los datos y argumentos recogidos en las memorias de justificación e información «un análisis de las implicaciones para la eliminación de desigualdades entre hombre y mujeres en relación con las necesidades y

prioridades derivadas del trabajo de mercado y del doméstico y cuidado de personas» ni haya hecho «ninguna valoración de la afectación para hombres y mujeres» de la ordenación de suelo aprobada en la modificación impugnada atendido su contenido, tendente a la recalificación de suelo de sistema general de parques y jardines de nivel metropolitano a zona de aprovechamiento privado con usos comerciales y a la modificación de la TUC para la implantación de un gran establecimiento comercial, por lo que no se da cumplimiento al deber de incorporar la perspectiva de género en todas las fases del diseño, planificación, ejecución y evaluación urbanísticas.

Por ello, concluye el Tribunal Supremo que es irrelevante el pronunciamiento sobre la cuestión impugnativa referida a los efectos de la omisión de un análisis de la modificación puntual del Plan General Metropolitano desde la perspectiva de género, en la medida que subsiste la declaración de nulidad de instrumento de planeamiento con base a los motivos de nulidad apreciados por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que han quedado al margen del debate casacional, en los términos fijados por el Auto de Admisión de los recursos de casación.

El Tribunal Supremo, al resolver los recursos de casación, administra y gestiona un recurso procesal escaso, dadas las limitaciones y capacidades con que afronta el Alto Tribunal la función jurisdiccional de crear doctrina legal (particularmente, en estos momentos de estrangulamiento de los Magistrados del Tribunal Supremo ejercientes en la Sala de lo Contencioso-Administrativo y la debilidad estructural organizativa y funcional del Tribunal Supremo), y los límites impuestos al acceso a la casación, concebido como un recurso extraordinario, pero es necesario seguir desarrollando la actividad jurisdiccional con dedicación, inteligencia y esfuerzo para poder proyectar a la sociedad la fuerza irradiante del Derecho y la Justicia, que son los pilares fundamentales sobre los que se asienta la convivencia democrática y la paz jurídica y social.