

Cuadernos de Derecho Local

número

0

Octubre de 2002



Fundación
Democracia
y Gobierno Local



Como presidente de la Fundación Privada Democracia y Gobierno Local es un motivo de especial satisfacción presentar públicamente la revista cuatrimestral *Cuadernos de Derecho Local* (QDL). Satisfacción, porque supone que los entes locales intermedios promotores de la Fundación han hecho realidad uno de sus primeros objetivos: configurar un medio directamente orientado al estudio, el examen y la difusión de los problemas jurídicos vinculados al ámbito local.

Como el lector podrá inmediatamente comprobar, los QDL no responden al formato clásico de una revista jurídica especializada. Los QDL no son una publicación hecha por un departamento de la Administración autonómica o central del Estado y destinada al consumo de las entidades locales. Tampoco son el exclusivo producto de la investigación académica y, por ende, la materialización de un conocimiento que se transmite desde la universidad a la sociedad. Antes bien, los QDL son el producto de una reflexión conjunta llevada a cabo por los entes locales para mejor atender a los problemas jurídicos que directamente les atañen. De ahí el especial cuidado que se ha prestado en su preparación a la elección de los temas; la deliberada búsqueda de la colaboración activa de las entes locales intermedios que han decidido participar en el proyecto; la llamada a la participación efectiva que se realiza a los profesores universitarios y a los miembros de la judicatura, cuyas perspectivas de análisis son igualmente imprescindibles para abordar los temas jurídico-locales desde una visión global o de conjunto; o, finalmente, la voluntad de que el trabajo colectivo aporte nuevos valores añadidos que enriquezcan y mejoren el producto final.

Todas estas razones son las que explican por qué los QDL han sido concebidos como una publicación interactiva en la que el soporte tradicional del papel sirve a veces de genuino pretexto para acceder a nuevos servicios jurídicos adicionales, disponibles gracias a las modernas tecnologías de la información. Fruto de ese compromiso técnico es la posibilidad de acceder desde la versión electrónica de los QDL, sita en la página web de la Fundación (www.gobiernolocal.org), a las bases de datos elaboradas por la propia Fundación y que sin duda complementan la información facilitada, favorecen su búsqueda y ofrecen al destinatario de la revista un poderoso y eficaz instrumento de trabajo, altamente especializado por los contenidos.

Ello ha sido posible porque los QDL no son una publicación más de las que circulan en el mercado. Son, por el contrario, el resultado de una actividad previamente planificada y desarrollada por la Fundación Democracia y Gobierno Local en diversos ámbitos del conocimiento y del saber, de cuya experiencia, en cierto modo, se nutren. Los cursos, los seminarios y las jornadas de trabajo promovidos por la Fundación aportan indudables elementos para la identificación y selección de las cuestiones jurídicas más controvertidas. El seguimiento, desde la Fundación, de las resoluciones jurisdiccionales que directamente afectan a los ámbitos de gobierno de la Administración local, permiten elaborar una selección actualizada y especializada de la jurisprudencia en materia local. La colaboración directa con prestigiosos jueces, magistrados, catedráticos y profesores de universidad –muchos de los cuáles forman parte del consejo científico de la revista– es imprescindible para depurar la calidad de los trabajos publicados y elaborar construcciones teóricas a partir de la práctica. Los QDL son, en definitiva, la síntesis de una experiencia plural, vertebrada en torno a las demandas jurídicas procedentes de los gobiernos locales, canalizada a través de la Fundación y puesta, bajo la forma de publicación periódica, al servicio directo de las administraciones locales.

Manuel Royes Vila
Presidente del Patronato
de la Fundación Democracia
y Gobierno Local

La sección de estudios publicará trabajos realizados por magistrados y jueces, profesores universitarios y profesionales de las administraciones públicas sobre temas de actualidad jurídica y cuestiones que ocupan a quienes actúan en el ámbito de la Administración local.

Con ello se pretende alcanzar uno de los objetivos principales de la Fundación Democracia y Gobierno Local, que consiste precisamente en convertirse en una plataforma de encuentro para la judicatura, la Universidad y la Administración.

En este número de la revista, presentamos el estudio realizado por el profesor Aguado i Cudolà "La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (I)", que consta de dos partes claramente diferenciadas. En primer lugar, el planteamiento general (la incidencia de la legislación estatal sobre extranjería e inmigración en el ámbito de las administraciones locales), y, en segundo lugar, una propuesta de sistematización de las situaciones jurídicas de los extranjeros. Para el lector, cada una de ellas creemos que ofrece un valor distinto. El planteamiento general constata los problemas que plantea la inmigración a las administraciones locales, que son las más próximas a los destinatarios de las políticas de integración y que paradójicamente son las que tienen menos recursos económicos y materiales para atender debidamente a este colectivo de personas. La propuesta de sistematización de las situaciones jurídicas, sin perjuicio del interés de su lectura, pretende ser un instrumento de consulta para disponer de criterios con los que resolver cuestiones concretas (según la nacionalidad, la situación familiar, la edad, la situación regular o irregular o cualquiera otra circunstancia del inmigrante que plantea la cuestión a resolver por el ente local). En el próximo número, el profesor Aguado i Cudolà abordará específicamente el tema del acceso de los extranjeros al padrón y a los principales servicios municipales.

Los otros dos estudios provienen de miembros de la judicatura, los magistrados José Luis Requero Ibáñez y José María Macías Castaño. En ellos se examinan, desde la perspectiva de los jueces, dos cuestiones clásicas: el régimen jurídico de las subvenciones locales y los conflictos procesales que plantea la regulación del silencio administrativo.

La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (I)¹

Vicenç Aguado i Cudolà
 Profesor titular de Derecho
 Administrativo de la Universidad
 de Barcelona

I. Planteamiento general: la incidencia de la legislación estatal sobre extranjería e inmigración en el ámbito de las administraciones locales. A) Descoordinación e insuficiencia de colaboración interadministrativa. B) Uniformidad legal frente a un fenómeno que afecta de manera directa a los municipios. C) Políticas de vivienda y de cohesión social. D) Servicios sociales: tensión entre una prestación eficaz y una atracción no deseada de inmigrantes. E) El padrón como instrumento para conocer la población inmigrante. F) La participación y colaboración de las asociaciones en la gestión de la inmigración. G) Las actuaciones policiales en relación con los inmigrantes. H) La problemática específica de ciertos colectivos de inmigrantes: en especial las mujeres maltratadas.

II. Las situaciones jurídicas de los extranjeros: una propuesta de sistematización.

A) Criterio de la nacionalidad o procedencia. 1. Ciudadanos comunitarios. 2. Ciudadanos no comunitarios pertenecientes a países con los que la Unión Europea ha firmado acuerdos de asociación y cooperación. 2.1. Ciudadanos no comunitarios que son nacionales de países pertenecientes a la Asociación Europea de Libre Cambio (AECL/EFTA). 2.2. Ciudadanos no comunitarios que son nacionales de Turquía. 2.3. Ciudadanos no comunitarios que son nacionales de países del Magreb (Argelia, Marruecos y Túnez). 2.4. Ciudadanos no comunitarios que son nacionales de países de la Europa Central y Oriental (Hungria, Polonia, Rumania, Bulgaria, Eslovaquia, Chequia, países bálticos y Eslovenia). 2.5. Ciudadanos no comunitarios que son nacionales de países que pertenecían a la antigua Unión Soviética. 3. Ciudadanos no comunitarios cuando concurre tratado de regulación de flujos migratorios entre el Estado español y su país de origen. 4. Ciudadanos no comunitarios que se encuentran en otras situaciones jurídicas por razón de su nacionalidad o lugar de procedencia. 4.1. Refugiados y asilados políticos. 4.2. Apátridas. 4.3. Extranjeros indocumentados. 4.4. Extranjeros comunes.

B) Criterio de la regularidad respecto de las exigencias de la legislación de extranjería. 1. Ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad. 1.1. Ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad con procedimiento administrativo de expulsión en curso. 1.2. Ciudadanos extranjeros con orden de expulsión. 1.3. Ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad no localizados o sin procedimiento abierto. 1.4. Ciudadanos extranjeros que contravienen la prohibición de entrada o que pretenden entrar ilegalmente en territorio español. 1.5. Ciudadanos extranjeros que están sujetos a causa penal y que son objeto de expulsión. 2. Ciudadanos extranjeros en situación de regularidad. 2.1. Ciudadanos extranjeros en situación de estancia. 2.2. Ciudadanos extranjeros en situación de residencia temporal. 2.3. Ciudadanos extranjeros en situación de residencia permanente. 2.4. Estudiantes.

C) Criterio por el tipo de actividad y la situación laboral. 1. Ciudadanos extranjeros que ejercen una actividad laboral o profesional sin el correspondiente permiso o autorización. 2. Ciudadanos extranjeros que ejercen una actividad profesional, económica o laboral con el correspondiente permiso o autorización. 2.1. Ciudadanos extranjeros que ejercen una actividad profesional. 2.2. Ciudadanos extranjeros que ejercen una actividad económica. 2.3. Ciudadanos extranjeros que ejercen una actividad por cuenta ajena. 3. Ciudadanos extranjeros que pueden acceder a puestos de trabajo en la Administración local. 3.1. Ciudadanos extranjeros comunitarios y equiparados. 3.2. Ciudadanos residentes en España. 3.3. Ciudadanos extranjeros exceptuados de la autorización de trabajo.

D) Criterio de la condición personal y familiar. 1. Por razón de la edad: los menores extranjeros. 1.1. Extranjeros menores de edad en situación de desamparo. 1.2. Extranjeros menores de edad en situación de riesgo. 1.3. Extranjeros menores de edad acompañados. 1.4. Extranjeros menores de edad que se acogen a programas de desplazamiento temporal. 2. Por razón del parentesco: familiares de ciudadanos comunitarios y de extranjeros residentes. 2.1. Ciudadanos no comunitarios que son familiares de un ciudadano de la Unión Europea. 2.2. Ciudadanos no comunitarios que son familiares de ciudadanos extranjeros residentes.

III. Conclusión y valoración general.

1. En este número de la revista *Cuadernos de Derecho Local* se publica la primera parte de este estudio, en el que se realiza una valoración general de la aplicación de la normativa de extranjería e inmigración a las administraciones locales, así como una aproximación a las diversas situaciones jurídicas de los extranjeros en territorio español. En el próximo número se abordará específicamente el tema del acceso de los extranjeros al padrón y a los principales servicios municipales. Las principales abreviaturas que he utilizado en este trabajo son las siguientes:

LODYLE: Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 10, de 12 de enero), en su redacción dada por la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE 307, de 23 de diciembre).

RELODYLE: Real decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE 174, de 21 de julio).

El texto de esta normativa puede consultarse, entre otros sitios, en la página web del Ministerio del Interior: <<http://www.mir.es/extranjer/extrnormativa.htm>>.

Quisiera agradecer al profesor Domènec Sibina i Tomàs del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona las observaciones y las ideas que me ha sugerido respecto a este trabajo y que he procurado incorporar en el mismo. También este trabajo se ha enriquecido con las aportaciones del trabajo en equipo realizado en los seminarios del Grupo de Estudios sobre Derechos de los Inmigrantes (GESDI) del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Barcelona, dirigido por el profesor Dr. Eliseo Aja Fernández.

I. Planteamiento general: la incidencia de la legislación estatal sobre extranjería e inmigración en el ámbito de las administraciones locales

El impacto del fenómeno migratorio en el ámbito de las administraciones locales constituye una realidad que no puede ser ignorada y que requiere una atención específica. En este sentido, en el documento donde se define la política del Gobierno central en materia de inmigración, el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España (GRECO),² se viene a reconocer esta realidad. En este texto se señala que: "Las Comunidades Autónomas y la Administración Local tienen atribuidas competencias en materias claves para la integración de los inmigrantes como la sanidad, servicios y prestaciones sociales, vivienda, educación y cultura, por lo que se articularán mecanismos de actuación coordinada y de colaboración en todas estas materias." Ahora bien, este tipo de declaraciones, meramente genéricas, en las que se reconoce esta realidad, no siempre viene acompañado de pautas de actuación claras y precisas, sino que adolecen de un amplio grado de indeterminación, que deja a las entidades locales sin un referente adecuado de cómo llevar a cabo sus políticas públicas para dar una respuesta coordinada y eficaz en torno al fenómeno de la inmigración.

Sin lugar a dudas, afrontar el reto de la inmigración se trata de un esfuerzo que no corresponde exclusivamente a la Administración del Estado sino también a las administraciones autonómicas y, especialmente, a las locales.³ En el caso concreto de las administraciones locales se produce una situación asimétrica, tal y como señala R. Zapata-Barrero: es la que es más visible y cercana al inmigrante, que le exige actuaciones rápidas y concretas, pero al mismo tiempo es la que posee menos medios para la intervención.⁴

Ahora bien, no se trata de descargar, sin más, todas las responsabilidades en las entidades locales en cuanto son las administraciones públicas más próximas a los destinatarios de las políticas públicas.⁵ Se trata, en definitiva, de "la gestión local de un fenómeno global".⁶ Como fenómeno global debe ser gestionado desde diversos niveles de gobierno y de administración. En cualquier caso, por su inmediatez, será en el ámbito municipal donde se constatará el éxito o el fracaso de la aplicación de la legislación sobre extranjería e inmigración.⁷

En esta línea, podemos tratar de identificar diversos tipos de problemas con que se encuentran las administraciones locales respecto al fenómeno de la inmigración. Difícilmente las entidades locales podrán articular unas políticas públicas adecuadas y coherentes en relación con el fenómeno migratorio: si las administraciones estatal y autonómica no cumplen adecuadamente con sus responsabilidades, si todavía falta mayor claridad en la determinación de un marco jurídico adecuado para llevar a cabo la integración social de los inmigrantes, si esta legislación está en un proceso de constante modificación y, si, al mismo tiempo, no se dotan de los recursos organizativos y materiales necesarios para llevarlas a cabo.

De entrada, cabe advertir la existencia de un cierto desfase, por no hablar de incumplimiento, entre las previsiones establecidas por la normativa aplicable y la realidad de los hechos.⁸ El marco legislativo vigente parece partir de la premisa que la administración encargada del control de flujos migratorios, esto es la Administración del Estado, cumple con gran eficacia su función de policía de fronteras, impidiendo en gran parte la entrada ilegal de la inmigración, así como ejecutando efectivamente las expulsiones de los extranjeros que pese a los filtros establecidos

2. Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2001, que aprueba el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración (BOE 101, de 27 de abril de 2001).

3. En este sentido podemos destacar las palabras del Síndic de Greuges (*ombudsman*) de Catalunya en su Informe al Parlament de 1999, p. 724, cuando se reclama que se dote de los medios necesarios a las administraciones públicas encargadas de aplicar la legislación de extranjería, señalando que: "Este esfuerzo no afecta solamente a la Administración del Estado, sino también a la de la Generalidad y a la Local."

4. Vid. de este autor: "Políticas de acomodación de la inmigración y administración local: la gestión de la coexistencia", seminario "Immigració i poders locals" celebrado en el Institut de Ciències Polítiques i Socials en 2002. La página web de este Instituto es <http://www.diba.es/icps/index_internet_explorer.htm>. De este autor Vid. también *L'hora dels immigrants. Esferes de justícia i polítiques d'acomodació*, Barcelona: Ed. Proa, 2001, donde se trata específicamente el caso del Ayuntamiento de Barcelona.

5. La importancia de los Ayuntamientos en los procesos de integración de los inmigrantes es puesto de relieve, entre otros, por el Ararteko en su Informe al Parlamento Vasco de 2001 al reclamar la necesidad de un plan integral de atención a la inmigración en la Comunidad Autónoma del País Vasco: "[...] los ayuntamientos están llamados a desempeñar en el proceso de integración, debido no sólo a las funciones que en muchas de estas áreas tienen atribuidas, sino también porque son la administración más cercana a

la ciudadanía y, como tal, la primera administración con la que se ponen en contacto las personas inmigrantes."

6. En esta línea vid. el fundamental estudio *Món local i diversitat. Estratègies, polítiques i serveis municipals per a la integració de persones immigrants no comunitàries*, Ed. Consorci de Recursos i Documentació per a l'Autonomia Personal (CRID), Barcelona, 2001, p. 14.

7. Vid. la intervención del presidente de la Diputación de Valencia, Fernando Giner Giner, en la XIX Asamblea General de Municipios y Regiones de Europa, Oulu, 14 al 17 de junio de 2000, bajo el título "Inmigración, reto a las políticas sociales y culturales de las autoridades locales": "El punto de partida es que las autoridades locales nos encontramos más cerca de los ciudadanos, esto es, de sus problemas, preocupaciones e inquietudes. Los municipios serán el lugar del éxito o del fracaso de leyes pensadas y elaboradas a nivel nacional." Esta intervención puede consultarse en la página web de la Diputación de Valencia <<http://www.dva.gva.es>>.

8. En este sentido el Síndic de Greuges de Cataluña ha señalado en su Informe al Parlament del año 2000, p. 353, que "el Síndic considera que los cambios legislativos operados en esta materia (inmigración) no tienen en cuenta la realidad social sobre la que se actúa, y es difícil que la Ley pueda cambiarla sino se introducen al mismo tiempo cambios en la Administración encargada de ejecutarla". De forma parecida se pronuncia el Defensor del Pueblo Andalúz en su Informe del año 2000, p. 58: "[...] en las primeras semanas de vigencia de la nueva norma, asistimos a un verdadero combate, no exento de encarnizamiento, entre la realidad social y la norma. Una realidad

consiguen entrar en territorio español.⁹ Ello no siempre es así, como lo demuestra el hecho que el Estado español es uno de los países de la Unión Europea con mayor presencia de inmigración irregular.¹⁰ Hasta que no sean devueltos a su país de origen o bien se proceda a su regularización, estos extranjeros están residiendo de forma efectiva en el correspondiente término municipal. Las administraciones locales no pueden, mientras tanto, ignorar la existencia de bolsas de inmigrantes en situación irregular, a riesgo en caso contrario de que pueda generarse una fractura social y una quiebra de la convivencia entre ciudadanos españoles y ciudadanos extranjeros.

La complejidad de las situaciones jurídicas de los extranjeros se constata claramente ante la imposibilidad de la Administración del Estado, en determinados casos, para aplicar la legislación existente en esta materia.¹¹ Así, basta citar el importante número de órdenes de expulsión que no pueden ser ejecutadas ante la inexistencia de mecanismos adecuados que garanticen la readmisión de los extranjeros inmigrantes en sus países de origen¹² como son los convenios de regulación de flujos que examinaremos más adelante.¹³ La situación de algu-

nos casos de inmigrantes, que se encuentran en situación irregular con una orden de expulsión, la cual no ha podido ser ejecutada, provoca una serie de problemas que deben ser solventados por las administraciones públicas, y especialmente por las administraciones locales. El incumplimiento de la legislación de extranjería por parte de la Administración del Estado tiene una clara repercusión en el resto de las administraciones. Consciente de esta situación, el Consejo Europeo de Sevilla de 21 y 22 de junio de 2002,¹⁴ recoge entre las medidas para luchar contra la inmigración ilegal el siguiente punto: "Acelerar la conclusión de los acuerdos de readmisión en curso de negociación y aprobar nuevos mandatos de negociación de acuerdos de readmisión con los países ya determinados por el Consejo." A los escasos convenios con medidas para garantizar la repatriación de los inmigrantes, debe añadirse el elevado coste que supone materializar las expulsiones.¹⁵ Este dato económico sobre el coste de las expulsiones, las devoluciones y los retornos supone un importante elemento de reflexión para determinar hasta qué punto resulta realmente eficiente ejecutar este tipo de medidas.

social caracterizada, entre otras muchas notas, por la presencia aún muy importante de miles de extranjeros —ninguna norma va a impedir su continua llegada— que no encontraron cauce para su regularización durante los meses en que dicho proceso estuvo abierto durante el año 2000, que disponen, muchos de ellos, de trabajo o posibilidades ciertas de conseguirlo, y que se resisten a abandonar, sin más, un país en el que, a pesar de todas las dificultades, parecen encontrar mejores esperanzas de vida que en los suyos propios."

9. Como señala el Primer Plan Integral para la Inmigración en Andalucía: "Es evidente que la principal responsabilidad en materia de inmigración concierne a la Administración del Estado; no en vano le corresponden a ella las competencias en materia de legislación de extranjería, control de fronteras, permisos de residencia de trabajo, acogida y/o asilo, inspección de trabajo, convenios con terceros países, persecución de mafias y delincuencia organizada, y determinación de cupos anuales, por enumerar las más destacadas. Y a nadie se le oculta que estas competencias son decisivas para la configuración global que el fenómeno de la inmigración adopta en nuestro país, puesto que del correcto ejercicio de las mismas depende básicamente el alcance, las características y las condiciones en que se produce la llegada de los inmigrantes a España, y todo ello determina las opciones reales de una política acertada de integración de la población inmigrante."

10. Información extraída del diario *El País* como uno de los temas de su edición digital. Esta información puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.elpais.es/temas/inmigracion/menua/contexto.html>. Así, se señala que: "En efecto, de los tres millones de personas que viven clandestinamente en Europa, medio millón residen en Francia, cerca de 300.000 en España y otros 235.000 en Italia", "España es uno de los países de la Unión Europea con más inmigrantes irregulares (cerca de 300.000). El proceso de regularización culminado en el año 2000 ha permitido a unos 140.000 legalizar su situación. Otros 60.000 verán revisado su caso tras ser rechazados".

11. De forma especialmente crítica cabe mencionar las conclusiones de la X Conferencia Anual de Servicios Sociales celebrada en Barcelona en junio de 2002 a la que asistieron técnicos, directivos y políticos de unos cuarenta ayuntamientos de la Unión Europea. Según estas conclusiones: "Las propuestas para afrontar el fenómeno de la inmigración no pueden basarse sólo en modificaciones legislativas excluyentes de leyes que no han sido capaces de ejecutarse en los diversos países europeos".

12. En el año 2001 se iniciaron procedimientos de expulsión a 23.487 inmigrantes que se encontraban en España sin los permisos necesarios, pero solamente 12.976 de estos procedimientos derivaron en una orden de expulsión y únicamente 3.817 de los afectados, un 16%, llegaron a ser expulsados

efectivamente, según información extraída de *El Periódico de Catalunya*, 14 de mayo de 2002. Según el diario *El País* de 26 de abril de 2002: "Interior sólo logró expulsar en 2001 el 16% de los 23.487 irregulares expedientados"; en noticia de 25 de junio de 2002: "Interior afirma que ha triplicado el número de expulsiones de inmigrantes en lo que va de año. 19.200 extranjeros no han podido entrar en España o han sido devueltos o repatriados", y en noticia de 23 de julio de 2002: "Interior ha dejado en Las Palmas a 1.300 'sin papeles' que no pudo devolver a su país. Los inmigrantes viven de la caridad en un parque mientras crecen las protestas vecinales". También Vid. el diario *El País* de 26 de julio de 2002: "Interior traslada inmigrantes de Canarias a la Península en aviones militares [...] De los 2.619 extranjeros que llegaron a ambas islas de enero a mayo de este año, Interior sólo pudo expulsar a 1.387. Los 1.304 restantes fueron trasladados a Las Palmas en barco nada más cumplir sus 40 días de reclusión". Con todo, hay que señalar que las cifras que se utilizan en estas fuentes no son siempre homogéneas porque vienen incluyendo no sólo expulsiones, sino también a devoluciones, retornos y rechazos en frontera. Una aproximación a la situación del irregular que tiene pendiente una orden de expulsión no ejecutada puede encontrarse en el excelente trabajo de E. ROIG I MOLÉS: "La situació de l'estranger objecte d'una expulsió no executada" en E. AJA y O. HOMS (Eds.): *Anuari de la Immigració a Catalunya, 2000*, Fundació Jaume Bofill, Barcelona: Ed. Mediterrània, 2001, p. 57-60. En el Informe al Parlament del año 2000, el Síndic de Greuges de Cataluña señala en la p. 354 respecto a las órdenes de retorno que son dictadas para los extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en el país y no han consolidado la estancia que "no se pueden ejecutar por la ausencia de convenios bilaterales para la readmisión de estas personas en sus estados de origen".

13. Según una noticia de prensa aparecida en el diario *El País* de 14 de diciembre de 2001 sólo uno de los tres convenios migratorios que había firmado entonces el Gobierno se había logrado desarrollar "constituidas la Comisión mixta con Colombia y retrasadas las de Ecuador y Marruecos".

14. Las conclusiones del Consejo Europeo pueden consultarse en la siguiente dirección electrónica: <<http://europa.eu.int/council/off/conclu/index.htm>>.

15. Según datos suministrados por el Ministerio del Interior (Subdirección General de la Inmigración) los gastos previstos sobre procedimientos de expulsión durante 2002 son los siguientes: dietas de funcionarios que materializan las expulsiones: 480.000 €; expulsiones mediante vuelos charter: 5.074.045 €; Centro de Internamiento de Extranjeros: 12.248.626,6 €. Agradezco al Profesor H. Silveira Gorski el haberme facilitado estos datos que solicitó al citado Ministerio. Sobre el coste de este tipo de medidas vid. de este autor: "Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del

Cabe señalar también la necesidad de valorar previamente el impacto que tendrá la aplicación de las normas. Ello se hace más acuciente cuando las medidas normativas previstas por el Estado o por la comunidad autónoma están dirigidas a otras administraciones como es el caso de la Administración local. En este sentido, se ha señalado que “el incremento del gasto de una administración derivado de la actividad o inactividad de otra habría de encontrar compensación en los sistemas de colaboración que el ordenamiento jurídico prevé”.¹⁶ De otra forma, se puede llegar a una situación de colapso en que los servicios municipales queden desbordados.¹⁷

Otro problema es que la legislación sobre extranjería e inmigración apenas menciona en su articulado a las entidades locales. Ello, obviamente, no implica que las administraciones locales no tengan competencias estrechamente interrelacionadas con el fenómeno migratorio, pero sí que obliga a un esfuerzo interpretativo de la normativa aplicable para determinar qué espacios corresponden a cada instancia administrativa. En este punto, uno de los principales problemas que tienen las administraciones locales para afrontar el reto de la Administración local es si las competencias que tienen atribuidas son las adecuadas para afrontar este fenómeno. En muchas ocasiones, las entidades locales están actuando de una forma puramente fáctica ante la pura necesidad de dar una solución al problema, del cual incluso llegan a desentenderse otras administraciones públicas. Cabe, por tanto, plantearse en qué medida resultaría necesario la creación de títulos competenciales específicos para un tratamiento adecuado de la cuestión. La justificación de estos títulos competenciales específicos estaría en conseguir la incorporación de los inmigrantes a unos servicios normalizados. Esto es, su justificación parte de la premisa que las entidades locales deben remover los obstáculos que los inmigrantes tienen para acceder en igualdad de condiciones a las diferentes prestaciones sociales, servicios y equipamientos existentes. El tratamiento de las competencias, asimismo, plantea la creación de un fondo presupuestario específico para financiar su gestión. Se trata de arti-

cular, de forma lo más coherente posible, un marco jurídico que propicie la integración de los inmigrantes mientras éstos se encuentren en territorio español. En este sentido, cabe aludir a las previsiones, prácticamente inéditas, contenidas en el artículo 7 de la LRJPAC.¹⁸ Este artículo, que se refiere a planes y programas conjuntos de actuación, para el logro de objetivos comunes en materia en las que ostenten competencias concurrentes, entre la Administración estatal y la Administración autonómica, es de aplicación supletoria a las entidades locales de acuerdo con el contenido del artículo 9 de la misma ley. Entre los elementos que conforman el contenido del acuerdo aprobatorio de planes o programas conjuntos está el de “los compromisos de aportación de recursos financieros”.

En cualquier caso, cabe señalar que el incumplimiento en el ejercicio de las competencias no puede ser imputada a las administraciones públicas si no se garantiza la cobertura económica para el ejercicio de las competencias.¹⁹ En este sentido, el artículo 60 de la LBRL establece la posibilidad de sustitución, por la Administración estatal o autonómica, en el caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley a la Administración local, previo requerimiento, siempre que la “cobertura económica estuviere legalmente o presupuestariamente garantizada.”

Ahora bien, la existencia de límites competenciales y financieros no pueden justificar, sin más, la inactividad de la Administración municipal. En este sentido, se ha puesto de relieve que los entes locales pueden representar un doble papel como grupo de presión o *lobby*: por una parte, de representación de aquellas demandas que no pueden ser satisfechas por falta de competencias y, por otra parte, la de canalizar la información y las reivindicaciones de los problemas prácticos en que se encuentra su población inmigrante para ayudar a orientar a las administraciones públicas competentes a definir políticas más congruentes con la realidad social.²⁰

También, debe aludirse a la inestabilidad que viene caracterizando al marco jurídico de la extranjería y de la inmigración. En los últimos tiempos, se han venido sucediendo en el ordenamiento jurídico español diver-

Estado de Derecho”, en *Mientras tanto* 83, primavera de 2002, p. 94-95 y nota núm. 4.

16. Vid. el Síndic de Greuges en su *Informe al Parlament de Catalunya de 2007*, con motivo del desalojo de extranjeros subsaharianos de la Plaza André Malraux de Barcelona.

17. Vid. la intervención de N. Carrera Comes, quinta teniente de alcalde de Bienestar Social del Ayuntamiento de Barcelona: “La interculturalitat com a repte i com a oportunitat”, en *Immigració, autonomia i integració*, Barcelona: Ed. Institut d’Estudis Autonòmics i Institut Català de la Mediterrània (Generalitat de Catalunya), 2002, donde se señalaba que en 1999 los servicios sociales municipales atendieron a 11.000 inmigrantes y en el 2000 se esperaba una cifra de 20.000, señalándose que “estamos desbordados”. Se apuntaba lo siguiente: “Desde el Ayuntamiento de Barcelona creemos que el Estado habría de dedicar una partida importante para ayudar a sufragar esto en la

reforma de la Ley de Extranjería y que la Generalitat de Catalunya habría de prever este nuevo fenómeno cuando sufragara una parte de la atención primaria de los municipios. Si el Estado y la Generalitat no actúan habilitando presupuestos dejarán el problema en las calles de la ciudad.”

18. Vid. el excelente trabajo de E. ROIG i MOLÉS, “La coordinació i la cooperació dels poders públics”, en *Immigració, autonomia i integració*, Barcelona: Ed. Institut d’Estudis Autonòmics i Institut Català de la Mediterrània, 2002, en especial p. 206-208.

19. Según noticia del diario *El Mundo*, de 3 de febrero de 2002: “Los Ayuntamientos piden 15 competencias a los municipios. Rita Barberá: ‘Los nuevos poderes del Pacto Local deben llegar con dinero; si no, ¿para qué los quiero si no puedo garantizar un buen servicio?’”. Entre las competencias que se solicitan se encuentra en lugar destacado las relativas a la inmigración.

20. Vid. ZAPATA-BARRERO, R., *L’hora dels immigrants*, op. cit., p. 128-129.

sas modificaciones, tanto en el ámbito legal como reglamentario, con relación al marco normativo de la extranjería y la inmigración. Ahora bien, como es sabido, la legislación por sí sola tiene una capacidad limitada para transformar la realidad,²¹ hecho que cobra un singular relieve respecto a los flujos migratorios. En el momento de redacción de este trabajo se está anunciando una nueva modificación de la legislación de extranjería, destinada a agilizar los procedimientos de expulsión, todo ello, además, dentro de un contexto europeo que también está en proceso de cambio.

La constante evolución del marco normativo de la inmigración ha llevado a la realización, en los últimos años, de diversos estudios sobre la legislación de extranjería desde la perspectiva de las administraciones locales.²² La mayoría de estos estudios parten de la realización de un estudio cuya finalidad o objetivo principal es la divulgación de la legislación de extranjería, por lo que proceden a sintetizar y presentar de forma ordenada los principales puntos de la legislación de extranjería que los municipios no pueden desconocer. Por todo ello, constituyen sin lugar a dudas un importante punto de partida que permite realizar una primera aproximación al complejo marco jurídico de la inmigración y su trascendencia respecto a las administraciones locales. No obstante, el fenómeno de la inmigración continúa siendo un gran reto para las administraciones locales por las diversas situaciones que se van planteando y a las que debe darse respuesta.

El enfoque tradicional que ha venido realizándose parte de un análisis de la legislación vigente para explicar la situación jurídica de la inmigración. No obstante, la diversidad de supuestos que deben resolver diariamente las administraciones locales no siempre pueden encajarse adecuadamente en las categorías definidas en las leyes o en los reglamentos. En muchas ocasiones, tales categorías responden a un modelo ideal que es definido por instancias normativas, como el Estado o las comunidades autónomas, que no siempre pueden tener en cuenta las situaciones y los problemas a los que diariamente tienen que atender las administraciones locales. Por otra parte, este modelo idealizado no siempre se corresponde con la realidad. Es más, en muchas ocasiones, es desbordado por la propia realidad de los hechos. Ello se pone de relieve, singularmente, con el fenómeno de la inmigración en cuanto los flujos migratorios no son susceptibles de ser controlados totalmente, sino a lo sumo de ser encauzados o orientados.

Otra cuestión, que condiciona la actuación de las entidades locales, sería la indefinición en este ámbito de las políticas públicas necesarias para atender el fenómeno de la inmigración. La definición de estas políticas públicas suele realizarse a través de diversos tipos de documentos: planes integrales de inmigración, líneas estratégicas para el diseño de actuaciones y documentos específicos sobre determinadas actuaciones (información, vivienda, formación ocupacional, salud, alfabetización, etc.).²³ En esta línea, cobran un papel relevante los entes intermedios, como las diputaciones provinciales, en sus funciones de asistencia y apoyo a los municipios. De tal forma que presen todo el soporte necesario para que los entes locales, en especial los que disponen de pocos medios, puedan redactar este tipo de documentos que lleven a la definición de estas políticas públicas. La ausencia, o cuando menos la falta de concreción de políticas públicas en materia de inmigración, juntamente con la poca claridad de los textos legislativos, se traduce en determinadas ocasiones en una ausencia de criterios claros para acceder a los diversos servicios que prestan las administraciones locales. Se traslada, de esta forma, un amplio grado de discrecionalidad a los profesionales que se dedican a la atención, con lo que los derechos de los extranjeros inmigrantes pasan a ser una mera concesión graciable.

Con todo, es importante señalar la aparición de determinados documentos dirigidos a dar una serie de pautas a las administraciones locales para afrontar el reto de la inmigración. En esta línea, podemos destacar por su carácter pionero el denominado *Informe de Girona*, elaborado el año 1992, cuyo título es *50 propostes per a la immigració*. Entre las funciones que se proponen para las entidades locales pueden destacarse las siguientes: a) empadronar a todo el mundo y dar acceso a todos los servicios; b) evitar concentraciones de la población inmigrada; c) actuar a través de los servicios sociales para facilitar la convivencia; d) garantizar la atención sanitaria; e) velar por la educación y tutela de los derechos de la mujer inmigrada, y f) atender a las necesidades religiosas (sacrificios de animales y entierros).

Asimismo, la Associació Catalana de Municipis y la Federació de Municipis de Catalunya elaboraron conjuntamente a través de una Comisión Mixta un documento titulado "Las administraciones locales ante el hecho migratorio". En este documento se definen los conceptos de integración social de los inmigrantes, de interculturalidad y de globalidad y de normalidad. Se señala que

21. En este punto es de obligada cita el trabajo de CROZIER, M., *No se cambia la sociedad por decreto*, Madrid: Ed. INAP, 1984 (traducción de J. Prats i Catalá).

22. En esta línea podemos destacar el excelente estudio de MIR I BAGÓ, J., *La legislació d'extranjería i l'Administració local*, Barcelona: Ed. Consorci de Recursos per a la Integració de la Diversitat i Diputació de Barcelona, 2001; así como del mismo autor "Municipios e inmigración: los Ayuntamientos ante la nueva Ley de extranjería: participación política y derechos sociales", en

FONT I LLOVET, T. (ed.), *Anuario del Gobierno Local 2001: Configuración Jurídica de la Autonomía Local, Municipios y Transformaciones Sociales, Urbanismo e Inmigración*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2001.

23. Un estudio de este tipo de documentos puede encontrarse en NADAL, M.; OLIVERAS, R.; ALEGRE, M. A., *Les actuacions municipals a Catalunya en l'àmbit de la immigració*. Informe elaborado para la Fundació Jaume Bofill i l'Associació Consell de Cent.

las políticas para la integración social requieren actuaciones globales e integrales, se prevé la realización de programas y actuaciones de cooperación y coordinación entre las entidades locales, se advierte la necesidad de una estrecha cooperación y coordinación entre todas las administraciones y finalmente se señala la inviabilidad de la integración y del proceso de interculturalidad sin la participación activa de los inmigrantes.

Además de estos documentos donde las administraciones públicas locales fijan sus objetivos de actuación, otra fuente importantísima de información lo constituye el estudio de las diversas quejas que, sobre el funcionamiento de las administraciones públicas, llegan hasta las oficinas del Defensor del Pueblo y de los *ombudsmen* autonómicos. Tales supuestos, si bien constituyen en determinados casos situaciones patológicas o límites, son indicativos de una serie de problemas que preocupan tanto a los ciudadanos como a las propias entidades locales y, en general, a las diversas administraciones públicas implicadas.

La mayoría de las actuaciones realizadas por el Defensor del Pueblo tal y como se deduce en los apartados específicos relativos a “derechos y libertades de los extranjeros” vienen referidos a la actuación de la Administración del Estado, fundamentalmente, en aspectos relativos al control de la entrada de extranjeros y, en general, a temas de policía administrativa (entradas en territorio nacional, protección de menores, retirada de pasaporte, internamientos, expulsiones, personal legitimado para el uso de la compulsión física en la práctica de rechazos en frontera, visados, situación de los inmigrantes subsaharianos en Ceuta y Melilla, polizones, asilo, etc.).²⁴

La actuación de los *ombudsmen* autonómicos tiene, en cambio, un mayor interés a efectos de este trabajo, en cuanto éstos normalmente supervisan la actuación de las entidades locales en todo aquello que afecta a las materias en que los estatutos otorgan competencias a las comunidades autónomas.²⁵ Es en el ámbito de estas materias (educación, sanidad, cultura, urbanismo, vivienda...) donde se desarrollan la mayoría de las políticas que están relacionadas con la integración social de los inmigrantes.

La mayoría de las actuaciones llevadas a cabo por los *ombudsmen* respecto al colectivo de los extranjeros inmigrantes han sido realizadas de oficio, aunque también se han originado a través de quejas concretas de los inmigrantes afectados y de asociaciones o entidades de apoyo a los mismos. Cabe señalar que en los últimos años acostumbra a realizarse informes con carácter general.

Así, por ejemplo, puede destacarse el estudio que realiza el Síndic de Greuges de Catalunya en el *Informe al Parlament* del año 1999 con el título siguiente: “Hacia una integración plena de la inmigración (una apuesta por la cohesión social y la tolerancia)”. En el *Informe al Parlament* del año 2000 el Síndic de Greuges de Catalunya realiza en su libro segundo unas “Notas sobre el fenómeno de la Inmigración” que se estructura en las siguientes partes: a) orígenes y perspectivas de la inmigración en Catalunya; b) factores que favorecen las migraciones; c) efectos generados por la inmigración en nuestros países; d) políticas que podrían moderar los flujos migratorios, y e) por una gestión eficaz y ordenada de la inmigración. Una de las constantes del Síndic de Greuges de Catalunya ha sido el solicitar la necesidad de coordinación entre las diversas administraciones públicas implicadas en el fenómeno de la inmigración para dar una respuesta adecuada, tal y como veremos.

Pero a parte de los informes generales, debe destacarse que la actuación de los *ombudsmen* autonómicos puede agruparse en una serie de materias que inciden muy singularmente en las administraciones locales que podemos agrupar en los siguientes apartados: a) descoordinación e insuficiencia de colaboración interadministrativa; b) uniformidad legal frente a un fenómeno que afecta de manera directa a los municipios; c) políticas de vivienda y de cohesión social; d) servicios sociales: tensión entre una prestación eficaz y una atracción no deseada de inmigrantes; e) el padrón como instrumento para conocer la población inmigrante; f) la participación y la colaboración de las asociaciones en la gestión de la inmigración; g) las actuaciones policiales en relación con los inmigrantes, y h) la problemática específica de ciertos colectivos de inmigrantes: en especial las mujeres maltratadas. A partir de esta clasificación, basada en los informes de los *ombudsmen*, examinaremos algunos de los problemas más relevantes.

A) Descoordinación e insuficiencia de colaboración interadministrativa

Un problema, que tiene una especial relevancia, es que todavía no existe una fluidez suficiente en el uso de las posibilidades de colaboración interadministrativa en el ámbito de las administraciones públicas, lo cual se traduce en una descoordinación que constituye una fuente constante de problemas. Así, un claro ejemplo de esta lamentable situación se produjo en la ciudad de

24. Los informes del Defensor del Pueblo español pueden consultarse, además de la edición en papel, en el siguiente sitio web: <http://www.defensordelpueblo.es/Iniciol.htm>.

25. Los informes de los *ombudsmen* autonómicos pueden consultarse, además de la edición en papel, en los siguientes sitios web: Ararteko o Defensor del Pueblo del País Vasco <<http://www.ararteko.net/>>; Defensor del Pueblo

Andaluz <http://www.defensor-and.es/flash_ie.htm>; Diputado del Común de Canarias <<http://www.diputadodelcomun.com/>>; Ararteko o Defensora del Pueblo de Navarra <<http://www.defensora-navarra.com>>; Síndic de Greuges de Catalunya <<http://www.sindicgreugescat.org/>>; Valedor do Pobo Galego: <<http://www.valedordopobo.com>>; Justicia de Aragón: <http://www.eljusticiade-aragon.com>; Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana.

Barcelona, con motivo de la aplicación de medidas de alejamiento de la frontera que se llevaron a cabo por la Administración del Estado. Como consecuencia de ello, en la plaza de Cataluña de Barcelona se encontraba un grupo de inmigrantes en situación irregular sin que las administraciones autonómica y local hubieran podido prever con un mínimo de antelación suficiente las medidas necesarias para atender esta situación. Cabe señalar que el ordenamiento jurídico posibilita diversos mecanismos de colaboración y de cooperación, así como establece un deber de información entre las diferentes administraciones actuantes. Se trata, en gran medida, de una falta de praxis administrativa que es fruto de la improvisación y de una administración deficiente. Lo más grave del asunto es que este tipo de situaciones no son siempre aisladas, sino que vuelven a reproducirse, volviéndose a evidenciar una vez más la falta de coordinación administrativa.²⁶

B) Uniformidad legal frente a un fenómeno que afecta de manera directa a los municipios

Se plantea, también, la necesidad de diferenciar los municipios en atención al número de inmigrantes que efectivamente residen en su término municipal. Normalmente, son las zonas urbanas los destinos prioritarios de los extranjeros inmigrantes.²⁷ Por tanto, cabría pensar en la posibilidad de reconocer la especificidad de ciertos municipios que constituyen el destino escogido por un gran número de inmigrantes, en cuanto tienen un mayor número de posibilidades de encontrar un puesto de trabajo. La legislación, esencialmente el artículo 15 de la Ley reguladora de las haciendas locales, hasta ahora sólo tiene en cuenta el incremento de la población de un municipio, constatado a través del padrón municipal, a efectos de los criterios de distribución de la participación municipal, en los ingresos en el Fondo Nacional de Cooperación Municipal. En esta línea, quizá sería conveniente la regulación de un marco jurídico específico para este tipo de municipios, piénsese por ejemplo en la legislación de las grandes ciudades

y conurbaciones urbanas. Cabe advertir que la Carta Municipal de Barcelona, aprobada por Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre, si bien trata determinados colectivos específicos como la mujer o la juventud, apenas contiene algunas referencias sobre la inmigración, que se centran en regular la participación de los extranjeros en la vida municipal o bien respecto a la no discriminación.²⁸

C) Políticas de vivienda y de cohesión social

La diversidad entre los entes locales plantea también una diversidad de problemáticas y necesidades. Un ejemplo relevante lo constituye el tema de la vivienda. Así, en algunos municipios el problema se plantea respecto a la alta concentración de inmigrantes que viven hacinados en pisos que se encuentran en zonas degradadas que es necesario recuperar y rehabilitar. En otros municipios, en cambio, no existe tanto un entorno urbano, sino que son de nueva o reciente creación, debido al crecimiento y desarrollo económico que experimentan estas poblaciones. En estos municipios es, quizá, donde se produce una mayor comparación con la población autóctona y, por tanto, con riesgo de que el impulso de políticas activas a favor de la inmigración, como podría ser la promoción de nuevas viviendas, pueda generar un cierto rechazo. También plantea un debate sobre si los costes del alojamiento de los inmigrantes deben ser asumidos por los poderes públicos o bien por los empresarios que los contratan.

Otro tema importante que surge en las actuaciones de los *ombudsmen* autonómicos es la problemática de ciertos barrios o núcleos de población donde se concentra la población inmigrante. En 1998 encontramos el informe específico "*Intervención del Ararteko sobre actuaciones policiales con personas de origen extranjero en la zona de San Francisco (Bilbao)*". Los destinatarios de las actuaciones del Ararteko son el Departamento de Interior del Gobierno Vasco y el Ayuntamiento de Bilbao. Si bien gran parte del informe viene referido al modo de proceder de la *ertzaintza* y de la policía muni-

26. Vid. el Síndic de Greuges en su *Informe al Parlament de Catalunya de 2001*, refiriéndose al desalojamiento de inmigrantes subsharianos de la plaza de Catalunya de Barcelona: "Lamentablemente, durante el año 2001 nos hemos encontrado nuevamente ante una situación, que ya describimos en nuestro último Informe, que evidencia la falta de coordinación entre las administraciones y la inoperatividad de la normativa vigente en materia de extranjería para dar respuesta a las órdenes de retorno que no se pueden ejecutar. En este sentido, nos remitimos pues a las consideraciones formuladas sobre este asunto y ya recogidas en el núm. 165 del BOPC, de 27 de marzo de 2001, p. 200 a 202." Asimismo, vid. la excelente exposición de BARLETT I CASTELLÀ, E., "La coordinació i la cooperació entre els poders públics" en *Immigració, autonomia i integració*, Barcelona: Ed. Institut d'Estudis Autonòmics, Institut Català de la Mediterrània, 2002, en especial p. 173-174. También es de gran interés el trabajo de SOLÀ MASSANELL, A., "Qüestions suscidades en el Síndic de Greuges en matèria d'immigració", en *Fundació Jaume Bofill* (Ed.): *Anuari*

de la Immigració a Catalunya 2001, Barcelona: Ed. Mediterrània, 2002, en especial p. 98-100.

27. En esta línea vid. el fundamental estudio *Món local i diversitat. Estratègies, polítiques i serveis municipals per a la integració de persones immigrants no comunitàries*, Barcelona: Ed. Consorci de Recursos i Documentació per a l'Autonomia Personal (CRID), 2001, p. 14: "La concentración de minorías étnicas en las ciudades sigue un proceso de autoreforzamiento, tanto por la tendencia de ir allá donde hay conocidos como por el nacimiento de las nuevas generaciones que se quedan. La distribución territorial de la población inmigrante es muy desigual, concentrándose en barrios concretos en porcentajes muy superiores a la media catalana [...]"

28. Los preceptos que aluden específicamente al fenómeno de la inmigración se plantean desde la perspectiva de la participación de los extranjeros en la vida municipal. Así se señala lo siguiente: "El Ayuntamiento de Barcelona debe interesar a los órganos competentes para que legislen y celebren trata-

cial, resulta de gran interés la información recogida por las fuentes policiales sobre actuaciones en la zona. En este punto, destacan los siguientes puntos: a) el proceso de deterioro del barrio y sus consecuencias actuales: abaratamiento de la vivienda, falta de rehabilitación, aparición del “chabolismo vertical”, casas en ruinas que están ocupadas, edificios abandonados cuyos accesos cerrados se reabren, hacinamiento, falta de higiene, especulación inmobiliaria, etc.; b) una concentración de actividades ilícitas, especialmente compraventa de objetos robados y tráfico de drogas ilegales a pequeña escala; c) el “abandono policial”, y d) el deficiente control en materia de extranjería como lo constata el abundante número de personas en situación irregular. Entre las recomendaciones de carácter general que formula el Ararteko están las de: a) considerar la zona e intervenir en ella desde las instituciones, con carácter prioritario, y b) crear o promover espacios de encuentro que faciliten la participación y la integración social.

El Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana se ocupa en el año 1999 de la problemática suscitada por el derribo de casas ocupadas por extranjeros en el barrio Parc Ansaldo del municipio de Sant Joan d'Alacant. El problema que se suscitaba era la necesidad de garantizar el realojamiento de las familias inmigrantes, ya que la entidad local no disponía de medios necesarios. Ante esta situación de riesgo que podía abocar a los inmigrantes a la marginación social, se llegó a la concurrencia de medios, soluciones, influencias y ayudas de la Generalidad Valenciana y de diversas organizaciones sociales.

El problema no sólo se plantea en la concentración de la inmigración en determinados núcleos o zonas, sino también en la dificultad de acceso a la misma vivienda. En esta línea, el Ararteko en su Informe al Parlamento Vasco de 2001 recuerda que si de por sí constituye un problema para toda la población con escasos recursos económicos el acceso a una vivienda, ello se agrava aún más en el caso del colectivo de inmigrantes debido a la reticencia de los propietarios a alquilar sus viviendas a estas personas (la queja era planteada por un numeroso grupo de inmigrantes magrebíes residentes en Vitoria-Gasteiz). Entre las soluciones propuestas por el Ararteko se encontraban las siguientes: a) creación de un servicio de intermediación en el alquiler de viviendas (donde además del encuentro entre oferta y demanda pudieran ofrecerse garantías complementarias a los propietarios tanto en el cobro del alquiler

como en la correcta utilización del inmueble); b) establecimiento de ayudas destinadas a la rehabilitación de las propias viviendas; c) otorgamiento de incentivos fiscales; d) incremento del número de inmuebles destinados a emergencias sociales, y e) potenciación de los arrendamientos en núcleos rurales, adoptando, en este caso, medidas complementarias en la red de transporte público.

El problema para aplicar algunas de estas medidas está en la propia normativa. Así, la legislación estatal limita el derecho a acceder al sistema de ayudas para la vivienda en las mismas condiciones que los españoles a los extranjeros residentes. Por tanto, quedan excluidos los extranjeros que estén en otra situación diferente, como la estancia, y sobre todo a los extranjeros que se encuentran en situación irregular. No obstante, en algunas comunidades autónomas, como es el caso de Cataluña, se han dictado normas que amplían este derecho a los extranjeros inscritos en el padrón municipal.²⁹

La Defensora del Pueblo o Ararteko de Navarra en su Informe al Parlamento de 2001, *“La inmigración en la Ribera de Navarra”*, alude también a la problemática de la vivienda para los inmigrantes. Para ello, como opinión generalizada se considera preciso ampliar y fomentar la oferta de vivienda en alquiler de protección oficial del régimen especial con acceso a la propiedad abriendo la participación a ayuntamientos y mancomunidades; crear viviendas de emergencia social; la intervención de la Administración en la bolsa de viviendas acogidas a los beneficios de la protección oficial sin habitar; la intervención conjunta de Gobierno y ayuntamientos para generar suelo público y la revisión del decreto foral sobre acceso a la vivienda de protección oficial en cuanto a los baremos exigibles, a fin de hacer una normativa más realista y viviendas más asequibles a las posibilidades del colectivo, y, finalmente, favorecer el acceso a una mayor oferta de vivienda privada en alquiler, propiciando a la vez su aparición a través de incentivos económicos y fiscales al alquiler.

Relativo al tema de la vivienda, existen diversos informes especiales realizados por el Defensor del Pueblo andaluz al Parlamento de Andalucía del año 2001. El primero, que se titula *“El alojamiento y la vivienda de los trabajadores inmigrantes en el Poniente Almeriense y Campo de Níjar”*, trae causa de los graves acontecimientos que sucedieron en febrero de 2000 en distintos lugares de la comarca y concretamente en el municipio de El Ejido. El segundo, titulado *“El alojamiento y la vivienda de los tra-*

dos internacionales que promuevan los instrumentos adecuados a fin de que todas las personas empadronadas en el municipio puedan gozar de estos derechos. Los extranjeros empadronados pueden participar en referendums y otros procedimientos consultivos que promueva el Ayuntamiento.”

29. Vid. el Decreto catalán 188/2001, de 26 de junio, de los extranjeros y de su integración social en Cataluña, que en su artículo 8.2 dispone lo siguiente:

“No obstante, también podrán ser beneficiarios de las ayudas en materia de vivienda otorgadas, en el ámbito de las competencias en materia de asistencia y bienestar social, y destinadas a atender situaciones de emergencia social, con cargo exclusivamente a sus presupuestos, a los extranjeros inscritos en el padrón de cualquier municipio de Cataluña donde residan habitualmente, cuando así lo especifiquen las bases reguladoras de las ayudas.”

bajadores inmigrantes en la provincia de Huelva”, responde al fenómeno de la extraordinaria dimensión que cobra la presencia de 11.000 trabajadores inmigrantes temporeros durante la temporada de la fresa del año 2001. En estos informes se contacta con organizaciones y administraciones públicas con competencias en la materia, entre ellos los ayuntamientos, realizando encuestas y entrevistas para conocer las condiciones de alojamiento y vivienda en que se encuentran estos inmigrantes.

En estos informes se refleja que si bien los ayuntamientos muestran su preocupación por este problema de la vivienda, ello no se ve reflejado en sus presupuestos salvo alguna excepción. Se constata, de esta forma, que la adopción de medidas decididas a resolver este problema es prácticamente inexistente, como es la construcción de viviendas y alojamientos, o promoción de suelo para facilitar un techo digno a los inmigrantes. Ello no quiere decir que este tema no preocupe a los responsables municipales, según constata el Ararteko. Así, en algunos se han creado oficinas de información al inmigrante y centros de día o, con sus partidas de servicios sociales, han intentado paliar, de alguna manera, problemas puntuales de los inmigrantes. En su mayoría los ayuntamientos consideran que el problema corresponde resolverlo a las administraciones territoriales superiores: la Junta de Andalucía, la Administración del Estado y la Unión Europea. Con todo, la ausencia de políticas públicas coadyuva a que exista un rechazo por parte de la sociedad ante la llegada de inmigrantes extranjeros por motivos económicos.

A todo ello, debe añadirse el carácter itinerante que tienen los inmigrantes que trabajan como temporeros en las diversas campañas de recogida de fruta, ya sea de la fresa en la provincia de Huelva, del espárrago en Navarra o de la manzana en Lleida.³⁰ Esto plantea la necesidad no sólo de crear redes de albergues o alojamiento para estas personas, sino de crear los servicios de información adecuados para prever estos flujos internos de inmigrantes tanto entre administraciones, especialmente a nivel autonómico y local, como éstas con los diversos interlocutores sociales, especialmente con sindicatos y ONG.³¹

30. Según noticia de *El País* de 8 de julio de 2002: “Más de 3.000 inmigrantes vagan sin trabajo en Lleida por la disminución de la cosecha de fruta.” Así se señala lo siguiente: “La situación en la zona es muy tensa, casi explosiva, según los alcaldes de la comarca, que aseguraron que en los próximos días llegarán nuevas oleadas de trabajadores desde Huelva y Almería —donde se han acabado las faenas agrícolas— y que en cualquier momento puede estallar un conflicto social de consecuencias imprevisibles. Los alcaldes, los organismos humanitarios y los sindicatos están preocupados porque no saben como atajar el problema. Un dato ilustrativo: En Alcarràs, localidad de unos 4.900 habitantes, la población se ha incrementado en un 25%.” De acuerdo con una noticia aparecida en la prensa local de Lleida, *La Mañana* de 23 de julio de 2002: “El Ejército ha tenido una rápida respuesta a la petición de ayuda efectuada de urgencia por el alcalde de Alcarràs, en la que

D) Servicios sociales: tensión entre una prestación eficaz y una atracción no deseada de inmigrantes

El artículo 25.2.k) de la LBRL señala que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en la materia: “Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.” Además, de acuerdo con el artículo 26.1.c) de la LBRL, los municipios con población superior a 20.000 «habitantes-equivalentes» deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: “[...] prestación de servicios sociales [...].”

Cabe advertir, que los artículos 145 a 147 del RELODYLE prevén la creación de una red pública de centros de migraciones así como regula algunos aspectos del régimen jurídico y los requisitos y el procedimiento de ingreso en estos establecimientos. Esta red pública se adscribe al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a quien corresponderá las siguientes funciones: a) acordar el establecimiento de nuevos centros, su ampliación o clausura; b) aprobar los estatutos y normas de funcionamiento interno, y c) determinar las prestaciones y el régimen jurídico. La justificación de esta red pública se fundamenta “en los fines de integración social que tiene encomendados” el Ministerio.

La Administración del Estado ha empezado a suscribir algunos convenios de colaboración con las administraciones autonómicas a fin de llevar a la práctica esta red pública. Cabe tener en cuenta, no obstante, tal y como ha señalado el Síndic de Greuges de Catalunya en su *Informe al Parlament* de 2002, que “no hemos de pensar que la puesta en marcha y el despliegue efectivo de esta red modifica la norma atributiva de competencias que, en materia de servicios sociales, corresponde a los ayuntamientos.”

Asimismo, se plantea en qué medida son suficientes los recursos organizativos y materiales adecuados para llevar a cabo las políticas públicas adecuadas para conseguir una efectiva integración de los inmigrantes en la sociedad española. La asignación de fondos debe ir pareja al establecimiento de un cierto tipo de obligaciones mínimas, en atención al número de extranjeros que residen efectivamente en el término municipal. Obli-

solicitaba la cesión de material de campaña para atender a los más de 200 inmigrantes que viven y duermen a la intemperie [...]. Por otra parte, la Oficina Única d'Atenció Social de la ciudad de Lleida se está viendo desbordada por el aumento de temporeros que se aproximan a las instalaciones en busca de alimentos y una ducha. Este centro, tutelado por La Paeria, atiende una media de 65 personas diarias, aunque se prevé que las previsiones se podrían desbordar en estos días de julio.”

31. Vid. TOBELLÀ, C., “Procés d'adaptació: de l'immigrant i de l'autòcton. L'immigrant temporer a la provincia de Lleida”, en *Quaderns de Serveis Socials* 17, Barcelona: Diputació de Barcelona, 2000, p. 58-61. En este trabajo se señala la necesidad de consensuar un plan entre todas las instituciones implicadas (Generalidad, Diputación, sindicatos, ayuntamientos, agricultores y empresarios que reuniera los siguientes puntos: a) ayudas institucionales

gaciones cuyo cumplimiento no puede quedar al mero albur de las entidades locales con el mero expediente de rechazar la asignación de fondos. En determinadas ocasiones, las administraciones locales se muestran reacias a ejercer sus competencias ante el temor de convertirse en un foco de atracción de inmigrantes que despierte a su vez la animadversión de la población autóctona.³² Cabe también señalar que determinados servicios, que si bien existe una coincidencia generalizada en su prestación, rebasan en determinadas ocasiones las posibilidades de los municipios, por lo que se plantea la necesidad de determinar quién debe hacerse cargo de los mismos. Este tema se ha planteado respecto a los mediadores interculturales, que pueden actuar como interlocutores entre las diversas partes implicadas, que probablemente requiera de fórmulas de colaboración entre administraciones públicas de diverso nivel.³³

Cabe también ser conscientes de los costes que genera para los servicios sociales el mantener la irregularidad de un inmigrante que no puede ser expulsado o retornado a su país de origen. Se puede plantear la paradoja que un inmigrante que esté perfectamente capacitado para acceder al mercado laboral no pueda hacerlo por su situación de irregularidad y que, en cambio, esté generando unos costes a los servicios municipales, que podrían invertirse en otro tipo de prestaciones. En este punto, sería conveniente utilizar aquellas fórmulas que permitieran regularizar a estos inmigrantes por motivos humanitarios o de interés público.

para construir nuevos albergues y mejorar las condiciones de habitabilidad; b) ayudas institucionales a los empresarios para construir y/o habilitar viviendas para trabajadores temporeros; c) contratación de profesionales de trabajo social en los albergues y en las oficinas municipales de la campaña; d) partida económica suficiente para atender las peticiones de emergencia, ayudas sociales básicas, medicamentos, etc.; e) crear un sistema de contratación más organizado que cubriera los días en que el trabajador está sin trabajo, entre un contrato y el siguiente; f) dar más información sobre ofertas de trabajo en otras comarcas; g) planificar el número de trabajadores que serán necesarios para la campaña a partir de las demandas de los empresarios; h) impartir clases de idiomas para los trabajadores extranjeros, y i) realizar anualmente campañas de sensibilización para la población autóctona.

32. Vid. MALUQUER MARGALEF, E., "Municipios e inmigración", en *II Informe sobre inmigración y trabajo social*, Barcelona: Diputació de Barcelona, 1997, p. 282: "La propia inhibición de los servicios sociales —que se supone no deben estar esperando que les lleguen peticiones a la oficina— también se explicaba abiertamente por el temor a convertirse en un centro de atracción de los inmigrantes y despertar de esta forma la animadversión de la población autóctona usuaria real o potencial de los servicios sociales."

33. Sobre esta figura la Defensora del Pueblo (Ararteko) de Navarra ha señalado en su Informe al Parlamento de 2001, *La Inmigración en la Ribera de Navarra*, respecto a la figura del mediador intercultural lo siguiente: "Menos consenso existe sobre la dependencia funcional de esa figura. Y en este sentido es importante recordar, de un lado, el papel que están inevitablemente obligados a desempeñar los Ayuntamientos frente al fenómeno migratorio, a todas luces más activo que el que desarrollan actualmente. Pero, también, claramente necesitado de medios que han de surgir de los acuerdos entre administraciones para hacer frente a una realidad que sobrepasa, con mucho, los problemas ya crónicos en toda España del sistema de financiación de los servicios municipales."

E) El padrón como instrumento para conocer la población inmigrante

Por otra parte, otra dificultad que tiene la Administración local es la de conocer a los extranjeros que residen efectivamente en el término municipal. Cabe advertir que, pese a las ventajas que puede suponer el empadronamiento para los extranjeros y las facilidades que para lograr su inscripción llevan a cabo las entidades locales, todavía continúa habiendo un importante número de extranjeros que se resisten a acudir a las oficinas municipales.³⁴ La importancia de los datos del padrón para definir políticas y estrategias municipales queda en cierta medida mediatizada por esta resistencia a figurar en el padrón municipal. En este sentido cobra gran importancia la realización de campañas dirigidas a la población inmigrante destinadas a informar de las ventajas que comporta la inscripción en el padrón municipal. Entre las campañas de empadronamiento realizadas podemos citar, por ejemplo: a) la del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales bajo el expresivo título "De Inmigrante a Ciudadano: Empadrónate (1998-1999)"³⁵ b) las financiadas directamente por algunas comunidades autónomas (como la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, "Soy de aquí") o bien a través de diferentes convenios de colaboración entre Administración estatal y autonómica, en los que se suele prever la realización de campañas de difusión y mentalización, sobre la necesidad de empadronamiento en colaboración con ONG y ayuntamien-

34. Este hecho es puesto de relieve por ROIG, M., "L'empadronament dels estrangers" en *Migrainfo.Crid. Butlletí de Migració i Ciutadania*, núm. 1, enero-febrero 2002. Según esta autora: "A pesar de la voluntad municipal de empadronar de una manera normalizada a los residentes extranjeros, todavía se intuye un cierto subregistro de habitantes; es decir, una cantidad difícilmente estimable de población del municipio no se empadrona y en consecuencia permanece desconocida a efectos estadísticos y no goza tampoco de los derechos de ciudadanía, como es recibir servicios públicos municipales."

35. Esta campaña se basaba en los siguientes puntos: "El padrón. El registro de todos. El padrón municipal es el registro administrativo donde figuran todos los residentes de un municipio. Cualquier persona, al inscribirse en el padrón municipal, adquiere la condición de vecino con los derechos y deberes cívicos que ello supone. Es importante saber que los datos que confies al padrón, tiene siempre un carácter confidencial. Para conocer mejor tus necesidades. Gracias al padrón, los ayuntamientos pueden conocer a todos los vecinos que habitan en el municipio, conocer sus problemas, cómo viven... Y en consecuencia, planificar acciones y programas dirigidos a cubrir sus necesidades. Es tu derecho. Es tu deber. Todas las personas que vivimos en España tenemos el derecho y el deber de estar empadronados. Las ventajas de estar en el padrón. Estar inscrito en el padrón municipal, significa entrar a formar parte de la comunidad a la que pertenecemos. Y con todas las ventajas de las que puedes beneficiarte. Cómo son los programas que cada municipio desarrolla para mejorar las condiciones de sus vecinos. Y en áreas de suma importancia como la vivienda, la educación, los temas laborales, la salud, el deporte y todo lo relacionado con la cultura y el ocio. Y también, en las actuaciones que los servicios sociales de cada municipio llevan a cabo para informar, orientar y atender las necesidades específicas de los más desfavorecidos, facilitando su integración social. Ven a informarte. Acércate cuanto antes a tu Ayuntamiento o Junta Municipal. Allí, te ofrecerán toda la información necesaria para que puedas inscribirte en el padrón."

tos, reforzando la coordinación interadministrativa,³⁶ y c) o bien la que se realizan por las propias entidades locales, a través de planes o programas de inmigración.³⁷

Por lo que respecta al tema del empadronamiento, destaca ya en el año 1993 una recomendación general del Ararteko sobre “El acceso de los extranjeros a los padrones municipales”. El objetivo que se persigue es establecer unos criterios coherentes que de acuerdo con el ordenamiento jurídico regulen con objetividad el acceso al padrón y posibiliten unas actuaciones uniformes por parte de las administraciones municipales. El informe concluye “que la inscripción en un padrón municipal y su correspondiente acceso a la vecindad administrativa será posible en todos aquellos supuestos en los que, a la voluntad manifiesta del interesado de residir en dicho municipio, se sume el respaldo expreso o tácito de la Administración”. A tal efecto, se relaciona una serie de documentación en la que el Ararteko considera que debe reconocerse el derecho y el deber de empadronarse por parte de un extranjero.

En el año 1997 vuelve a realizarse por el mismo Ararteko otra recomendación sobre “El acceso de los extranjeros a los padrones municipales”, en la que se tiene en cuenta las modificaciones normativas producidas en la legislación de régimen local. Esta recomendación establece como conclusión que “en el actual régimen normativo en materia de régimen local, los extranjeros que residen habitualmente en un municipio tienen el derecho de figurar inscritos en el padrón municipal como vecinos del mismo, con independencia de cuál sea su situación jurídico-administrativa de acuerdo a la normativa española de extranjería. En este sentido, el Ararteko considera conveniente recordar, a los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la obligación legal de empadronar a todos los extranjeros residentes habitualmente en sus municipios. Y a aplicar, en consecuencia, los mismos criterios para el alta padronal a españoles y extranjeros, de conformidad con lo explicitado en la Ley de bases de régimen local y en las disposiciones normativas de desarrollo”.

En el *Informe al Parlament* del Síndic de Greuges de Catalunya se recuerda la necesidad de una política activa por parte de los ayuntamientos dirigida a reflejar en el padrón el domicilio de las personas que viven en su

municipio como prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en éste. Se señala que de la misma manera que el padrón no es el medio a través del cual se controla la legalidad o ilegalidad de la ocupación de la vivienda, ya que la Administración local no tiene ninguna competencia para juzgar cuestiones de propiedad o de naturaleza jurídico privada, tampoco puede realizar, mediante el padrón, ningún control sobre la legalidad o ilegalidad de la residencia en el territorio español de ninguno de sus vecinos.

En 1999 el Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana interviene a raíz de la queja formulada por una fundación en la que se exponía que el Ayuntamiento de Sant Joan d'Alacant estaba denegando sistemáticamente el derecho al empadronamiento en la población inmigrante del denominado barrio Parc Ansaldo. Pese a las reiteradas recomendaciones que formula el Síndic de Greuges, la entidad local se limita a realizar respuestas genéricas y meramente retóricas; por todo ello en el informe se acaba concluyendo que “consideramos hostil y entorpecedora la actitud del Ayuntamiento de Sant Joan”.

La problemática específica que plantea el padrón será estudiada en la segunda parte de este estudio que aparecerá en el próximo número de esta revista. Se dedicará especial atención a las funciones que cumple con relación a la población extranjera inmigrante (como ejercicio de las facultades de elección de domicilio y lugar de residencia, como mecanismo de determinación de la población municipal y como mecanismo para el ejercicio de los derechos de los extranjeros); así como del régimen jurídico del padrón municipal y su repercusión en la población extranjera inmigrante (los datos de la población municipal y los requisitos para acceder al padrón, el deber de confidencialidad de los datos inscritos en el padrón y el deber de colaboración interadministrativa, y los datos del padrón como acreditación de la permanencia en territorio español: su incidencia en los mecanismos de regularización).

F) La participación y colaboración de las asociaciones en la gestión de la inmigración

Otra cuestión que se suscita es cómo puede la Administración municipal canalizar el esfuerzo surgido

36. En el convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Comunidad Autónoma de Castilla y León, para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de atención a inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados (Resolución de 23 marzo de 2001) se prevé que la campaña de empadronamiento y actividades de divulgación y sensibilización tendrá un presupuesto total de 1.953.906 PTA (1.476.958 a cargo del Estado y 476.948 a cargo de la Comunidad Autónoma). También, en el convenio de colaboración con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Comunidad Autónoma de Extremadura, para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de atención a inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados (Resolución de 25 febrero de 2000 (DOE 31, de 16 de

marzo de 2000)), se prevé que la campaña de empadronamiento tendrá un presupuesto total de 1.000.000 PTA (500.000 a cargo del Estado y 500.000 a cargo de la comunidad autónoma). Por su parte, el Protocolo adicional de 8 de febrero de 2000 al convenio de colaboración, de la Región de Murcia con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de atención a inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados (BORM 47, de 26 de febrero de 2000) establece que la campaña de empadronamiento será financiada íntegramente por el Estado con un presupuesto de 300.000 PTA.

37. Así, en Cataluña la comarca de La Selva dispone del plan comarcal de inmigración que, entre otras acciones, se prevé la promoción del empadro-

desde la propia sociedad civil para afrontar el reto de la integración de los inmigrantes. Por tanto, una de las cuestiones de relieve que se plantean en este ámbito es la relación existente entre las administraciones y las entidades que forman parte del denominado tercer sector (ONG, asociaciones de inmigrantes, fundaciones, etc.). En este punto, cabe poner de relieve cómo la gestión de algunos servicios de atención y de orientación de los inmigrantes es llevada a cabo por tales entidades a través de la formalización de convenios de colaboración. Tal situación comporta hasta dónde llegan las responsabilidades de las administraciones públicas y dónde empiezan las de las entidades que colaboran en la gestión de tales servicios.³⁸ Cabe señalar que, en algunas ocasiones, la intervención se justifica en una mera medida de fomento como es la cesión de un local y la asignación de una cantidad para sufragar los gastos más inmediatos que generan determinados tipos de actividades. Por tanto, podemos encontrarnos casos donde existen situaciones meramente fácticas sin que exista de forma clara una delimitación de las correspondientes responsabilidades que competen a cada una de las partes.

G) Las actuaciones policiales en relación con los inmigrantes

Otro tema de interés que afecta de pleno a los derechos y las libertades de los extranjeros es la actuación de las policías locales. Ya nos hemos referido, anteriormente, al Informe del Ararteko, sobre las actuaciones policiales en el barrio de San Francisco en Bilbao. En estos informes se constatan los abusos que, en determinadas oca-

siones, reciben algunos inmigrantes por su condición por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

La legislación sobre régimen local atribuye competencias a los municipios en materia de “seguridad en lugares públicos” y de “ordenación del tráfico de personas y vehículos en las vías urbanas” (artículos 25.2.a) y b) de la LBRL), que ejercerá en todo caso, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas. Dichas competencias serán ejercidas por las policías locales en aquellos municipios en los que se hayan creado o que estén obligados a tenerlas.³⁹ Se plantea, por tanto, en qué medida las policías locales pueden solicitar a los extranjeros inmigrantes que se identifiquen y cuáles son los límites que al respecto marca el ordenamiento jurídico. Para ello, debe acudir-se a lo dispuesto en la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana (LOPSC), que en su artículo 20 habilita a este tipo de requerimientos cuando “fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente ley”.⁴⁰ Respecto a esta habilitación se ha señalado que no existe un deber genérico de los extranjeros a identificarse, sino solamente en aquellos casos en los que se den los presupuestos previstos en la LOPSC.

Sobre este tema debemos referirnos a la polémica STC 13/2001, de 29 de enero de 2001. Se trata de un recurso de amparo con relación a una reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por la actuación policial desarrollada el 6 de diciembre de 1992 en la estación de ferrocarril de Valladolid.⁴¹ Los recurrentes basa-

namiento. Vid. el diario *La Vanguardia* de 31 de octubre de 2001. Vid. también el *Pla intermunicipal d'integració dels immigrants estrangers del Baix Llobregat Nord*, Barcelona: Diputació de Barcelona, Àrea de Benestar Social, 2000, p. 195.

38. En el Informe de la Defensora del Pueblo (Ararteko) de Navarra 2001, *La inmigración en la Ribera de Navarra*, se advierte en la p. 36: “Las organizaciones de iniciativa social han puesto de manifiesto la descoordinación interna de los Ayuntamientos de la zona y la falta de orientaciones generales a los Municipios por parte de las Administraciones estatal y foral, que, en su opinión, no han asumido la responsabilidad de los problemas existentes, todos ellos derivados de la actual normativa de extranjería, que no atiende el problema social inherente a la inmigración y traslada a las organizaciones sociales los trabajos de atención inicial y la de los inmigrantes ya establecidos. La pregunta ‘¿quién se responsabiliza de los problemas?’ de los representantes de dichas organizaciones se continúa con una reflexión que incide directamente en ese núcleo de problema social que se genera a partir de la discriminación a los inmigrantes actuales, a la vez que, desde la Administración del Estado se selecciona a los futuros inmigrantes en función de convenios bilaterales sólo con determinados países. Esta dicotomía se está traduciendo en una mayor inseguridad jurídica de los inmigrantes. El papel a desempeñar por los Ayuntamientos es valorado muy positivamente, aunque reclamado de forma insistente, dado el recelo de los gobiernos municipales de cara a sus vecinos a tomar iniciativas a favor de los inmigrantes. A ello cabe añadir que los propios Ayuntamientos no han coordinado hasta ahora sus problemáticas sociales en materia de inmigración, produciéndose sólo alguna iniciativa individual, a pesar de la crítica generalizada que se realiza a la falta de medios y de coordinación con las restantes administraciones.”

39. Así, el artículo 53 de la Ley orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado señala que las policías locales deberán ejercer las siguientes fun-

ciones: a) proteger a las autoridades de las corporaciones locales, y vigilancia o custodia de sus edificios e instalaciones; b) ordenar, señalar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con lo establecido en las normas de circulación; c) instruir atestados por accidentes de circulación dentro del casco urbano; d) Policía Administrativa, en lo relativo a las ordenanzas, bandos y demás disposiciones municipales dentro del ámbito de su competencia; e) participar en las funciones de Policía Judicial, en la forma establecida en el artículo 29.2 de esta ley; f) La prestación de auxilio, en los casos de accidente, catástrofe o calamidad pública, participando, en la forma prevista en las leyes, en la ejecución de los planes de Protección Civil; g) efectuar diligencias de prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos en el marco de colaboración establecido en las juntas de seguridad; h) vigilar los espacios públicos y colaborar con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y con la policía de las comunidades autónomas en la protección de las manifestaciones y el mantenimiento del orden en grandes concentraciones humanas, cuando sean requeridos para ello, y i) cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello.

40. Según el artículo 20 de la LOPSC: “Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomienda se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas n la presente ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”

41. Sobre esta sentencia puede consultarse: SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., “Identificación documental de nacionales y extranjeros: (Comentario a la STC 13/2001, de 29 enero)” en *Revista española de Derecho constitucional* 64, año 22, enero-abril 2002.

ban su reclamación en que el requerimiento de identificación formulado por un funcionario de la Policía Nacional, en la estación de ferrocarril de Valladolid, se realizó exclusivamente sobre la Sra. Williams Lecraft por ser de raza negra, lo que implicaba un comportamiento racista que había producido lesiones morales y psicológicas a la requerida y a sus familiares fruto de la humillación sufrida, de la indignación que genera saber que la raza ha sido considerada criterio determinante para la actuación policial y, finalmente, de la inquietud de ser requerida por la policía para ser identificada, porque de ello parece lógico entender que el solo hecho de una diferencia racial es considerado base para la sospecha de que se infringe el ordenamiento jurídico.

Para la mayoría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, “habrá de observarse si existe algún dato de entre los tenidos por probados que permita afirmar que las características raciales de la Sra. Williams Lecraft fueron tomadas en consideración para pedirle la documentación por algún otro motivo que el de su genérico carácter indiciario de una mayor probabilidad de que la interesada fuese extranjera. A tales efectos conviene recordar que, aun advirtiendo de la prudencia con la que deben usarse las referencias de carácter étnico para evitar malentendidos, su utilización con carácter descriptivo, en sí misma considerada, no resulta por principio discriminatoria (STC 126/1986, FJ 1)”. En cambio, según el voto particular, formulado por el magistrado J. González Campos, se imponía el contraste de tales medidas con la cláusula general del artículo 10.1 CE y, en particular, con la referencia a “la dignidad de la persona” como valor superior de todo nuestro ordenamiento jurídico. Un dato que, por sí solo, debe excluir la introducción de la raza como criterio de selección en el control de extranjeros, en atención a sus previsibles efectos negativos para la dignidad de las personas. Pues basta reparar, en relación con los extranjeros del primer grupo, que si pueden quedar sujetos a la posibilidad de reiterados controles por razón de la raza, con tales medidas no sólo se está afectando negativamente a un elemento de la identidad de las personas que su dignidad como tales exige que sea respetado, sino que se está frustrando el objetivo de integración de los extranjeros en la sociedad española. Y respecto a los segundos, puede conducir a una consecuencia no menos grave: que se produzca una discriminación entre nacionales por razón de la raza, también atentatoria a su dignidad personal, como a mi entender ha sucedido en el presente caso.

Ahora bien, no sólo las actuaciones policiales son objeto de atención por los *ombudsmen* sino también la

situación contraria que también debe considerarse como grave: la pasividad de las autoridades en desplegar eficazmente a las fuerzas y cuerpos de seguridad ante ataques racistas y xenófobos dirigidos hacia los colectivos de inmigrantes. Un ejemplo ampliamente conocido es el de los sucesos ocurridos en la Comunidad Autónoma Andaluza en la comarca del Poniente Almeriense y más concretamente en el municipio de El Ejido. Según detalló el delegado del Gobierno en Andalucía, “los desmanes de la población y de los inmigrantes ya organizados, que han tenido un gran reflejo en los medios de comunicación social, se han centrado en incendios en viviendas, cortijos más o menos derruidos, invernaderos, locales de negocios de inmigrantes magrebíes, oficinas de organizaciones no gubernamentales, destrozos de vehículos, etc., que se pueden circunscribir a la noche del sábado día 5 de febrero y durante la mañana y tarde del domingo día 6 [...]” de 2000.

También, el Síndic de Greuges de la Generalitat Valenciana se hace eco en 1997 de una queja de oficio, con la finalidad de investigar el alcance de una noticia aparecida en un medio de comunicación. En dicha noticia se advertía que por la Policía Local de un determinado ayuntamiento se podían estar realizando prácticas indiscriminadas de registros, fotografías y fichas a extranjeros que circulan por la localidad.⁴²

H) La problemática específica de ciertos colectivos de inmigrantes: en especial las mujeres maltratadas

Las intervenciones de los *ombudsmen* autonómicos también se refieren a la problemática de ciertos colectivos (menores inmigrantes, mujeres inmigrantes maltratadas...) en relación con servicios que prestan las entidades locales. En 1999 el Ararteko formula una recomendación general sobre la “Asistencia social a las mujeres inmigrantes maltratadas”. En el informe se analiza la asistencia que prestan a este colectivo específico las instituciones vascas con competencia en la materia como son el Ayuntamiento de Bilbao, la Diputación Foral de Bizkaia, el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián, la Diputación Foral de Gipuzkoa, el Ayuntamiento de Vitoria/Gasteiz y la Diputación Foral de Álava. La información obtenida constituye una radiografía de estos servicios sociales que se centra fundamentalmente en los siguientes puntos: a) requisitos exigidos para que estas mujeres sean acogidas en este servicio; b) tipo de apoyo que se presta a las inmigrantes que carecen de documentación regular, y c) si se ha detectado con anterioridad esta problemática expues-

42. Asimismo el diario *El Mundo* de 5 de enero de 2002 da la siguiente noticia: “El Ayuntamiento de Las Palmas ordena identificar indigentes ‘locales o de color’”. Noticia que se refiere a una circular interna de la Policía Local de esta

localidad donde se insta a sus agentes a identificar “durante horario nocturno” a los “indigentes, tanto locales como de color” que se encuentran en el parque capitalino de Santa Catalina, que es una zona de concentración de inmigrantes.

ta y, en su caso, qué medidas o perspectivas se han adoptado para atajarla. De los requisitos que se exigen a las mujeres inmigrantes para acceder a este servicio, el empadronamiento tiene un peso decisivo. Una de las importantes conclusiones a que llega el Ararteko en su informe sobre la asistencia social a las mujeres maltratadas es que “el requisito del empadronamiento previo a la utilización de las casas refugio constituye un modo de distribuir la responsabilidad entre las distintas administraciones territoriales y no una condición del surgimiento del derecho a su utilización”. En esta línea se señala respecto a tales requisitos que deben ponderarse con la prevalencia del derecho a la vida y a la integridad física y moral, de tal forma que su exigencia no suponga de hecho la negación de la asistencia social.

II. Las situaciones jurídicas de los extranjeros: una propuesta de sistematización

El objeto de este trabajo es la realización de un balance sobre la aplicación del marco jurídico vigente en materia de inmigración en el ámbito de las administraciones locales. Dicho balance se pretende realizar a través de un estudio de las diversas situaciones jurídicas que se encuentran las administraciones locales para, a partir del mismo y no al revés, intentar establecer unas categorías generales de acuerdo con las previsiones que al efecto prevé nuestro ordenamiento. Ello no debe hacerse exclusivamente partiendo de las categorías previamente definidas por la legislación aplicable, sino sobre todo a partir de los casos concretos que se encuentran diariamente las administraciones locales, para a partir de los mismos inducir unas categorías generales que permitan una sistematización más adecuada y realista respecto a las necesidades locales. La definición de las estrategias que pueden llevar a cabo las entidades locales debe partir tanto del conocimiento del marco jurídico vigente como de las posibilidades reales de su aplicación con relación a sus destinatarios.

La preocupación por delimitar un “estatuto jurídico de extranjería”, en el que se recojan el conjunto de derechos y de obligaciones que se reconocen a una persona, ha llevado a algunos autores a proponer diversas clasificacio-

nes de sus diversas situaciones jurídicas.⁴³ La utilidad de este tipo de clasificaciones resulta evidente en cuanto permite conocer el régimen jurídico que le es aplicable a estas categorías. Ello resulta más relevante en el caso de las administraciones locales, en cuanto permite conocer cuál es la realidad de las personas inmigrantes que se dirigen a éstas, así como para poder definir las políticas públicas en aquellas materias en las que se les haya atribuido la correspondiente competencia. Con todo, cabe advertir que estas clasificaciones no forman compartimentos plenamente estancos, sino que están estrechamente interrelacionadas unas y otras. Además, debe advertirse el carácter relativo que tienen estas clasificaciones, en cuanto a la complejidad del propio fenómeno de la inmigración obligará constantemente a replantearlas, si bien constituirán un importante referente a tener en cuenta.

Los criterios fundamentales que seguir para realizar una propuesta de sistematización de las situaciones jurídicas de los extranjeros son los siguientes: a) el de la nacionalidad o procedencia; b) el de la regularidad respecto a la legislación de extranjería; c) el de la condición personal y familiar, y d) el tipo de actividad y la situación laboral.

A) Criterio de la nacionalidad o procedencia

Según la nacionalidad de los inmigrantes encontramos una diversidad de situaciones y regímenes jurídicos. La libre circulación de trabajadores entre los estados miembros de la Unión Europea ha supuesto, cada vez más, una mayor equiparación entre las personas de nacionalidad española y las de los demás estados miembros. Ello es así hasta el punto que la noción de extranjería se diluye “intracomunitariamente”, mientras que se refuerza “extracomunitariamente”.⁴⁴

A la distinción entre “ciudadanos comunitarios” y “ciudadanos extracomunitarios”, cabe señalar que se ha añadido una tercera categoría formada por los ciudadanos de países que tienen una relación privilegiada con la Unión Europea. Por ello, la expresión de ciudadano de un Estado miembro viene a ser sustituida por la de ciudadano “beneficiario del derecho comunitario”, que resulta más amplia y más acorde con la realidad.⁴⁵

43. Vid. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Los estatutos de los extranjeros en España” en *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, Colección Escuela Diplomática, núm. 3, Madrid, 1998, p. 13-17. Desde la perspectiva de la Unión Europea Vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba: Ed. Universidad de Córdoba y Junta de Andalucía, 2001, en especial p. 52-54. Estas autoras toman en consideración los siguientes criterios: a) la legalidad de su situación a los que habría que añadir los extranjeros inscritos como “no admisibles” según el Sistema de Información de Schengen; b) la procedencia; c) la actividad que desarrollen; d) la normativa que les es aplicable; e) la permanencia en la Unión Europea, y f) la situación familiar.

44. Vid. CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R., *Los ciudadanos siervos*. 2ª. ed. Madrid: Ed. Trotta, 1993, p. 130. Según este autor: “La noción jurídico-política de extranjería se diluye ‘intracomunitariamente’: las personas que tienen ciudadanía

en algún país miembro de la CEE pueden ejercer bastantes de sus ‘derechos’ en cualquier otro país miembro en el que coyunturalmente residan, hasta el punto de poder elegir y ser elegidos formalmente en comicios locales. Pero la extranjería se refuerza ‘extracomunitariamente’ mediante leyes que precarizan las condiciones de vida y de trabajo de los inmigrantes que precisan esas sociedades opulentas para las tareas cuya remuneración es desdeñada por los ciudadanos europeos. Esos trabajadores inmigrantes, con estatuto personal complejo –‘legal’, ‘semilegal’ o de tolerancia si tienen trabajo, o ‘ilegal’, sin trabajo– y en realidad con ulterior tratamiento discriminatorio en función de su raza y país ‘extracomunitario’ de procedencia, pueden ser objeto de la mayor explotación y opresión social sin tener acceso siquiera a los mecanismos jurídicos más elementales de protección social.”

45. Vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba: Ed. Universidad de Córdoba y Junta de Andalucía, 2001, p. 141.

Ante esta diversidad de regímenes jurídicos, algún autor ha señalado que “las diferencias europeas entre las personas empiezan a recordar a la antigua Roma: patricios, plebeyos, latinos, peregrinos, libertos...”⁴⁶ Tradicionalmente, la noción de ciudadano ha venido ligada estrechamente a la de la nacionalidad con el objetivo fundamental de excluir a los extranjeros. En la actualidad se va acuñando la noción de la “nueva ciudadanía”. De esta forma, algunos autores plantean la necesidad de desvincular la ciudadanía de la nación y de la nacionalidad,⁴⁷ por lo que obliga a redefinir a aquélla bajo nuevos parámetros más cercanos a la sociedad real, desde la perspectiva de la inclusión social y política de los extranjeros. No obstante, todavía queda mucho camino que avanzar en este tema.

El criterio de la nacionalidad permite también determinar si cabe o no exigir el visado al realizar el control de fronteras. El visado puede definirse como aquel acto administrativo de control, que se inserta en el pasaporte, título de viaje o bien se expide en documento aparte, por el que la Administración exterior del Estado (a través de la misión diplomática o oficina consular) comprueba la idoneidad de una persona para entrar en territorio español y que habilita a ésta para presentarse ante un puesto fronterizo y solicitar la entrada en el territorio de un Estado.

La Unión Europea ha establecido una política común de visados para estancias de corta duración a través de un reglamento donde se establece un listado de los países a cuyos ciudadanos se exige el visado⁴⁸ y a aquellos otros que no están sometidos a este requisito.⁴⁹ La regla general de exigencia de visado se contiene en el artículo 23.2 que dispone entre los requisitos para la entrada en

territorio español lo siguiente: “Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España será preciso, además, un visado. No será exigible el visado cuando el extranjero sea titular de una autorización de residencia en España o documento análogo que le permita la entrada en territorio español.” Basándose en esta legislación algunas sentencias han afirmado que la exigencia de visado constituye la regla general y su excepción será el no precisarlo.⁵⁰

Del conjunto del artículo 23 de la LO 4/2000 se derivan diversas excepciones a la exigencia de visado que podemos sistematizar de la siguiente forma: a) cuando establezcan lo contrario los convenios internacionales suscritos por España; b) cuando el extranjero sea titular de una autorización de residencia en España o documento análogo que le permita la entrada en territorio español; c) cuando el extranjero solicite acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, y d) cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España.

Los convenios prevén normalmente que los nacionales de los estados que son parte en el convenio no necesitarán visado para estancias de menos de tres meses en un período de seis o para tránsitos de menos de cinco días.⁵¹ No obstante, estas excepciones están siendo objeto de una progresiva comunitarización y armonización en tanto que se han establecido unas fronteras comunes de los estados de la Unión Europea derivadas de los Acuerdos de Schengen y del Tratado de Amsterdam. Recientemente, se ha planteado en el ámbito de la UE

46. Vid. CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R., *Los ciudadanos siervos...*, op. cit., p. 130.

47. Vid. JUÁREZ PÉREZ, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Madrid: UNED y Marcial Pons, 1998. En este trabajo se propone, entre otras cosas, que la reforma de la ciudadanía europea debería suponer la extensión del ámbito personal de la ciudadanía mediante la introducción de la conexión residencia en la Comunidad.

48. Los nacionales de los terceros países que figuran en la lista del anexo I Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001 deberán estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. Estos países son los siguientes: Afganistán; Albania; Angola; Antigua y Barbuda; Arabia Saudí; Argelia; Armenia; Azerbaiyán; Bahamas; Bahrein; Bangladesh; Barbados; Belarús; Belice; Benin; Bután; Bosnia y Herzegovina; Botsuana; Burkina Faso; Burundi; Cabo Verde; Camboya; Camerún; Chad; China; Colombia; Comoras; Congo; Congo (República Democrática del); Corea (República Popular Democrática del); Costa de Marfil; Cuba; Dominica; Egipto; Emiratos Árabes Unidos; Eritrea; Etiopía; Filipinas; Fiji; Gabón; Gambia; Georgia; Ghana; Granada; Guinea; Guinea-Bissau; Guinea Ecuatorial; Guyana; Haití; India; Indonesia; Irak; Irán; Jamaica; Jordania; Kazajistán; Kenia; Kirguistán; Kiribati; Kuwait; Laos (República Democrática Popular); Lesotho; Líbano; Liberia; Libia (Yamahiriyá Árabe); Macedonia (Ex República Yugoslava del); Madagascar; Malawi; Maldivas; Malí; Marianas del Norte (Islas); Marruecos; Marshall (Islas); Mauricio; Mauritania; Micronesia (Estados Federados del); Moldova (República del); Mongolia; Mozambique; Myanmar/Birmania; Namibia; Nauru; Nepal; Níger; Nigeria; Omán; Paquistán; Palau; Papua Nueva Guinea; Perú; Qatar; República Centroafricana; República Dominicana; Rusia (Federación del); Ruanda; San Cristóbal y Nieves; Salomón (Islas); Samoa; San Vicente y las Granadinas; Santa Lucía; Santo Tomé y Príncipe; Senegal; Seychelles; Sierra Leona; Siria (República Árabe); Somalia; Sri Lanka; Suazilandia; Sudáfrica; Sudán; Surinam; Tailandia; Tanzania (República Unida del); Tayikistán; Togo; Tonga; Trinidad y Tobago;

Túnez; Turkmenistán; Turquía; Tuvalu; Ucrania; Uganda; Uzbekistán; Vanuatu; Vietnam; Yemen; Yibuti; Yugoslavia (República Federativa de) (Serbia y Montenegro) Zambia; Zimbabue.

49. Según el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, los nacionales de los terceros países que figuran en la lista del anexo II estarán exentos de la obligación prevista en el apartado 1 siempre que la duración total de la estancia no supere los tres meses. Estos países son los siguientes: 1) Estados: Andorra; Argentina; Australia; Bolivia; Brasil; Brunei Darussalam; Bulgaria; Canadá; Chile; Chipre; Corea (República del); Costa Rica; Croacia; Ecuador; El Salvador; Eslovaquia; Eslovenia; Estados Unidos de América; Estonia; Guatemala; Honduras; Hungría; Israel; Japón; Letonia; Lituania; Malasia; Malta; México; Mónaco; Nicaragua; Nueva Zelanda; Panamá; Paraguay; Polonia República Checa; Rumania; San Marino; Santa Sede; Singapur; Suiza; Uruguay; Venezuela [En el caso de Rumania se estará a lo dispuesto en el artículo 8.2 del citado Reglamento (CE)] 2) Regiones Administrativas Especiales de la República Popular China: RAE de Hong Kong; RAE de Macao. Para éstos últimos la exención de la obligación de visado únicamente se aplica a los poseedores del pasaporte “Hong Kong Special Administrative Region” y del pasaporte “Região Administrativa Especial de Macau”.

50. Según la STSJ de Madrid de 26 de mayo de 1998 (RJCA 1998/1590): “El vigente sistema español de extranjería, establecido por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio, sobre derechos y deberes de los extranjeros en España, y, su Reglamento de ejecución de 1986 y en la actualidad de 1996 (RCL1996/630 y 1185), determinan que el visado constituye el requisito normal de acceso al territorio nacional. La necesidad de su obtención constituye la regla y su excepción será el no precisarlo.”

51. En determinados casos la excepción de visado se realiza para estancias inferiores a treinta días como es para el caso de los ciudadanos de Bahrain, Kuwait, Malasia, Omán, Qatar, Emiratos Árabes, Arabia Saudí, República del Yemen, Hong-Kong, Australia y Nueva Zelanda.

ampliar el número de países a cuyos ciudadanos se exigirá visado. En este sentido se plantea la posibilidad de extender la exigencia de visado a países como Ecuador, Argentina, Venezuela, Bolivia y Chile, en cuanto son países en crisis que se han convertido o corren el riesgo de convertirse en grandes emisores de emigrantes hacia Europa.⁵²

Además del visado deben reunirse otros requisitos para poder entrar legalmente en territorio español. Para la entrada de extranjeros en territorio español, que deberá hacerse por los puestos fronterizos habilitados al efecto, la LO 4/2000 establece, en el artículo 23, una serie de requisitos que éstos deben cumplir: a) hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad; b) acreditar los medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, y c) la exigencia de visado, salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos en España o las demás excepciones previstas en la Ley. Por su parte, con la LO 8/2000, se añaden dos más: d) no estar sujeto a prohibiciones expresas, y e) justificar el objeto y condiciones de estancia. Cabe advertir que estos requisitos se hallan también presentes en el denominado Acervo Schengen que ha sido incorporado a la Unión europea por el Tratado de Ámsterdam.⁵³ Además, el propio Acervo Schengen prevé otros supuestos como son: f) no estar incluido en la lista de no admisibles, y g) no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las partes contratantes.

1. Ciudadanos comunitarios

Los extranjeros que sean ciudadanos de otros estados miembros de la Unión Europea tienen un régimen jurídico que progresivamente va siendo equiparado a los nacionales españoles. Su régimen jurídico viene definido fundamentalmente, además del derecho comunitario, por el RD 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembros de las comunidades europeas,⁵⁴ el cual ha sido objeto de diversas modificaciones.⁵⁵

La Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODYLE) establecía en su artículo 1.2 que a los nacionales de estados miembros de la Unión Europea y a aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables. Cabe señalar que durante la tramitación parlamentaria de la modificación realizada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, se suprimió por error este párrafo. Pese a la desaparición de este artículo, ello no supone ninguna variación del estatus jurídico de estos extranjeros, debido a la primacía del derecho comunitario respecto al derecho interno de los estados miembros.

Los ciudadanos comunitarios tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas en el RD 766/1992. Todo ello, sin perjuicio de las medidas aplicables por razones de orden público, seguridad pública y salud pública.⁵⁶ La entrada en territorio español se efectuará mediante la presentación del pasaporte o, en su caso, de la tarjeta de identidad en vigor, y en el que conste la nacionalidad del titular. En los supuestos en que la permanencia en España, cualquiera que sea su finalidad, sea de duración inferior a tres meses, para documentar aquélla bastará la propia tarjeta de identidad o pasaporte, en virtud del cual se haya efectuado la entrada en territorio español. Si la permanencia en España de nacionales de otros estados miembros de las comunidades europeas fuese de duración superior a tres meses e inferior a un año, se expedirá a los interesados una tarjeta temporal de residencia, de vigencia limitada a la duración de aquélla. La situación de residencia, por un período superior a un año, se acreditará mediante la obtención de una tarjeta de residencia de nacional, de un Estado miembro de las comunidades europeas, con cinco años de vigencia y renovable automáticamente.

Los ciudadanos comunitarios pueden acceder, de acuerdo con la libre circulación de trabajadores, a pues-

52. Vid. *El Periódico de Catalunya*, de 18 de mayo de 2002: "España negocia con la UE imponer un visado a más países latinoamericanos. Ecuador es el candidato más firme, aunque también figuran como probables Argentina, Venezuela, Bolivia y Chile", así como *La Estrella Digital*, de 7 de junio de 2002: "El Gobierno pretende ampliar el número de países a los que se les pide visado de entrada."

53. El denominado Acervo Schengen se compone de: a) el Acuerdo de Schengen firmado en 1985; b) el Convenio de aplicación firmado en 1990; c) los protocolos y acuerdos por los que se adhirieron Italia, España, Portugal, Grecia, Dinamarca, Finlandia y Suecia, y d) las decisiones y declaraciones adoptadas por el Comité Ejecutivo, así como actos adoptados para la aplicación del Convenio por instancias a las que el Comité Ejecutivo haya atribuido competencias decisorias. Vid. DOCE L 239, de 22 de septiembre de 2000: "Acervo Schengen tal como figura en el apartado 2 del artículo 1 de la Decisión 1999/435/CE del Consejo, de 20 de mayo de 1999."

54. Vid. BOE 156, de 30 de junio de 1992.

55. Este Reglamento ha sido modificado por el RD 737/1995, de 5 de mayo

(BOE 133, de 5 de junio de 1995), por el RD 1710/1997, de 14 de noviembre (BOE 274, de 15 de noviembre de 1997) y por el RD 864/2001 de 20 de julio (BOE 174, de 21 de julio de 2001).

56. En este punto cabe traer a colación la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha realizado sobre el orden público o de seguridad pública como medidas de limitación de las libertades de circulación y de establecimiento. En este sentido el Tribunal ha señalado la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas. De ello resulta que la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse, en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público (Vid. la STSJCEE de 19 de enero de 1999 "Orden público-Turista nacional de otro Estado miembro -Condena por consumo de estupefacientes- Prohibición de residencia de por vida" (asunto C-348/96)). Al mismo tiempo, tampoco cabe excluir de la noción de orden público a aquellas conductas que los tribunales no consideren como delictivas.

tos de trabajo en las administraciones públicas, y por tanto a la Administración local, según veremos más adelante, si bien con una serie de limitaciones que son interpretadas de forma restrictiva por el TJCEE.

Para acabar, cabe mencionar también a los extranjeros que son familiares de ciudadanos comunitarios, los cuales gozan de un estatuto privilegiado, según veremos más adelante en este trabajo, en la clasificación realizada según el criterio de la condición personal y familiar.

2. Ciudadanos no comunitarios pertenecientes a países con los que la Unión Europea ha firmado acuerdos de asociación y cooperación

La Unión Europea ha firmado diversos acuerdos de asociación y cooperación con terceros estados que inciden, claramente, en las diversas situaciones de los nacionales de estos últimos que se encuentran establecidos en la Unión Europea de una manera estable y permanente. Los acuerdos de cooperación tienen como objetivo reforzar las relaciones económicas y comerciales entre las partes contratantes. En cambio, los acuerdos de asociación tienen, además, un objetivo más de fondo o de más calado, conectado con el proceso de ampliación de la Unión Europea.⁵⁷

Un lugar destacado lo ocupan los ciudadanos no comunitarios que son nacionales de países pertenecientes a la Asociación Europea de Libre Cambio (AECL/EFTA) en cuanto gozan de una situación privilegiada con la Unión Europea. A un siguiente nivel debe destacarse a los ciudadanos extranjeros que son nacionales de Turquía por cuanto el acuerdo de asociación con la Unión Europea es uno de los más completos, a la espera que este país pueda asumir íntegramente las obligaciones derivadas del derecho comunitario. Otro grupo lo constituyen los nacionales de países del Magreb (Argelia, Marruecos y Túnez) cuyos acuerdos de cooperación tienen un carácter más limitado en cuanto no prevén una futura adhesión y no tienen por objeto la realización progresiva de la libre circulación de trabajadores. También cabe mencionar a los que son nacionales de países de la Europa Central y Oriental (Hungría, Polonia, Rumania, Bulgaria, Eslovaquia, Chequia, países bálticos y Eslovenia), cuyos acuerdos están firmados en vistas a una futura adhesión, si bien no existe todavía una posibilidad real de circulación de trabajadores. Y, finalmente, encontramos a los que son nacionales de países que pertenecían a la antigua Unión Soviética

cuyos convenios contienen disposiciones genéricas y de carácter programático.

2.1. Ciudadanos no comunitarios que son nacionales de países pertenecientes a la Asociación Europea de Libre Cambio (AECL/EFTA)

La Asociación Europea de Libre Cambio (AECL/EFTA) es una organización internacional que se constituyó en Oporto en 1960 entre Reino Unido, Noruega, Dinamarca, Suecia, Austria, Portugal y Suiza. La incorporación de algunos de estos estados a la Unión Europea ha comportado cambios en dicha asociación. En la actualidad comprende a la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega y la Confederación Suiza. Los tres primeros han formalizado sus relaciones con la Unión Europea en forma de acuerdo firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 constituyendo el Espacio Económico Europeo (EEE). La AECL asiste a sus estados miembros en el desarrollo de una zona de libre comercio y en la coordinación de acuerdos con estados terceros. Del acuerdo de 1992 con la Unión Europea cabe destacar el objetivo de lograr un mercado interior entre los países de la AECL y los países comunitarios. Básicamente, este acuerdo supone que para esta EEE se aplican unas mismas reglas basadas en el acervo comunitario, es decir, en las libertades comunitarias de mercancías, personas, servicios y capitales, así como en las normas que regulan la competencia. No cubre, en cambio, las políticas comunes en materia de agricultura y pesca, si bien incorpora algunas reglas específicas en estas materias.

Cabe señalar, además, que la República de Islandia y el Reino de Noruega forman parte del Acuerdo de Schengen sobre eliminación de controles fronterizos para las personas y, por tanto, contribuyen a la implementación, desarrollo y aplicación del denominado Acervo Schengen, el cual se ha incorporado al derecho comunitario como consecuencia del Tratado de Amsterdam, según hemos visto anteriormente.

En cualquier caso, puede señalarse que los nacionales que forman parte del EEE tienen un estatus previo al de ciudadano de la Unión Europea y como consecuencia de ello vienen a tener una posición jurídica totalmente equiparada.⁵⁸ Así, parece claro que a los ciudadanos que son nacionales de los estados de la AECL que pertenecen al EEE es aplicable la realización efectiva de la libre circulación de trabajadores.⁵⁹ Por su parte, la Confede-

57. Según las previsiones del Consejo Europeo de Sevilla, de 21-22 de junio de 2002, en la ampliación de la UE se pueden distinguir una serie de situaciones: a) un grupo de países (Chipre, Malta, Hungría, Polonia, la República Eslovaca, Lituania, Letonia, Estonia y Eslovenia) podrían firmar el Tratado de Adhesión en la primavera de 2003, dependiendo de las negociaciones concretas; b) otro grupo de países (Bulgaria y Rumania) si bien no tienen fijado aún un calendario preciso tiene el apoyo del Consejo Europeo en su prepa-

ración para la adhesión, y c) algunos países concretos (como es el caso de Turquía) han llevado a cabo reformas políticas y económicas que mejorarán sus perspectivas de adhesión.

58. Vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba: Ed. Universidad de Córdoba y Junta de Andalucía, 2001, p. 175.

59. Vid. OLESTI, A. (dir.); HUICI, L.; ÁLVAREZ, M., *La lliure circulació de treballadors a la Unió Europea...*, op. cit., p. 96.

ración Suiza, si bien es miembro de la AECL, no es parte del EEE, ya que votó en contra de dicha incorporación en diciembre de 1992. Por tanto, las relaciones de esta Confederación con la Unión Europea se instrumentan a través de acuerdos bilaterales.

2.2. Ciudadanos no comunitarios que son nacionales de Turquía

La Unión Europea ha firmado algunos acuerdos con terceros estados que otorgan una situación singular con relación a la libertad de circulación, en orden de equiparar a sus nacionales con los ciudadanos comunitarios. En esta línea debe destacarse, singularmente, el Acuerdo CEE-Turquía que tiene por objeto promover el fortalecimiento continuo y equilibrado de las relaciones comerciales y económicas entre ambas partes, así como establece la posibilidad de una futura adhesión de Turquía a la Comunidad.

Conforme al artículo 12 del Acuerdo CEE-Turquía, "las Partes Contratantes acuerdan basarse en los artículos 48, 49 y 50 del Tratado constitutivo de la Comunidad para llevar a cabo gradualmente, entre ellas, la libre circulación de trabajadores". Con este objeto, el Protocolo adicional, firmado el 23 de noviembre de 1970 en Bruselas y celebrado, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento (CEE) 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, establece, en su artículo 36, los plazos para la realización gradual de la libre circulación de los trabajadores, entre los estados miembros de la Comunidad y la República de Turquía, y dispone que el Consejo de Asociación decidirá las modalidades necesarias al respecto. Además, en su artículo 37, el Protocolo adicional dispone que "cada Estado miembro concederá a los trabajadores de nacionalidad turca empleados en la Comunidad un régimen caracterizado por la ausencia de toda discriminación por razón de nacionalidad con respecto a los trabajadores nacionales de los estados miembros de la Comunidad, en lo que se refiere a las condiciones de trabajo y a la retribución".

Basándose en esta normativa, el Consejo de Asociación creado por el Acuerdo CEE-Turquía adoptó la Decisión 1/80, que en su artículo 6.1 establece una serie de derechos de los trabajadores turcos una vez forman parte del mercado de trabajo legal de un Estado miem-

bro.⁶⁰ En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que un trabajador turco que cumpla los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 6 de la Decisión 1/80 tiene derecho a la renovación de su permiso de residencia en el Estado miembro de acogida, para continuar ejerciendo en él una actividad laboral por cuenta ajena.⁶¹

Los ciudadanos turcos, a diferencia de los comunitarios, no tienen el derecho a circular libremente por la Unión Europea, sino que solamente tienen ciertos derechos en el Estado miembro de acogida si han entrado legalmente y han realizado un trabajo durante un determinado período de tiempo.⁶² Ahora bien, debe resaltarse que los trabajadores turcos no se encuentran en la misma situación que los trabajadores de terceros países, puesto que aquellos tienen prioridad en la contratación. Por tanto, en la medida en que la oferta de trabajo no pueda ser cubierta por ciudadanos comunitarios o por aquellos que tengan una situación equivalente, deberá darse prioridad a los ciudadanos turcos.⁶³

2.3. Ciudadanos no comunitarios que son nacionales de países del Magreb (Argelia, Marruecos y Túnez)

En un nivel diferente deben situarse una serie de acuerdos de cooperación que la Unión Europea tiene con la República Argelina, el Reino de Marruecos y la República Tunecina, los cuales tienen un contenido similar. Estos acuerdos ni tienen como objetivo preparar una futura adhesión a la Unión Europea, ni tampoco buscan el progresivo establecimiento de una libre circulación de trabajadores. Se trata, más bien, de contribuir al desarrollo económico de estos países y favorecer las relaciones comerciales y sociales. Ello no quiere decir que no tengan ciertas repercusiones por lo que se refiere a los ciudadanos de estos terceros países y a sus familias, si bien tienen un carácter mucho más limitado y restrictivo que el Acuerdo de Asociación con Turquía. Así, estos acuerdos con países del Magreb "se limitan a instaurar una igualdad de tratamiento en el sector de las condiciones de trabajo, de remuneración y de prestaciones a la seguridad social entre los trabajadores magrebíes empleados en los Estados miembros y sus nacionales".⁶⁴

Las diferencias entre estos acuerdos y el de Asociación con Turquía han sido destacados por la juris-

60. Los derechos a que alude este precepto, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7, son los siguientes: "[...] tiene derecho, en dicho Estado miembro, después de un año de trabajo legal, a la renovación de su permiso de trabajo con el mismo empresario si dispone de un empleo; tiene derecho en dicho Estado miembro, después de tres años de empleo legal y a reserva de la preferencia que ha de concederse a los trabajadores de los Estados miembros de la Comunidad, a aceptar otra oferta para desempeñar la misma profesión en otra empresa de su elección, realizada en condiciones normales y registrada en los servicios de empleo de este Estado miembro; tiene derecho, en dicho Estado miembro, después de cuatro años de empleo legal, al libre acceso a cualquier actividad laboral por cuenta ajena que elija."

61. Vid. las STJCE Kus, antes citada, apartado 36, de 30 de septiembre de 1997, Günaydin, C-36/96, Rec. p. I-5143, apartado 55, y Ertanir, C-98/96, Rec. p. I-5179, apartado 62, y de 26 de noviembre de 1998, Birden, C-1/97, Rec. p. I-0000, apartado 69.

62. Vid. OLESTI, A. (dir.); HUICI, L.; ÁLVAREZ, M., *La lliure circulació de treballadors a la Unió Europea...*, op. cit., p. 100.

63. Vid. OLESTI, A. (dir.); HUICI, L.; ÁLVAREZ, M., *La lliure circulació de treballadors a la Unió Europea...*, op. cit., p. 100.

64. Vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unió Europea...*, op. cit., p. 228.

prudencia comunitaria. En esta línea, cabe destacar la STJCEE, de 2 de marzo de 1999 [Eddline El-Yassini contra *Secretary of State for the Home Department* (Reino Unido) (Asunto C-416/96)].⁶⁵ El Tribunal Comunitario señala que el Consejo de Cooperación creado por el Acuerdo CEE-Marruecos no ha adoptado ninguna decisión que contenga una disposición como la del apartado 1 del artículo 6 de la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía. Acuerdo que, a efectos del futuro establecimiento de la libre circulación, conceda a los trabajadores emigrantes turcos derechos concretos, en función de la duración del ejercicio de una actividad laboral por cuenta ajena autorizada, con el fin de integrarlos progresivamente en el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida. Por este motivo, no puede equipararse la situación de los ciudadanos turcos con los de los marroquíes.

2.4. Ciudadanos no comunitarios que son nacionales de países de la Europa Central y Oriental (Hungría, Polonia, Rumania, Bulgaria, Eslovaquia, Chequia, países bálticos y Eslovenia)

Los acuerdos de asociación que ha firmado la Unión Europea con los países de Europa Central y Oriental se denominan “Acuerdos Europeos” y están destinados a crear un marco adecuado para preparar su adhesión, si bien ésta se negocia con ritmos diferentes. Todos estos acuerdos establecen, entre sus finalidades, la creación de una zona de libre comercio con la Comunidad Europea, así como un cierto grado de liberalización en el resto de las libertades comunitarias.⁶⁶

Los ciudadanos de estos países podrán invocar su derecho de establecimiento en cualquier país de la Unión Europea, siempre que lleven un permiso de residencia válido, sin perjuicio que puedan aplicarse sistemas de control de acceso. En esta línea podemos destacar una reciente jurisprudencia del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas. El Tribunal Europeo considera que “los estados miembros siguen siendo competentes para aplicar las normas nacionales en materia de entrada, estancia y establecimiento”, aunque, no obstan-

te, entiende que el principio de “no-discriminación” que pueden alegar estos ciudadanos “es directamente aplicable”.⁶⁷ El Tribunal de Justicia considera, sin embargo, que los derechos de entrada y estancia “no constituyen prerrogativas absolutas” que se concedan a los ciudadanos de esos tres países y que su ejercicio “puede quedar limitado por la normativa de los Estados miembros”.

Además, se señala que un ciudadano de estos países que “efectúe una declaración falsa y burle los controles aplicables afirmando que se ha trasladado a un Estado miembro para hacer turismo aunque, en realidad, tenga intención de desempeñar una actividad económica, se sitúa fuera de la esfera de protección que se reconoce en el acuerdo de asociación”. En ese caso, un Estado miembro podrá denegar su solicitud formal de establecimiento, “con la condición de que ello no impida que se vuelva a examinar posteriormente la situación de tal nacional”.

2.5. Ciudadanos no comunitarios que son nacionales de países que pertenecían a la antigua Unión Soviética

A raíz de la desaparición de la antigua Unión Soviética, la Unión Europea formalizó una serie de acuerdos de colaboración con las repúblicas que forman parte de aquella,⁶⁸ con el fin de regular las relaciones económicas y comerciales. Estos acuerdos, al regular las condiciones laborales, disponen que se velará para que el trato que se dispense a los trabajadores procedentes de estas repúblicas “no implique ninguna discriminación por motivos de nacionalidad, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, la remuneración o el despido, en comparación con los nacionales de ese mismo Estado”. Ahora bien, se ha destacado que esta cláusula carece de toda aplicabilidad directa y, por tanto, tiene un mero carácter programático a la espera que sea desarrollado por el Consejo de Cooperación.

Por tanto, estos acuerdos tienen un alcance mucho más limitado que los firmados con Turquía, los países del Magreb o los países de Europa Central y Oriental. Además del carácter programático de sus disposiciones, tal afirmación puede constatararse ya con la terminología

65. Un comentario a esta sentencia puede encontrarse en BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Alcance del principio de no-discriminación en cuanto a las condiciones de trabajo y de remuneración de los nacionales marroquíes”, en *La Ley. Unión Europea*, 31 de mayo de 1999, p. 7-13.

66. Vid. OLESTI, A. (dir.); HUICI, L.; ÁLVAREZ, M., *La lliure circulació de treballadors a la Unió Europea...*, op. cit., p. 107.

67. Vid. STJCEE de 20 de noviembre de 2001 (asunto C-268/99, Aldona Malgorzata Jany y otras c. Staatssecretaris van Justitie) relativa a la libertad de establecimiento en los Acuerdos de la UE con Polonia y República Checa. Se plantea si puede incluirse o no dentro del concepto de actividad económica la actividad de prostitución. El TJCEE responde afirmativamente siempre que el prestador del servicio la ejerce: sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución; bajo responsabilidad propia, y a cambio de una remuneración que se le paga íntegra y directamente.

También Vid. la STJCEE de 27 de septiembre de 2001 (asunto C-63/99, The Queen y Secretary of State for the Home Department c. Wiesław Gloszczuk y Elżbieta Gloszczuk) relativa al Acuerdo de asociación CEE/Polonia. En este asunto se plantea si las autoridades nacionales pueden denegar a los ciudadanos polacos la autorización de entrada obtenida fraudulentamente. El TJCEE señala que las autoridades pueden exigir que este nacional presente una nueva solicitud formal de establecimiento basada en dicho acuerdo, solicitando un visado de entrada ante los servicios competentes de su Estado de origen o, en su caso, en otro país, siempre y cuando dichas medidas no impidan que se vuelva a examinar posteriormente la situación de tal nacional cuando presente la nueva solicitud.

68. Se trata de países como la Federación Rusa, las repúblicas de Ucrania, Bielorrusia, Moldavia, Kazajistán, Kirguistán, así como las repúblicas transcaucásicas de Georgia, Armenia y Azerbayán.

utilizada, pues no se habla de acuerdo de asociación ni de cooperación, sino que se utiliza la expresión de “acuerdo de colaboración”.

3. Ciudadanos no comunitarios cuando concurre tratado de regulación de flujos migratorios entre el Estado español y su país de origen

Distintos de los Acuerdos de Asociación y Cooperación, encontramos los tratados de regulación de flujos migratorios. Estos acuerdos tienen, fundamentalmente, como objetivo el regular las ofertas de trabajo a los trabajadores nacionales de los estados miembros signatarios.⁶⁹ Fundamentalmente, se trata de tratados bilaterales que suscribe el Estado español con aquellos países que son los principales focos de inmigración. Entre estos encontramos con algunos de estos países que están en vías de incorporación como es Rumania⁷⁰ y Polonia (de este último hay un borrador). También encontramos acuerdos bilaterales con el Reino de Marruecos. A algunos de estos países ya hemos hecho referencia anteriormente, puesto que también tienen acuerdos de asociación y de cooperación con la Unión Europea. Asimismo, los tradicionales vínculos históricos y culturales con los países de Iberoamérica han llevado al Estado español a firmar diversos convenios destinados a regular los flujos migratorios, como son los de Colombia, Ecuador y República Dominicana.⁷¹

La elección de los dos últimos grupos de países parece que se justifica en cuanto que son los principales exportadores de inmigrantes en sus respectivas áreas geográficas. Tales acuerdos en los que se establecen determinados compromisos de priorizar a los nacionales de estos países en los contingentes a cambio del compromiso de readmitir a aquellos nacionales a los que se aplica medidas de retorno o expulsión, se sitúan, además, en la proceso de exigencia de visado acordada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea para determinados países iberoamericanos. En cambio, por lo que respecta al primer grupo de países, la razón parece estar en el elevado grado de formación profesional y la amplia experiencia de los titulados técnicos de grado medio de estas nacionalidades.⁷²

Estos acuerdos, que se materializan en el ámbito interno español a través de la fórmula del contingente de autorizaciones de trabajo, establecen que España, por medio de sus embajadas, comunicará a las autoridades del correspondiente país el número y las características de las necesidades de mano de obra, teniendo en cuenta la existencia

de ofertas de empleo. Esta información no se limita a la oferta de trabajo. Se prevé que las partes contratantes articularán y pondrán en marcha campañas de información, dirigidas a potenciales inmigrantes con la finalidad de que puedan conocer sus derechos y prestaciones sociales, de prevenir riesgos y las consecuencias asociadas a la inmigración irregular y a la utilización de documentos falsos, así como de disuadirlos de redes que trafiquen con seres humanos. Además de instrumentar estos canales de información, se podrán establecer fórmulas para la preselección y la valoración de los candidatos.

También se establecen disposiciones específicas para los trabajadores de temporada. En este sentido, cabe destacar el compromiso que firman en el contrato de retorno a su país una vez haya finalizado el permiso de trabajo. El cumplimiento voluntario de esta cláusula de retorno se prevé, en algún caso determinado como es el de República Dominicana, que dará prioridad para ocupar futuras ofertas de trabajo que se den en la misma actividad. En cambio, el incumplimiento de dicha cláusula inhabilitará a toda contratación futura en España, salvo el caso de Marruecos, donde esto no se especifica.

En la mayoría de los acuerdos, las partes contratantes se obligan a readmitir a sus propios nacionales cuando no cumplan los requisitos legales en el Estado receptor. Es más, en algunas ocasiones como es Ecuador, se amplía esta obligación a aquellos extranjeros que sean de terceros países o apátridas, cuando se prueba o se presume que han entrado en el Estado receptor después de haber residido o transitado por el otro Estado signatario. Cabe señalar, en cambio, que con Marruecos no se prevén obligaciones específicas relativas a la readmisión. Como excepción únicamente señalar aquellos casos en que se haya entrado ilegalmente, por lo que se excluye la readmisión en la irregularidad sobrevenida, durante un plazo de diez días a contar desde la entrada. Con todo, en el ámbito de la Unión Europea se está negociando con el Reino de Marruecos la celebración de acuerdos de readmisión para ciudadanos con nacionalidad marroquí, así como de terceros países que hayan residido o transitado anteriormente en este país.⁷³

4. Ciudadanos no comunitarios que se encuentran en otras situaciones jurídicas por razón de su nacionalidad o lugar de procedencia

En este apartado se incluyen los extranjeros que o bien son perseguidos o no quieren acogerse a la protección

69. Vid. A. OLESTI RAYO: “Els acords subscrits per Espanya sobre la regulació i ordenació dels fluxos migratoris laborals”, en Fundació Jaume Bofill (Ed.): *Anuari de la Immigració a Catalunya 2001*, Barcelona: Ed. Mediterrània, 2002.

70. Es el caso del acuerdo, entre el Reino de España y Rumania, relativo a la regulación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados, hecho en Madrid el 23 de enero de 2002.

71. Así cabe mencionar los acuerdos relativos a la regulación y ordenación de flujos migratorios con Colombia [hecho en Madrid el 21 de mayo de

2001 (BOE de 4 de julio de 2001)], con Ecuador [hecho en Madrid el 29 de mayo de 2001 (BOE de 10 de julio de 2001)] y con República Dominicana [hecho en Madrid el 17 de diciembre de 2001 (BOE de 5 de febrero de 2002)].

72. Este último motivo parece deducirse de unas declaraciones del delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración recogidas en el diario *El País*, de 14 de febrero de 2001.

73. Vid. A. OLESTI RAYO. “Els acords subscrits per Espanya sobre la regulació i ordenació dels fluxos...”, *op. cit.*, p. 66-67.

de su país de origen (refugiados y asilados políticos), o bien a aquellos que carecen de nacionalidad (apátridas), así como a los que no siempre se puede determinar de donde proceden porque carecen de documentación (indocumentados). Estas situaciones son recogidas en el artículo 34 de la LODYLE. Finalmente, cabe mencionar otros supuestos que no pueden encajarse en las categorías que hasta ahora hemos examinado, y que plantean el problema de la inexistencia de un acuerdo de regulación de flujos migratorios.

4.1. *Refugiados y asilados políticos*

Estos supuestos hacen referencia a aquellos ciudadanos extranjeros que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran acogerse a la protección de tal país; o que a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuvieran su residencia habitual, no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran regresar a él.

La LODYLE excepciona de los requisitos de entrada en territorio español (artículo 23) a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España. Cabe advertir que la utilización abusiva de esta vía por los extranjeros comportará la inadmisión de la solicitud cuando se evidencie que no cumplen los requisitos para acceder al reconocimiento de dicha situación.⁷³

La resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, y su normativa de desarrollo. Dicha condición supondrá su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.

4.2. *Apátridas*

Como es sabido, los extranjeros apátridas son aquellos que carecen de una nacionalidad. En determinados casos, los apátridas pueden acogerse al derecho de asilo, tal y como se recoge en el artículo 1 de la Convención de Ginebra, en concordancia con lo establecido en el 13.4 de la Constitución española. Ahora bien, los apátridas no siempre reúnen los requisitos para ser considerados como refugiados y disfrutar, por tanto, del derecho de asilo. Ello no supone que carezcan de cual-

quier protección, sino que se define un estatuto específico para estas personas. Para acceder a este estatuto, el ministro del Interior reconocerá la condición de apátrida a los extranjeros que manifestando que carecen de nacionalidad reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, y les expedirá la documentación prevista en el artículo 27 de la citada convención.

En la legislación española la regulación del estatuto de apátrida se realiza fundamentalmente a través de normas de carácter reglamentario. En efecto, cabe destacar el RD 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida. Según esta normativa, los apátridas reconocidos tendrán derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la normativa de extranjería. Una vez reconocida su situación, estas personas tendrán la tarjeta acreditativa del reconocimiento de apátrida, que habilitará para residir en España y para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles, así como dispondrán de un documento de viaje previsto en el artículo 28 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 28 de septiembre de 1954.

4.3. *Extranjeros indocumentados*

Uno de los problemas que se plantea es qué sucede con aquellos extranjeros que no llevan consigo la documentación, ya sea porque la han extraviado, ya sea porque no la han podido traer consigo, ya sea porque les ha sido sustraída. En ocasiones, los extranjeros se deshacen de su documentación con el propósito de evitar que se determine su nacionalidad, a efectos de que no sea posible lograr su repatriación.

Los extranjeros tienen el derecho a la documentación, de acuerdo con el artículo 4 de la LODYLE. En este precepto se señala que tienen el derecho y la obligación de conservar la documentación que acredite la identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España. Como derecho implica que no pueden ser privados de la documentación, salvo los supuestos previstos en la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana (artículo 10). El pasaporte o documento que lo supla podrá ser retirado por la misma autoridad a quien corresponda su expedición, si sobrevinieren las circunstancias determinantes de su denegación, como consecuencia de las resoluciones judiciales en que el solicitante haya sido condenado a penas o medidas de seguridad que conlle-

74. Sobre el tema vid. el estudio de D.V. BLANQUER CRIADO, *Asilo político en España: garantías del extranjero*, Madrid: Ed. Civitas y Ministerio del Interior, 1997.

ven la privación o limitación de su libertad de residencia o de movimiento.

Por su parte, el artículo 56 del RELODYLE regula el procedimiento que deben seguir los extranjeros indocumentados para su inscripción en una sección especial del Registro de Extranjeros y la obtención de una cédula de inscripción en un documento impreso, que deberá renovarse anualmente y cuyas características serán determinadas por el Ministerio del Interior.

El extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior manifestando que por cualquier causa insuperable, distinta de la apátrida, no puede ser documentado por las autoridades de ningún país y que desea ser documentado por España, después de practicada la pertinente información, podrá excepcionalmente obtener, en los términos que reglamentariamente se determinen en un documento identificativo que acredite su inscripción en las referidas dependencias. En todo caso, se denegará la documentación solicitada cuando el peticionario esté incluido en algunos de los supuestos del artículo 26. Los extranjeros que hayan obtenido dicha inscripción y deseen permanecer en España deberán instar la concesión de permiso de residencia válido durante la vigencia del citado documento. También podrán solicitar la concesión de permiso de trabajo por el tiempo señalado, en las mismas condiciones que los demás extranjeros. Los que deseen viajar al extranjero serán además provistos de un título de viaje.

4.4. Extranjeros comunes

En este apartado se incluirían el resto de los ciudadanos extranjeros que ni son beneficiarios del derecho comunitario ni pertenecen a países que tienen firmado un acuerdo de regulación de flujos migratorios con el compromiso de readmitir a sus nacionales que estén en situación de irregularidad. Se plantea en qué medida este grupo de extranjeros constituye un grupo importante o bien se trata por el contrario de un grupo reducido.

El problema que se plantea respecto a este colectivo es que al no existir convenios en los que se prevea la readmisión, ésta dependerá en la práctica del criterio que al respecto siga el país de origen del extranjero inmigrante cuando se sitúa en posición de irregularidad, tal y como veremos más adelante. Ello, pese a la obligación conforme al derecho internacional de readmitir a los ciudadanos propios, principio confirmado en el punto 26 de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere. Por tanto, tal y como veremos a continuación, ni pueden ser repatriados a sus países de origen ni pue-

den, en principio, acceder a una situación de regularidad en el territorio español. A una gran parte de ellos se les inicia un procedimiento de expulsión y se les recluye inicialmente en un centro de internamiento de extranjeros. Allí permanecen el tiempo máximo que establece la legislación, que son cuarenta días, hasta que son liberados, si bien tienen aún pendientes la orden de expulsión y continúan siendo irregulares. A lo más, se les aplica medidas de alejamiento de frontera y son trasladados para descongestionar determinadas zonas como son las Islas Canarias o las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Estos traslados implican cómo determinados municipios se ven desbordados por la presencia de inmigrantes irregulares en situaciones de extrema precariedad que requieren una respuesta desde la Administración local.

B) Criterio de la regularidad respecto de las exigencias de la legislación de extranjería

El principio inspirador de la reforma de la LODYLE que se materializó a través de la LO 8/2000 constituye, como señaló el vicepresidente primero del Gobierno M. Rajoy Brey, “[...] que esta ley permite al Gobierno hacer una política de inmigración como puedan hacer todos los países europeos porque con la ley actual no se puede hacer ninguna política de inmigración porque no se distingue entre inmigrantes legales e ilegales”.⁷⁵ Por tanto, de acuerdo con esta legislación, el eje fundamental de la política de inmigración se hace girar en torno a esta distinción. Si bien a los extranjeros en situación de irregularidad se les reconoce una serie de derechos de carácter mínimo, su situación les impide acceder al mercado laboral, a menos que no se les sancione con una orden de expulsión y puedan acogerse a alguna de las vías excepcionales de regularización. Esta situación de precariedad, con el objetivo de desincentivar la inmigración ilegal, constituye un círculo vicioso que aboca a las personas a una situación de marginalidad y extrema precariedad.

1. Ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad

El acceso a la situación de irregularidad puede producirse de diversas formas. En unos casos, los extranjeros entran ilegalmente en el territorio de la Unión Europea (irregularidad originaria), mientras que, en otros supuestos, entran con la documentación válida, si bien, al prolongar su estancia fuera de los plazos establecidos, su situación inicialmente regular con el paso del tiempo deviene irregular (irregularidad sobrevenida).⁷⁶

75. Vid. la conferencia de prensa del vicepresidente primero y ministro de la Presidencia, M. Rajoy, y del Ministro Portavoz, P. Cabanillas, después de la reunión del Consejo de Ministros. Madrid, 4 de agosto de 2000. El texto de la misma puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.la-moncloa.es/>.

76. La Comisión Europea ha elaborado una comunicación al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal (Bruselas, 15.11.2001 COM (2001) 672 final). Esta comunicación expone las diversas formas con que se presenta la inmigración ilegal: “Un gran número de residentes ilegales en la Unión Europea han entrado con un

De acuerdo con la LODYLE, los inmigrantes en situación irregular tienen, fundamentalmente, los siguientes derechos: a la documentación (artículo 4); a la educación hasta los 18 años (artículo 9.1);⁷⁷ a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea la causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica (artículo 12.2); a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles cuando se traten de menores de dieciocho años (artículo 12.3); a la asistencia sanitaria en caso que se traten de mujeres durante el embarazo, parto y posparto (artículo 12.4); a los servicios y prestaciones sociales básicas (artículo 14.3); a transferir sus ingresos y ahorros obtenidos en España a su país o a cualquier otro, conforme a los procedimientos establecidos en la legislación española y de conformidad con los tratados intencionales aplicables (artículo 15.2); a la tutela judicial efectiva (artículo 20.1); al derecho a los recursos contra los actos administrativos (artículo 21); a la asistencia jurídica gratuita cuando carezcan de recursos económicos y se refieran a procedimientos que pueden llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión y en todos los procedimientos en materia de asilo, así como el de interpretar cuando no comprendan o hablen la lengua oficial que se utilice (artículo 22.1).

Los extranjeros en situación irregular pueden acceder al padrón municipal, según veremos en la segunda parte de este estudio. Ello conlleva a que puedan verse ampliados sus derechos. En efecto, la inscripción padronal confiere, de acuerdo con la LODYLE, el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (artículo 12.1). También a través del padrón se accede a la condición de vecino y, por tanto, a los derechos que como tales otorga la legislación de régimen local, si bien el artículo 6.2 parece que lo limita a los extranjeros residentes.

Las administraciones locales tienen un papel relevante en asegurar algunos de estos derechos. Así, los extranjeros irregulares cuando la policía local les solicite su documentación no podrán ser privados de la misma. También tienen un papel muy relevante en facilitar el acceso a los diferentes servicios municipales en materia de educación, sanidad y asistencia social en

situación equiparable a los nacionales españoles cuando lo permita la legislación aplicable.

1.1. Ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad con procedimiento administrativo de expulsión en curso

El mero hecho que un extranjero se encuentre en situación irregular en territorio español constituye, de acuerdo con el artículo 53.a) y 57 de la LODYLE, en una infracción grave cuya sanción puede ser la expulsión del territorio español. La ley prevé también otros supuestos de expulsión en los casos de infracción muy grave prevista en el artículo 54 y en determinados supuestos de infracción grave del artículo 53 [letras a), b), c), d), y f)].

La expulsión, a diferencia de otras figuras como la devolución o el retorno, requiere la tramitación de un procedimiento administrativo de carácter sancionador. Mientras no exista una resolución administrativa sancionadora debe, por tanto, respetarse el derecho fundamental a la presunción de inocencia, tal y como se desprende de la jurisprudencia constitucional. Ello no es óbice para que durante la tramitación puedan adoptarse por la Administración del Estado una serie de medidas de carácter cautelar dirigidas a asegurar la efectividad de la medida sancionadora, como es por ejemplo el internamiento en centros de extranjeros.

1.1.1. Ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad con medidas cautelares

La Administración del Estado puede acordar una serie de medidas cautelares respecto a los extranjeros con un procedimiento sancionador de expulsión. Así, el artículo 61 de la LODYLE prevé como medidas: a) presentación periódica ante las autoridades competentes; b) residencia obligatoria en determinado lugar; c) retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida; d) detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de setenta y dos horas, previas a la solicitud de internamiento, y e) internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.

Cabe tener en cuenta que la medida de internamiento preventivo que es sin duda la más gravosa para el extranjero, al suponer la privación de libertad única-

visado o permiso de residencia válidos quedándose una vez expirado éstos. Otros entran simplemente con documentos válidos de viaje, cuando su nacionalidad no necesita de un requisito de visado para una estancia de corta duración. Esta estancia legal, sin embargo, deja de serlo, cuando la persona concernida emprende actividades por cuenta propia o ajena no autorizadas para las personas exentas de visado o cuyo visado no lo permite. En muchos casos las personas con un permiso apropiado de residencia y trabajo simplemente se quedan una vez superado su período de residencia legal o violan normativas de residencia de otras maneras. Debido a la propia naturaleza de la residencia indocumentada es imposible determinar las proporciones exactas entre las diversas categorías de residentes ilegales. Parece claro, sin embargo, que cada una de ellas representa una parte significativa del

fenómeno total de la inmigración ilegal y que cualquier acción futura necesita abordar adecuadamente cada categoría. El hacer esto de manera eficaz, sin embargo, requiere analizar profundamente el fenómeno, a fin de poder determinar mejor los instrumentos adecuados para las diversas categorías de residentes y tipos de residencia ilegales." Vid. MOYA MALAPEIRA, D., "La irregularitat administrativa dels estrangers després de la reforma per la LO 8/2000", en *Anuari de la Immigració a Catalunya 2000*, Ed. Mediterrània, Barcelona, 2001, p. 36.

77. Con relación a la educación infantil, si bien no se configura, literalmente, un derecho de los extranjeros, si que se impone la obligación a las administraciones públicas de garantizar la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite.

mente puede ser adoptada en determinados casos (como son actividades contrarias a la seguridad del Estado; inducir, promover, favorecer o facilitar la inmigración clandestina, formando parte de una organización con ánimo de lucro; encontrarse irregularmente en territorio español; incumplimiento de medidas impuestas por razones de seguridad pública; participación en actividades contrarias al orden público previstas en la Ley orgánica de seguridad ciudadana) y que, además, deba ser adoptada a través de una determinada serie de garantías que se articulan fundamentalmente a través del juez de instrucción competente.

1.1.2. Ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad sin medidas cautelares o con plazo de medidas superado

Las medidas cautelares tienen un carácter provisional destinado a asegurar la efectividad de la sanción. Sobre tales medidas deben tenerse en cuenta dos aspectos fundamentales: a) deben adoptarse cuando el órgano competente considere que no podrá asegurarse la eficacia de la resolución final, y b) tienen un carácter provisional y limitado.

El primer aspecto implica que lo más habitual será la adopción de la medida cautelar, si bien es al menos teóricamente posible que en algún caso tal medida no sea adoptada. El segundo aspecto supone el carácter provisional o temporal de la medida que no puede aplicarse de forma indefinida. Así, la medida de internamiento debe adoptarse durante el tiempo imprescindible para los fines del procedimiento sancionador y, en cualquier caso, no podrá exceder de cuarenta días. Es más, es posible que el juez que acuerde el internamiento acuerde imponer un plazo inferior. En cualquier caso, una vez excedido este plazo máximo, la Administración del Estado, si no ha podido dictar la orden de expulsión y proceder a ejecutarla, se ve obligada a dejar en libertad al inmigrante.

1.2. Ciudadanos extranjeros con orden de expulsión

Una vez se ha dictado la correspondiente orden de expulsión, ésta debe ser notificada para que tenga eficacia. El problema deviene en aquellos casos en que por haberse superado el plazo de medidas cautelares o porque éstas no hayan podido adoptarse, el extranjero no haya podido ser localizado para su notificación. En este sentido, tal y como veremos más adelante, el deber de colaboración entre administraciones públicas y, por tanto, lógicamente la Administración local, comporta que deba facilitarse los datos sobre el domicilio en que efec-

tivamente reside el inmigrante a efectos que pueda notificarse la correspondiente orden de expulsión. Otra cosa distinta es que pueda realizarse una cesión indiscriminada de datos para que la Administración del Estado localice a todos los extranjeros en situación irregular en un municipio a fin de empezar a tramitar procedimientos de expulsión.

La existencia de una orden de expulsión comporta un estatuto singular que no puede asimilarse, sin más, al resto de extranjeros en situación de irregularidad, por cuanto cierra cualquier posibilidad de regularizar su situación⁷⁸ y, por tanto, dificulta cualquier esfuerzo dirigido por las administraciones a favorecer su integración en la sociedad española.

1.2.1. Ciudadanos extranjeros con orden de expulsión suspendida

La orden de expulsión es un acto administrativo sancionador que agota la vía administrativa, de acuerdo con la Disposición adicional sexta del RELODYLE. Por tanto, es susceptible bien del recurso potestativo de reposición o bien directamente ante la vía contencioso-administrativa. Así, de acuerdo con el artículo 138.3 de la Ley 30/1992 y del artículo 21.1 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora será inmediatamente ejecutiva. Ello no obsta a que pueda obtenerse la suspensión del acto administrativo ya sea en vía administrativa o en vía jurisdiccional.⁷⁹ En tales casos el extranjero no podrá ser expulsado del territorio español, pero tampoco puede considerarse que se halla en situación de regularidad. Tal situación puede prolongarse varios años hasta que no se obtenga una sentencia definitiva sobre el asunto. Su situación puede ser similar a aquellos extranjeros con una orden de expulsión sin posibilidad de ser ejecutada forzosamente, según veremos, si bien a diferencia de éstos con la posibilidad de regularizar su situación en el caso que prospere la anulación de la orden de expulsión.

1.2.2. Ciudadanos extranjeros con orden de expulsión con posibilidad de ser ejecutada forzosamente sin haberse materializado

Una vez dictada y notificada la correspondiente sanción de expulsión, ésta será ejecutiva y, por tanto, podrá materializarse en cualquier momento dentro de los plazos de prescripción fijados por el ordenamiento jurídico, que como veremos es bastante largo. Ello no obsta a que mientras ésta no se haga efectiva, el inmigrante tendrá los derechos que corresponden a cualquier inmigrante irregular.

78. Vid. ROIG I MOLÉS, E., "La situació de l'estranger objecte d'una expulsió no executada", en Fundació Jaume Bofill (Ed.), *Anuari de la Immigració a Catalunya 2000*, Barcelona: Ed. Mediterrània, 2001, p. 58.

79. Sobre el estudio de la suspensión de las actuaciones administrativas en materia de extranjería, es fundamental el estudio de TORNOS MAS, J., "La

tutela cautelar en sectores específicos del Derecho público: extranjería, materia tributaria, función pública", en SÁNCHEZ-BORDONA, M., *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1999.

1.2.3. Ciudadanos extranjeros con orden de expulsión sin posibilidad de ser ejecutada forzosamente

En los casos que por no existir convenio que garantice la readmisión del inmigrante o por cualquier otra razón no pueda ser repatriado al Estado de origen, la expulsión puede devenir en la práctica imposible de ser ejecutada forzosamente.⁸⁰ En tales casos, debería plantearse, una vez constatada dicha imposibilidad, la regulación de un estatuto jurídico específico, tal y como sucede en algunas experiencias del derecho comparado. Así, cabe mencionar el caso de Alemania, donde se prevé la situación de "tolerancia", que si bien mantiene la vigencia de la orden de expulsión, posibilita simultáneamente la vida del extranjero mientras aquella no se hace efectiva.⁸¹ Se trata, por tanto, de un título a precario de residencia y de permiso de trabajo. Esta previsión en la legislación alemana se cierra con la posibilidad de acceder a un permiso de residencia después de dos años de tolerancia.

La legislación española, sin embargo, no prevé un estatuto específico. Por tanto, la existencia de la orden de expulsión ni permite acceder a una eventual regularización ni posibilita que el extranjero pueda acceder, mientras tanto, al mercado laboral de forma legal. Tal situación, sin duda pensada para desincentivar la inmigración ilegal, no supone una solución al problema, por cuanto el inmigrante con la orden de expulsión inejecutable no marcha del país sino que bien sobrevive a través de la economía sumergida o bien se ve abocado a situaciones de marginalidad extrema y de delincuencia.

Esta situación lamentable de marginalidad puede, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, prolongarse durante un largo período de tiempo. En tal sentido, la aplicación de los plazos de prescripción de la sanción administrativa previstos en el artículo 56.2 de la LODYLE señala que para las infracciones muy graves y graves, que como hemos visto son las que pueden dar lugar a la sanción de expulsión, los plazos serán respectivamente de cinco años y dos años. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 56.3 de la LODYLE, si la sanción impuesta fuera la de expulsión del territorio español la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años. Este período puede ser, de acuerdo con el artículo 58.1 de la LODYLE, de un período mínimo de tres años y máximo de diez.

1.3. Ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad no localizados o sin procedimiento abierto

Lo más frecuente es que un gran número de extranjeros no sea localizado por la Administración del Estado y, por tanto, no haya podido tramitarse aún un procedimiento administrativo sancionador de expulsión. Tales personas, que malviven en una situación de clandestinidad, pueden verse expuestas, permanentemente, a ser sancionadas con una orden de expulsión, puesto que se trata de una infracción que se prolonga a lo largo del tiempo, sin que teóricamente se inicien los plazos de prescripción.⁸² Por tanto, habrán de confiar en no ser descubiertas y sancionadas con una orden de expulsión, esperando a acceder a una regularización de carácter extraordinario bien a través del transcurso de un plazo de cinco años bien a través de otras fórmulas como el arraigo, según veremos más adelante.

El problema que plantea este colectivo desde la perspectiva de la Administración local es hasta qué punto está obligada a poner en conocimiento de la Administración del Estado la existencia de estas personas, a efectos de que ésta pueda iniciar el correspondiente procedimiento de expulsión. Cabe señalar que la Administración local no tiene competencias de control de extranjería ni se le atribuyen expresamente facultades de denuncia de estas situaciones. Por tanto, su actividad debe ir dirigida al ejercicio de sus competencias específicas. Cuestión distinta es que pueda facilitar la información necesaria a la Administración sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias, de acuerdo con el principio de lealtad institucional, especialmente a solicitud de la Administración del Estado. Ahora bien, tal información no puede ser cesiones indiscriminadas de datos de extranjeros que atenten a su confidencialidad. Sobre este punto nos remitimos a las consideraciones que se realizarán en la segunda parte de este estudio cuando se estudie el padrón municipal, que se publicará en el próximo número de la revista.

1.4. Ciudadanos extranjeros que contravienen la prohibición de entrada o que pretenden entrar ilegalmente en territorio español

La expulsión del territorio español comporta como consecuencia la prohibición de entrada en el mismo por un período mínimo de tres años y un máximo de diez. Sin embargo, puede suceder que el extranjero contravenga

80. En el *Informe al Parlament de 2001*, el Síndic de Greuges de Catalunya realiza la siguiente reflexión: "Si hay extranjeros en situación irregular, la Administración del Estado habrá de poner en marcha los mecanismos de retorno, devolución o expulsión, según corresponda. Si estos mecanismos solamente se reflejan en un documento, sin poder ser ejecutados, por lógica, parece no tener mucho sentido iniciarlos. ¿De qué sirve documentar a un extranjero con una orden inejecutable de retorno, devolución o expulsión?"

81. Vid. ROIG I MOLÉS, E., "La situació de l'estranger objecte d'una expulsió no executada", en *Fundació Jaume Bofill* (Ed.), *Anuari de la Immigració a Catalunya 2000*, Barcelona: Ed. Mediterrània, 2001, p. 60.

82. En general sobre la prescripción y su cómputo Vid. los siguientes trabajos: AGUADO I CUDOLÀ, V., *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 1999; CABALLERO SÁNCHEZ, F., *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, Madrid: Ed. McGrawHill, 1999; DE PALMA DEL TESO, A., "Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción", en *REDA* 112, octubre-diciembre de 2001.

esta prohibición. En estos casos, la Administración del Estado no tiene que volver a tramitar un procedimiento de expulsión, sino que procede a la denominada devolución, que es un procedimiento en el que simplemente se limita a unos trámites esenciales, fundamentalmente el de audiencia.⁸³ El extranjero tendrá derecho, desde el momento en que se proceda a su detención, a la asistencia jurídica gratuita y al derecho de intérprete.

La ejecución de la devolución conllevará que se inicie de nuevo el plazo de prohibición de entrada que se ha contravenido cuando la misma se hubiese adoptado en virtud de orden de expulsión dictada por las autoridades españolas.

También se aplica la devolución a aquellos casos en que el extranjero pretenda entrar ilegalmente en territorio español. El problema deviene en determinar cuando está en esta situación. Para ello, el artículo 138 del RELODYLE considera que deben incluirse a los extranjeros que sean interceptados en frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio español en tránsito o en ruta sin cumplir con los requisitos de entrada.

En el caso que los extranjeros que estén en frontera no se les permita el ingreso en el país se les aplicará la medida de retorno, de conformidad con el artículo 60 de la LODYLE. Supuestos que están pensados, fundamentalmente, para los controles en frontera en puertos y aeropuertos. En estos casos, podrá determinarse el ingreso en un lugar de internamiento, por el juez de instrucción a petición de la autoridad administrativa, si el retorno fuese a retrasarse más de setenta y dos horas.

1.5. Ciudadanos extranjeros que están sujetos a causa penal y que son objeto de expulsión

La legislación vigente persigue como objetivo evitar que el ciudadano extranjero que cometa delitos pueda beneficiarse de esta situación para evitar ser expulsado de territorio español. Por esta razón, el ciudadano extranjero puede ser expulsado no sólo mientras está siendo procesado penalmente, sino también cuando recae la sentencia penal y está más en fase de ejecución de la pena cuando lleva cumplidas tres cuartas partes de la misma. Con todo, debe diferenciarse el papel que tiene el juez en los diversos supuestos que examinaremos. Así, en unos casos quien acuerda la expulsión es la Administración, si bien se requiere una autorización judicial, mientras que en otros casos es el propio juez o tribunal quien acuerda la expulsión como medida substitutiva de la pena.

1.5.1. Ciudadano extranjero inculcado o procesado penalmente con penas privativas de libertad inferiores a seis años y que tiene una orden de expulsión administrativa

Se trata de aquellos casos en que el extranjero se encuentra procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años. En estos supuestos puede ser que el extranjero tenga pendiente una orden de expulsión que todavía no se ha podido ejecutar o que sea dictada mientras se está tramitando el proceso penal. Se trata, por tanto, de una actuación administrativa cuya eficacia queda condicionada por la decisión judicial.⁸⁴

En estos casos, se plantea si debe prevalecer en estos casos la ejecutabilidad del acto administrativo en aplicación de la legislación de extranjería o bien la realización de la función jurisdiccional penal. Esta tensión es resuelta por el artículo 57.7 de la LODYLE cuando señala que el juez podrá autorizar, previa audiencia del fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de enjuiciamiento criminal o su expulsión si ésta fuera procedente de conformidad con la normativa aplicable. Se trata, por tanto, de una autorización judicial en relación con una decisión administrativa. El juez, en estos casos, ha de constatar la previa existencia de un acto administrativo en el que se acuerda la expulsión, que se haya adoptado por el órgano competente con las formalidades legales y que se base en alguno de los supuestos previstos en la ley.⁸⁵ De esta forma, el juez tendrá un amplio margen de decisión sobre cual es el interés público que debe prevalecer en cada caso.

1.5.2. Ciudadano extranjero con condena firme por delitos con penas privativas de libertad inferiores a seis años que se sustituye por la expulsión

En el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y que fuesen condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 del Código penal. De acuerdo con este artículo, las penas privativas de libertad inferiores a seis años que se imponen a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Se trata, realmente, de una suspensión de la facultad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado en beneficio de los fines del Estado relativos a la política de extranjería. Esta decisión judicial que se realiza a iniciativa del Ministerio Fiscal tiene carácter discrecional. En base a dicho carácter discrecional se ha

83. Sobre la devolución es imprescindible el estudio de MOYA MALAPEIRA, D., "La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español", en *Revista Vasca de Administración Pública*, enero-abril de 2002, p. 189-259.

84. Como ha señalado la STC 24/2000, de 31 de enero: "La autorización del Juzgado de Instrucción no sustituye a la resolución administrativa, de suerte que la medida de expulsión sigue siendo una decisión que corresponde a la Administración, y constituye una sanción administrativa, sujeta a control jurisdiccional."

85. Tal y como ha señalado la STC 24/2000, de 31 de enero: "[...] el papel del Juez Penal en este caso es, pues, en cierto modo análogo al del Juez que conoce en sede de *habeas corpus* de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales Contencioso-Administrativos, pero el Juez Penal debe velar *prima facie* por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la

considerado que no es susceptible de casación.⁸⁶ Con todo, cabe señalar que el carácter reglado o discrecional de tal facultad no deriva de la utilización por la ley de la expresión “podrán” tal y como se afirma en alguna sentencia, sino sobre todo de la existencia o no de criterios que condicionen o no la decisión del juez o tribunal.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del ministerio fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. Así, al extranjero en vez de acceder a la libertad provisional se le aplica una medida de expulsión.

Tanto se trate de sustituir la condena como el cumplimiento de la misma, será necesario como garantía ineludible oír con carácter previo al penado. Se trata de un trámite que tiene por objeto específico debatir sobre la aplicación de la medida de expulsión.

Los efectos de esta expulsión, que es acordada por el juez, son que el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa.

1.5.3. Con condena firme por delitos relativos al tráfico ilegal de mano de obra y de personas

Para un tipo concreto de delitos por su relación específica con la inmigración ilegal, se prevé que la expulsión se llevará a cabo una vez cumplida la pena privativa de

libertad. Se trata de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código penal: 12 (traficar de manera ilegal con mano de obra); 318 bis (promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España); 515.6.º (asociaciones ilícitas que promuevan el tráfico ilegal de personas), y 518 (cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, que favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones ilícitas que promuevan el tráfico ilegal de personas).

2. Ciudadanos extranjeros en situación de regularidad⁸⁷

La situación de regularidad en sus diversas variantes (estancia, residencia temporal, residencia de larga duración) implica que el extranjero es titular de una serie importante de derechos. Así, además de los derechos que corresponden a todos los extranjeros, según hemos visto anteriormente, tienen los siguientes: la libertad de circulación y de elección de residencia con las limitaciones previstas legalmente (artículo 5 LODYLE), al derecho de reunión y manifestación (artículo 7 LODYLE), al ejercicio del derecho de asociación (artículo 8 LODYLE), a la sindicación o a la afiliación a una organización profesional (artículo 11 LODYLE).⁸⁸ Estos derechos son a su vez ampliados en el caso que estemos ante extranjeros residentes: el de participación política a través del sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, atendiendo a criterios de reciprocidad (artículo 6.1 LODYLE); el de participación en los asuntos municipales (artículo 6.2 LODYLE); el de educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles (artículo 9.3 LODYLE); el acceso al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes (artículo 9.5 LODYLE); el de ejercicio de una actividad remunerada

que se pide su intervención (SSTC 12/1994, de 17 de enero; 21/1996, de 12 de febrero; 66/1996, de 16 de abril; y 174/1999, de 27 de septiembre.”

86. De acuerdo con la STS 919/1999 (Sala de lo Penal) de 2 de junio (RJ 1999\5453): “El artículo 89.1 CP, en su inciso primero dispone que las penas privativas de libertad inferiores a seis años —como es el caso impuestas a un extranjero no residente legalmente en España— podrán ser sustituidas por la expulsión del territorio nacional. El Tribunal ‘a quo’ desestimó la solicitud formulada a este respecto por la defensa del acusado y que contaba con la conformidad de éste, significando que ‘el texto del artículo 89 CP exige la iniciativa del Fiscal para proceder a la sustitución de la pena’, y que la representante del Ministerio Público se opuso en el juicio oral a dicha medida. Es cierto que la ‘instancia del Ministerio Fiscal’ solamente viene exigida por el legislador respecto a la pena de prisión igual o superior a seis años, de suerte que en el caso examinado, no era preceptiva esa iniciativa del Fiscal. Pero a pesar de ello, el reproche no puede ser acogido. Primero, porque en la Sentencia consta que el acusado nació en Kalese (Palestina), pero no que residiera ilegalmente en España como requiere el precepto. Segundo, porque, procesalmente, un recurso lo que combate es la decisión del juzgador, no las razones en virtud de las cuales se adopta esa decisión, y en el caso de autos, como sostiene acertadamente el Fiscal en su escrito de contestación, el Tribunal, ha ejercitado una facultad discrecional de primer grado que le otorga la Ley, como se deduce del empleo de la expresión legal ‘podrán’ de que se hace uso en el precepto y, por lo tanto, no censurable en casación, ya que —una vez acreditada la residencia ilegal del acusado—, se trata de una

decisión del juzgador no sometida a condición, pues si así fuera sí que podría ser impugnada casacionalmente alegándose la falta de concurrencia de dichas condiciones, que sería el llamado arbitrio de segundo grado. Por lo demás, la desestimación de la medida postulada debe entenderse acorde con el fin de prevención general que se encuentra ínsito en la pena y en la ejecución y cumplimiento de la misma, objetivo que quedaría severamente deteriorado al menos entre el notable número de extranjeros que residen irregularmente en España.” Vid. también la STS 1144/2000 (Sala de lo Penal) de 4 de septiembre (RJ 2000\9767): “Como dice el Ministerio Fiscal, es doctrina consolidada de esta Sala que las facultades legales cuya aplicación queda al arbitrio del Juzgador no son susceptibles de Recurso de Casación. Esto ocurre con el meritado precepto sustantivo, al establecer que la pena impuesta a un extranjero no residente legal, inferior a 6 años puede ser sustituida por la expulsión del territorio nacional. Ello confiere, pues, una facultad al Juzgador, cuyo arbitrio no puede ser objeto de revisión casacional máxime cuando la sentencia de instancia fue dictada de conformidad aceptada expresamente.”

87. Según noticia del diario *El Mundo*, de 18 de enero de 2002: “España rompe por primera vez la cifra de un millón de extranjeros ‘con papeles’. La Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración concedió permisos de trabajo y de residencia a más de 300.000 inmigrantes en cuatro periodos diferentes de regularización.”

88. Cabe señalar que la limitación de estos derechos a los extranjeros en situación de regularidad han sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad contra la LODYLE presentado por cincuenta diputados ante el Tribunal

por cuenta propia y ajena si cumplen los requisitos previstos en la LODYLE y en las disposiciones de desarrollo (artículo 10.1 LODYLE); el de acceso, en igualdad de condiciones que los nacionales de los estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las administraciones públicas (artículo 10.2 LODYLE); el de acceso a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles (artículo 14.1 LODYLE); el de acceso a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles (artículo 14.2 LODYLE); a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista por la LODYLE y los tratados (artículo 16.1 LODYLE); a la reagrupación familiar (artículo 16.2 LODYLE), y a la asistencia jurídica gratuita, cuando acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar, en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan (artículo 22.2 LODYLE).

2.1. Ciudadanos extranjeros en situación de estancia

La estancia es aquella situación por la que se permite a un extranjero la permanencia y libre circulación por territorio español durante un período de hasta noventa días, a través del correspondiente visado en el caso que éste sea exigible. La estancia está pensada para permanencias de corta duración que se basan en motivos como el turismo, los viajes, la salud, los asuntos familiares, las peregrinaciones, el recreo, los deportes no profesionales y los estudios de corta duración. El establecimiento de límites temporales a la estancia se justifican en evitar la creación de situaciones consolidadas, pues gran parte de la inmigración ante la dificultad de obtener los permisos de residencia optan por entrar en el país bajo el régimen de estancia ocultando las verdaderas razones de su entrada.

El plazo de estancia puede ser objeto de prórroga o ampliación, distinguiéndose si la entrada se ha realizado con visado o no. Si se ha producido con visado es necesario que éste se haya concedido por un período inferior a tres meses y en este caso la prórroga no podrá exceder de tres meses en un período de seis meses. En cambio, cuando la estancia se ha producido sin visado se podrá autorizar más allá de tres meses.

Por lo que respecta a los requisitos para la concesión o denegación de la prórroga cabe destacar que se está dejando un amplísimo margen de discrecionalidad de la Administración. Solamente en lo que hace referencia a las estancias sin visado se habla de “circunstancias de carácter humanitario, familiar, de atención sanitaria, de interés público, u otra circunstancia excepcional que lo justifique” (artículo 35.3 RELODYLE).

2.2. Ciudadanos extranjeros en situación de residencia temporal

La situación de residencia temporal autoriza a permanecer en territorio español por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Este período puede ser susceptible de prórroga si concurren en ese momento análogas circunstancias a las que llevaron a su otorgamiento.

Los criterios para conceder o denegar el permiso de residencia son los siguientes: que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender a los gastos de manutención y estancia de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia habiendo solicitado para ello las licencias o permisos correspondientes, tenga una oferta de contrato de trabajo a través de procedimiento reglamentariamente reconocido o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar.

Se prevé también unos mecanismos extraordinarios para acceder al permiso de residencia temporal que supone una posibilidad de regularizar determinadas bolsas de inmigrantes que se encuentran ya hace algún tiempo en territorio español. De esta forma, el artículo 31.3 de la LODYLE posibilita la regularización a aquellos extranjeros que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años, remitiéndose al reglamento para determinar los requisitos. En la remisión se da especial importancia a la justificación de los medios económicos de subsistencia y permanencia de forma continuada en el territorio español. También, cabe destacar la posibilidad prevista en el artículo 31.4 de la LODYLE según la cual podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente. El arraigo como concepto jurídico indeterminado viene a concretarse un poco más en el RELODYLE al considerar como tal la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles.

2.3. Ciudadanos extranjeros en situación de residencia permanente

En la LODYLE se define la residencia permanente como “la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles”. El requisito fundamental para acceder a esta situación es el haber tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Por vía reglamenta-

Constitucional. El texto de este recurso puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.extranjeria.info/area_recursos/LOEx/psoe_inc.pdf>.

ría se establecen los criterios en que no será exigible este plazo de cinco años.

La residencia permanente es, sin lugar a dudas, aquella situación que ofrece una mayor estabilidad y equiparación de los extranjeros con los españoles. En esta situación ya no deviene exigible el permiso o autorización de trabajo al equipararse en este aspecto con los españoles (“en igualdad de condiciones”, reza el texto de la ley).

Del ámbito comunitario debe destacarse la Resolución del Consejo, de 4 de marzo de 1996, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los estados miembros.⁸⁹ Esta resolución se inscribe en la adopción de medidas que permitan la integración, en la sociedad de acogida, de los nacionales de terceros países que se encuentran residiendo en su territorio como residentes de larga duración. Señalándose que la integración de los residentes de larga duración contribuye a una mayor seguridad y estabilidad, tanto en la vida cotidiana como en el trabajo, así como a la paz social en los distintos estados miembros.

En esta resolución se dispone que, en cada Estado miembro, deberán reconocerse como residentes de larga duración a los siguientes nacionales de terceros países: a los que acrediten haber residido legalmente y de forma ininterrumpida en el territorio del Estado miembro de que se trate durante un período determinado conforme a lo dispuesto en la normativa de dicho Estado miembro y, en cualquier caso, después de diez años de residencia legal; y a los que se les reconozcan, en virtud de la normativa del Estado miembro de que se trate, las mismas condiciones de estancia que las concedidas a la categoría de personas contempladas en el supuesto anterior.

Sobre la situación de los extranjeros de residentes de larga duración se pronunciado también la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la Agenda de Política Social.⁹⁰ De acuerdo con esta comunicación se entiende que a los nacionales de terceros países, y en especial a este tipo de residentes de larga duración, debe aplicárseles la igualdad de remuneración con el objetivo de reforzar su integración en el país de acogida. En este sentido, por tanto, debería entenderse

que la residencia permanente permite al extranjero trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. Por tanto, no sólo con la mera eliminación de los obstáculos para ejercer la actividad, como pueden ser los permisos o autorizaciones de trabajo, sino también desde un plano de igualdad material y poder acceder a las mismas prestaciones, incluida por qué no a una igualdad desde el punto de vista salarial o de remuneración.

2.4. Estudiantes

Tendrá la consideración de estudiante el extranjero cuya venida a España tenga como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos (artículo 33.1 LODYLE).

Los estudiantes con la legislación anterior obtenían un permiso de residencia. No obstante, los cambios introducidos por la LO 8/2000 y el RELODYLE hacen que los estudiantes extranjeros se encuentren en la situación de estancia. Ello supone que no podrán obtener autorización para establecerse o trabajar en España. Sin embargo, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios, y en los términos que reglamentariamente se determinen, podrán ejercer actividades remuneradas a tiempo parcial o de duración determinada.

C) Criterio por el tipo de actividad y la situación laboral

Estrechamente relacionado con la clasificación anterior, debe atenderse ahora a la actividad laboral o profesional que realiza el extranjero y a la situación laboral en que se encuentra. En una gran parte, el fenómeno de la inmigración viene determinado por la búsqueda de un trabajo con el cual poder mejorar las condiciones de vida existentes en el país de origen. Con todo, hay que matizar esta afirmación por cuanto la inmigración no es un fenómeno exclusivamente laboral. En efecto, los datos oficiales demuestran que una parte importante de los extranjeros (al menos una quinta parte) no se encuentran dentro de la franja de edad potencialmente activa.⁹¹ A ello, debe añadirse que los puestos de trabajo que vienen a ocupar los inmigrantes no son tanto los

89. Vid. DOCE C 080 de 18/03/1996, p. 0002 a 0004.

90. Vid. COM (2000) 379 final, de 28 de junio de 2000.

91. Vid. BRANCÓS COLL, I.; DOMINGO VALLS, A., “Migracions de reemplaçament o complementàries?”, en *Quaderns de Serveis Socials* 17, Ed. Diputació de Barcelona, Barcelona, 2000. En la p. 21 estos autores señalan que: “Tampoco actualmente no se puede hablar de una inmigración hacia España exclusivamente de trabajadores. Según datos del Ministerio del Interior, el 31-12-1998 el número de personas con permiso de residencia en vigor ascendía a 719.647, de los cuales 77.036 eran menores de 16 años (10,07%) y 69.273 mayores de 64 años (9,6%), por lo cual la población en edad laboral de 16 a 64 años era de 573.338 personas (79,7%). De este último grupo 300.087 se encontraban acogidos al régimen comunitario y 273.251 al régimen general. En otras palabras, una quinta parte de la población de nacionalidad extranjera con permiso de resi-

dencia en vigor en España no se encuentra dentro de la franja de edad potencialmente activa.” Según el Informe del Eurostat “La situación social en la Unión Europea 2002- Resumen” (consultable en la siguiente dirección electrónica < <http://europa.eu.int/comm/eurostat/> >): “Las tasas de participación en el mercado de trabajo varían considerablemente de una categoría de migrantes a otra. Los ciudadanos comunitarios que viven en otro Estado miembro y los trabajadores originarios de los países candidatos de Europa Central y Oriental presentan tasas iguales o superiores a la media comunitaria. Otros grupos de emigrantes registran tasas de empleo mucho más bajas, especialmente las mujeres procedentes de África del norte y Turquía. En la categoría de edad de 15 a 24 años, la tasa media de desempleo es del 16 % entre los ciudadanos de la UE, el 15 % entre los ciudadanos turcos, el 14 % entre los ciudadanos de los otros doce países candidatos y el 21% entre los nacionales de otros.”

misimos que ocupa la población autóctona, sino que se trata fundamentalmente de sectores con los mercados de trabajo segmentados, los denominados “nichos laborales”.⁹² Por tanto, frente a la creencia extendida de que los inmigrantes vienen a compensar los efectos de la disminución de las bajas tasas de natalidad, reemplazando a la población de origen, en realidad parece que se trata de ocupar una serie de trabajos que son rechazados por la población autóctona, por lo que vienen a complementar la segmentación del mercado laboral.⁹³

El ámbito laboral es además propicio a que se produzcan situaciones de discriminación tanto en el acceso como en las condiciones de trabajo.⁹⁴ Hay que señalar que la cláusula del artículo 23 de la LODYLE establece que constituyen actos discriminatorios: todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten, entre otros, el acceso al trabajo, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

Las entidades locales pueden tener un papel fundamental en conseguir la inserción sociolaboral de los inmigrantes. En esta línea deben destacarse diversas iniciativas como el Proyecto INSER-IM de la Diputación de Barcelona⁹⁵ o el proyecto en el ámbito de la iniciativa comunitaria Integra que se denomina Integra-Rainbow. Este último proyecto se ha basado en los siguientes objetivos: a) aumentar el grado de inserción laboral y social; b) normalizar el acceso al mercado de trabajo y la promoción del empleo; c) incidir en un cambio en la percepción negativa y prejuicios que manifiesta la población de acogida, y d) crear un centro de referencia para temas relacionados con la diversidad cultural y la formación de las personas inmigrantes.

1. Ciudadanos extranjeros que ejercen una actividad laboral o profesional sin el correspondiente permiso o autorización

La realización de una actividad profesional por un extranjero sin el correspondiente permiso de trabajo

por cuenta propia da lugar a una infracción administrativa prevista en la LODYLE. Ahora bien, cabe distinguir en estos casos si se tiene, o no, permiso de residencia válido. En el caso de que se carezca de dicho permiso de residencia se incurre en una infracción de carácter muy grave que puede dar lugar a la expulsión de territorio español [artículo 53.b) de la LODYLE]. Sin embargo, si se tiene permiso de residencia constituye una infracción leve [artículo 52.c) de la LODYLE]. Cabe señalar que si bien la comisión de tres infracciones leves en un año constituye a su vez una infracción grave, ésta no es merecedora, a su vez, de expulsión administrativa, sino de una sanción económica.

En cambio, la realización de una actividad laboral por un extranjero sin la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar únicamente constituirá infracción administrativa cuando se carezca de autorización de residencia válida [artículo 53.b) de la LODYLE]. Dicha infracción puede ser sancionada también con la medida de expulsión.

La contratación de inmigrantes que no tengan los correspondientes permisos de residencia y de trabajo no implica, sin embargo, que el empresario pueda beneficiarse de esta situación alegando esta situación irregular para incumplir sus obligaciones laborales.⁹⁶ En el artículo 36.3 de la LODYLE se viene a indicar que “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero”. Este precepto supone un cambio respecto a la legislación anterior, en base a la cual la jurisprudencia entendía que un contrato sin permiso de trabajo era un negocio jurídico concluido contra la prohibición expresa de la ley y, por ello, merecedor de la calificación de nulo. Ahora, con la legislación vigente (artículo 36.3 de la LODYLE)⁹⁷ se aseguran los derechos laborales del trabajador inmi-

92 Vid. BRANCÓS COLL, I.; DOMINGO VALLS, A., “Migracions de reemplaçament o complementàries?”, *op. cit.*

93. Según el Informe del Eurostat “La situación social en la Unión Europea 2002- Resumen” (consultable en la siguiente dirección electrónica < <http://europa.eu.int/comm/eurostat/> >): Pese a que la inmigración suele ser considerada un factor de flexibilidad en el mercado de trabajo, no podemos pasar por alto el riesgo de segregación que entraña la excesiva representación de nacionales de terceros países en los empleos peor remunerados. La gran mayoría de los asalariados procedentes de terceros países ocupan empleos poco cualificados y escasamente remunerados. Las trabajadoras migrantes tienden a trabajar en el sector de la hostelería y la restauración y en el del servicio doméstico. Esta situación no se explica únicamente por el bajo nivel de cualificación de los ciudadanos de terceros países. Los trabajadores procedentes de los países de Europa Central y Oriental tienden a ocupar empleos que requieren capacidades inferiores a su nivel formal de cualificación. La vulnerabilidad de los migrantes a la discriminación, la explotación y los abusos se ve a menudo exacerbada por las dificultades lingüísticas, la falta de familiaridad con las costumbres y la cultura locales y el escaso desarrollo de las redes sociales. Existen ya, sin embargo, ciertas iniciativas—por ejemplo, los mediadores interculturales— que pretenden mejorar la accesibilidad de los inmigrantes a los lugares de trabajo o a los servicios sociales y de salud.

94. Vid. “Inser-Im. Un projecte per a la inserció sociolaboral dels immigrants magribins” en *Quaderns del Fons Social Europeu* 8, Ed. Diputació de Barcelona, 2000, p. 23: “La discriminación que sufren los inmigrantes se manifiesta tanto en el acceso como en las condiciones de trabajo: economía sumergida, contratación precaria, sin acceso a la formación y a la promoción. Los mismos inmigrantes, por razones de urgencia económica, no tienen la posibilidad de exigir las condiciones que corresponden a sus derechos y se conforman con aceptar las condiciones que se les asignan: horas de trabajo superiores a las previstas, remuneración inferior, temporalidad e incerteza. Estas condiciones se agravan más en relación con la vivienda, cuando se añaden manifestaciones de rechazo cultural o de racismo.”

95. Vid. “Inser-Im. Un projecte per a la inserció sociolaboral dels immigrants magribins” en *Quaderns del Fons Social Europeu* 8, Ed. Diputació de Barcelona, 2000.

96. Sobre los efectos de la falta de autorización administrativa para trabajar vid. CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000. Con todo debe tenerse en cuenta que este estudio se enmarca durante la vigencia de la LO 4/2000 y antes de la modificación de la LO 8/2000.

97. Según la STSJ de Catalunya (Sala de lo Social) de 14 de mayo de 2002 (*La Ley* 5494), este precepto “ha de entenderse en el sentido de que ha querido

grante en el sentido de poder exigir al empleador el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la prestación de servicios por cuenta ajena.

En cualquier caso, la existencia de una economía sumergida puede ser una de las causas que favorezca la inmigración ilegal. En la medida que se proceda a contratar de hecho a un inmigrante, pese a no contar con los preceptivos permisos de residencia y de trabajo, se propiciará que nuevas personas de nacionalidad extranjera intenten acceder de forma ilegal al mercado de trabajo. Por ello, cobra gran importancia la actuación de las diversas administraciones implicadas, bien sea corrigiendo estas situaciones patológicas a través de la inspección laboral, bien sea a través de programas de inserción laboral que den toda la información necesaria para acceder, desde la legalidad, al mercado de trabajo.

2. Ciudadanos extranjeros que ejercen una actividad profesional, económica o laboral con el correspondiente permiso o autorización

2.1. Ciudadanos extranjeros que ejercen una actividad profesional

Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión del permiso se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen, para la correspondiente profesión.

2.2. Ciudadanos extranjeros que ejercen una actividad económica

Cuando estas personas quieran realizar actividades económicas por cuenta propia en calidad de comerciante, industrial, agricultor o artesano deberán obtener el correspondiente permiso de trabajo. La LODYLE exige tanto acreditar haber solicitado la autorización administrativa correspondiente cuando proceda para ejercer la actividad, así como cumplir los requisitos legales para ejercer dicha actividad. Es decir, se advierte que el permiso de trabajo por cuenta propia no supe a las demás autorizaciones o requisitos, sino que, al contrario, éstos son un presupuesto para su concesión. La ley no establece, en cambio, los criterios que deben presidir el otorgamiento o la denegación del permiso de trabajo por cuen-

ta propia, por lo que se está dejando un amplísimo margen de discrecionalidad a la Administración. Este margen contrasta con la regulación de los requisitos que para este permiso establecía la LO 7/1985 según los cuales la Administración debía apreciar que la "concesión implique la creación de nuevos puestos de trabajo para españoles o signifique la inversión o aportación de bienes susceptibles de promover el empleo nacional o de mejorar las condiciones en que se presenten" (artículo 18.2).

Las entidades locales tendrán un papel relevante en el ejercicio de actividades económicas por los extranjeros en lo que se refiere al otorgamiento de la correspondiente licencia o autorización para el ejercicio de la actividad. Así, como debe destacarse las competencias que se atribuyen a los ayuntamientos en materia de venta ambulante. Corresponderá a los órganos municipales el control de que esta actividad se realice con el correspondiente permiso de trabajo.

2.3. Ciudadanos extranjeros que ejercen una actividad por cuenta ajena

Para conseguir una autorización de trabajo por cuenta ajena, la legislación ha venido estableciendo, esencialmente, una doble vía de acceso: de una parte, la que podríamos denominar el "régimen general" consistente en que un extranjero presenta una solicitud que es examinada de forma aislada, la cual no está sometida a ningún tipo de limitación numérica, si bien está subordinada, caso por caso, a la situación nacional del empleo y al cumplimiento de los requisitos establecidos por la legislación; de otra, la vía del contingente, que, como hemos visto anteriormente, supone un número limitado de autorizaciones, que son determinadas previamente por un acuerdo del Gobierno respondiendo a las necesidades de mano de obra.⁹⁸

Hasta ahora el contingente se venía utilizando, en la práctica, como un medio de regularización encubierta para dar salida a las bolsas de inmigrantes en situación irregular que permanecían en nuestro país en situación de precariedad. Con la modificación de la LODYLE por la LO 8/2000 se ha producido un cambio de concepción donde el principio fundamental gira en torno a la contratación en origen de los trabajadores extranjeros y va dirigido exclusivamente a los extranjeros que no se encuentren ni sean residentes en territorio español. Estos cambios se han llevado hasta sus últimas consecuencias con la aprobación del contingente para el 2002⁹⁹ donde,

dejar a salvo los derechos laborales del trabajador extranjero para que pueda exigir de su empleador el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier prestación de servicios por cuenta ajena con arreglo al ET 1995, incluidas, por tanto, las derivadas de la decisión extintiva unilateral en que el despido consiste. Esta interpretación es coincidente con la realidad social y la finalidad de la norma y permite concluir que el legislador ha pretendido lograr la protección del trabajador extranjero perjudicado por la realidad social, como demuestra la continúa utilización de contrataciones irregulares que aprovecha la situación de falta de regularización para eludir las obligaciones inherentes al

contrato de trabajo. Se aseguran así los derechos laborales del trabajador y, junto a las responsabilidades penales y administrativas ya existentes en la normativa anterior, se añaden ahora las de carácter laboral."

98. Sobre la figura del contingente me remito a un estudio que he realizado: "El control administrativo de la inmigración laboral a través de la contratación en origen: el contingente de autorizaciones de trabajo para extranjeros no comunitarios", en *Revista Jurídica de Catalunya* 4-2002.

99. Vid. el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2002 (BOE 58, de 8 de marzo de 2002).

bajo la fórmula “conurrencia de procedimientos” se procede a no admitir sistemáticamente las solicitudes de ofertas nominativas de trabajo. Este cambio brusco ha comportado que el acuerdo por el que se aprueba el contingente fuera impugnado ante el Tribunal Supremo por diversas organizaciones y entidades.¹⁰⁰

3. Ciudadanos extranjeros que pueden acceder a puestos de trabajo en la Administración local

Si en los apartados anteriores se han estudiado las situaciones de los extranjeros desde su perspectiva de acceso al ejercicio de actividades económicas, profesionales y laborales, en este apartado se estudia específicamente la posibilidad de acceder a puestos de trabajo en la misma Administración local. Al respecto, cabe señalar que el acceso a la función pública cabe reservarlo, con determinadas limitaciones, a los ciudadanos de la Unión Europea y a aquellos que por virtud de acuerdos internacionales gozan de una situación equiparable, según hemos visto con anterioridad. Por su parte, los extranjeros residentes pueden acceder en igualdad de condiciones que los comunitarios y equiparados como personal laboral al servicio de las administraciones públicas. Y finalmente, debemos señalar que la legislación prevé unas determinadas excepciones a la autorización de trabajo que permiten a las administraciones locales contratar a determinados extranjeros sin necesidad de obtener dicha autorización.

3.1. Ciudadanos extranjeros comunitarios y equiparados

La libre circulación de trabajadores, que es aplicable plenamente desde el 1 de enero de 1992 para los ciudadanos comunitarios, plantea en qué medida pueden éstos acceder a los puestos de trabajo de la Administración pública. Según el artículo 39.4 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, las disposiciones del presente artículo, en cuanto regula esta libertad de circulación, no serán aplicables a los empleos en la Administración pública. Sin embargo, la jurisprudencia del TJCE ha realizado una interpretación restrictiva de este precepto en el sentido que los ciudadanos comunitarios únicamente no podrán acceder a aquellos puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las administraciones públicas,¹⁰¹ por cuanto estos puestos quedan reservados a los funcionarios con la nacionalidad del correspondiente

Estado miembro.¹⁰² Se trata, por tanto, de un criterio de tipo funcional y de carácter casuístico por el cual se excluye el acceso a los ciudadanos comunitarios en función del tipo de actividad a realizar.

El artículo 1.2 de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre acceso a determinados sectores de la función pública de los demás estados miembros de la Comunidad Europea, prevé que el Gobierno o, en su caso, los órganos de las correspondientes comunidades autónomas o de las demás administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, determinarán los cuerpos, las escalas, las plazas o los empleos de los sectores antes citados a los que podrán acceder los nacionales de los demás estados miembros. Por tanto, la Administración local deberá establecer dentro del marco legislativo en materia de función pública aquellos puestos de trabajo que puedan ser ocupados por ciudadanos extranjeros comunitarios y equiparados.

3.2. Ciudadanos residentes en España

De acuerdo con el artículo 10.2 de la LODYLE, los extranjeros residentes en España podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

3.3. Ciudadanos extranjeros exceptuados de la autorización de trabajo

Entre las excepciones que la LODYLE establece respecto a la exigencia de la autorización de trabajo encontramos a “los técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados por el Estado, las Comunidades Autónomas o los entes locales”.

También hay que señalar que la LODYLE permite a las administraciones públicas contratar para “ejercer actividades remuneradas a tiempo parcial o de duración determinada” a extranjeros admitidos con fines de estudio “en la medida que ello no limite la prosecución de los estudios, y en los términos que reglamentariamente se determinen”.

D) Criterio de la condición personal y familiar

Las situaciones jurídicas de los extranjeros no sólo vienen determinadas por razón de su nacionalidad o bien

100. El texto de estos recursos pueden consultarse en la siguiente dirección electrónica <<http://www.reicaz.es/extranjeria/>>.

101. Entre otras, vid. las STJCEE de 12 de febrero de 1974 (Sotgiu c. Deutsche Bundespost); de 17 de diciembre de 1980 (Comisión c. Reino de Bélgica), de 3 de junio de 1986 (Comisión c. República Francesa), de 3 de julio de 1986 (Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg), de 16 de junio de 1987 (Consiglio Nazionale delle Ricerche, de 28 de noviembre de 1989 (Groener c.

The Minister for Education and the City of Dublin Vocational Committee), de 23 de febrero de 1994 (Scholz).

102. Por todos y sobre el tema Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, 2.ª ed., Madrid: Ed. Tecnos, 1997; OLESTI, A. (dir.); HUICI, L.; ÁLVAREZ, M., *La lliure circulació de treballadors a la Unió Europea i l'exclusió dels llocs de treball a l'Administració pública catalana*, Barcelona: Ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2001.

por el cumplimiento, o no, de los requisitos establecidos por la legislación de extranjería, ya sea para su permanencia en territorio español, ya sea para el ejercicio de actividades económicas, profesionales y laborales. De esta forma, las circunstancias personales y familiares de los extranjeros comportan, en determinadas ocasiones, unas situaciones específicas a las que el ordenamiento jurídico debe dar respuesta. Un lugar destacado cobra el derecho a la reagrupación familiar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo, se conecta con el derecho al respeto a la vida privada y familiar, recogido en el artículo 8 del Convenio para la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.¹⁰³

Las entidades locales pueden jugar un papel muy importante en la efectividad de este derecho a la reagrupación familiar en cuanto, al solicitarse el permiso de residencia, el reagrupante debe justificar, entre otros requisitos, “la acreditación de disponibilidad de una vivienda suficiente para el reagrupante y su familia” [artículo 44.4.d)]. Para ello, deberá aportarse un informe expedido por la corporación local, del que se establece un contenido mínimo,¹⁰⁴ a fin de acreditar que “dispone de un alojamiento adecuado para subvenir a sus propias necesidades de vivienda en la zona de residencia de la reagrupante, teniendo en cuenta el número de miembros de la familia”.¹⁰⁵ A efectos de potenciar la colaboración interadministrativa, se prevé la firma de convenios entre la Administración general del Estado y las entidades locales que así lo decidan.

Alternativamente al informe municipal, el reagrupante puede acreditarlo también a través de un acta notarial, si bien ello supone un coste que desde la perspectiva del inmigrante puede ser excesivamente costoso. Por ello, algunos autores se muestran críticos con esta normativa en su aplicación práctica por las corporaciones locales.¹⁰⁶ En cualquier caso, las corporaciones locales tienen la obligación de expedir estos informes a solicitud de la persona que esté interesada a solicitar la reagrupación familiar para que procedan a la inspección pertinente. Por lo que respecta a los títulos que justifiquen la posesión de la vivienda puede pensarse en la

aplicación de las mismas consideraciones que proceden en los casos de inscripción en el padrón municipal y que examinaremos en la segunda parte de este estudio.

Asimismo, la Administración municipal también puede intervenir respecto a la obtención por parte del cónyuge reagrupado de un permiso de residencia independiente. Este permiso independiente será posible bien cuando obtenga una autorización para trabajar o, para los efectos que nos interesa, cuando acredite haber vivido en España con el cónyuge reagrupante durante dos años, mediante certificado de empadronamiento o de inscripción consular, o por cualquier medio de prueba admisible en derecho que, de forma efectiva, evidencie la continuidad de dicha permanencia en España.

También debe destacarse la situación de los menores extranjeros, en cuanto la legislación prevé una normativa dirigida específicamente a la protección de sus derechos. Las autoridades deben hacer efectivo su derecho al reagrupamiento familiar y, por tanto, llevarlos a sus países de origen con sus familiares, tras el cumplimiento de los trámites pertinentes. Ahora bien, ello no siempre resulta posible por diversas causas: imposibilidad de identificarlos, porque no hay nadie que pueda identificarlos, etc. En estas ocasiones, los servicios competentes en materia de protección de menores deberán hacerse cargo de los mismos. Fundamentalmente, las competencias que tienen atribuidas las entidades locales hacen referencia a la prestación de la asistencia primaria y a la colaboración en la ejecución de las medidas dictadas por la autoridad judicial. También debe ponerse énfasis en la necesaria colaboración entre las diversas administraciones públicas implicadas para dar respuesta a las necesidades que plantean los menores extranjeros.¹⁰⁷

1. Por razón de la edad: los menores extranjeros

Los extranjeros menores pueden encontrarse, fundamentalmente, en diversos tipos de situaciones, especialmente en atención a si vienen o no acompañados por alguna persona que se responsabilice de ellos. La situación de abandono (cuando se encuentran no

103. Según este artículo 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

104. Este contenido mínimo será el siguiente: título que habilite la ocupación de la vivienda, número de habitaciones o dependencias en que se distribuye la vivienda, uso al que se destinan cada una de ellas, número de personas que la habitan y condiciones de equipamiento de las mismas, en particular las relativas a la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagüe.

105. Esta norma no supone una novedad ya se recogía en Orden de 8 enero 1999 por la que se establecen las normas generales y de tramitación de los

expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar, en desarrollo del Reglamento de ejecución. En cualquier caso, debe valorarse positivamente que haya sido acogida en una normativa de mayor rango y junto a las demás normas generales de extranjería.

106. Así se ha señalado lo siguiente: “Dicha regulación ha de encaminarse con notable escepticismo y dudas de su aplicación práctica en lo que se refiere a las tareas encomendadas a la Corporación Local, la mera declaración existente en el reglamento refiriéndose a futuros convenios suscritos entre Administración del Estado y Corporaciones Locales nos llevan a reafirmar que, con toda seguridad, la redacción del citado Informe revestirá la forma de acta notarial con el coste económico que para el reagrupante supone”. Vid. GONZÁLEZ LÓPEZ, R., “Régimen jurídico de la reagrupación familiar tras la entrada en vigor del Real Decreto 864/2001 que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por LO 8/2000”, en *Revista de extranjería* 11 (consultable en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.reicaz.es/extranjeria>>).

acompañados) puede producirse ya desde el mismo momento en que cruza la frontera, habitualmente de forma ilegal, pero también resulta posible que el menor entre en territorio español acompañado pero que posteriormente sea abandonado por la persona. O también, puede darse el supuesto en que el menor haya nacido en territorio español de padres extranjeros y después haya sido abandonado por sus padres.

Cabe señalar que la condición de extranjero menor de edad confiere una serie de derechos de acuerdo con las previsiones establecidas en la LODYLE. Así, todos los menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas (artículo 9.1). Por lo que se refiere a la educación infantil, que tiene carácter voluntario, se establece que las administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite. También los menores de edad tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (artículo 12.3).

1.1. Extranjeros menores de edad en situación de desamparo

Existe situación de desamparo, de acuerdo con el artículo 172 del Código civil, cuando aquella se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Resulta frecuente la aparición de menores extranjeros que marchan de sus países de origen hacia España con la esperanza de encontrar un trabajo con el cual poder ayudar a sus familiares. La realidad que se encuentran es bien distinta por cuanto la normativa española establece para la protección de los menores la edad mínima de dieciséis años para trabajar (artículo 36.1 de la LODYLE). Esta exigencia es coherente con la establecida para las personas de nacionalidad española en el Estatuto de los

Trabajadores. Norma, por tanto, que debe considerarse de orden público, a los efectos del artículo 12.3 del CC, por lo que impedirá la aplicación de la ley personal del extranjero aun cuando ésta posibilitara trabajar a una edad más temprana.

Ante la imposibilidad de ser contratados legalmente, muchos de estos menores deambulan por las calles de las poblaciones españolas, sobreviviendo de cualquier manera y abocándose a la marginalidad e incluso a la delincuencia.

A ello hay que añadir que por su especial situación de vulnerabilidad, en determinadas ocasiones, pueden haber sido objeto de abusos por parte de las autoridades competentes.¹⁰⁸ Por este motivo se requiere no tan sólo un marco jurídico preciso, sino los mecanismos jurídicos necesarios tanto para corregir las situaciones patológicas, como para que se hagan efectivas las medidas de protección a estos menores.¹⁰⁹

En el ámbito comunitario encontramos algunas resoluciones que se han preocupado de establecer unos principios a seguir respecto a estos menores.¹¹⁰ Por lo que respecta al ordenamiento interno español es fundamentalmente el RELODYLE en sus artículos 62 y 63 a la problemática específica de los menores no acompañados. En estos preceptos se establece la obligación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de informar a los servicios de protección de menores. Por tanto, las corporaciones locales pueden y deben tener un papel relevante en la detección de estos menores para ponerlos a disposición de los servicios competentes,¹¹¹ normalmente de carácter autonómico.

1.2. Extranjeros menores de edad en situación de riesgo

La LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, contempla como diversa de la situación de desamparo la que denomina situación de riesgo. Ésta se caracteriza por la existencia de factores que perjudican el desarrollo personal o social del menor, pero que no requieren la asunción inmediata de tutela. La actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que les asisten al menor y prestar atención los factores de

107. Así por ejemplo cabe mencionar el Acuerdo de coordinación y compromiso para mejorar la respuesta interinstitucional al problema social de la inmigración de menores y jóvenes indocumentados en situación de alto riesgo social firmado el 9 de marzo de 1999 entre los departamentos de Justicia y de Gobernación de la Generalitat de Catalunya, la Delegación del Gobierno del Estado, los ayuntamientos de Barcelona y de Santa Coloma de Gramenet y Fiscalía. Posteriormente se firmó el convenio para dar operatividad al acuerdo político con la correspondiente aplicación presupuestaria por parte de la Generalidad. Vid. ESTEVE I ORTEGA, E.; FUSTIER I GARCIA, N.; VILLENA CORDOBA, N., "Els menors estrangers indocumentats no acompanyats (MEINA) a Santa Coloma de Gramenet", en *Quaderns de Serveis Socials* 17, Barcelona: Ed. Diputació de Barcelona, 2000, p. 92-93.

108. Vid. "España y Marruecos. Callejón sin salida: Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños inmigrantes" Informe elaborado por *Human Rights watch*, mayo de 2002, vol. 14, n.º 4 (D), publica-

do en Revista de Extranjería 11 (consultable en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.reicaz.es/extranjeria>>).

109. En el *Informe al Parlament de 2001* Síndic de Greuges de Catalunya se señalaban las siguientes sugerencias realizadas al Departamento de Justicia autonómico: a) necesidad de asumir la tutela automática de estos menores nada más llegar a nuestro país; b) impulsar una mayor agilidad en la obtención de su documentación personal; c) el diseño de un modelo específico de atención a estos menores con la previsión de más plazas en los centros residenciales de acción educativa, especialmente en los de educación intensiva, y d) la creación de un centro como albergue con normativa flexible pero con un régimen interno que comporte una intencionalidad educativa y dotado del personal necesario y preparado para cumplir su objetivo.

110. En este ámbito podemos destacar la Resolución del Consejo, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOCE n.º C 221 de 19 de julio 1997).

riesgo y de dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y de la familia.

Las entidades locales en cuanto detecten bien a través de sus servicios sociales o asistenciales, bien a través de sus policías locales, la existencia de esta situación de riesgo deberán ponerla inmediatamente en conocimiento de los órganos competentes, normalmente en el ámbito autonómico. Ante estos casos, corresponde a la entidad pública en materia de protección de menores poner en marcha las actuaciones pertinentes para reducir la situación de riesgo y realizar el seguimiento de la evolución del menor en la familia.

1.3. Extranjeros menores de edad acompañados

Los menores pueden venir acompañados por sus padres o tutores, así como por alguna persona que no tenga legalmente atribuida su guardia y custodia, sino que sea un mero guardador de hecho (que probablemente sea un familiar o alguna persona de su entorno en atención a los usos y costumbres de su país de origen).¹¹²

En estos casos el interés del menor será fundamentalmente el de estar con sus padres y, por tanto, deben predominar sus relaciones de carácter familiar. De esta forma, si se dicta una orden de expulsión de devolución o de retorno respecto a sus padres o tutores, deberá producirse también la salida del menor.

1.4. Extranjeros menores de edad que se acogen a programas de desplazamiento temporal

Los menores extranjeros pueden venir a España a través de programas promovidos y financiados bien por administraciones públicas, entre ellas los entes locales, bien por asociaciones sin ánimo de lucro, bien por fundaciones. En tales supuestos, que se prevén en el artículo 63 del RELODYLE, se trata de casos en que por razones humanitarias se realizan estancias temporales con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute médico.

Los requisitos son que haya expreso consentimiento de las personas que ostenten la patria potestad o tutela, así como una serie de informes: con carácter previo y favorable del subdelegado del Gobierno o del delegado del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales, así como de los órganos competentes autonómicos en materia de protección de menores (en este último caso ha de ser emitido a iniciativa de los promotores del programa).

2. Por razón del parentesco: familiares de ciudadanos comunitarios y de extranjeros residentes

El criterio del parentesco puede, en determinados casos, ser relevante jurídicamente como consecuencia del derecho a la reagrupación familiar. En el caso de los familiares de ciudadano comunitario comporta, además, un régimen privilegiado al hacerse extensible a éstos determinados aspectos del derecho comunitario.

2.1. Ciudadanos no comunitarios que son familiares de un ciudadano de la Unión Europea

El derecho comunitario ha venido reconociendo una situación privilegiada a los extranjeros que son familiares de un ciudadano de la Unión Europea.¹¹² Estos familiares están formados por el cónyuge, los descendientes menores de veintiún años y los ascendientes que estén a su cargo. A estos familiares les será, por tanto, de aplicación el RD 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembros de las comunidades europeas, tal como declara el artículo 2 de esta normativa.

Se trata de un derecho de naturaleza derivada en cuanto que los familiares tienen este estatus jurídico porque el titular del derecho originario es el ciudadano comunitario con el cual están vinculados.¹¹⁴ Y cabe señalar que esta situación existe mientras se mantenga el vínculo familiar. En este último sentido, cabe poner de relieve que la jurisprudencia comunitaria (STJCEE de 13 de febrero de 1985, asunto 267/83 Diatta v. Land Berlin)

111. Así viene sucediendo en determinados municipios como es el caso de Santa Coloma de Gramenet: "Desde el mes de enero de 1998 se fue detectando, a través de la observación de los profesionales de los servicios sociales, de la policía local y de vecinos de Santa Coloma, la presencia en la ciudad de grupos de niños menores de edad de origen magrebí sin documentación ni referencias familiares, que se concentraban sobre todo en los barrios del Raval y de Fondo. Se trataba de un grupo de adolescentes las edades de los cuáles estarían comprendidas entre los catorce y dieciocho años."

112. Así, quizás podría aludirse a la figura de la *kafala*, prevista en la Charia (Ley islámica), que establece una obligación de tipo personal de hacerse cargo del menor para atender a sus necesidades y manutención. Cabe advertir, sin embargo, que no implica un vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados, por lo que no supone una alteración del estado civil.

113. Vid. la siguiente normativa: Directiva 64/221, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas; Directiva 68/360, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad; Directiva 73/148, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al des-

plazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios; Directiva 75/34, de 17 de diciembre de 1974, relativa al derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia; Directiva 75/35, de 17 de diciembre de 1974, por la que se extiende el campo de aplicación de la Directiva 64/221 para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública, a los nacionales de cualquier Estado miembro que ejerza el derecho de permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad asalariada; Directiva 77/486, relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes; Directiva 90/364, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia; Directiva 90/365, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional; Directiva 90/366, de 28 de junio de 1990, relativo al derecho de residencia de los estudiantes.

114. Vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba: Ed. Universidad de Córdoba y Junta de Andalucía, 2001, p. 156.

ha señalado respecto al cónyuge, que esta situación se sigue manteniendo hasta que el divorcio no sea declarado por la autoridad competente, pese a que exista una situación fáctica o jurídica de separación.

Un ejemplo relevante de la trascendencia de este estatus jurídico se constata en el hecho que la Comisión Europea ha abierto, en junio de 2002, un procedimiento de infracción contra el Estado español por impedir la libre circulación de ciudadanos a dos personas de países terceros casados con ciudadanos comunitarios.¹¹⁵ Este caso se refiere a dos ciudadanos extracomunitarios cuyos cónyuges son respectivamente ciudadanos comunitarios (de la República de Irlanda y del Reino Unido) y que no fueron admitidos por el Estado español basándose en estar incluidos en el Sistema de Información de Schengen. La Comisión considera que se han violado las garantías de estos extranjeros familiares de ciudadanos comunitarios, en cuanto, únicamente, se les puede denegar la entrada en el caso que supongan una amenaza grave y actual para el orden público.

2.2. Ciudadanos no comunitarios que son familiares de ciudadanos extranjeros residentes

Algunos familiares de los ciudadanos extranjeros residentes pueden acceder al derecho de reagrupación familiar que se regula en el artículo 17 de la LODYLE. Estos familiares son los siguientes: a) el cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley; b) los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la ley española o su ley personal y no se encuentren casados; c) los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal, y d) los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Por lo que se refiere a las relaciones maritales, cabe señalar que no será posible el reagrupar más de un cónyuge en el caso que lo permita la ley personal del extranjero, ya que se trata de una excepción de orden público del ordenamiento jurídico español. En caso de reagrupación del cónyuge el artículo 44.4.e) del RELODYLE establece entre la documentación necesaria una declaración firmada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge. Se plantea, también, en qué medida es posible reagrupar a la pareja de hecho. Si bien la legislación habla literalmente de "cónyuge", cabe advertir que la jurisprudencia viene a señalar, desde una inter-

pretación finalista, que no cabe hacer distinciones cuando se trata de aspectos relacionadas con la situación de afecto y de convivencia de la pareja.

Por lo que respecta a las relaciones de filiación pueden darse algunas singularidades. Así, encontramos el supuesto en que el hijo lo sea de uno sólo de los cónyuges. En estos casos, se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. Por lo que se refiere a los hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.

III. Conclusión y valoración general

Este trabajo ha querido ofrecer un primer balance de la aplicación del marco jurídico de la inmigración en el ámbito de las administraciones locales. Estas administraciones son las más próximas a los destinatarios de las políticas de integración y, por ello, son aquellas a las que principalmente acuden los inmigrantes. Paradójicamente, estas administraciones son las que tienen menos recursos económicos y materiales para atender debidamente a este colectivo de personas. Además de esta circunstancia fáctica o meramente posicional, tanto la legislación estatal como la autonómica atribuyen diversas competencias a los entes locales que están estrechamente interrelacionadas con la extranjería y la inmigración. El éxito o fracaso de la legislación estatal y autonómica se mide, en gran medida, a través de su aplicación por las administraciones locales.

El fenómeno de la inmigración incide en diversos ámbitos en los que interviene la Administración local. Se trata, fundamentalmente, de que las entidades locales normalicen a los extranjeros el acceso a los servicios municipales. Del examen de las diversas quejas planteadas ante los *ombudsmen* autonómicos se constata todavía un alto grado de improvisación en la aplicación de las políticas de integración, pese a la voluntad decidida de las administraciones públicas, y entre ellas singularmente las administraciones locales, de llevarlas a cabo. Desde este punto de vista resulta necesario reforzar los mecanismos interadministrativos de colaboración y de cooperación para evitar situaciones como las de los inmigrantes subsaharianos de la plaza de Catalunya de Barcelona. Asimismo, los flujos internos de la inmigración comporta la necesidad de reforzar los mecanismos de información interadministrativa al efecto que las administraciones públicas afectadas puedan prever adecuadamente los recursos para que los servicios municipales puedan atender debidamente a estos colectivos. Se constata también la diversidad de necesidades que tienen los entes locales ante el fenómeno de la inmigración.

115. Vid. la noticia aparecida en el diario *El País*, de 28 de junio de 2002.

Las diversas categorías de ciudadanos confieren una multiplicidad de regímenes jurídicos que fundamentalmente giran en torno a la condición de beneficiario o no del derecho comunitario. Esta categoría, que es más amplia que la de ciudadano comunitario, incluye también a una serie de extranjeros de terceros países que tienen una posición privilegiada, como es la de ser familiar de un ciudadano de la Unión Europea o ser nacional de alguno de los países que pertenecen a la Asociación Europea de Libre Comercio (AECL/EFTA). Además, se encuentran una serie de países que han firmado convenios de asociación y cooperación, fundamentalmente países que están en vías de incorporación, que contienen una serie de reglas que afectan a los ciudadanos de estos países que pretenden establecerse en el territorio de la Unión Europea.

La gran línea que se quiere establecer es aquella que separa la inmigración regular de la irregular. Cabe señalar que la imposibilidad, en muchas ocasiones, de ejecutar las medidas de expulsión a los extranjeros en situación irregular comporta abocarlos a la marginalidad y a la economía sumergida, cuando no a la delincuencia. Tal situación conlleva que los entes locales deban atender a una serie de personas que ni pueden ser expulsadas ni pueden regularizar su situación para acceder al mercado de trabajo, con el correspondiente coste que ello supone para los servicios sociales de los municipios. ■

El régimen jurídico de las subvenciones locales

I. Las subvenciones y la acción de fomento.

II. Concepto legal de subvención. Su naturaleza.

III. La subvención y otras formas de fomento. 1. Clasificación tradicional del fomento: A) Medios de fomento positivos o negativos, según cómo se actúe sobre la voluntad del fomentado. B) Por el tipo de ventaja que otorgan. 2. Otros instrumentos de fomento: A) Las ayudas. B) Los auxilios. C) Los incentivos. D) Cooperación y cofinanciación. E) Subvenciones y determinados beneficios fiscales. 3. Tipos de subvenciones: A) Por razón del beneficiario. B) Subvenciones paccionadas. C) Subvenciones nominativas, finalistas o específicas. D) Subvenciones-dotación, de explotación o de funcionamiento. E) Subvenciones condicionadas e incondicionadas. F) Subvenciones a fondo perdido. G) Subvenciones "a justificar".

IV. Régimen jurídico de las subvenciones. 1. Marco legal: A) Normas estatales. B) Algunas normas autonómicas. 2. Especial referencia al régimen comunitario de ayudas: A) Salvaguardia de la competencia. B) Ayudas admitidas. C) Intervención de la Comisión en el control. D) El juez nacional y el control de la adecuación de las ayudas estatales al derecho comunitario. 3. Diferentes formas de intervenir la Administración en el régimen de las subvenciones: A) Administración subvencionante. B) Administración beneficiaria. C) Administración gestora de subvenciones otorgadas por otra Administración. 4. Algunos aspectos concretos del régimen de subvenciones: A) Discrecionalidad, concurrencia competitiva, aspectos reglados. B) Motivación. C) Obligaciones derivadas del negocio subvencional. D) Revocación. E) Caducidad del expediente de revocación y prescripción. F) Algunos casos de devengo de intereses.

José Luis Requero Ibáñez
*Magistrado especialista de lo
contencioso-administrativo.
Vocal del Consejo General
del Poder Judicial*

I. Las subvenciones y la acción de fomento

Es clásico, en la tipología de la acción administrativa, hacer referencia a la acción de fomento. Se refiere el derecho administrativo de esta manera no tanto a uno de los fines de las administraciones públicas –que siempre es el deducible del artículo 103 *in fine* de la Constitución–, como a uno de los instrumentos para la consecución de ese fin constitucional. El fomento se configura, completando la acción de policía y la prestacional, como una de las técnicas de actuación administrativa.

No es ahora el momento de cuestionar la bondad de esa clásica distinción; sólo convendría dejar constancia de la no menos clásica definición del fomento como “la acción de la Administración dirigida a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o que se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”. Se entiende así que también se haga referencia en vez de al fomento, a la actividad de estímulo o de persuasión o también a la de dispensación de ayudas y recompensas.

La definición antes citada –de Jordana de Pozas– tiene un carácter negativo, en cuanto identifica el fomento, el estímulo o la persuasión atendiendo a su diferencia con la actividad de policía o coacción y con la prestacional. No obstante, tiene los siguientes elementos positivos:

–La actividad administrativa tiende, en todo caso, a la satisfacción de una necesidad pública.

–Esto se logra sin merma de la libertad de los administrados, que, estimulados por la Administración, cooperan voluntariamente con el expresado fin.

Como antes se dijo, al diferenciar la acción de fomento de las otras dos clases de actividad, el *quid* estaba más que en el fin público coincidente, en la técnica operativa empleada. De esta forma, Garrido Falla identifica el fomento como la actividad “dirigida a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público, protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen”; por su parte, Martínez López-Muñiz la define como “aquella actividad administrativa consistente en el otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados administrados –públicos o privados– con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que le son propias, ya realizadas o aún por desarrollar, quedando en este último caso afectadas a la realización”.

La acción de fomento constituye hoy día uno de los instrumentos de intervención del sector público en la economía, pues, esto es obvio, mediante el fomento de ciertas actividades en el sentido deseado por la Administración se encauza una iniciativa privada que de otro modo o bien no se daría cita o bien se abstendría;

sería, en definitiva, inédita. Su incidencia en el juego de la libre competencia es una de las más actuales cuestiones que suscita la acción de fomento, y tras la adhesión de España a la Unión Europea, la realidad de un marco subvencional según la normativa comunitaria es una realidad jurídica que cada día se hace presente tal y como veremos al abordar sucintamente el régimen de las “ayudas de Estado”.

Cabe sostener, además, que la acción de fomento ha ganado su definitiva carta de naturaleza tras la vigente Constitución. Baste analizar el Capítulo Tercero del Título I de la misma –“De los principios rectores de la política social y económica”– y en el que la expresión “fomento” se emplea expresamente (artículo 43.3), para advertir que en un Estado que se configura como social y democrático de derecho (artículo 1.1) bajo la forma de economía mixta (cf. Título II), otorga cobertura a la intervención del Estado en la vida social y económica, y uno de sus instrumentos será el fomento y sus diversos instrumentos de actuación.

De esta forma, no es ajeno al fomento que los poderes públicos tengan que proteger económicamente a la familia (artículo 39.1); que deban asentar las condiciones para el progreso social y económico (artículo 40.1), o el apoderamiento que ese Capítulo Tercero hace a los poderes públicos para realizar actos de promoción. Tampoco es ajeno al fomento la llamada constitucional a que los poderes públicos atiendan a la modernización y el desarrollo de los sectores económicos (artículo 130.1), que atienda especialmente a las zonas de montaña (artículo 130.2) o que pueda planificar la actividad económica en el sentido previsto en el artículo 131.1.

Esta ponencia se centrará en las subvenciones, lo que supone acotar la acción de fomento a una de sus instrumentos más señeros. Quiere esto decir que la tipología de técnicas de fomento es variada, de ahí que pueda ser preciso hacer una previa labor de discernimiento para diferenciar la técnica subvencional de otros tipos de medidas de fomento. Para esta labor, antes debe fijarse el concepto actual de subvención, y cuando digo “actual” quiero decir ante todo legal.

II. Concepto legal de subvención. Su naturaleza

Las definiciones normativas de subvención suelen identificar su concepto con la idea general de cualquier ventaja económica. De esta manera, el artículo 24 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, nos dio una primera definición de subvención al referirla a “cualquier auxilio directo o indirecto, valorable económicamente, a expensas de las Entidades Locales, que otorguen las Corporaciones, y, entre ellos, las becas, primas, premios y demás gastos de ayuda personal”, texto con el que coincide el artículo 224 de la Ley aragonesa 7/1999.

Más actual es la definición normativa que ofrece el artículo 118 del Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio, de la Generalidad catalana. Dice así el citado precepto, que la subvención “tiene por objeto la disposición gratuita de fondos públicos que las entidades locales o sus organismos autónomos otorguen a personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público [...]”. Esta definición es coincidente con la prevista en el artículo 1 de la Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona para el otorgamiento de subvenciones.

Siguiendo con el citado reglamento catalán, reciben el nombre de subvenciones impropias (artículo 120) aquellas que “no implica(n) desplazamiento o transmisión dineraria o patrimonial y consiste(n) en incentivos fiscales, exenciones o bonificaciones, avales en operaciones de crédito, anticipos reintegrables o créditos subvencionados u otros análogos”.

Otra definición legal es la del artículo 1 de la Ley 2/95, de 8 de marzo, de subvenciones de la Comunidad de Madrid, conforme a la cual (artículo 1.1) tiene consideración de subvención “todo desplazamiento patrimonial que tenga por objeto una entrega dineraria entre los distintos agentes de la Administración Pública de la Comunidad de Madrid, o de éstos a otras entidades públicas o privadas y a particulares que cumplan los siguientes requisitos [...]”. Y así se refiere a la ausencia de contraprestación por el beneficiario, afectación a un fin específico de utilidad pública o interés social y que se imponga la penalización del reintegro en caso de incumplirse su fin.

Por último, la resolución que aprueba el Plan Nacional de Contabilidad entiende por subvención “todo desplazamiento patrimonial que tiene por objeto una entrega dineraria o en especie entre los distintos agentes de las Administraciones Públicas, y de entre éstos a otras entidades públicas o privadas y a particulares, así como las realizadas por éstas a una Administración Pública, todas ellas sin contrapartida directa por parte de los entes beneficiarios; afectada a un fin, propósito, actividad o proyecto específico; con obligación por parte de destinatario de cumplir las condiciones y requisitos que se hubieran establecido o, en caso contrario, proceder a su reintegro”.

De estas definiciones legales, baste resaltar cómo con entera normalidad y por encima de quienes han cuestionado la vigencia de la acción de fomento, se habla de actividad o acción de fomento; a su vez, es punto común en todas ellas identificar la subvención con arreglo a los siguientes signos identificadores:

–La idea de transmisión o desplazamiento patrimonial.

–La ausencia de contraprestación, lo que hace que sea a fondo perdido.

–La afectación a un fin público, coincidente, claro está, con las prioridades públicas y la pluralidad de situaciones en cuanto al subvencionante y al beneficiario o subvencionado.

–El destinatario es antes que nada un particular, lo que es importante a la hora de discernir las subvenciones de fomento con las subvenciones-dotación o como instrumento de financiación de ciertos entes públicos.

Estas definiciones legales tienen su base en los trabajos doctrinales. Así, un autor que especialmente ha estudiado esta materia –Fernández Farreres– nos dice que la subvención es “una atribución patrimonial a fondo perdido de una Administración pública a favor de un particular, afectando inicialmente la prestación al desarrollo de una actividad del subvencionado”. De esta forma, niega que la subvención sea una suerte de donación, pues la identifica como un acto administrativo que genera una relación jurídica unilateral, de la que surge un derecho de crédito a favor del beneficiario frente a la Administración subvencionante. En este sentido, debe destacarse que el concepto de subvención englobaría no sólo el caso típico de transferencia de fondos, sino también la posibilidad de transmisiones en especie tal y como reconoce la Exposición de motivos de la ley madrileña de subvenciones.

La jurisprudencia dictada al hilo de casos de fiscalización de subvenciones identifica el negocio jurídico subvencional con una donación modal; y también hay sentencias –como la STS de 9 de abril de 1998– en las que se declara que la subvención no obedece a un *animus donandi*, sino a la causa de lograr con esta técnica de fomento la realización de fines de interés público, de ahí que concluya diciendo que es incompatible el fin constitucional de las administraciones públicas con la idea de un acto de mera liberalidad que se salde con el traspaso de fondos públicos. Esa ausencia de liberalidad es exigida en el artículo 27.1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, según el cual “serán nulos los acuerdos de subvenciones que obedezcan a mera liberalidad”, y lo mismo por el artículo 119.2 del Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio, de la Generalidad. Tales preceptos no excluyen que la naturaleza de la subvención sea la de donaciones, pues se las califica como modales, esto es, sujetas a una determinada carga que es, fundamentalmente, el cumplimiento del fin para el que se otorga.

Por último, y siguiendo con los criterios jurisprudenciales, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de septiembre de 1995, coincidiendo con los criterios doctrinales al uso, recuerda y resume su doctrina tradicional. Dice que la subvención se configura tradicionalmente como una medida de fomento de la actividad de los particulares hacia fines considerados de interés general, comprendiendo toda clase de favoritismo

mediante la concesión de estímulos económicos, ya signifiquen éstos una pérdida de ingresos para la Administración a través de las exenciones y desgravaciones fiscales, ya un desembolso inmediato de dinero público destinado a dicha función de fomento o promoción.

III. La subvención y otras formas de fomento

1. Clasificación tradicional del fomento

Es también un punto tradicional en la explicación de la acción de fomento en general y, en particular, de las subvenciones, como tipología de aquélla, diferenciar las subvenciones de otras técnicas de fomento, en especial con las más afines. De esta manera, la clasificación que tradicionalmente se sigue es la siguiente:

A) Medios de fomento positivos o negativos, según cómo se actúe sobre la voluntad del fomentado

Son a estos efectos positivos los que otorgan ventajas a favor del destinatario de la actividad que se desea estimular o fomentar. Los negativos son aquellos medios en los que la consecución de los fines públicos que se desean fomentar se logra mediante el establecimiento de obstáculos o cargas. Esta última categoría es rechazada como técnica de fomento por Garrido Falla.

B) Por el tipo de ventaja que otorgan

Atendiendo al tipo de ventaja, se diferencian los siguientes medios de fomento:

a) Medios honoríficos

Sería el caso de distinciones y recompensas. Tienen un lógico carácter de reconocimiento o distinción.

b) Medios económicos

Se trata de medios de fomento en los que, directa o indirectamente, suponen una ventaja de esa naturaleza para el beneficiario. Su clasificación responde al siguiente esquema:

a') Ventajas económicas de carácter real

Se traduce en el uso o aprovechamiento de bienes de dominio público

b') Ventajas económicas financieras

Suponen para la Administración un desembolso económico; el caso más típico es el aquí estudiado, las subvenciones, pero también pueden consistir, por ejemplo, en la exención de obligaciones fiscales. De esta forma se puede diferenciar entre:

–Ventajas indirectas, como es el caso de exenciones y bonificaciones fiscales, desgravaciones fiscales y bonificaciones de la cuota empresarial de la Seguridad Social.

–Ventajas directas, en cuyo caso son las subvenciones.

c) Medios jurídicos

Se plasma en el otorgamiento de situaciones de privilegio.

2. Otros instrumentos de fomento

La anterior clasificación doctrinal es satisfactoria y da una cabal idea de la totalidad de las medidas de fomento. Ahora bien, partiendo de la subvención como instrumento de fomento, podemos diferenciar los siguientes instrumentos:

A) Las ayudas

El término ayuda es empleado de forma variada por las diversas normas. Unas veces es sinónimo de fomento, luego como género respecto de los diversos instrumentos que bajo su denominación hay, y otras –las más– como sinónimo de subvención, y en algunas ocasiones como un instrumento específico de fomento distinto de la subvención.

En la doctrina Fernández Farreres indica la diferencia entre ambos conceptos, manifestándose en contra de un concepto amplio de subvención que lleve a identificarlo con ayuda pública.

Una disquisición sobre este extremo la podemos encontrar en el Preámbulo de la Ley 2/1995, de subvenciones de la Comunidad de Madrid. En la misma se dice que, en sentido amplio, la ayuda pública no tendría entidad en cuanto tal, pues engloba diversos instrumentos de fomento como los préstamos, beneficios fiscales, transferencias, subvenciones, etc., y en ese caso la “Ley se centra en la ayuda pública tipo subvención”.

También desde el punto de vista normativo, en el ámbito europeo, el concepto de ayuda se identifica con cualesquiera ventajas patrimoniales a favor de beneficiarios individuales o bien considerados de forma global. Así, la STJCE, de 23 de febrero de 1961, señaló que “el concepto de ayuda es, sin embargo, más general que la noción de subvención, ya que comprende no sólo prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también intervenciones que, bajo diversas formas, aligeran las cargas que normalmente pesen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, tiene la misma naturaleza e idénticos efectos”.

Como se ha dicho, el trato normativo de las ayudas respecto de las subvenciones ofrece las variedades antes expuestas; veámoslas a partir de la siguiente relación:

–En el artículo 81.2 de la Ley general presupuestaria las “ayudas” se diferencian de las “subvenciones”, si bien en el apartado 2.b) se emplea la conjunción disyuntiva “o” para referirse a ambos instrumentos de fomento.

–En el artículo 72 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, la expresión “ayuda económica” se emplea como sinónimo de ventajas económicas en general.

–En la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, el artículo 71 se refiere primero a las “ayudas y subven-

ciones” para los municipios de montaña respecto de ciertas obras y servicios y también a las “ayudas técnicas y demás beneficios” que establezca la legislación. Ese distingo de la ayuda de la subvención mediante el empleo de la conjunción “y” se hace en el artículo 224 respecto de las otorgadas a favor de entidades que suplan o complementen las competencias locales.

—Este mismo texto emplea también el término ayuda como sinónimo de fomento al regular las asociaciones sectoriales de vecinos (artículo 143) y en el artículo 74.2.d) al referirse a los expedientes de concesión de subvenciones, estímulos fiscales “u otras ayudas”, con lo cual es sinónimo sin más de instrumento de fomento. Otro tanto hace en el artículo 20.1.a) y c), donde “ayudas económicas” para la agregación y fusión de municipios, que englobaría a las subvenciones, si bien luego hace referencia aparte a las subvenciones a fondo perdido.

—En el Texto refundido de régimen local, al regular la cooperación de las diputaciones a los servicios municipales, hace referencia a la aplicación a tal fin de subvenciones o ayudas financieras provenientes del Estado o comunidad autónoma como a las de otra procedencia [artículo 30.1.b) y c)]. En estos casos las ayudas financieras engloban a las subvenciones tal y como aclara el artículo 63.1.

—En el mismo texto se prevé como formas de cooperación las ayudas no económicas consistentes en el asesoramiento jurídico, económico o técnico en la redacción de estudios y proyectos, y las subvenciones a fondo perdido [artículo 30. 6.c) y d)].

—En la Ley de haciendas locales, artículo 154.6.a), se diferencia de nuevo las “ayudas” de las “subvenciones” del mismo modo que el artículo 120.2 de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

—En la normativa estatal sobre control interno ejercitado por la Intervención General de la Administración del Estado, se vuelve a diferenciar las subvenciones de las ayudas (artículos 43 y siguientes del RD 2188/1995, de 28 de diciembre).

—El distingo entre “ayudas” y “subvenciones” vuelve a darse en otra norma estatal, en concreto en el artículo 160 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, en donde al referirse a los instrumentos de cooperación provincial de las diputaciones, se distingue entre las ayudas económicas y técnicas (apartado b) de las subvenciones a fondo perdido (apartado c).

—Se identifican “ayudas” con “subvenciones”. En el régimen de ayudas para el fomento de la diversidad de la actividad económica y de creación de empleo rural (cf. RD 206/1996, de 9 de febrero), en cuyo caso expresamente las ayudas consisten en subvenciones (artículo 3).

—Dentro de la acción de fomento, la Ley 7/1999 de Aragón se refiere a las ayudas no como instrumento mediante el que se canalizan subvenciones, sino como instrumento de solidaridad. Es el caso de las ayudas pre-

vistas en su artículo 228 para los supuestos de catástrofes naturales y guerras o para colaborar con las organizaciones humanitarias en la promoción de actividades de desarrollo en zonas desfavorecidas.

—También las ayudas pueden ser sinónimo de compensación. Es el caso, por ejemplo, de las previstas en el artículo 65.4 de la Ley de aguas para los casos de alteración de las condiciones de las concesiones administrativas.

B) Los auxilios

El empleo indistinto del término ayuda se reproduce con los auxilios. Así, por ejemplo, en una de las definiciones normativas de subvención que es la citada del artículo 24 del Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales, se ha visto como la subvención consiste precisamente en un “auxilio directo o indirecto”. Esta identificación de los auxilios con las subvenciones la encontramos también en la Ley 7/99 de Aragón en cuyo artículo 224, bajo la expresa rúbrica de subvenciones, se refiere a las mismas como los auxilios económicos a entidades públicas o privadas y a los particulares que realicen actividades de interés público que complementen o suplan las de la entidad local.

Sin embargo, en el Reglamento de bienes de las corporaciones locales (artículo 39), el término auxilio es sinónimo de la previsión de cooperación que presten a las entidades locales el Estado o comunidades autónomas, en ese caso en materia forestal y de montes.

Un ejemplo del empleo indistinto de los términos “ayuda” y “auxilio” lo encontramos en la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración local de Navarra, en cuyo artículo 221 se prevé la concesión de “auxilios económicos” a organismos públicos o privados y particulares por las entidades locales, para la prestación de servicios o ejecución de actividades que coadyuven o suplan las atribuidas a la competencia local. Y a renglón seguido (apartado 2) se refiere a estos auxilios como “ayudas” cuya concesión queda sujeta a las previsiones propias de las subvenciones: principios de publicidad, igualdad de trato y congruencia entre los medios y fines que la justifiquen.

Otro caso es la Ley de aguas, en cuyo Capítulo IV del Título V, al regular el régimen de protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas, se prevé en el citado Capítulo IV bajo la rúbrica de “auxilios del Estado” unas medidas de fomento concretadas en las “ayudas” que se determinarán reglamentariamente con el objetivo de fomentar el desarrollo, la implantación o modificaciones de tecnologías, procesos, instalaciones o equipos, cambios en la explotación, que signifiquen una disminución en los usos y los consumos de agua o bien una menor aportación en origen de cargas contaminantes a las aguas utilizadas. También podrán concederse ayudas a quienes realicen plantaciones forestales, cuyo objetivo sea la protección de los recursos

hidráulicos. En el artículo 274 del Reglamento del dominio público hidráulico, se concretan ya en ayudas técnicas, financieras y fiscales.

C) Los incentivos

Con los incentivos estamos como en los anteriores casos; es decir, no hay un empleo unívoco del término, si bien lo normal es que se trate de un término que engloba todo tipo de medidas de fomento. Así, por ejemplo, los incentivos regionales en la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales, se configuran como ayudas financieras estatales para fomentar la actividad empresarial y orientar su localización hacia zonas previamente determinadas y objeto de promoción; estos incentivos se concretan en subvenciones y bonificaciones.

Por su parte, en el ya citado artículo 120.3 del Reglamento catalán de obras, actividades y servicios de las entidades locales, los incentivos son los de carácter fiscal, pero éstos junto con otros instrumentos más son denominados “subvenciones indirectas”.

D) Cooperación y cofinanciación

No se trata de técnicas de fomento, sino de la plasmación bien sea de las relaciones interadministrativas –la cooperación– o de la forma de sufragar el coste del acometimiento de determinadas competencias municipales o locales. A través de estas vías es cuando aparecen ya las subvenciones cuya caracterización tradicional como técnica de fomento se desvanece, pues en el caso de subvenciones interadministrativas que den lugar a formas de cofinanciación se estará, más que ante el fomento de cierta actividad, ante la manera de sufragar el coste de una actividad prestacional o a la manera de salvar situaciones de déficit o de compensación del equilibrio financiero.

Lo dicho se advierte, por ejemplo, en el artículo 36 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, que regula el plan provincial de cooperación de obras y servicios aprobado por las diputaciones. Para su financiación se regulan diversas fuentes: los medios propios de las diputaciones, las aportaciones municipales y las subvenciones autonómicas y estatales.

A su vez, esta idea de la subvención, no tanto como técnica de fomento como de instrumento de cooperación interadministrativa, se advierte en la regulación de las técnicas de cooperación que inexcusablemente tienen que prestar las diputaciones para la efectividad de los servicios municipales. Es el caso del artículo 160 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, ya citado a los efectos del distinguo entre “ayudas” y “subvenciones”. En ese precepto, esos instrumentos se configuran, repito, más que como instrumentos de fomento o estímulo, como medios de financiación de ese deber jurídico de garantizar la efectividad de los servicios municipales.

En definitiva, este tipo de subvenciones obedecen más bien al esquema de “subvención administrativa”, en el sentido de que su objeto, más que estimular, es coadyuvar al sostenimiento de las cargas que la prestación de un servicio público conlleva. Por lo tanto, bajo el manto subvencional se guarnecen dotaciones financieras y presupuestarias, de ahí que más que subvenciones puedan denominarse transferencias financieras o presupuestarias o “subvenciones-dotación”, como las denomina la STC 13/1992, según la cual se trata de transferencias “si bien formalmente caracterizadas como subvenciones, en realidad encubren meras dotaciones presupuestarias destinadas a cubrir las necesidades de financiación de un determinado ente o servicio público y que sólo impropia o en una acepción muy genérica pueden asimilarse a las subvenciones en sentido estricto, constituyendo en realidad transferencias presupuestarias para asegurar la suficiencia financiera del ente público receptor [...] o sencillamente, una forma de financiación del mismo”.

Otro caso se puede encontrar en la legislación histórica, en concreto en la ejecución de obras públicas de iniciativa privada. La idea de fomento concurre en estos casos, pues se parte de la base de la necesidad de la obra, de forma que los particulares se identifican con los fines perseguidos por la Administración. Al actuar en el sentido querido por la Administración, reciben una contraprestación como es la concesión de la explotación de la obra resultante o, en nuestro derecho administrativo histórico, la cesión a perpetuidad de la obra resultante. Como ejemplo de esto podrían citarse las obras de desecación de marismas o terrenos pantanosos en cuyo caso, al actuar en sintonía con la Administración, la compensación que percibía el concesionario por esas obras de cerramiento y desecación era una concesión a perpetuidad, es decir, no ya por tiempo ilimitado sino para siempre; a su vez, el bien resultante pasaba a la esfera patrimonial del concesionario, dejando de ser demanial. Este efecto se reproducía en otras normas como, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley Gasset, de 1911, de construcciones hidráulicas, precepto en el cual ya se asimilan las concesiones a perpetuidad con la propiedad.

E) Subvenciones y determinados beneficios fiscales

Ya se citó el artículo 120.3 del Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales de Cataluña, según el cual hay subvenciones impropias cuando el fomento no se plasme en un desplazamiento patrimonial. En este apartado, encuadra a los distintos instrumentos de carácter fiscal como son los incentivos fiscales, las exenciones o las bonificaciones, más otros instrumentos como avales, anticipos reintegrables, créditos subvencionables, etc.

Debe destacarse que la STJCE Sexta, de 12 de octubre de 2000 (caso Magefesa), entendió que el impago de

impuestos o cotizaciones fiscales, así como avales, créditos y subvenciones, eran todos ellos tipos distintos de ayudas. A su vez, la STJCE Sexta, de 19 de mayo de 1999, entiende que, una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas una exención tributaria que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales, coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 92 del Tratado. A su vez la STJCE Quinta, de 1 de diciembre de 1998, en consonancia con lo expuesto, considera que también deben considerarse ayudas las medidas estatales que, aunque no establezcan el pago de cantidades de dinero por parte del Estado, dan lugar, mediante procedimientos especiales, al mismo resultado.

En este apartado, siguiendo a Fernández Farreres, podemos hacer referencia, por tanto, a los siguientes supuestos:

a) Exenciones fiscales

Del concepto de subvención antes expuesto, se deduciría que no cabe identificarlo con determinadas figuras fiscales tales como exenciones, bonificaciones o reducciones fiscales. La razón es que en estos casos no se produce ningún tipo de desplazamiento patrimonial con una salida dineraria de un presupuesto; habrá, sí, un gasto público plasmado en una falta de ingreso y un enriquecimiento del beneficiario, pero todo el instituto responde a un esquema diferente respecto de las subvenciones. Así, en el caso de la exención se parte de la realización de un hecho imponible, de lo que se genera el nacimiento de una obligación jurídico-tributaria, si bien, por previsión legal, se exime del pago de la misma y es ahí en donde pueden entrar ya las coincidencias que hacen de las exenciones mecanismos de intervención y, por tanto, también mecanismos de estímulo.

b) Supuestos de no-sujeción

A diferencia del caso anterior, se estaría ya en un caso en el que la propia norma tributaria excluye el nacimiento de la obligación tributaria por la simple razón de que entiende que en determinados casos la actividad no incurre en la definición de hecho imponible. Se trata, por tanto, de casos en los que el supuesto de no-sujeción se erige en criterio negativo pero eficaz para la delimitación del hecho imponible; cosa distinta es que en estos casos nazca una obligación formal de declarar.

En este caso, como en el anterior, se advierte que el objeto primero de este tipo de instrumentos fiscales es convertirse más que en instrumentos de estímulo o fomento, en instrumentos de política fiscal y, por tanto, en instrumentos de política económica o social.

c) Devolución de impuestos

Pueden tener como elemento común con la subvención que implica una transferencia presupuestaria. Ahora bien, aquí no se está ante un negocio modal

sobre una base de donación, ni ante un enriquecimiento del beneficiario; se trata, por contra, del reintegro de una cantidad que siempre ha sido del sujeto pasivo. En este caso, el distanciamiento de la subvención es aun mayor si es que la causa de la devolución está en un ingreso indebido o en la ilegalidad del ingreso.

Fernández Farreres expone, no obstante, que en el caso de devoluciones o restituciones bajo la figura de desgravaciones a la exportación la proximidad con la subvención se acentúa. En estos casos, si la desgravación consiste en devolver impuestos indirectos pagados, sí que estaremos ante una clara acción de fomento, en cuyo caso la transferencia no se plasma en la entrega de un dinero, sino en la devolución o el reintegro o la restitución de lo pagado por otro concepto.

d) Avales

Más problemático es identificar o encontrar un paralelo entre subvención y aval. Éste, como instrumento de garantía, genera un negocio jurídico accesorio respecto de otro principal en el que el avalista –aquí, la Administración– corre con un pago para el supuesto que el avalado no cumpla con su obligación económica. Indudablemente, una facilidad en el otorgamiento de avales puede significar un estímulo o ayuda para ciertas actuaciones, pero su diferencia con la subvención es manifiesta.

e) Préstamos públicos

El contrato base –préstamo o mutuo– excluye su identificación con la subvención; ahora bien, puede tratarse de un crédito subvencionado en el supuesto de que una Administración se haga cargo de parte de los intereses o que el tipo sea inferior y que en esa rebaja se plasme la idea de subvención.

3. Tipos de subvenciones

Como se ve, estamos en una materia en la que se advierte la falta de uniformidad terminológica, algo frecuente en el ámbito de derecho administrativo; esto ocurre con los diversos instrumentos de fomento en general y se reproduce con el empleo de la figura de la subvención. Así, de la dispersa regulación de las subvenciones y de la dispar terminología con la que se hace referencia a las mismas, se puede llegar a deducir una clasificación de las subvenciones atendiendo a su origen, régimen jurídico, destino, etc. En concreto, se pueden aislar las siguientes clases:

A) Por razón del beneficiario

Atendiendo a este criterio, cabría diferenciar entre aquellas que se otorgan a particulares –verdaderas subvenciones– y aquellas en que el beneficiario es otra Administración pública o bien se trata de organismos públicos dependientes de una Administración. Ciertamente, en el caso de subvenciones a sociedades públicas la semejanza con las

subvenciones a particulares es mayor, máxime en lo relativo a las consecuencias derivadas del ejercicio de potestades de control y sanción. En el caso de subvenciones a otras administraciones, tal y como ya se ha dicho, más que un supuesto del ejercicio de potestades de fomento o estímulo, se trata de medios o mecanismos de financiación por medio de transferencias. En este sentido, y desde el punto de vista contable, en el Plan de Contabilidad del Estado las definiciones de “transferencia” y de “subvención” apenas se diferencian, salvo que en las subvenciones el destino de los fondos –si es dineraria– tiene por objeto una actividad o proyecto específico con obligación de respetar las obligaciones establecidas, mientras que en el caso de las transferencias se financian operaciones o actividades no singularizadas.

B) Subvenciones paccionadas

Se atiende a la forma de concederse. De esta manera y junto con las unilaterales, estarían las paccionadas o contractuales, que serían aquellas en las que el otorgamiento tiene una base u origen de concertación o pacto, a partir de lo cual y por razón del contenido se podría estar ya ante cualquier otro tipo de subvención. Por supuesto, esto es ajeno a la cuestión acerca de la naturaleza negocial de la subvención como instrumento de fomento.

Un ejemplo de este tipo de subvenciones lo tenemos en el artículo 91 de la Ley general presupuestaria que, en el contexto de presupuestos de explotación y capital de entidades públicas y sociedades estatales, hace referencia a los supuestos en que se estipulen convenios con el Estado que den lugar a regímenes especiales, tanto por esos organismos como por cualquier otro que reciba subvenciones de explotación y de capital u otra aportación de naturaleza distinta con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

En el ámbito local, son paccionadas las que se otorgan para financiar servicios locales objeto de gestión indirecta. Desde el punto de vista de la normativa de contabilidad pública, son paccionadas las subvenciones que derivan de la formalización de contratos-programa, convenios de colaboración y otros pactos entre la Administración general del Estado y otras entidades.

C) Subvenciones nominativas, finalistas o específicas

Pese a la diferente nomenclatura, entiendo que hacen referencia a la misma situación jurídica, esto es, son aquellas que, como nota más intensa, suponen una excepción a los principios de concurrencia, publicidad y objetividad, puesto que su otorgamiento se efectúa a destinatarios concretos; de esta forma también se habla de subvenciones directas (cf. artículo 27.3 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales). Esto ocurre en las que se califican como nominativas o específicas, y el calificativo de “finalistas” puede entenderse aplicable también a este tipo de subvenciones.

En cuanto a su reconocimiento legal, aparte de las normas presupuestarias de las comunidades autónomas, en el ámbito estatal, el artículo 81.6.b).2 de la Ley general presupuestaria dispone que no será necesaria publicidad cuando las ayudas o las subvenciones tengan asignación nominativa en los Presupuestos Generales del Estado o su otorgamiento y cuantía resulten impuestos para la Administración en virtud de normas de rango legal. También el artículo 2.3 del Reglamento del procedimiento para la concesión de las subvenciones públicas, aprobado por RD 2225/1993, de 17 de diciembre, expresamente excluye de su aplicación, entre otras, a las subvenciones nominativas.

Por el contrario, lo opuesto a las subvenciones nominativas son las innominadas que, según alguna normativa presupuestaria, son aquellas que se conceden de acuerdo con los principios de concurrencia, publicidad y objetividad.

D) Subvenciones-dotación, de explotación o de funcionamiento

Ya de ha dicho que son propias de las relaciones interadministrativas y, más en concreto, como fórmula de financiación de administraciones y entes públicos. Su plasmación se encuentra en la legislación presupuestaria –tanto estatal como autonómica– y en la normativa sobre contabilidad pública. Las denominaciones son variadas, pues hay autores que hablan de subvenciones-transferencia (Villar-Palasi), aunque también se podría hablar de subvenciones-remuneración, si bien éstas serían aquellas mediante las que se retribuye un contrato de gestión.

En concreto, el Plan Estatal de Contabilidad parte del concepto amplio de subvenciones corrientes, entendiendo por tales las destinadas a financiar operaciones corrientes concretas y específicas, y las subdivide en subvenciones de explotación y, de nuevo, en subvenciones corrientes.

De esta forma, son subvenciones de explotación las concedidas normalmente por una Administración, y excepcionalmente por un particular, a una unidad productora de bienes y servicios destinados a la venta con la finalidad de influir en los precios y/o permitir una remuneración suficiente de los factores de producción, así como para compensar resultados negativos de explotación producidos durante el ejercicio.

También en el Plan Estatal de Contabilidad se recoge la definición de las subvenciones de capital, cuya finalidad es financiar operaciones concretas de formación de capital fijo, quedando obligado el beneficiario a adquirir o constituir activos fijos determinados previamente, pudiendo adoptar la forma de adquisición de fondos como la de bienes de capital ya formados. También son subvenciones de capital las que tienen por finalidad la compensación de resultados negativos acumulados o la cancelación o la minoración de elementos de pasivos.

E) Subvenciones condicionadas e incondicionadas

Son aquellas que dependen de la existencia de crédito presupuestario. Esta concepción se puede deducir de las STS, Sala Tercera, Sección Primera, de 1 de marzo de 1994, que expresamente decían, respecto de una subvención deducible de una norma foral navarra, que “no se otorga de manera incondicionada sino supeditada a la existencia de crédito presupuestario no agotado o comprometido”.

Un ejemplo de subvención condicionada es la prevista para el régimen de conciertos educativos, pues el artículo 12 del Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, aprobado por RD 2377/1985, de 18 de diciembre, expresamente fija el alcance de la subvención en función de las disponibilidades presupuestarias.

Y un ejemplo de subvención incondicionada se encuentra en la normativa sobre financiación de partidos políticos, y así en el artículo 3.1 de la LO 3/87, de 2 de julio, expresamente se hace referencia a tal categoría de subvenciones.

F) Subvenciones a fondo perdido

Implicaría que la Administración subvencionante, al transferir fondos, lo hace sin la exigencia de un reintegro. Un ejemplo son las subvenciones de financiación como ocurre, por ejemplo, en el régimen de asistencia económico-financiera de las diputaciones provinciales a las entidades locales en la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón. Siguiendo con la normativa de esta comunidad, se puede citar la Ley 10/1993, de 4 de noviembre, de comarcalización, que prevé que las obras y los servicios promovidos por las mancomunidades se beneficiarán de este tipo de subvenciones, si bien como instrumento de fomento de la comarcalización (artículo 36.4).

G) Subvenciones “a justificar”

Más que una categoría de subvenciones, cuando se hace referencia a que tal o cual subvención es “a justificar” se está haciendo referencia a una de las obligaciones del beneficiario, esto es, la necesidad de justificar que ha destinado los fondos en que consiste la subvención a la finalidad para la que se concedieron.

IV. Régimen jurídico de las subvenciones**1. Marco legal**

El cuadro de normas que regulan hoy día las subvenciones es múltiple; sin embargo, puede sistematizarse de la siguiente forma, atendiendo a lo que son normas generales no reguladas de subvenciones sectoriales y con especial indicación de las de régimen local:

A) Normas estatales

–Ley general presupuestaria, aprobada por RD legislativo 1091/1998, de 23 de septiembre.

–Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.

–Texto refundido de régimen local, aprobado por RD legislativo 781/1986, de 18 de abril.

–Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de haciendas locales.

–Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

–Reglamento de servicio de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

–Reglamento de bienes de las corporaciones locales, aprobado por RD 1372/1986, de 13 de junio.

–Reglamento del procedimiento para la concesión de las subvenciones públicas, aprobado por RD 2225/1993, de 17 de diciembre.

–Orden de 23 de julio de 1996, sobre atribución de competencias en materia de procedimiento de recaudación de reintegros de ayudas y subvenciones públicas.

–Reglamento de régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado, aprobado por RD 2188/1995, de 28 de diciembre.

–Circulares 2/1996 y 1/1999, de la Intervención General del Estado, sobre control financiero interno.

B) Algunas normas autonómicas

Son numerosas, pudiendo destacarse las siguientes:

–Ley 16/1993, de 28 de diciembre, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 1994.

–Ley 2/1995, de 8 de marzo, de subvenciones de la Comunidad de Madrid.

–Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración local navarra.

–Ley de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón.

–Ley 5/1987, de 4 de abril, de régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales.

–Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña.

–Decreto de la Generalidad 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales.

–Orden de 1 de octubre de 1997, sobre tramitación, justificación y control de ayudas y subvenciones.

2. Especial referencia al régimen comunitario de ayudas

Siguiendo a Fernández Farerres, y para concretar el régimen comunitario de subvenciones, se pueden atender a los siguientes aspectos:

A) Salvaguardia de la competencia

En principio, son incompatibles con el Mercado Común las ayudas concedidas por los estados o por medio de

recursos estatales cualquiera que sea la forma que revisitan, si tienden a favorecer determinadas empresas o producciones y falseen o amenacen falsear la competencia afectando a los intercambios comerciales de bienes o servicios entre los estados miembros.

B) Ayudas admitidas

Para posibilitar determinados desarrollos económicos y sociales cabe la intervención de los estados mediante ayudas bajo la idea de política económica estructural. Son las siguientes:

–Subvenciones del FEOGA-Garantía. Su fin se enmarca en la garantía de los mercados agrícolas y en relación con esos fondos, cada Estado miembro hace la convocatoria, resuelve y paga, siendo ya cuestión interna en el caso español cómo se hace la distribución competencial Estado-comunidades autónomas, así como la constitución de organismos pagadores (vgr. FEAGA, FROM).

–Ayudas con cargo a los fondos estructurales. Como fondo estructural tiene como misión reducir las diferencias entre las regiones más desarrolladas y las menos favorecidas. Son de esta manera fondos estructurales:

- FEDER (Fondo Europeo de Desarrollo Regional).
- Instrumento Financiero de Orientación de la Pesca (IFOP).
- GEOGA-Orientación, o Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola.
- Fondo Social Europeo.

–Ayudas con cargo al Fondo de Cohesión. Tal fondo se destinó con vista a procurar ayudas financieras al sector medioambiental y a la construcción de redes de transportes transeuropeos.

C) Intervención de la Comisión en el control

A tal efecto dispone de un poder general de información sobre las ayudas existentes, sobre su modificación y sobre las de nueva creación (artículo 93). En concreto, la Comisión (artículo 93.3) “será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones”, sin que los estados miembros puedan poner en práctica ni ejecutar las medidas proyectadas si previamente no observan esa obligación de notificar a la Comisión. Además, corresponde a la Comisión única y exclusivamente, con la fiscalización última, en su caso, del Tribunal de Justicia, decidir acerca de la compatibilidad o incompatibilidad de la ayuda en cuestión con el Mercado Común.

D) El juez nacional y el control de la adecuación de las ayudas estatales al derecho comunitario

Se plantea la cuestión de si el régimen de ayudas puede ser aplicado directamente por los jueces y tribunales nacionales. Al respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 92 del TCEE no tiene efecto directo

y que, por tanto, no puede ser invocado en un procedimiento ante las jurisdicciones nacionales. La decisión acerca de si una ayuda estatal es o no compatible con el Mercado Común corresponde, en efecto, a la Comisión, sin perjuicio del control del Tribunal de Justicia, con lo que es claro que tal decisión no puede ser adoptada por los jueces nacionales. Así, en la sentencia Flaminio Costa/Enel, de 15 de julio de 1964, se dice que “la declaración de incompatibilidad de una ayuda con el Mercado Común es el resultado de la aplicación del procedimiento previsto en el art. 93 del Tratado CEE, correspondiendo precisamente a la Comisión su tramitación y decisión final”.

No obstante, cabe una excepción bien sea cuando las disposiciones del artículo 92 hayan sido concretadas por actos de alcance general (artículo 94 TCEE) o por decisiones en casos particulares a tenor del artículo 93.2 TCEE (cf. STJ Capolongo Azienda Agricola/Maya, de 19 de junio de 1973, y Steinike Weinling, de 22 de marzo de 1977), o bien cuando la ayuda otorgada no haya sido previamente notificada a la Comisión a tenor del artículo 93.3 TCEE, (cf. STJ Lorenz GmbH, de 11 de diciembre de 1973). En tales casos quedó abierta la posibilidad de invocar el artículo 92 ante el juez nacional.

De esta manera, en el primer supuesto se admitió que las disposiciones del artículo 92 pudiesen ser invocadas ante el juez nacional, pues, por un lado, si tales disposiciones han sido concretadas por medio de reglamentos, éstos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 189 del TCEE, tienen alcance general y serán obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro; y si lo que media es una decisión de las que contempla el artículo 93.2, es admisible también que los particulares puedan pretender ante el juez nacional la sanción de una ayuda reconocida ya como incompatible por decisión de la Comunidad, articulándose, pues, la pretensión a través de un recurso de anulación o del ejercicio de una acción de responsabilidad.

En cuanto al segundo de los supuestos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha admitido igualmente que las jurisdicciones nacionales puedan aplicar la regulación comunitaria en materia de ayudas cuando el Estado pone en práctica y otorga ayudas que, sin embargo, no han sido previamente puestas en conocimiento de la Comisión o sobre las que ésta aún no se ha pronunciado.

3. Diferentes formas de intervenir la Administración en el régimen de las subvenciones

A la hora de analizar el régimen jurídico de las subvenciones, podemos hacer una primera aproximación según cual sea la situación jurídica de las administraciones en la relación jurídica subvencional. De esta manera, podemos diferenciar entre aquellos casos en los que

la Administración es quien subvenciona, en segundo lugar, si es beneficiaria y, por último, si es gestora de subvenciones otorgadas por otras instancias públicas.

A) Administración subvencionante

Es el supuesto base y el que da sentido a la actividad de fomento en general y de las subvenciones como instrumento de fomento en particular. El beneficiario puede ser un particular, o bien otra Administración, lo que dará lugar al siguiente tipo de subvenciones.

En el ámbito local se pueden citar ejemplos típicos de subvenciones otorgadas por la Administración las previstas en el artículo 72 de la Ley reguladora de las bases de régimen local para asociaciones de vecinos. Este tipo de subvenciones está igualmente previsto en el artículo 232 de la Ley de haciendas locales.

Por otra parte –y siguiendo en el ámbito local– el régimen general de estas subvenciones se encuentra en el artículo 23 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, así como en el artículo 224 de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, siempre bajo la idea básica de que se trate de actividades –las subvencionadas– que complementen o suplan las competencias locales.

En el caso de las diputaciones, el otorgamiento de subvenciones a entes locales está previsto, por ejemplo, en el artículo 30 de la Ley reguladora de las bases de régimen local y en el artículo 30 del TR de régimen local. Como se dijo, más que subvenciones de fomento son subvenciones de tipo financiero, pues su objeto no es tanto estimular una actividad que coincida con los intereses administrativos como cooperar a la efectividad de los servicios municipales, con preferencia de aquellos que sean obligatorios.

Este supuesto aparece de nuevo en el artículo 63 del Texto refundido, si bien en este caso la Administración subvencionante no es ya la Diputación sino la Administración del Estado en el contexto de la regulación de las relaciones interadministrativas. Así, se prevé como modalidad de la ayuda financiera la subvención cuyo objeto sean obras y servicios cuyos efectos sociales y administrativos se contraigan al territorio de la entidad subvencionada.

B) Administración beneficiaria

Sería aquel caso en el que una Administración es la destinataria de una subvención otorgada por otra Administración. En estos casos, esa Administración puede ser receptora de la subvención directamente o bien el receptor puede ser un organismo público bajo cualquier forma de personificación prevista en el ordenamiento.

En el caso de subvenciones a otra Administración territorial, se regula expresamente, aparte de los casos vistos en el apartado anterior en el marco de las relaciones interadministrativas, el régimen de control. Así, el artículo 40 de la Ley de haciendas locales recoge una serie de limita-

ciones a la actuación de los entes locales como beneficiarios; en concreto, se aplica el principio del sometimiento a los fines previstos en la convocatoria y la previsión de control y vigilancia. En esta misma línea de control, se puede citar el artículo 13 de la Ley catalana 5/1987, de régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales, que expresamente regula la suspensión por la Generalidad de las subvenciones otorgadas a las diputaciones en materia de obras y servicios.

Otro ejemplo de entes locales como beneficiarios de subvenciones lo encontramos en el artículo 20 de la Ley catalana 8/1987, municipal y de régimen local de Cataluña, precepto referido a la fusión o agregación de municipios, o el caso del artículo 71 de la misma ley en cuanto a los Planes Directores de Inversiones Locales, y cuyos beneficiarios son los municipios. También en la misma ley, artículo 120, se regula el régimen de subvenciones a las asociaciones de municipios.

Un régimen especial de este tipo de subvenciones es el regulado en la Orden de 2 de marzo de 1994, por la que se establecen las bases para la concesión de subvenciones por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito de colaboración con las corporaciones locales, para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social. Tiene por beneficiarios a las corporaciones locales que, en el ámbito de la colaboración con el INEM, contraten trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social. En este caso, lo subvencionado no es tanto la realización de obras y servicios como la contratación de mano de obra parada de larga duración.

C) Administración gestora de subvenciones otorgadas por otra Administración

Sería el caso general deducible del artículo 81.5 de la Ley general presupuestaria que prevé con carácter general la actuación de las comunidades autónomas y entidades colaboradoras (sociedades estatales, entes corporativos, fundaciones) como gestoras de subvenciones estatales. En estos casos, son sus obligaciones la entrega, la verificación, la justificación y el sometimiento al ejercicio de las potestades de comprobación.

Una concreción más de este supuesto lo encontramos en el artículo 81.11 de la misma ley, que prevé que para cuando los entes territoriales gestionen las subvenciones y las ayudas que en principio deberían gestionar el Estado y sus organismos públicos, puede acudir como instrumento de gestión de subvenciones ajenas a la encomienda mediante convenios interadministrativos, en los que pueden preverse órganos de gestión.

En todos estos casos, debe precisarse que por “gestión” se entiende el conjunto de actuaciones necesarias para la efectividad de las subvenciones. En concreto,

son actos de gestión la recepción de solicitudes, la verificación de datos, la tramitación, la resolución, la liquidación y el pago, la inspección y el control del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los beneficiarios (cf. STC 79/1992). Especial relevancia tiene este tercer supuesto en el caso de subvenciones comunitarias de carácter estructural antes expuestas; la gestión de este tipo de ayudas da lugar a fórmulas de colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas acudiendo, por ejemplo, a convenios de colaboración y convenios financieros.

4. Algunos aspectos concretos del régimen de subvenciones

De entre los aspectos que afectan al régimen jurídico de las subvenciones nos ocuparemos de los siguientes, tomando por base la doctrina jurisprudencial.

A) Discrecionalidad, concurrencia competitiva, aspectos reglados

En la vida de la subvención, en el ejercicio de la potestad de fomento habría que diferenciar dos momentos: el de la constitución de una subvención y el momento del otorgamiento de la misma.

En cuando al primer momento, la jurisprudencia es clara al sostener que el establecimiento de las subvenciones se inscribe dentro de la potestad discrecional de la Administración; en cambio, y así lo destaca la Sentencia de la Sala Tercera, de 3 de marzo de 1993, “una vez que la subvención ha sido anunciada y regulada normativamente, termina la discrecionalidad y comienza la regla y el reparto concreto escapa del puro voluntarismo de la Administración. Más concretamente, el otorgamiento de la subvención ha de estar determinado por el cumplimiento de todas las condiciones exigidas por la normativa correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y totalmente atentatoria a la seguridad jurídica la discrecionalidad del actuar de la Administración”. Y la Sentencia del mismo tribunal, de 17 de julio de 1998, sostuvo algo obvio pero que se dice como sinónimo de ausencia de discrecionalidad, esto es, que en materia de beneficios y subvenciones hay que atenerse a los términos de la norma que los crea y regula, lo que implica un principio de juridificación que abre las posibilidades de control jurisdiccional. En definitiva, la idea de discrecionalidad –sin excluirla– se basaría en la vieja consideración de las subvenciones desde las ideas de liberalidad, gratuidad y precariedad.

De esta forma, la subvención en régimen de concurrencia competitiva aparece regulada con carácter general en la Ley general presupuestaria, con un segundo escalón en el Reglamento de procedimiento para la concesión de ayudas y subvenciones públicas, aprobado por Real decreto 2225/1993, de 17 de octubre; esta regla general se deduce también del artículo 7.2 de la Ley

madrileña sobre subvenciones, si bien no deja de haber normas que lo condicionan cuando la finalidad o la naturaleza de la subvención así lo exija. Es el caso, por ejemplo, del artículo 81.6 de la Ley general presupuestaria o del artículo 125 del Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales de Cataluña.

De esta manera, la subvención en régimen de concurrencia se configura como ayuda que, imputada a un mismo crédito presupuestario, contempla una eventual pluralidad de solicitudes, de forma que la concesión requiere un acto jurídico de comparación, en un único procedimiento, de dichas solicitudes entre sí, de acuerdo con los criterios establecidos en la norma reguladora o en la convocatoria, para resolver sobre la concesión y, en su caso, establecer la cuantía.

En consecuencia, el acto administrativo de otorgamiento presupone un juicio en el que se trata de llegar a la única resolución jurídicamente admisible y, por tanto, queda abierta al control jurisdiccional el enjuiciamiento de ese acto en cuanto tal y en cuanto a su núcleo esencial, esto es, el otorgamiento o la denegación. Sí conviene dejar claro que en el caso de revisión jurisdiccional de la denegación y el otorgamiento a un tercero, lo normal es que al tribunal no le esté dado el resolver adjudicando la subvención al reclamante, sino más bien ordenar la repetición del concurso o, incluso, confirmar la decisión de dejarlo desierto para cuando lo litigioso se ciña a la apreciación de aspectos técnicos.

B) Motivación

En este extremo, alguna sentencia cita como fundamento normativo de este elemento formal la exigencia derivada del artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del procedimiento administrativo común, según el cual serán motivados los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales. Como ya se ha dicho, la regla general del acto de concesión no es la discrecionalidad, sino su carácter reglado, sin perjuicio de que se acuda a la técnica de la integración de conceptos jurídicos indeterminados. Bastaría, por tanto, la cita general del artículo 54 que concreta la exigencia de motivación a la sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho.

Dentro de la normativa autonómica, aquella ley básica tiene su reflejo en el artículo 79.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña. Tal norma establece que los actos administrativos resolutorios han de estar motivados con una referencia sucinta de los hechos y fundamentos jurídicos, con la identificación de las normas aplicables, y, si procede, del régimen de recursos que sea procedente.

Descendiendo ya a la normativa sectorial, y al margen de cual sea la potestad ejercitada, habrá que estar a las previsiones del artículo 6.2 del Reglamento que regula el

procedimiento de otorgamiento de subvenciones, que expresamente exige que “la resolución será motivada. En los procedimientos de concurrencia competitiva, la resolución se motivará de acuerdo con lo dispuesto en la norma que regule la correspondiente convocatoria, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”.

C) Obligaciones derivadas del negocio subvencional

a) Respetto de la Administración subvencionante

a') Con carácter previo

Evaluar los objetivos a conseguir mediante la subvención. Es aquí donde se manifiesta la discrecionalidad que está en la base de todo tipo de subvención.

b') Bases

–Aprobarlas y publicarlas

–Fijar el siguiente contenido mínimo.

- Definición del objeto de la subvención.
- Requisitos que deberán reunir los beneficiarios y, en su caso, condiciones de solvencia y eficacia.

- Plazo y forma de justificación por parte del beneficiario o de la entidad colaboradora, en su caso, del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención y de la aplicación de los fondos percibidos.

- En caso de anticipos, forma y cuantía de las garantías que, en su caso, habrán de aportar los beneficiarios; medidas de garantía en favor de los intereses públicos que sean precisas y la posibilidad de revisión de subvenciones concedidas.

c') Otras obligaciones

–Ejercitar sus potestades de control; especial consecuencia puede llegar a ser la imposición de sanciones.

–Publicar trimestralmente las subvenciones concedidas en cada período con expresión del programa y el crédito presupuestario a los que se imputen, entidad beneficiaria, cantidad concedida y finalidad o finalidades de la subvención.

b) Respetto del beneficiario

Con carácter general dispone el artículo 81 de la Ley general presupuestaria que asume las obligaciones siguientes:

a') Materiales

La principal y que da sentido a este negocio es realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

b') Formales

–Previo al cobro y en la forma que se determine, justificar que se encuentra al corriente de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

–Acreditar ante la entidad concedente o, en su caso, la entidad colaboradora o las comunidades autónomas, la realización de la actividad o la adopción del comportamiento, así como el cumplimiento de los requisitos y las condiciones que determinen la concesión o disfrute de la ayuda.

–Someterse a las actuaciones de comprobación que efectúe la entidad concedente o, en su caso, la entidad colaboradora, o las comunidades autónomas y, finalmente, al control financiero que corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado, en relación con las subvenciones y las ayudas concedidas y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas.

–Comunicar a la entidad concedente o la entidad colaboradora, en su caso, la obtención de subvenciones o, en su caso, a la entidad colaboradora o a las comunidades autónomas, la obtención de subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedente de cualesquiera administraciones o entes públicos nacionales o internacionales.

–De la Ley 7/1988, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, se deduce la obligación genérica de rendición de cuentas. Dispone así el artículo 34.3 que “los perceptores o beneficiarios de ayudas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado o procedentes de entidades integrantes del sector público, tales como subvenciones, créditos o avales, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como los particulares que administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, hayan sido o no intervenidas las respectivas operaciones, estarán obligados a rendir las cuentas que la Ley establece”.

–Ligado a esta rendición de cuentas está la obligación impuesta al beneficiario por la Ley general presupuestaria de facilitar cuanta información le sea requerida por el Tribunal de Cuentas.

Respetto de la base de estas obligaciones formales tiene declarado el Tribunal Supremo que la subvención obedece a la naturaleza de una donación *ob causam futuram*. De esta manera y a los efectos del pago de la subvención, una vez concedida la subvención, el organismo público concedente asume la carga financiera de su abono con la finalidad que en cada caso prevea la norma que la autorice, identificable como condición, supeditando la efectividad de la subvención al cumplimiento por el subvencionado de los fines para los cuales justificó su petición. En consecuencia, si el interesado cumple la condición dentro de plazo, tendrá derecho a la subvención. Si no cumple, o si lo hace fuera del plazo fijado, carecerá de tal derecho sin que haya lugar a subsanación alguna.

c) Respetto de las administraciones y los organismos gestores de subvenciones de titularidad de otra Administración

Partiendo del contenido de la potestad de gestión, del artículo 81.5 se deducen las siguientes obligaciones:

–Entregar a los beneficiarios los fondos recibidos de acuerdo con los criterios establecidos en las normas reguladoras de la subvención o la ayuda.

–Verificar, en su caso, el cumplimiento y la efectividad de las condiciones o determinantes para su otorgamiento.

–Justificar la aplicación de los fondos percibidos ante la entidad concedente y, en su caso, entregar la justificación presentada por los beneficiarios.

–Someterse a las actuaciones de comprobación que respecto de la gestión de dichos fondos pueda efectuar la entidad concedente y a las de control financiero que realice la Intervención General de la Administración del Estado, y a los procedimientos fiscalizadores del Tribunal de Cuentas.

–En el caso de las comunidades autónomas, las actuaciones de comprobación de la gestión de dichos fondos y las de control financiero se llevarán a cabo por los correspondientes órganos dependientes de las mismas.

–Suscribir el correspondiente convenio cuando la distribución y entrega de los fondos públicos a los beneficiarios se efectúe a través de las comunidades autónomas. En esos convenios se fijarán los requisitos para la distribución y la entrega de los fondos.

D) Revocación

Veamos como ejemplo el caso de la película *El niño de la Luna*. En una orden del Departamento de Cultura de la Generalidad, se recogía la convocatoria del concurso público para la concesión de subvenciones a largometrajes cinematográficos. La Administración subvencionante quiso dejar sin efecto la ayuda otorgada, pues el citado film no fue exhibido en catalán.

La subvención estaba subordinada a la observancia por el beneficiario de determinadas condiciones, reservándose la Administración concedente la competencia para proceder a tal revocación en caso de incumplimiento de lo comprometido por quien recibió los fondos públicos. Pues bien, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró que para dejar sin efecto la subvención concedida y exigir la devolución de su importe, no era legalmente procedente la previa declaración de lesividad del acto de concesión. Se aplicaron las bases en relación con la normativa sobre subvenciones, con prevalencia a la legislación procedimental común.

De esta manera, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró que la potestad de revocación tiene su base normativa en el Decreto 458/1981 de la Generalidad, y para el caso de subvenciones públicas cuya gestión corresponda al Estado, la obligación de reintegro de las cantidades percibidas por incumplimiento de la finalidad para la que la subvención fue concedida se recoge en el artículo 81.9.c) de la Ley general presupuestaria. Pero en todo caso, la base de esta potestad estaría siempre en el Código civil, artículos 647 y 1124, referidos a los efectos del incumplimiento en el supuesto de donaciones hechas con carga, modo o gravamen, y en el de las obligaciones recíprocas.

En definitiva, la subvención participa de la naturaleza jurídica de una donación modal, ya que el beneficiario debe cumplir u observar determinadas obligaciones establecidas en la norma que habilita y regula el régimen jurídico de la subvención. De esta manera, su concesión se condiciona a su cumplimiento, quedando habilitada la Administración para revisar y revocar las subvenciones reconocidas si se comprueba, tras ordenar el oportuno procedimiento revisor, que el beneficiario incumplió las condiciones legales.

Por otra parte, se suscita en este aspecto si es aplicable el principio de proporcionalidad en el ejercicio de esta potestad de revocación. Así, la jurisprudencia (STS de 12 de febrero de 1991, de 30 de junio de 1992, de 10 diciembre 1996, de 13 diciembre de 1996 y de 28 de febrero de 1997, entre otras) establece la procedencia de “aplicar el principio de proporcionalidad para moderar los efectos de la caducidad en aquellos casos en que se ha producido un cumplimiento parcial de los compromisos contraídos”, sobre todo cuando queda acreditado “en el subvencionado una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos”.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de octubre de 2001 resolvió un caso referido a una subvención otorgada por FORCEM en el que se preveía la obligación de difundir ciertas actividades de formación. El beneficiario realizó esa difusión entre ocho organismos y no a las diez empresas a las que se refería en la solicitud de ayuda. La normativa que regulaba la subvención preveía que según la entidad del incumplimiento, el reintegro podría ser total o parcial.

Entendió la Sala que la proporcionalidad se cumplió a la hora de acordarse el reintegro, pues la Orden de 4 de junio de 1993 preveía el reintegro total o parcial de la ayuda en el caso de incumplimiento de la finalidad de la ayuda o de las condiciones impuestas; hubiera habido reintegro total si alcanzase al total de la ayuda. Sin embargo, la parcialidad del reintegro quedó evidenciado en cuanto se acordó sólo respecto de aquel extremo en el que se advierte que no se ha satisfecho el fin subvencional.

E) Caducidad del expediente de revocación y prescripción

Alguna sentencia (cf. STS Tercera, Sección Tercera, de 16 de junio de 1998) ha declarado respecto de la caducidad de la acción, que en la subvención estamos ante una figura contractual de derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la beneficiaria, cuyo incumplimiento provoca la resolución en la relación Administración-beneficiario. Por la naturaleza jurídica de la relación que se trata al recibir una subvención, en orden al plazo de ejercicio de la acción revocatoria, hay que estar más que a las normas de caducidad del expediente a las normas de prescripción contenidas en la Ley general presupuestaria, que establece un plazo de prescripción de

cinco años, a contar desde el día en que el derecho pudo ejercitarse según el artículo 40.1.a) de la Ley general presupuestaria.

Por su parte, la Audiencia Nacional, cuando se invoca la caducidad del expediente de reintegro (artículos 42.2 y 43.3 de la Ley 30/1992), ha declarado que la regla general es que salvo que haya un procedimiento específico (artículo 8.2 del RD 2225/1993, de 17 de diciembre), el plazo de caducidad es del artículo 8.2.4, en relación con el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, en su primera redacción, esto es, seis meses más treinta días. En todo caso, no cabe confundir procedimientos en los que se ejercitan potestades distintas, la de control y verificación por un lado y la de reintegro por otro, distingo deducible del artículo 8.1 del RD 2225/1993 respecto del apartado 2. Así, lo que caduca en el plazo reseñado es el procedimiento de reintegro, lo que no debe confundirse con las actuaciones de verificación y control.

F) Algunos casos de devengo de intereses

Va ligado a los casos de reintegro, total o parcial. Un ejemplo es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 1999. Se juzgaba una resolución referida al Plan de cooperación a obras y servicios de competencia municipal de 1992, en la que se reclamaba a la Diputación Provincial de Zaragoza el pago de intereses de demora por las subvenciones recibidas y no ejecutadas respecto de ciertas obras, cuyo principal fue reintegrado por la Diputación demandante.

La Sentencia parte de la premisa de que en los artículos 40 y 128 de la Ley de haciendas locales, ese tipo de subvenciones se configuran como recursos –luego ingresos– bien sea de las provincias como de los municipios, de ahí que el no-uso de la subvención obligue al destinatario a su devolución. Ésta puede obedecer a la actividad de verificación del subvencionante (artículo 40.2 y 128.1), o bien al deber del subvencionado de hacerlo así a tenor del artículo 15.1.2 y 3 del RD 665/1990, por cuanto “las Diputaciones Provinciales deberán remitir al Ministerio para las Administraciones Públicas, en el primer trimestre siguiente al término del plazo de ejecución, copia de la liquidación del Plan y Memoria de las realizaciones alcanzadas”, siendo la consecuencia que “las subvenciones libradas y no utilizadas en el período indicado deberán ser objeto de reintegro al Tesoro Público”.

De esta forma, y en cuanto a un remanente no ejecutado, entiende la Audiencia que no se cumplió el fin subvencional, lo que implica que al disponer la Diputación de un capital ya ajeno por no haber satisfecho el fin subvencional, debió reintegrarlo sirviendo las previsiones normativas de la subvención como intimación. ■

El silencio administrativo. Su actual regulacion y conflictos procesales*

José María Macías Castaño

Magistrado.

*Profesor asociado de Derecho Administrativo
de la Universidad Autónoma de Barcelona*

1. Introducción. Evolución de la figura del silencio administrativo y sentido de la reforma introducida en la LPAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero.
2. La obligación de resolver.
3. La regulación del silencio administrativo.
4. La impugnación del silencio y la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. Un conflicto procesal.
5. El silencio administrativo y otras situaciones de inactividad: otro conflicto en la aplicación de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998.

* El texto del artículo se corresponde con la ponencia presentada el 15 de febrero de 2002 en la séptima edición del Seminario de Actualización Jurídica Local, organizado por la Diputación de Barcelona y coordinado por el Ilmo. Sr. Joaquín Ortiz Blasco.

1. Introducción. Evolución de la figura del silencio administrativo y sentido de la reforma introducida en la LPAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero

El silencio administrativo es, o no deja de ser otra cosa, que el reconocimiento del fracaso del ordenamiento jurídico para hacer cumplir a la Administración una obligación que el propio ordenamiento le impone: resolver (ahora, resolver y notificar) en el plazo de tramitación de los procedimientos. Y decimos fracaso porque en definitiva, y pese a que se mantiene en todo caso la obligación de resolver, se acaba claudicando ante el incumplimiento. No se habilitan los medios para forzar a la Administración a que cumpla su obligación (como sí ocurre en el derecho alemán, en el que la crisis se soluciona directamente a través de los tribunales mediante demandas de imposición o de condena a dictar un acto), sino que se acaba proporcionando al incumplimiento un efecto procesal o sustantivo, según los casos, que elimine los perjuicios que la falta del acto puede generar al interesado.

Curiosamente, la mayor depuración del derecho administrativo, y el incremento de los niveles de exigencia ante la Administración, no han conducido a la eliminación de la figura del silencio, sino muy al contrario, a su consolidación.

En nuestro ordenamiento administrativo, aunque tradicionalmente suele señalarse como momento de introducción de la institución del silencio los estatutos municipal y provincial de Calvo Sotelo de 1924 y 1925, lo cierto es que ya se conocían antecedentes anteriores a los estatutos, así el Decreto de 23 de marzo de 1886, que regulaba el trámite previo gubernativo a la vía judicial. La figura se mantendrá en la Ley municipal de 1935 y también en la de 1945 en materia de personal. La primera regulación general del silencio será la que se haga en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que se mantiene en líneas generales en la Ley de procedimiento administrativo de 1958. La Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común de 1992 contiene la segunda regulación general de la figura, e introducirá cambios importantes de perspectiva y naturaleza en la consideración del silencio. La regulación definitiva, la tercera de carácter general, es la que introduce la Ley de reforma de la LPAC 4/1999, de 13 de enero, a cuyo comentario dedicaremos esta ponencia, reforma que mantiene y refuerza la perspectiva adoptada por la Ley de 1992, pero que vuelve a la regulación de 1956 y 1958 en lo que a la naturalización del silencio se refiere, al tiempo que, en lo que atañe estrictamente al procedimiento, simplifica lo que la Ley de 1992 no debió complicar.

En cualquier caso, esta definitiva rendición ante el incumplimiento de la Administración no es sólo una

postura, anómala si se quiere, del derecho español. Es también la solución dada, con sus matices, por los países de nuestro entorno cultural y jurídico (Italia, Portugal, Francia). Y es también, conviene señalarlo, la solución apuntada desde el derecho comunitario.

El artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, diciembre del año 2000), reconoce el derecho del ciudadano a una buena administración. Se dice de manera específica que “toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”, derecho que incluye “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”. El correlato lógico del derecho a que se resuelva de manera motivada, y dentro de un plazo razonable, sólo puede ser la obligación de la Administración de resolver en todo caso de manera expresa. Sin embargo, parece que las instituciones comunitarias no encuentren reparo en este derecho para regular situaciones de silencio en relación con determinadas materias (sólo como ejemplo de silencio negativo, la Directiva del Consejo Europeo 80/68/CEE, de 17 de diciembre, relativa a la protección de aguas subterráneas contra la contaminación causada por sustancias peligrosas), o para recomendar, lisa y llanamente, la “sustitución de la necesidad de una resolución formal por procedimientos de aprobación basados en el silencio administrativo, con arreglo al cual se considera que la falta de respuesta de la Administración transcurrido un determinado plazo, implica la aprobación de la solicitud”. Tal es el tenor de la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas 90/246/CEE, de 28 de mayo, relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en los estados miembros. Ciertamente es que esta recomendación se enmarca en un contexto jurídicamente más complejo, orientada a reducir los márgenes de intervención administrativa en ciertos sectores, por la vía de sustituir la autorización administrativa obligatoria por una comunicación previa. Pero la motivación no deja de responder a la misma realidad: sustituir o eliminar la resolución administrativa ante la dificultad de obtener el cumplimiento de la Administración de su obligación de resolver en plazo, en lugar de forzar el cumplimiento de esa obligación.

Entrando ya, a grandes rasgos, en el análisis de la evolución de la figura que estudiamos en nuestro ordenamiento jurídico, y en lo que a la finalidad y naturaleza del silencio se refiere, nuestra primera regulación general (artículo 38 LJ de 1956 y artículos 94 y 95 LPA de 1958) marcó una neta diferencia entre el silencio positivo y el negativo. Sobre ello volveremos más adelante, cuando tengamos que distinguir el silencio de otros supuestos de inactividad. De todas formas, y de manera resumida, diremos que el silencio negativo se planteaba como una ficción (de acto administrativo) que permitía el acceso

a la jurisdicción en situaciones de inactividad o no-resolución, ya que configurado el contencioso como revisor de una actuación administrativa, la falta de ésta impedía el acceso al recurso. En cuanto al procedimiento, se preveía que pasados tres meses desde que se dedujese la petición, sin que ésta fuese resuelta, el interesado debía denunciar la mora, y tres meses después ya podía tener por desestimada la petición a los efectos de interposición del correspondiente recurso, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver de manera expresa.

El silencio positivo (artículo 95 LPA) tenía un campo más acotado, reducido a las autorizaciones y a los actos de aprobación en el ejercicio de funciones de fiscalización o de tutela. En definitiva, situaciones en las que preexiste un derecho cuyo correcto ejercicio controla la Administración, o en las que preexiste un acto administrativo cuya corrección también se controla. En estos casos, lejos de fingirse un acto inexistente, lo que se hace es presumir la voluntad administrativa de no impedir la actividad del particular o la eficacia del acto sometido a tutela. No estamos, pues, ante una simple ficción, sino ante un auténtico acto administrativo (por más que presunto), configuración clara aunque, no por ello, menos problemática cuando se trataba de imponer la vinculación de la Administración “a sus propios actos” si la legalidad de los mismos no estaba clara.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, introducirá cambios trascendentales en el régimen y la naturaleza del silencio administrativo.

En primer lugar, y al menos sobre el texto de la ley, se alteró la regla general en materia de silencio, asumiendo ese papel el silencio positivo. El silencio negativo pasó a ser una excepción, con lo que se vino a seguir la dirección recomendada desde las instancias europeas que ya hemos comentado. Con ser lo más llamativo, no es sin embargo esa modificación lo que realmente explica el sentido de esta primera reforma, ni tampoco la expresión de los cambios más trascendentales que experimenta la ley. La transcendencia del cambio radicarán en la propia naturaleza del silencio, que en todo caso configurará un auténtico acto administrativo (eso sí, presunto), ya se tratase de silencio positivo o negativo.

La importancia del cambio de régimen del silencio no fue acompañada, sin embargo, de la necesaria calidad técnica de su regulación. Autores como Santamaría Pastor llegaron a sentenciar que “la nueva regulación del silencio administrativo no está en la categoría de lo problemático, de lo discutible o de lo difícil: es, sin paliativos, un desastre”. Especialmente llamativa resultaba la exigencia de la certificación del silencio, cuya virtualidad, según el texto de la propia ley, se limitaba a la eficacia del acto ya producido por el mero transcurso del tiempo, lo que entraba en contradicción con la posibilidad que se ofrecía a la Administración de resolver

hasta el mismo momento de la emisión de la certificación o del transcurso del plazo para hacerlo. La petición de certificación parecía convertirse así en una renovada denuncia de mora, generando con ello la confusión y la discusión doctrinal y jurisprudencial, que se ha mantenido sin conclusiones definitivas hasta el mismo momento de su derogación.

Por otro lado, el excesivo juego que la ley dio al reglamento en la determinación de los plazos de duración de los procedimientos y, sobre todo, en la concreción del carácter del silencio (negativo o positivo), hizo que el alcance de la reforma en cuanto al fin perseguido fuese, en buena medida, una ilusión. Son reveladores datos como los divulgados por el Ministerio para las Administraciones Públicas, que en un estudio sobre los procedimientos administrativos de la Administración general del Estado en 1997 ha comprobado que, agrupados los procedimientos por los efectos de la resolución presunta, “tuvieron efectos desestimatorios un 76,4% y efectos estimatorios un 23,6%”.

La Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la LPAC, ha llevado a cabo la tercera y, por el momento, última regulación general del régimen de silencio administrativo de nuestro ordenamiento. De alguna manera, viene a situarse en el punto medio de los dos regímenes que le preceden. Eso sí, en lo fundamental, en cuanto caracteriza la nueva regulación desde el punto de vista de la naturaleza de la institución, se ha vuelto a los orígenes de la LJ de 1956 y la LPA de 1958. El silencio negativo es una simple ficción de acto que habilita al interesado para acudir a la vía de recurso, y que no excluye el deber de la Administración de resolver expresamente la solicitud que se le planteó (artículo 43.3.2.º y 43.4.b) LPAC). Es significativo que, salvo algún olvido, el legislador eluda la expresión “acto presunto”, para volver a la de “silencio administrativo”. El silencio positivo, por el contrario, da lugar a un auténtico acto presunto, vinculante para la Administración, que ya sólo podrá resolver expresamente reiterando el contenido del acto (artículo 43.3.1.º y 43.4.a) LPAC).

En lo demás, la reforma ha ahondado en la línea de reforzar la regla general del silencio positivo, quizá con exceso. Pero sobre todo destaca la innegable mejora técnica de la ley y el mayor rigor en el establecimiento de salvaguardas que impidan que los atajos administrativos, los reglamentos, desvirtúen el sentido de la nueva regulación. A todo ello dedicaremos los siguientes epígrafes.

2. La obligación de resolver

El examen de la regulación del silencio administrativo obliga a prestar inicial atención a una obligación primaria sobre la que se articula todo el sistema: el deber de resolver, cuyo incumplimiento desencadena el silencio.

Que el silencio sea la expresión de rendición ante el incumplimiento de la Administración no excluye, sin embargo, que el legislador dedique especial atención a la configuración de este deber. De hecho, la reforma de 1999 se ha cuidado de hacerlo con perfiles ciertamente rigurosos.

Como decimos, el mayor contenido de esta obligación en la reformada LPAC no sólo es una cuestión de intensidad en los términos empleados. Muy al contrario, la preocupación del legislador por dar a esta obligación un contenido real, y no meramente retórico, ha determinado un mayor alcance del deber de resolver, que se manifiesta en una pluralidad de aspectos:

a) El deber de la Administración de resolver en el plazo del procedimiento alcanza también a la necesidad de notificar en ese plazo (artículo 42.1 y 2 LPAC). Sobre ello volveremos más adelante, ya que la ley también recoge instrumentos para impedir que situaciones ajenas a la voluntad y diligencia de la Administración puedan reportar provecho indebido al interesado.

b) También se amplía la obligación de resolver respecto del número de procedimientos que inexcusablemente exigen una resolución final expresa. Deben concluir por resolución expresa “todos los procedimientos” (artículo 42.1 LPAC), tanto los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, como los iniciados de oficio (artículos 42.1 y 43 LPAC), obligación que, a diferencia de la redacción original de la Ley 30/92, se extiende incluso a los supuestos de prescripción, renuncia, caducidad, desistimiento y desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, en el bien entendido que en tales casos la resolución se limitará a poner fin al procedimiento y declarar la concurrencia de las circunstancias expresadas.

c) Las excepciones a la obligación de resolver expresamente que se establecen en la LPAC (artículo 42.1.3.º LPAC) no son excepciones reales, ya que aluden a supuestos de procedimientos cuya terminación, o bien no se produce mediante una resolución o decisión unilateral (terminación por pacto o convenio), o no es exigible la resolución en cuanto que la finalidad del procedimiento no es obtener un acto administrativo que habilite una actividad o declarativo de un derecho (procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración).

d) La obligación de resolver expresamente, y de notificar, se mantiene en el tiempo de manera permanente, esto es, incluso después de que se hayan producido los efectos del silencio. Los artículos 38.2 LJ 1956 y 94.3 LPA 1958, congruentes con el carácter de mera ficción, así lo preveían para el silencio negativo, sin hacer mención similar para el silencio positivo, que suponía la resolución efectiva y presunta de la solicitud. La Ley 30/92 conciliaba la obligación de resolver con la prohibición de hacerlo una vez emitida la certificación de actos presuntos (artículo 43.1 *in fine* LPAC en su redacción origi-

nal), en estricta coherencia con el carácter de acto presunto que derivaba de todo supuesto de silencio. La Ley 4/1999 ha vuelto, en parte, a los orígenes de la regulación. El silencio negativo, como simple ficción, no excusa de la obligación de resolver expresamente en el sentido que en derecho proceda (artículo 43.4.b) LPAC). Pero el silencio positivo, a pesar de su carácter de acto presunto, tampoco excusa de la obligación de resolver de manera expresa. El legislador ha querido que la imposición institucional a la Administración vaya más allá de la necesidad real del dictado del acto expreso, sin que con ello se incurra en contradicción alguna con el carácter del silencio, ya que la resolución debida que se dicte sólo podrá tener un sentido coincidente con el del silencio ya “ganado” (artículo 43.4.a) LPAC), y sin perjuicio, naturalmente, de que pueda la Administración iniciar las vías de revisión procedentes de estimar que el acto presunto conculca el ordenamiento jurídico.

e) Por último, la obligación de resolver se “salvaguarda” con una cláusula de responsabilidad para el caso de incumplimiento. Que la opción del legislador haya sido la rendición ante el incumplimiento, y haya por tal motivo regulado todo un sistema de silencio en lugar de imponer a toda costa el dictado de la resolución expresa, explica el carácter notablemente difuso de la “salvaguarda” de responsabilidad.

Descartando que puedan tener la consideración de sanción, o de consecuencia ligada a responsabilidad, posibles efectos procesales del silencio, como su incidencia en el cómputo de plazos para la interposición del recurso o la imposición de costas por temeridad o mala fe, pues no son sanciones por su contenido, y su concurrencia y efectos se desarrollan al margen de la regulación del silencio, la “salvaguarda” de responsabilidad se desarrollaría en dos niveles. El primero, la responsabilidad disciplinaria, a la que se alude en el artículo 42.7.2.º LPAC, aunque sin prever tipicidad ni sanción, limitándose el precepto a una remisión al régimen disciplinario de la función pública, por más que el precepto se cuida de señalar que la responsabilidad alcanza tanto a los titulares de los órganos administrativos encargados de la instrucción y resolución de los asuntos, como al personal que tenga a su cargo el despacho del asunto, se entiende, por cualquier trámite. El segundo, la responsabilidad patrimonial, que sería exigible conforme a las reglas generales de los artículos 139 y siguientes LPAC (que puede considerarse incluidas en la mención final del artículo 42.7 LPAC que, tras aludir a la responsabilidad disciplinaria, añade “sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente”), y que podría generarse si como consecuencia de la dilación en resolver se provocase un daño antijurídico, lo cual impone como presupuesto que la petición del interesado fuese atendible y conforme con el ordenamiento jurídico.

3. La regulación del silencio administrativo

El silencio es la consecuencia que el ordenamiento aparea al incumplimiento de la obligación de resolver y notificar dentro del plazo de tramitación del procedimiento. Esta fórmula condensa los distintos aspectos de la regulación que seguidamente examinaremos.

3.1. El plazo para resolver y notificar

a) El plazo máximo para dictar y notificar la resolución expresa será el fijado en la norma reguladora del correspondiente procedimiento (artículo 42.2 LPAC).

b) No obstante lo anterior, se establece un plazo máximo de duración de los procedimientos, plazo que no se contenía en la redacción original de la Ley 30/92: seis meses. Y aun se ha dado un paso más para impedir que, como ocurría en la normativa precedente, pueda la Administración desfigurar el sistema mediante la “adaptación reglamentaria”. Por ello, el plazo que normativamente se establezca sólo podrá tener una duración superior a los seis meses si así se autoriza por norma con rango de ley o norma comunitaria europea (artículo 42.2 *in fine* LPAC).

c) Pese al énfasis en la limitación a seis meses, la ley sigue previendo la posibilidad de ampliaciones excepcionales cuando el número de solicitantes o afectados impida resolver y notificar en plazo. En tales casos se prevé la posibilidad de que el plazo inicial pueda ser ampliado, como máximo, hasta el límite del plazo previsto para el procedimiento. En definitiva, se prevé que el plazo pueda doblarse. Esta posibilidad ya se contenía en la redacción original de la LPAC, pero en la reforma de 1999 se ha reforzado el carácter excepcional de la previsión, ya que sólo será lícito acudir a la ampliación del plazo una vez agotados los medios a disposición, materiales y personales, cuya habilitación deberá ser reclamada de no poder atenderse las necesidades del procedimiento con los medios ordinarios (artículo 42.6.1.º y 2.º LPAC).

d) Por último, no sólo se establece un plazo máximo como límite a las peculiaridades de cada procedimiento, sino que también se prevé un plazo supletorio para caso de imprevisión en la normativa sectorial. A falta de previsión específica, el plazo de resolución y notificación será de tres meses.

3.2. El cómputo del plazo para resolver y notificar

En el cómputo del plazo se deberá estar a las reglas generales del artículo 48 LPAC. Las especialidades en el régimen del silencio se sitúan en la determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo, que será diverso según se trate de procedimientos iniciados de oficio o a instancia del interesado, y en determinadas incidencias

que pueden dilatar la duración real del procedimiento aun dentro del cómputo estricto legalmente previsto (suspensión del plazo). Por otro lado, y por la vía indirecta de la regulación de los requisitos de la notificación, también se introduce cierta especialidad relativa al *dies ad quem*, cuya finalidad es impedir que la extensión del deber de resolver a la notificación pueda convertirse en una trampa que haga no efectivas buen número de resoluciones dictadas dentro de plazo.

Examinaremos separadamente estos aspectos:

a) En los procedimientos iniciados de oficio, el *dies a quo* viene determinado por la fecha del acuerdo de iniciación, con independencia del momento de su notificación. El *dies ad quem*, por lo tanto, se establece por la simple aplicación de las reglas de cómputo del artículo 48 LPAC, sin perjuicio de los lapsos temporales no computables por razones de suspensión, a los que me referiré más adelante.

b) En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el cómputo se iniciará “desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación”.

La trascendencia de la regla introducida por la Ley 4/1999 resulta evidente. Con independencia de que el interesado pueda seguir presentando sus solicitudes en los órganos y oficinas que se indican en el artículo 38.4 LPAC, el cómputo a los efectos del silencio sólo se iniciará desde que la solicitud haya tenido entrada “en el registro del órgano competente para su tramitación”, ya se trate de su registro general, o del registro auxiliar de alguna de sus unidades administrativas (artículo 38.1 y DA 15.ª LPAC).

La regla elimina controversias en cuanto al momento del inicio del cómputo del plazo de silencio pero, al mismo tiempo, complica la posibilidad del control de su transcurso por el interesado si optó por la presentación en un registro diferente del propio del órgano competente.

La propia ley es consciente de los inconvenientes que su regla añade, y por ello incorpora dos mecanismos de información, uno a escala general y otro concreto en relación con el procedimiento en curso (artículo 42.2 LPAC). El general consiste en establecer el “deber” de publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de plazos de resolución y efectos del silencio. El concreto, que es el que resulta de interés por lo novedoso, impone a la Administración la obligación de notificar al interesado la fecha de incoación (si el procedimiento es de oficio) o de recepción de la solicitud, así como el plazo máximo de resolución y notificación de ese procedimiento y los efectos del silencio (para el ámbito del Estado los pormenores de esta comunicación se han desarrollado en Orden de 14 de abril de 1999, BOE de 23 de abril, a complementar con las previsiones del

RD 772/1999, de 7 de mayo, que para el mismo ámbito regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones). El cumplimiento de esta obligación satisface las exigencias de información que el interesado precisa para conocer cuándo se produce el silencio. Ésta es la finalidad inicial del precepto que comentamos, pero la trascendencia de esta previsión puede ser aún más importante sobre uno de los aspectos de mayor controversia del régimen del silencio, el de su impugnación, cuestión que examinaremos más adelante.

c) La especialidad relevante que la reforma de la Ley 4/1999 ha introducido en relación con el *dies ad quem* no es exactamente una regla de cómputo, aunque resulta determinante del mismo. Como venimos repitiendo, el deber de resolver se ha extendido al de notificar dentro del plazo máximo de tramitación, pero para impedir que los defectos de notificación sean los que impidan la eficacia de resoluciones ya dictadas, el artículo 59.4 LPAC dispone que “a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado”. Por lo tanto, la notificación defectuosa o el intento fallido puede no ser suficiente o válida a múltiples efectos (así, por ejemplo, a los efectos del inicio del cómputo para interponer el correspondiente recurso), pero sí lo será para impedir que se produzca el silencio administrativo. Con ello se limita el riesgo, aunque no se conjura del todo, de que se produzca el silencio cuando ya existe una resolución expresa dictada, que quizá no sea coincidente con el sentido del silencio.

d) Por último, y en cuanto a las incidencias en el cómputo del plazo que pueden producirse durante la tramitación del procedimiento, el artículo 42.5 LPAC especifica hasta cinco supuestos que pueden determinar la suspensión del transcurso del plazo.

La suspensión supone estrictamente eso, la paralización momentánea del cómputo, que se reanudará en el punto en el que quedó una vez desaparecida la causa que motiva la suspensión, de manera que la duración efectiva del procedimiento se determina por la suma de los períodos computables. No cabe plantear que el cómputo se reanude como sería propio de una interrupción prescriptiva, ya que el fenómeno que estudiamos tiene una dimensión estrictamente procedimental y no guarda relación con el instituto de la prescripción, salvo la que indirectamente se pueda producir cuando la suspensión deviene archivo definitivo y se plantea la eficacia interruptiva de la prescripción del procedimiento archivado.

Los cinco supuestos de suspensión se concretan en: a) requerimiento al interesado para subsanar deficiencias o aportar documentos u otros elementos de juicio,

sin perjuicio de la posibilidad de que, en caso de desatención, se declare un desistimiento presunto (artículo 71 LPAC) o la caducidad del procedimiento (artículo 92 LPAC); b) pronunciamiento previo y preceptivo de órgano comunitario europeo; c) solicitud de informe preceptivo y determinante del contenido de la resolución a dictar, aunque en este caso la suspensión se limita al plazo de tres meses; d) realización de pruebas técnicas o análisis contradictorios solicitados por el interesado, y e) iniciación de negociaciones para la terminación convencional del procedimiento.

3.3. El sentido o efecto del silencio

Una vez vencido el plazo máximo sin que se haya notificado resolución expresa, se desencadenan los efectos del silencio. Las expresiones empleadas en el artículo 43 no son todo lo contundentes o claras que serían de esperar (“el vencimiento del plazo máximo [...] legitima al interesado [...] que hubiera deducido la solicitud [...] para entenderla estimada o desestimada”, “los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes”, artículo 43.1 y 2 LPAC, “los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones”, artículo 44.1 LPAC), pero la interpretación coherente del artículo 43 LPAC no deja lugar a dudas de que la producción del silencio tiene lugar de manera automática por el simple transcurso del plazo máximo de tramitación sin que se haya realizado la notificación de la resolución expresa (artículo 43.3 LPAC). A partir de esta constatación, tenemos nuevamente que distinguir una pluralidad de cuestiones:

a) Procedimientos iniciados por solicitud del interesado.

a) La regla general que se establece en el artículo 43.2 LPAC, en cuanto al sentido del silencio, es el silencio positivo, de manera que el interesado tendrá por estimada su solicitud, produciéndose un acto administrativo que la Administración tendrá que respetar, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la legislación sectorial. Con ello no sólo se mantiene la regla que ya estableció la Ley 30/92 en su redacción original. Como seguidamente veremos, el legislador de 1999 incorpora los instrumentos que impiden que sea la propia Administración la que, por vía de la adaptación reglamentaria, pueda defraudar la voluntad legislativa.

Pero que el legislador se haya servido de una técnica más depurada para asegurar la efectiva extensión del silencio positivo es una cosa, y otra muy diferente que de manera acrítica pueda tenerse por acertados (o convenientes) los términos poco matizados de esa extensión.

La extensión del silencio positivo responde a la pretendida aspiración de “simplificación administrativa” que inspira la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas de 28 de mayo de 1990, que más arriba hemos comentado. Esta extensión desborda el

ámbito tradicional de aplicación de esta figura, limitado a las autorizaciones y relaciones de tutela interadministrativa. Pero está por ver que realmente se consiga con ello la pretendida simplificación. Y está por ver también que nuestro legislador disfrute de ningún poder omnímodo para llevar adelante la extensión de cualquier manera.

Está por ver que realmente sea una fórmula eficaz de simplificación en ámbitos donde el acto presunto deba ser seguido por una actuación material de la Administración, ya que no porque el interesado se afirme amparado por un acto implica ello mecanismo coactivo alguno para imponer su contenido a la Administración. En definitiva, seguirá siendo necesario acudir a los tribunales para materializar el acto.

Pero aún más que en su eficacia, la regla general establecida por el legislador resulta discutible en su formulación, sobre la que alertó el Consejo de Estado en su dictamen (22 de enero de 1998) al anteproyecto de lo que sería la Ley 4/1999, que consideró que parecía “excesivamente amplia la formulación empleada en el texto sometido a consulta para delimitar su ámbito de aplicación”. Como con notable acierto ha señalado Aguado, recordando lo que es un lugar común en nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional y administrativa, la reserva de ley (como la que afecta al procedimiento administrativo por lo dispuesto en el artículo 105 CE) no sólo es un límite frente al poder reglamentario. Es ante todo, y sobre todo, un mandato al legislador para que regule suficientemente el régimen jurídico de la materia sometida a reserva. A partir de esta constatación elemental, y sólo por indicar algunas de las carencias que señala el citado autor, cabe plantearse hasta qué punto la concreción de las limitaciones al silencio que se contienen en la LPAC, y la formulación desmesurada de su regla general, es compatible con la posición constitucional de la Administración pública y la defensa de los intereses generales que se le encomienda en el artículo 103 CE. Cabe plantearse hasta qué punto la indiferenciada formulación del artículo 43 LPAC es compatible con el respeto al principio de legalidad presupuestaria y la equitativa asignación de los recursos públicos que exige el artículo 31 CE. Cabe también plantearse hasta qué punto la extensión de la regla del silencio positivo es conciliable con la radical indiferencia que demuestra frente a los derechos fundamentales de terceros interesados y la tutela que esos derechos merecen conforme al artículo 53 CE. Y ya por último, y sin agotar las críticas que merece la insuficiencia de la regulación, cabe también plantearse si la simple exclusión del silencio positivo en los supuestos de transferencia de facultades relativas al dominio público o al servicio público es suficiente para garantizar las funciones de tutela de la Administración respecto de otros bienes constitucionalmente protegidos, como los recursos naturales, el medio ambiente, o el patrimonio histórico, cultural o artístico.

Quizá sea nadar contra corriente, pero volver a la LPA de 1958 también en esto habría reportado más ventajas que los inconvenientes que implica mantener el camino iniciado por la Ley 30/1992.

b) Las excepciones a esta regla general, que en todo caso determinan que el silencio tenga efectos desestimatorios, se relacionan en el artículo 43.2 LPAC: a) previsión en norma con rango de ley o norma comunitaria europea, con lo que se excluye la posibilidad de que por simple reglamento se pueda alterar la ratio regla general/excepción que se establece en la LPAC; b) procedimientos en ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 CE, actualmente regulado en la LO 4/2001, de 12 de noviembre; c) solicitudes cuya estimación transfieran al solicitante o terceros facultades relativas al dominio público o los servicios públicos, y d) los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, salvo que, como ya preveía la Ley 30/1992 en su redacción original, el recurso se plantee precisamente contra una desestimación por silencio, en cuyo caso el nuevo silencio sí tendrá efecto positivo.

Junto a estas excepciones, y sin perjuicio de las contenidas en la legislación sectorial o normativa comunitaria, hay que situar también las que se reparten por el articulado de la LPAC, así en los artículos 124 y 125 en materia de reclamaciones previas a la vía civil y laboral, artículo 102.4 en materia de procedimientos de revisión de oficio, y artículos 142 y 143 en materia de responsabilidad patrimonial.

b) Procedimientos iniciados de oficio.

En los procedimientos iniciados de oficio, el artículo 44 LPAC ha introducido una distinción antes ignorada en la Ley 30/92, por más que los procedimientos cuya finalización puede producir efectos desfavorables al interesado, y aquellos otros que podrían concluir con el reconocimiento o constitución de un derecho planteaban dos realidades bien diferenciadas. La distinción determina que:

a) Procedimientos por los que se reconoce o constituye un derecho u otra situación jurídica individualizada: los interesados que hubiesen comparecido en el procedimiento (y sólo ellos) podrán entender desestimadas sus pretensiones una vez transcurrido el plazo máximo de resolución y notificación. Por lo tanto, el silencio es negativo, con todas las consecuencias y efectos de esta figura.

b) Procedimientos sancionadores, de intervención o susceptibles de producir efectos o de gravamen: el efecto que se producirá por el transcurso del plazo de resolución será el de caducidad o perención del procedimiento, con los efectos previstos en el artículo 92 LPAC, con lo que, en definitiva, cabrá iniciar nuevo procedimiento siempre que no se haya producido la prescripción de la acción, sin perjuicio de que el procedimiento caducado no tendrá efectos interruptores de la pres-

cripción. En cualquier caso, resulta igualmente aplicable la regla general en materia de caducidad, reiterada en el artículo 44.2.2.º LPAC, que excluye del cómputo del plazo los períodos de paralización producidos por causa imputable al interesado.

3.4. La prueba del silencio

En la nueva redacción de la LPAC ya no existe un medio tasado de prueba del silencio y sus efectos, y el artículo 43.5 LPAC alude como posible a “cualquier medio de prueba admitido en Derecho”, lo que incluye la denostada certificación de actos presuntos, instrumento llamado a la extinción práctica, sobre todo cuando, pese a que algún interés podría tener para concretar los términos del acto presunto en los supuestos de silencio positivo, el artículo 43.5 LPAC ya no prevé que la certificación pueda ser suplida por la propia petición del interesado una vez transcurrido el plazo de expedición, ahora reducido a quince días.

3.5. La entrada en vigor del régimen de silencio administrativo previsto en la Ley 4/1999

La entrada en vigor del nuevo régimen del silencio, en todos sus extremos, se establece de una manera sumamente compleja en un juego de disposiciones adicionales y transitorias que conjugan entrada en vigor y plazos de adaptación de la normativa de procedimientos a las nuevas previsiones de la LPAC. A ello se dedican la DT Primera 1, 2 y 3 y la DA Primera 1, 2 y 4, que establecen un régimen diferenciado para la Administración del Estado y para las de las comunidades autónomas:

a) Administración del Estado.

Las previsiones adicionales y transitorias de la LPAC son, como decíamos, sumamente complejas. En lo que nos interesa, debemos considerar las disposiciones sobre “adaptación” y “transición” en cuanto afectan al plazo para resolver y al sentido del silencio.

La Ley 4/1999 establece por un lado el plazo de un año para “adaptar” la normativa procedimental respecto de las nuevas exigencias de duración de los procedimientos (DA Primera 1 y DT Primera 1). El plazo será de dos años, sin embargo, en lo que se refiere al sentido del silencio (DA Primera 2 y DT Primera 2), sin que se entiendan las razones para disociar la adaptación de estos dos aspectos de un único régimen. Desde luego no pueden ser razones de claridad las que han motivado la diferencia.

Por otro lado, hay que tener en cuenta lo que quiere decir “adaptar” en el contexto de esta ley. En la DA Tercera de la Ley 30/1992 resultaba claro que la “adecuación” que allí se preveía era una simple deslegalización, concorde que la mayor incidencia del reglamento que se autorizaba en dicha ley. Resulta obvio que éste no es el sentido de la nueva ley, donde precisamente se han

introducido salvaguardas frente al reglamento, impidiendo que el plazo de resolución pueda ser reducido, o el sentido del silencio modificado, por reglamento. La adaptación, por lo tanto, lo único que posibilita es que los correspondientes reglamentos se adecuen a los límites de la nueva ley, o bien que el Gobierno promueva la “legalización” de las previsiones reglamentarias que se quieran mantener y que no concuerden con la ley.

Ya por último, lo menos que se puede decir de la redacción de la DT Primera 1 y 2 de la Ley 4/1999, siendo indulgentes, es que resulta tremendamente ambigua. Como ya hemos visto, en la disposición adicional se prevén unos plazos de adaptación, pero la DT Primera no afirma qué regulación transitoria se mantenga durante dichos plazos, sino hasta “en tanto se lleven a efecto las previsiones” de la DA Primera. Semejante redacción en relación con el plazo máximo para resolver no resulta gravemente problemática, como después veremos, por la automaticidad de la entrada en vigor del límite de seis meses. Pero sí en relación con el sentido del silencio, ya que cabría sostener que la regulación transitoria se limita al plazo de adaptación, pero también que la transitoriedad se extenderá “hasta que se lleven a efecto” las adaptaciones, aunque el plazo no se respete, lo que es tanto como aceptar la posibilidad de un régimen transitorio indefinido.

Descendiendo ya a lo concreto, la incidencia de estas previsiones sobre el plazo de resolución, y sobre el sentido del silencio, ha sido diferente:

a) Plazo de resolución: En relación con este aspecto, la DT Primera 1 ha previsto, “hasta tanto se lleven a efecto las previsiones” de adaptación del plazo, la vigencia de las normas reglamentarias con ese mismo rango, y en lo que no se opongan a la ley. Pero al mismo tiempo se prevé, DT Primera 2, que si el plazo fuese superior a seis meses, se entenderá que el plazo para resolver y notificar es precisamente ése. Los matices que imponen este juego son importantes. Como se declaran subsistentes las normas reglamentarias “en lo que no se opongan a la presente Ley”, todo exceso sobre el plazo de seis meses hubiese supuesto oposición y, por lo tanto, la derogación de tal extremo, con lo que automáticamente el plazo aplicable hubiese sido el supletorio de tres meses que prevé el artículo 42.3 LPAC. Por ello, la DT Primera 2 ha permitido que las previsiones reglamentarias ilegales puedan mantenerse en el límite de los seis meses hasta la adaptación.

En definitiva, el plazo máximo de duración de los procedimientos, salvo que en ley o norma comunitaria europea se previese otra cosa, se redujo automáticamente a seis meses. Pero todo esto ya es historia. La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social ha reimplantado en su DA Vigésimonovena (anexo I) los plazos de resolución superiores a seis meses previstos en diversos reglamentos.

b) Sentido del silencio: En cuanto a este aspecto, la DT Primera 2 supuso el mantenimiento del sentido del silencio previsto en los reglamentos preexistentes, si bien con inmediata entrada en vigor del resto de los aspectos de la nueva regulación en cuanto al modo de producción (así, en relación con las reglas de cómputo, suspensión, acreditación) y efectos (así, en cuanto que ficción o acto presunto, posibilidad del dictado de resolución expresa y límites). Aunque lo que más arriba hemos explicado auguraba un período transitorio que podía resultar complejo, volvemos a hablar de historia. La ya aludida DA Vigésimonovena (esta vez anexo II) de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, ha supuesto la “legalización” de los preceptos reglamentarios que se ha tenido por oportuno y que atribuían sentido negativo al silencio administrativo en supuestos distintos al artículo 43.2 LPAC, a los que se añaden los procedimientos para la concesión de ayudas y subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, que se considerarán “iniciados de oficio”, lo que supone una vía indirecta de establecer el efecto negativo del silencio por ser de aplicación el artículo 44 LPAC.

b) Administración de las comunidades autónomas.

Algo más simple “parece” ser la situación normativa de las comunidades autónomas. La DA Primera sólo se refiere a ellas en su párrafo 4, para aludir a la adaptación de su normativa cuando proceda para adecuar el sentido del silencio. Lo relevante es que no establece plazo alguno, cosa que elimina la confusión que se genera respecto del ámbito estatal.

Así las cosas, y resultándoles tan sólo de aplicación la DT Primera 1 y 2 (ya que la 3 se refiere con manifiesta evidencia sólo a la Administración del Estado), podemos concluir que, en tanto no se produzca la adaptación, continúan en vigor (o no han sido desplazadas) las normas reglamentarias autonómicas preexistentes en lo que no se opongan a la Ley 4/1999. Todo ello supone:

a) Plazo de resolución: Los plazos superiores a seis meses previstos en reglamentos autonómicos se han reducido automáticamente a este límite, manteniéndose tan sólo los plazos superiores previstos en normas con rango de ley, o que en norma con tal rango se prevean en lo sucesivo.

b) Sentido del silencio: No resulta de aplicación a las comunidades autónomas la DT Primera 3, que opera por remisión a un apartado de la DA Primera 2, que exclusivamente se refiere a la Administración del Estado. Ello supone que todas las previsiones reglamentarias que no coincidiesen con el sentido del silencio establecido en la LPAC se oponían a la misma, por lo que han quedado automáticamente desplazadas. Así las cosas, salvo en los concretos supuestos previstos en la LPAC, el sentido del silencio previsto en las disposiciones reglamentarias autonómicas ha pasado a ser positivo. Sólo se mantienen con sentido negativo (nuevamente, salvo las excep-

ciones de la LPAC) los supuestos previstos en normas con rango de ley, o los que con posterioridad a la Ley 4/1999 se contengan en normas con dicho rango.

c) Otras administraciones públicas con potestad normativa: Es el supuesto más simple y, al mismo tiempo, el más problemático. La Ley 4/1999 no se refiere a ellas en ningún momento, por lo que la inmediatez derogatoria de la ley resulta clara. No cabe dudar de que, allí donde esa normativa exista, pueden estas Administraciones proceder a la adaptación de su previsiones, pero la insuficiencia de rango normativo de sus disposiciones provoca que la “adaptación” que puedan hacer no sea otra cosa, en lo que al sentido del silencio se refiere, que una reiteración de lo que establezca la legislación estatal o autonómica, y el plano de los plazos, que el margen de manobra se encuentre siempre con el límite máximo de los seis meses o del que establezca la legislación sectorial.

4. La impugnación del silencio y la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. Un conflicto procesal

La LJ de 1998 ha resucitado una controversia que se consideraba más o menos superada con la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal Constitucional 6/1986, de 12 de febrero, 204/1987, de 21 de diciembre y 63/1995, de 3 de abril. En estas sentencias, y en lo que se refería al *dies a quo* para el cómputo de plazo de interposición del recurso contencioso, el Tribunal Constitucional entendió que no podía juzgarse razonable una interpretación que primase la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales. La conclusión a la que llegó el Alto Tribunal pasó por considerar que la situación de silencio era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 79.3 LPA de 1958 (hoy artículo 58 LPAC), de manera que la “notificación” sólo era eficaz desde que se interpusiese el recurso procedente. En la práctica, esta solución suponía afirmar que no existía plazo para recurrir en situaciones de silencio, sin perjuicio de que la Administración pudiese poner fin a tal estado de cosas dictando y notificando la oportuna resolución expresa.

Nuestro Tribunal Supremo, como no podía ser de otra manera, y aunque con ciertos matices, acogió en sus sentencias la doctrina constitucional, así en las de 3 de octubre de 1994, 22 de marzo de 1997, 19 de julio de 1997, 26 de julio de 1997, 28 de noviembre de 1998, 14 de enero de 2000 ó 26 de enero de 2000. Ello no obstante, no podemos dejar de señalar que la doctrina constitucional es, en realidad, una construcción que previamen-

te ya se había elaborado por alguna sentencia del propio Tribunal Supremo, concretamente en la de 28 de mayo de 1983.

La LJ de 1998, esta vez ya una norma postconstitucional, no sólo no ha suprimido el plazo para la interposición del recurso, sino que en su artículo 46.1 *in fine* lo ha reducido de un año a seis meses.

El descontento doctrinal ante esta previsión podríamos decir que ha sido generalizado, y ello ha provocado que en torno al artículo 46.1 *in fine* hayan proliferado interpretaciones, de difícil encaje en nuestro sistema procesal, cuya finalidad última, contrariando el sentido y la finalidad más elemental de la actividad hermenéutica, ha pasado por tratar de impedir la aplicación de la ley interpretada, obviando lo que no puede ser obviado, y es que el legislador, con todos los matices que después examinaremos, ha establecido un plazo preclusivo y de caducidad para acudir a la vía jurisdiccional ante situaciones de silencio administrativo.

La Ley 4/1999 aporta nuevos elementos que inciden en la controversia. De hecho, las aportaciones tienen tal calado que, con fundamento en sus previsiones, se llega a sostener que la Ley 4/1999 ha derogado el artículo 46.1 *in fine* LJ, y que no puede afirmarse la vigencia de norma que imponga plazo alguno para la interposición de recurso contencioso contra situaciones de silencio administrativo. Así lo ha afirmado García de Enterría en un conocido artículo publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, glosando el Auto de la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Madrid de 25 de noviembre de 1999.

El auto citado se hace eco de las sentencias del Tribunal Supremo que acogen la doctrina constitucional con la que abríamos este epígrafe, para después resaltar la modificación introducida por la Ley jurisdiccional de 1998 y el preciso plazo que establece su artículo 46. Sin embargo, considera el auto que la LJ se redacta “a la vista del régimen de actos presuntos” que se establecía en el texto original de la Ley 30/1992, régimen en el que el silencio no da lugar a una simple ficción, sino a un auténtico acto administrativo, que impedía el dictado de resolución expresa una vez emitida la certificación de actos presuntos. El régimen de silencio administrativo establecido en la Ley 4/1999, en el que el silencio negativo pasa a ser nuevamente una simple ficción que habilita para el acceso a la jurisdicción, permitiría rescatar la jurisprudencia constitucional (“tiene perfecto encaje aquella doctrina jurisprudencial” dice el auto) que entendía que no cabía apreciar extemporaneidad en casos de silencio por su equiparación con una notificación defectuosa.

Comparto plenamente las opiniones expresadas, judiciales y doctrinales, en cuanto que con ellas se quiere decir que la solución que nuestro legislador debiera acoger sea la de no someter a plazo las impugnaciones

de situaciones de silencio, y que el plazo de recurso sólo se inicie una vez que la Administración cumpla su deber de resolver los procedimientos de manera expresa. Sería la solución técnicamente más congruente con la naturalización del silencio administrativo que se hace en la ley. Pero una cosa es ésa, y otra muy diferente aceptar que ese desiderátum tenga concordancia, bajo cualquier circunstancia, con nuestro ordenamiento vigente, y menos aún aceptar que se haya producido la derogación del artículo 46.1 *in fine* LJ.

Según mi modesto entender, el artículo 46.1 *in fine* LJ permanece plenamente vigente, si bien su estricta aplicabilidad dependerá de que la Administración cumpla con ciertas condiciones, precisamente introducidas por la Ley 4/1999. Dichas obligaciones, en tanto que novedad, han sido resaltadas por una doctrina que, sin embargo, no se ha apercibido (salvo lúcidas excepciones, como Arzoz Santistéban) de las consecuencias de su adecuado aprovechamiento por las administraciones sobre el régimen de silencio que establece la propia ley, aprovechamiento que, en definitiva, permitiría dar satisfacción a las exigencias de la doctrina constitucional y jurisprudencial que hemos dejado dicha. A esta conclusión se llega teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

a) Ante todo se ha de tener en cuenta cual es el sentido preciso de la jurisprudencia constitucional de constante referencia, a la que se vienen aparejando consecuencias que, en realidad, son ajenas a su contenido. La jurisprudencia, establecida desde la óptica de las imposiciones del artículo 24 de la Constitución, veda una interpretación de la ley de la que se beneficie la Administración que ha incumplido previamente una obligación. El beneficio indebido, como hemos visto, pasa porque si la Administración hubiese cumplido su obligación de resolver de forma expresa, en el momento de la notificación hubiera debido informar al interesado sobre el régimen de recursos (actualmente artículo 58.2 LPAC). En situación de silencio, no sólo se incumple el deber de resolver, sino que, además, y aun cuando “puede entenderse que el particular conoce el texto íntegro del acto –la denegación presunta por razón de la ficción legal” (la cita es literal de la Sentencia del TC 63/1995, de 3 de abril), no así “los demás extremos que deben constar en la notificación”. Esto es lo que permite equiparar silencio y notificación defectuosa, y esto es lo que permite atender a la solución que para este último caso proporciona el artículo 58.3 LPAC, esto es, que el cómputo se inicie desde el momento de la interposición del recurso, lo que en la práctica supone tanto como afirmar que no existe plazo para la interposición. Esto no es poco, pero tan sólo es esto. Quiero con ello decir que en ningún momento se afirma que sea contrario a la Constitución el establecimiento de un plazo en situaciones de silencio, ni que haya incompati-

bilidad entre el régimen de silencio-ficción y el establecimiento de un plazo de recurso. Lo único que establece esta jurisprudencia es una interpretación sobre las reglas de cómputo del plazo, más precisamente sobre el *dies a quo* para el cómputo del plazo, y ello por la razón última de que el incumplimiento de la obligación de resolver provoca como consecuencia que no se informe sobre el régimen de recursos.

b) En segundo lugar, y al margen de simples cuestiones terminológicas, como el empleo de la expresión “acto presunto” que se hace en la LJ (que, por cierto, también se sigue empleando ocasionalmente en la LPAC tras la reforma de la Ley 4/1999, por ejemplo en el artículo 116.1, resulta cuando menos discutible afirmar sin matices que la redacción del artículo 46.1 *in fine* LJ se hiciese “a la vista” de la regulación original del silencio de la Ley 30/1992, y más difícil de aceptar aún que su reforma plantee de manera intencionada un régimen de silencio incompatible con dicho precepto. Tampoco que “la recuperación” de la doctrina constitucional que hemos comentado refuerce esa conclusión.

Sabemos que cuando el legislador movió su mano derecha (LJ) “no perdía de vista” lo que iba a hacer con la izquierda (LPAC). La ley ofrece ejemplos clamorosos. Recuérdese que la Exposición de motivos de la LO 6/1998, de 13 de julio, que reforma la LOPJ de manera paralela y concordada con la LJ, realiza unas afirmaciones sobre la responsabilidad civil de los funcionarios que desconciertan por su incomprensible contradicción con la definitiva reunificación de fuero que estas leyes llevan a cabo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Esas contradicciones desaparecen, como también sabemos, cuando la Ley 4/1999 da nueva redacción a la Ley 30/1992 y culmina la operación de blindaje de los funcionarios frente a las acciones de los particulares. Cuando menos en ese aspecto la LJ no se hizo “a la vista” de la LPAC en su redacción original, sino “sin perder de vista” la redacción que tendría muy pocos meses después. Que ello ha sido evidente para ese aspecto obliga a ser muy cuidadoso si se pretende negarlo para otros.

Por otro lado, y como decía, resulta aún más difícil aceptar que exista una incompatibilidad ontológica, o de cualquier género, entre un sistema de silencio-ficción y el establecimiento de límites temporales para la interposición del recurso. Comparto plenamente que no es lo más adecuado técnicamente, pero que el silencio negativo no dé lugar a un auténtico acto, sino a una simple ficción que no descarga a la Administración de su deber de resolver, no es necesariamente incompatible con la voluntad del legislador de establecer límites temporales a la reacción del interesado. Si eso no era incompatible en la LJ de 1956, no acierto a comprender por qué habría de serlo con la LJ de 1998. Y aún resulta más difícil concluir que la incompatibilidad sea acepta-

da o querida por el legislador cuando en la vía administrativa los recursos frente a situaciones de silencio también se someten a plazo específico (artículos 115.1 y 117.1 LPAC tras la reforma de la Ley 4/1999), mayor, cierto es, que si la resolución fuese expresa, pero a un plazo, exactamente igual que en la situación planteada en la vía jurisdiccional. Y no parece que pueda encontrarse apoyo para lo contrario en nuestra doctrina constitucional, que, como ya hemos visto, no afirma que exista incompatibilidad entre el sistema de silencio-ficción y el establecimiento de un plazo, sino que simplemente se limita a derivar de su compatibilidad unas consecuencias sobre las reglas de cómputo de ese plazo.

c) Llegados a este punto, tendríamos que concluir que el artículo 46.1 *in fine* LJ está vigente. Ello no excluiría, sin embargo, que la doctrina constitucional sobre la equiparación con la notificación defectuosa pueda ser de aplicación. Es aquí donde se deben tener en cuenta las novedades introducidas por la Ley 4/1999, concretamente la redacción que da al párrafo segundo del artículo 42.4 LPAC, precepto que, como decíamos, ha sido destacado por la doctrina en cuanto novedad, pero sin relacionarlo (salvo alguna excepción como la ya señalada) con las consecuencias que su adecuada utilización puede implicar en cuanto al régimen de impugnación del silencio y, sobre todo, por su posible engarce con la doctrina constitucional.

Dice el artículo 42.4.2.º LPAC: “En todo caso, las Administraciones Públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.”

Es una nueva obligación de la Administración informar al interesado, desde el mismo momento de su inicio, sobre cual es el plazo de tramitación del procedimiento, de manera que (unido a la información sobre la fecha de recepción por el órgano competente, en los supuestos de solicitudes) el interesado pueda saber cuándo se produce el silencio, lo que se completa con la información que debe darse sobre los efectos que pueda producir el silencio administrativo. En sentido estricto la información sobre “los efectos del silencio” obliga a expresar si es positivo o negativo. En la literalidad del término, aquí concluiría la obligación de información, pero nada impide entender que la Administración pueda extender la información sobre

los efectos a la posibilidad que el interesado tendría de acudir a la vía jurisdiccional en caso de disconformidad, con indicación de recurso, plazo y órgano competente para conocer del recurso contencioso.

Las consecuencias de lo anterior son más que evidentes. Si a la incoación del procedimiento no se realiza la información en los términos expresados, el silencio final será equiparable a una notificación defectuosa a los efectos de la conocida doctrina constitucional. Por el contrario, si la información inicial se ha producido, y abarca la indicación de recursos para el caso de silencio, no se dará la situación en la que la jurisprudencia ampara la equiparación con una notificación defectuosa, y el plazo para la interposición del recurso comenzará a correr a partir del día siguiente a aquél en que se produzca el silencio.

La última cuestión que puede suscitarse en orden a la impugnación del silencio, y aceptado que en las circunstancias vistas el plazo de interposición de seis meses puede ser efectivamente computado desde que el silencio se produce, es la posibilidad de impugnación de la resolución expresa que se dicta extemporáneamente, una vez transcurrido el plazo de recurso, situación posible en los supuestos de silencio negativo ya que en todo caso persiste la obligación de resolver expresamente y no existe una auténtica resolución que lo impida. En tales casos estimo que se deberá estar a la doctrina elaborada por la jurisprudencia bajo la vigencia de la LPA de 1958, habida cuenta la identidad de régimen en cuanto al carácter del silencio. Esta jurisprudencia, desde una posición inicial de inimpugnabilidad del acto expreso, asentada en la aplicación extensiva del concepto de acto consentido, acabó aceptando la admisión del recurso contencioso, sin que pudiese apreciarse acto consentido que lo impidiese por no ser el acto expreso reiteración de otro anterior. De ello son expresión las primeras sentencias de 24 de febrero de 1988, 31 de enero de 1989, 28 de noviembre de 1989 ó 4 de mayo de 1990, consolidándose posteriormente con las de 24 de mayo de 1990 ó 22 de marzo de 1997.

5. El silencio administrativo y otras situaciones de inactividad: otro conflicto en la aplicación de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998

El silencio administrativo es una manifestación, una perspectiva de una realidad mucho más compleja que es la inactividad administrativa. La inactividad puede traducirse en prescripción en cuanto afecta a la posibilidad de ejercicio de una potestad en un caso concreto. Puede determinar la caducidad o perención de los procedimientos. La inactividad jurídica, unida a una actividad material, puede generar también la presunción de una voluntad administrativa, que operaría al margen del

silencio para afirmar la existencia de un acto tácito o, en su caso, un acto implícito. Por otro lado, las relaciones e interferencias entre las diferentes figuras aún colaboran a dotar de mayor complejidad la calificación de la situación jurídica que resulta de la inactividad. A título de ejemplo, piénsese en una situación de silencio por no-resolución de un recurso de alzada contra una sanción y la posibilidad de prescripción de la misma.

No cabe plantearse, desde estas breves líneas, la enumeración de la totalidad de los supuestos posibles de relación o conflicto, y mucho menos su análisis, pero detendré mi atención en un específico supuesto que, por razones procesales, se ha visto históricamente vinculado al silencio, y que ahora, también por razones procesales, es necesario deslindar con nitidez. Detendré la atención en la relación entre inactividad formal (silencio administrativo) e inactividad material (no-ejecución o incumplimiento de prestaciones exigibles).

Como ya se ha avanzado en el análisis de la evolución de esta figura, la perspectiva que supone el silencio administrativo tiene un origen y, a un tiempo, una finalidad bien delimitados: la necesidad de conciliar el derecho a la tutela judicial frente a la pasividad administrativa, por un lado, con la exigencia de una vía o resolución administrativa previa que imponía el carácter revisor que originariamente se predicaba de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues la falta de resolución suponía la falta del presupuesto (de hecho, y en la formulación inicial de la jurisdicción que precedió a la LJ de 1956, el propio objeto) que abría la puerta al proceso contencioso. Dicho de otra manera, la falta de acto expreso suponía la inexistencia de acto que impugnar y revisar.

A esta precisa necesidad responde la figura del silencio negativo, una simple ficción que permitiría superar una exigencia de acceso a la jurisdicción. Distinta era la finalidad originaria del silencio positivo, aunque de alguna manera también relacionada con la anterior. Limitada la virtualidad del silencio positivo sobre las autorizaciones y las relaciones de tutela o fiscalización, su función pasaba por suplir un acto de control sobre una actividad lícita en términos generales (esto es, una actividad que el administrado tiene previo derecho a desarrollar) o sobre una actividad proveniente de un órgano o ente administrativo controlado o tutelado. En definitiva, el silencio negativo posibilita el acceso a la jurisdicción pese al no dictado del acto, y el silencio positivo hace innecesario el acceso a la jurisdicción para el dictado del acto.

Como conclusión sintética podríamos decir que el silencio administrativo finge o, en su caso, suple un acto. Este es el campo acotado para el silencio frente a otras perspectivas de la inactividad de la Administración. Sin embargo, las deficiencias de nuestro sistema procesal determinaron, específicamente en el ámbito del silencio

negativo, una extensión de la aplicación de la figura para supuestos ajenos a su contenido, aunque vinculados a su finalidad. Cuando el acto administrativo existe, e impone una determinada prestación que debe satisfacer la Administración, o cuando la prestación es exigible en términos concretos por razón de un instrumento jurídico diferente del acto (piénsese en un contrato o convenio, o incluso en una norma que no precise de actos de aplicación), si la Administración no cumple la prestación, el ciudadano interesado no pretende que se dicte un acto, ni tampoco discute la validez de ningún acto (antes al contrario, se apoyará en su existencia), sino que lo que pretende es una actuación material por parte de la Administración. Ello provoca que, en definitiva, no haya ningún acto que llevar a la jurisdicción para su control de legalidad, lo que choca con el esquema inicial de la jurisdicción contenciosa, rigurosamente revisor. Esta es la situación que define y diferencia la inactividad material de la Administración, frente a la inactividad formal en que se traduce el silencio administrativo.

Concluir que la situación expuesta resultaba insatisfactoria no precisa de mucha argumentación. Pero esa insatisfacción se convierte en algo más cuando el Tribunal Constitucional, ya antes, pero con rotundidad desde mediados de los noventa (sentencias 294/1994 ó 136/1995), afirma que son manifiestamente lesivas del artículo 24 CE interpretaciones de nuestro sistema procesal que permitan que la inactividad administrativa genere algún espacio de inmunidad frente al control judicial. Una de las vías que los tribunales emplearon, incluso antes de la doctrina constitucional, para suplir las carencias del esquema revisor de la jurisdicción pasó por extender fuera de su ámbito acotado la figura del silencio negativo. De manera específica el mecanismo de reacción pasaba por que el ciudadano generase una vía administrativa solicitando, no el dictado de un acto, sino su ejecución (o la del contrato, en su caso), y frente a la inactividad, entender un acto ficticio desestimatorio de la petición, por más que, como venimos diciendo, el particular no pretendía el dictado de un acto, sino una actuación material.

En definitiva, si el silencio negativo es la ficción de un acto, los tribunales pasaron a fingir, además, una situación de silencio administrativo donde no la había, para por la vía de su revisión, realizar en la sentencia una declaración anuladora (del supuesto acto) a la que anular la de condena al cumplimiento de la prestación.

La Ley jurisdiccional de 1998 ha incidido positivamente en esta cuestión, aunque la confusión de muchos operadores jurídicos en cuanto a su trascendencia y consecuencias, según veremos más adelante, es muy notable.

El artículo 29 de la LJ de 1998, dando un paso más en la superación del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa que inició su predecesora de 1956, ha introducido en el esquema procesal contencioso la posibilidad

de ejercicio de acciones de prestación o de condena autónoma (autónoma, queremos decir, respecto de una previa o paralela declaración anuladora o de nulidad de una actividad administrativa o de una inactividad formal administrativa). El citado precepto puede ser criticado por no haber abarcado todo supuesto posible de inactividad material, pero al margen de ello lo cierto es que responde de manera precisa, y da solución, al problema que más arriba hemos descrito, sin necesidad de acudir ni forzar los límites de la institución del silencio.

Lo anterior, benéfico sin duda, también presenta otro filo. Decía que ya no es necesario acudir ni forzar los límites del silencio. Pero en realidad las consecuencias de la nueva regulación van más lejos. Entiendo que no es que no sea necesario, sino que ya no es posible acudir ni forzar los límites del silencio.

Llegar a la anterior conclusión exige, ante todo, disecionar el artículo 29.1 LJ. Ello nos permite distinguir los siguientes aspectos:

a) La situación que posibilita el acceso al proceso por esta vía es la existencia de una “obligación” por parte de la Administración para “realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas”, obligación de prestación cuyo origen el precepto sitúa en “una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo”. Va de suyo que la situación exige que la obligación se encuentre incumplida al tiempo de la reclamación.

b) Lo que pretenden los interesados no es el dictado de un acto reconociendo su derecho a la prestación, pues ese acto (o contrato, o convenio, o norma *selfexecuting*) ya existe. Lo que se pretende ante la Administración es, como dice en el artículo 29.1 LJ, “reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación”.

c) El artículo 29.1 LJ prevé que la reclamación se deduzca primeramente ante la Administración. Con ello se inicia un a modo de vía administrativa. Pero ello no debe llevar a confusión. No se trata de una vía administrativa de formalización de la actividad. No se busca el dictado de un acto que reconozca el derecho a la prestación. Ni se busca “formalizar la inactividad”, esto es, no se busca generar una situación de silencio para posibilitar la impugnación. Lo único que se busca es el cumplimiento material de la prestación. Por ello el precepto comentado dice que se podrá acudir al recurso contencioso si “la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados”, sin aludir en ningún momento a que por la Administración se dicte, o se deje de dictar, un acto reconociendo el derecho a la prestación reclamada o su obligación de cumplirla.

d) En estricta concordancia con lo anterior, el artículo 32.1 LJ, al precisar las pretensiones ejercitables en el

recurso por inactividad, no dice, como en el artículo 31.1 LJ para el supuesto de impugnación de actos (expresos o presuntos) y disposiciones, que pueda ejercitarse una pretensión de declaración de disconformidad en derecho y de anulación. El artículo 32.1 limita la pretensión planteable a “que se condene a la Administración al cumplimiento de su obligación”, sin necesidad de que ello se ligue a ninguna otra declaración, previa o paralela, de disconformidad en derecho o de anulación. En definitiva, y de ser atendible el recurso, la sentencia debe limitarse a su estimación y a condenar a la Administración al cumplimiento de lo pedido.

e) Ya por último, lo dicho hasta ahora debe completarse con la previsión que se contiene en el artículo 46.2 LJ, de capital importancia y sobre la que abundaré más adelante. El plazo para la interposición del recurso contencioso es de dos meses, que se computará desde el transcurso de los plazos (tres meses, con carácter general, y un mes si el acto del que deriva el derecho de prestación es firme) que se prevén en el artículo 29 LJ. Esta previsión cierra de manera precisa el marco para el ejercicio de la acción de prestación, y en buena medida es lo que me lleva a afirmar lo que antes avanzaba, que ya no es posible acudir ni forzar los límites del silencio.

Como antes indicaba, los ejemplos de confusiones de los operadores jurídicos en la comprensión del nuevo marco procesal creado por la introducción de esta acción de prestación son variados. Fijaré la atención en uno cotidiano. Se reclama ante la Administración el abono de intereses por demora en el pago de una certificación de obra o por retrasos en el pago de suministros realizados. La Administración da la llamada por respuesta y el interesado interpone el correspondiente recurso contencioso. Sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Ley 4/1999, se está convirtiendo en habitual por las partes discutir (con largos razonamientos) si el silencio por la desatención de la reclamación es positivo o negativo. Los actores argumentan que su petición fue estimada por silencio positivo, ya que ninguna norma excepciona la regla general de silencio positivo que se prevé en la LPAC, lo que excluiría que la Administración pueda oponerse en el proceso a lo que habría ya aceptado en vía administrativa. Las administraciones alegan que el silencio es negativo, hecho fundado en que la LPAC establece la regla general del silencio positivo partiendo del presupuesto de que la petición se plantea en un “procedimiento administrativo”, naturaleza que no tiene el contrato en el que se generan los intereses reclamados. Si acudimos a las sentencias, veremos que en unos casos se afirma que el silencio es negativo, y en otras que es positivo.

Y, en definitiva, en el supuesto expresado, el silencio, ¿es negativo, o positivo? Según lo entiendo, no es negativo. Tampoco es positivo. Sencillamente, no es silencio. La obligación de abono de intereses por demora en el pago del precio pactado es una prestación accesoria,

derivada del contrato aunque por ministerio de la ley. En cualquier caso, y ya tengamos como fuente el contrato o la ley, pues a ambos se alude en el artículo 29.1 LJ, una prestación debida sin necesidad de acto específico de la Administración que reconozca su obligación al pago. Por ello la sentencia que se dicte, de ser estimable la pretensión, no deberá anular una previa denegación presunta, ni declarar la existencia de un acto presunto que reconoció el derecho de la parte. La sentencia debe limitarse a estimar el recurso y a condenar a la Administración al pago de los intereses debidos.

La inactividad material ha pasado a tener en la ley jurisdiccional un encaje preciso, y ello obliga, para plantear recursos contenciosos en tales supuestos, a estar a las exigencias de la ley, sin que sea ya lícito confundir instituciones para posibilitar el acceso a la tutela judicial, proceder injustificado una vez que la tutela judicial puede obtenerse por vías propias. Señalo esto no ya porque plantear discusiones sobre si el silencio es positivo o negativo, cuando ni tan siquiera existe silencio, sea técnicamente poco acertado. Sino porque la confusión puede dar lugar a situaciones de inadmisibilidad del recurso por incumplimiento de los artículos 29 y 46.2 LJ, generalmente traducidas en la extemporaneidad.

Así, y como en los supuestos que comentamos no existe acto ni ficción de acto, tampoco hay vía administrativa alguna que agotar para acudir al contencioso-administrativo (como de manera coherente previene el artículo 29 LJ, que abre la vía contenciosa una vez transcurridos los plazos de reclamación), de manera que el plazo del artículo 46.2 LJ comenzará a correr inexorablemente una vez transcurrido el plazo de reclamación previsto en el artículo 29 LJ, siendo manifiestamente erróneo, y sin trascendencia suspensiva, que el actor interponga recursos de carácter administrativo contra un inexistente “acto” por silencio. Por otro lado, tampoco sería de aplicación en este supuesto la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre la equiparación con una notificación defectuosa. Aquí la Administración no incumple su deber de resolver, de manera que deje de dictar un acto expreso que debiera ser notificado con información de los recursos procedentes. Aquí la Administración lo que deja es de cumplir materialmente o ejecutar una prestación, de manera que, aun cumpliendo (parcial o insatisfactoriamente) la prestación, esa información tampoco se produciría, ya que no es exigible ningún acto a notificar. En definitiva, la doctrina no sería extensible porque no guarda ninguna relación con el beneficio indebido que la Administración obtiene en el caso de silencio. El plazo para recurrir, por lo tanto, y lo reitero, corre inexorablemente desde el momento que se determina en el artículo 46.2 LJ, y su infracción provocará la inadmisibilidad del recurso.

La situación descrita, en cualquier caso, es más molesta que grave, pues la inadmisión del recurso no ha de

impedir la posterior reiteración de la reclamación. Y ello por el mismo motivo que impide que la inactividad material sea confundida con el silencio, esto es, porque no existe acto alguno recurrido, de manera que no es posible sostener situación alguna de acto consentido. El único límite (temporal, se entiende) para replantear la reclamación y el posterior recurso contencioso sería el de la prescripción del derecho del que deriva la prestación cuyo incumplimiento motiva el ejercicio de la acción, todo y que, naturalmente, el correcto ejercicio inicial de la acción evitará los perjuicios que provoque la mayor dilación en el cumplimiento de la prestación material que se persigue.

Bibliografía

Al margen de la manualística al uso, y de las muchas obras y artículos de revistas especializadas que han comentado el régimen del silencio administrativo en la LPA de 1958 y en la redacción original de la Ley 30/1992, se recomiendan los siguientes, y recientes, trabajos que consideran la regulación derivada de la Ley 4/1999.

Monografías

ARZOZ SANTISTÉBAN, Xabier. *La obligación de resolver y de notificar y el silencio administrativo*. Marcial Pons, 2001.

AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç. *Silencio administrativo e inactividad*. Marcial Pons, 2001.

Revistas

FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael. "De nuevo, el silencio administrativo". *Revista Española de Derecho Administrativo*, 105, 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La inexistencia de plazo para recurrir el silencio administrativo...". *Revista Española de Derecho Administrativo*, 105, 2000.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. "El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos". *Revista del Poder Judicial*, 1999.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. "El silencio administrativo". *La Ley*, 1999.

CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María. "Terminación convencional y silencio administrativo". *Actualidad Administrativa*, 2001.

FERNÁNDEZ POLANCO, Silverio. "La regulación del silencio administrativo". *Justicia Administrativa*, 2000.

GÓMEZ PUENTE, Marcos. "La entrada en vigor del nuevo régimen del silencio administrativo". *Justicia Administrativa*, 2001.

SÁEZ HIDALGO, Ignacio. "Efectos del silencio administrativo en vía de recurso: la prescripción de sanciones". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1999. ■

Esta sección publica informes aportados por los servicios jurídicos de las diputaciones provinciales, los cabildos y los consejos insulares que forman parte de la Fundación Democracia y Gobierno Local y de las que han suscrito convenios de colaboración con ella a los efectos de participar en las actividades que desarrolla y, de manera muy especial, en la publicación y la difusión de esta revista.

La finalidad de la sección es dar publicidad a la solución de cuestiones concretas planteadas respecto de asuntos en los que deben dictaminar los servicios jurídicos de los entes locales a que hemos hecho referencia. Para valorar la importancia de esa publicidad debe recordarse que los entes locales de segundo grado son titulares de la competencia de asistencia jurídica y técnica a los municipios, que se concreta, entre otros muchos aspectos, en la emisión de informes y dictámenes concretos. La eficacia de esa asistencia, una vez satisfecho su objeto principal de apoyar al municipio concreto, se potencia dando publicidad a los informes realizados sobre cuestiones concretas de interés para el conjunto de los entes locales o que aportan criterios de interpretación jurídica de interés para la actividad de éstos.

La sección incorporará progresivamente los informes de los servicios jurídicos de los municipios u otros entes locales que suscriban convenios de colaboración con la Fundación Democracia y Gobierno Local.

La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios

Susana Martínez Novella

*Letrada coordinadora de
la Dirección de Servicios
Jurídicos de la Secretaría de
la Diputación de Barcelona*

I. La responsabilidad patrimonial de las entidades locales. 1. Introducción. 2. Marco legal actual. 2.1. Los postulados constitucionales de la responsabilidad. 2.2. Normativa de régimen local y Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común.

II. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y los empleados locales. 1. Consideraciones generales. 2. Régimen jurídico aplicable a la responsabilidad exigida por la propia Administración a sus autoridades o funcionarios. 2.1. Requisitos subjetivos. 2.2. Requisitos objetivos. 2.3. Plazo. 3. Procedimiento para exigir la responsabilidad. 3.1. Iniciación. 3.2. Notificación a los interesados. 3.3. Instrucción. 3.4. Audiencia y vista. 3.5. Resolución. 4. Efectos. 4.1. Efectos jurídico-procesales. 4.2. Efectos jurídico-materiales.

III. La responsabilidad civil y penal. 1. Responsabilidad penal y responsabilidad civil derivada del delito. 2. Responsabilidad civil derivada del delito *versus* responsabilidad civil. ¿Una única institución o dos instituciones distintas? 3. Traslado de las conclusiones alcanzadas al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

IV. Análisis del artículo 121 del Código penal de 1995. 1. Consideraciones generales. 2. Trabajos parlamentarios en torno al proceso de elaboración y aprobación de la norma. 3. Análisis de la jurisprudencia dictada al amparo del artículo 121 del Código penal. 4. El criterio que sostenemos en relación con la interpretación del artículo 121 del Código penal.

V. Responsabilidad penal de alcaldes y concejales.

VI. Conclusiones.

Anexo I. Trabajos parlamentarios en torno al proceso de elaboración y aprobación del artículo 121 del Código penal.

VII. Bibliografía.

1. La responsabilidad patrimonial de las entidades locales

1. Introducción

El artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante LBRL), reiterado y matizado en los artículos 223 y siguientes del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (en adelante ROF), dispone: “Las Entidades locales responderán directamente a los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos *o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes*, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa.” (El subrayado es nuestro.)

¿Cuál es esa legislación general sobre responsabilidad administrativa? Esa legislación general es la que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y, en la práctica, la que venía rigiendo también con anterioridad para las entidades locales, puesto que si bien la LBRL da el paso definitivo en la unificación de regímenes en la materia, esta unificación era ya un hecho¹ aunque hubiera que apelar a normas jurídicas diferentes que, sin embargo, constituían un bloque normativo con vocación de aplicación unitaria y conjunta: el artículo 40 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, para éste, (norma no aplicable a municipios y provincias) y el artículo 121 de la Ley de expropiación forzosa para las entidades locales.

El artículo 106.2 de la Constitución,² referido a todas las administraciones públicas, como ha destacado la doctrina y señala también el Tribunal Constitucional a propósito de los principios que informan la actividad de aquéllas, contribuyó ya antes de la LBRL a definir ese régimen unitario que el precepto mencionado de la LBRL concreta por vía de remisión. Por ello, hablar de las características de la responsabilidad patrimonial de las entidades locales supone referirse al mismo tema, y a los mismos problemas que, con carácter general, se

plantean en la Administración del Estado o en la de las comunidades autónomas, aunque haya quizá que hacer hincapié en alguna pequeña especificidad que no enturbia el régimen común al que apela igualmente el artículo 149.1.18 *in fine*³ de la propia Constitución.

La evolución histórica de la responsabilidad patrimonial de la Administración⁴, permite entender mejor su situación actual y nos interesa desde dos perspectivas básicas: una, poner de manifiesto que la primera regulación específica de la institución, que rompe con los postulados del Código civil, se residenció en la legislación de régimen local, justamente en la Ley municipal de 1935⁵ y, en segundo lugar, para destacar que las características esenciales, que reviste actualmente, ya provienen de la Ley de expropiación forzosa de 1954.⁶

2. Marco legal actual

2.1. Los postulados constitucionales de la responsabilidad

La Constitución de 1978 contempla en cuatro artículos el tema que nos ocupa. En el Título preliminar se establece como principio general que la Constitución garantiza “la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” (artículo 9.3). Esta previsión genérica es desarrollada en forma más pormenorizada en el artículo 106.2 al disponer: “Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.” El precepto no comporta novedades sustanciales respecto a la situación precedente sino que, más bien, la reconoce y la consolida, elevando al nivel constitucional lo que tempranamente y con carácter avanzado estableció el artículo 121 de la Ley de expropiación forzosa de 1954 y generalizó luego el artículo 40 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado.

Desde la perspectiva del reparto competencial el artículo 149.1.18 trata de establecer y garantizar un tratamiento igualitario de los derechos constitucionales. En su virtud, el sistema de responsabilidad de las administraciones públicas será único. Finalmente, aunque ya no

1. MARTÍN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la Administración Local”, artículo inserto en la obra colectiva dirigida por MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Municipal*. Madrid: Ed. Civitas, 1988, p. 582 y ss.

2. “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

3. “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas”.

4. Puede consultarse, entre otros, en MARTÍN REBOLLO en *op. cit.*, p. 583 y ss.

5. La primera regulación específica de carácter general sobre la responsabilidad de la Administración que rompe con los moldes del Código civil (artículos 1902 y 1903) se produce en el ámbito de la Administración local y trae causa de la Constitución republicana de 1931, que había incluido en su artículo 41 la

siguiente previsión: “Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determina la ley”, previsión que halló su concreción en la Ley de bases municipal, de 10 de julio de 1935, texto articulado de 31 de octubre del mismo año, y en cuyo artículo 209 (Base 25) establece:

“Las Entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroge la actuación de sus órganos de gobierno, o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos.”

El texto no tuvo auténtica aplicación pero uno de sus méritos fue el haber inspirado los artículos correspondientes de la Ley de régimen local de 1950.

6. Esta ley de 16 de diciembre de 1954 amplió el marco de la responsabilidad a la actividad estatal, pero con planteamientos distintos y pretensiones

en el ámbito de las administraciones públicas, el artículo 121 consagra la responsabilidad del Estado-jefe por los errores judiciales y el anormal funcionamiento de la Administración de justicia.

2.2 Normativa de régimen local y Ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común

Como ya hemos avanzado en materia de responsabilidad patrimonial, la legislación local establece una responsabilidad directa de las administraciones con tal carácter, por los daños y perjuicios causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa.

Así, dando respuesta a la pregunta que nos formulábamos, sobre cual ha de ser esa "legislación general" a la que nos remiten los artículos invocados al iniciar el tema, esa no ha de ser otra que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (en adelante LPAC) que contiene en el último de sus títulos una extensa regulación (artículos del 139 al 146) del sistema de responsabilidad de las administraciones públicas, de conformidad con los artículos 106 y 149.1.18 de la Constitución.

La regulación establecida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, vino a sustituir la contenida en la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, cuyos artículos 40 y 41 fueron expresamente derogados, e introdujo modificaciones de interés respecto de la citada regulación. Así, entre otras novedades destacables, el instituto de la responsabilidad alcanza por vía de la citada ley la categoría de derecho de los ciudadanos, como expresamente se reconoce en el artículo 35.j) de la misma.

Con todo, las principales innovaciones que introduce la LPAC tienen un trasfondo procesal y procedimental que tiende a unificar el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa, manteniendo la esencia de la institución.⁷

Sobre la base de esta regulación viene a incidir la Ley 4/1999, de 13 de enero, estableciendo algunas nuevas

modificaciones, sobre las ya hechas, que completan la unificación del régimen jurídico de la responsabilidad desde un punto de vista sustantivo. Hay que tener en cuenta que esta nueva regulación presenta, al igual que la normativa que modifica, el carácter de legislación básica, de conformidad con el artículo 149.1.18 de la CE, de manera que conforma un sistema de responsabilidad unitario para todas las administraciones públicas.

El régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones, surgido de estas normas, no modifica sustancialmente el ya existente, puesto que se sigue configurando una responsabilidad general, directa y objetiva, cuyos rasgos generales podrían concretarse en las siguientes notas:

a) Es una responsabilidad de carácter general y unitario, en cuanto se acogen a ella todo tipo de actuaciones y omisiones de todas las administraciones públicas (la del Estado, comunidades autónomas, la local e institucional).

b) Se trata de una responsabilidad directa y no sólo subsidiaria, pues se genera como consecuencia de la producción de lesiones (que el perjudicado no tiene el deber de soportar) y ello tanto si es posible imputar los daños y perjuicios a un sujeto determinado (funcionario o autoridad) como si la producción del daño ha sido impersonal o anónima. Pero incluso en el caso de que la actividad lesiva sea claramente imputable a un sujeto determinado, en cuya actuación haya concurrido culpa, dolo o negligencia, será la Administración dentro de la cual se inserte éste la que deberá responder, sin perjuicio de repetir después contra aquél, como trataremos más adelante.

c) Es una responsabilidad objetiva, ajena e independiente a los conceptos de culpa o negligencia, generándose simplemente por los perjuicios causados al particular como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y, sin que tenga relevancia alguna la concurrencia de ambos factores, como decíamos (culpa o negligencia) para generar, en el particular afectado, el derecho a ser indemnizado. Ambos conceptos sólo tendrán relevancia interna⁸ al actuar como condicionantes del reparto de la carga de resarcir al particular lesionado.

unificadoras y totalizadoras (no sabemos si queridas o no, realmente, por el legislador), dado que la LEF rige para todas las administraciones públicas.

De su artículo 121 se deduce el carácter directo que tendrá siempre, a partir de ahora, la responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de las responsabilidades que aquélla "pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo". Ya no se trata, pues, de un sistema de simple cobertura por la Administración de los daños producidos por sus agentes, sino de un principio de responsabilidad objetiva (al margen de la culpa o negligencia) que supera y deroga los planteamientos de la LRL. Así, el referido precepto dispone:

"Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo."

Desde el punto de vista jurisdiccional, el artículo 128 de la LEF establece una cláusula general de competencia a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, derogando así el 407 de la LRL pero manteniendo, ciertamente, el problema de la dualidad de jurisdicciones cuando los daños no hubieran sido causados por la Administración en cuanto regida por el derecho administrativo.

Fue, precisamente la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 (en adelante LJCA) la que vino a solucionar el problema al establecer en su artículo 3 que: "La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de: b) Las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública."

7. GARCÍA GARCÍA, María Jesús. "La responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos en la Ley 4/1999, de 13 de enero". *Revista La Ley*, número 5213, 27-12-2000, p. 1.

8. GARCÍA GARCÍA, María Jesús. *op. cit.*, p. 2.

d) Por último, el sistema –que es de derecho público– pretende de forma tendencial una reparación integral. Se habrá de pagar un valor de reposición o sustitución, y añadirse los beneficios perdidos y los intereses de demora.

Hasta aquí ha quedado expuesta una somera evolución del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración en general y, singularmente, de las entidades locales, así como los rasgos que lo caracterizan y que vienen a configurar el sistema hoy vigente. Por tanto, y sin más dilaciones, comenzamos a centrarnos específicamente en cada uno de los epígrafes que configuran el objeto conjunto de este trabajo, los cuales por sí solos ya revisten un cierto grado de complejidad.

II. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y los empleados locales

1. Consideraciones generales

En el contexto normativo que hemos expuesto se establece, en preceptos concretos, la exigencia de respon-

sabilidad de autoridades y funcionarios locales. En efecto, la acción u omisión determinantes de los daños y perjuicios siempre son imputables a personas físicas. Podrán responder, no obstante, de forma directa personas jurídicas, como son las administraciones públicas, si aquellas personas se encuentran a su servicio, según la fórmula amplia del artículo 144 LPAC, pero la acción u omisión serán cometidas por personas físicas perfectamente individualizadas,⁹ que pueden causar daños y perjuicios a la propia entidad o a terceros. Tanto en uno como en otro supuesto, se plantea el problema de hasta qué punto son responsables las autoridades –titulares de los órganos– y los propios funcionarios, y cual es el procedimiento para hacer efectiva, en su caso, la responsabilidad en que hubiesen podido incurrir.¹⁰

Actualmente, la responsabilidad de las autoridades y personal de todas las administraciones públicas se regula en los artículos 145¹¹ y 146¹² LPAC, y en los artículos del 19 al 21 del RPRP¹³ y ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78.3 de la LBRL,¹⁴ relativo a los miembros electos de las corporaciones locales.

9. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Segunda edición. Madrid: Editorial Civitas, 2001, p. 515.

10. Al consagrarse la responsabilidad directa de las administraciones públicas (artículo 145 LPAC), una interpretación literal de este artículo parecía eliminar la posibilidad de que el particular exigiera la responsabilidad a la autoridad o al funcionario responsable. No obstante, una interpretación sistemática de la ley, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 146.1 de la misma (“La responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”, redactado del precepto antes de su modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero), permitía mantener la posibilidad de exigencia directa de responsabilidad a la autoridad o al funcionario. Y así se entendió por buena parte de la doctrina (ABELLA: “Régimen Jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común”. *El Consultor*, 1994, p. 426 y ss.; LEGUINA: en *La nueva LRJPA*, Madrid, 1993, entre otros; aunque no faltaron los que se pronunciaron por la tesis contraria, así BLASCO: “La responsabilidad de la Administración”, en la obra colectiva *Comentario sistemático a la LRJPA*, Madrid, 1993, p. 435, todos ellos citados por GONZÁLEZ PÉREZ en *op. cit.*, p. 516). La acción directa frente a la Administración pública, a la que pudiera imputarse la lesión, no constituía obstáculo a que el perjudicado pudiera dirigir su acción frente al personal al servicio de aquélla realmente responsable, al ser su acción u omisión la causante del daño.

Para evitar justamente esa interpretación, es decir, que un ciudadano que hubiese sufrido un daño por la conducta de un miembro corporativo o de un funcionario pudiera demandar a éstos la justa indemnización ante el orden jurisdiccional civil, la Ley 4/1999, de 13 de enero, modificó la redacción del artículo 145 de la LPAC y derogó expresamente la Ley de 5 de abril de 1904.

11. Este precepto, además del aspecto reseñado en la nota anterior, es modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en otros aspectos:

–El nuevo artículo 145.2 contiene una variación en su redacción (consecuencia lógica de la inexistencia de acción directa frente a la autoridad o funcionario) que consiste en la sustitución de la posibilidad de que la Administración que hubiere indemnizado a los lesionados exija, de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave por la prescripción de que “la exigirá de oficio”. Es decir, al cambiar la expresión “podrá exigir” –de carácter potestativo– por la que acabamos de reproducir, ya no será potestativo para la Administración ejercitar la acción de regreso contra el personal a su servicio, sino que se establece como una exigencia indisponible para la Administración (GARCÍA GARCÍA, María Jesús, *op. cit.*, p. 3).

–Otra modificación consiste en sustituir, tanto en el párrafo segundo como en el tercero, la referencia a “dolo, culpa o negligencia grave” por “dolo,

culpa o negligencia graves”. De esta manera, la gravedad se aplica y se predica tanto en el caso de la culpa como en el de la negligencia.

–Alguna otra modificación del artículo 145 es simplemente de detalle, como la supresión en su apartado 2.º del adverbio “directamente”, que se refiere a la indemnización de la Administración a los lesionados, y que carece de sentido porque en el conjunto del precepto resulta una obviedad.

12. La redacción del artículo 146.1 de la Ley 30/92, antes de su modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que admitía la exigencia simultánea de responsabilidad civil y penal al funcionario o a la autoridad causante del daño, confundía notablemente la cuestión, razón por la cual desaparece, como ya hemos apuntado, manteniéndose únicamente la referencia a la responsabilidad civil derivada del delito, que se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente (remisión que debe entenderse hecha al artículo 121 del CP). Se modifica así la posibilidad de exigir responsabilidad civil del personal al servicio de las administraciones públicas por los daños producidos en el desempeño del servicio.

Ahora bien, si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil derivada del delito de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos la pretensión, como más adelante analizaremos, deberá dirigirse de forma simultánea contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

La Ley 4/1999 aclara definitivamente el tema de la exigencia de responsabilidad cuando intervienen autoridades o funcionarios públicos que con su actuación dolosa o concurriendo culpa o negligencia graves ocasionan una lesión a los bienes y derechos de los ciudadanos, estableciendo en todo caso la exigencia de responsabilidad directamente ante la Administración.

De esta forma, desaparece definitivamente la opción del dañado de dirigirse directa y personalmente contra el funcionario o autoridad responsables. Esta previsión viene a clarificar el régimen instaurado por la Ley 30/92, que además de establecer la responsabilidad directa de la Administración (artículo 145.1) derogó el artículo 43 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957 que permitía a los particulares dirigirse directamente contra las autoridades y los funcionarios causantes del daño. Por otro lado debe advertirse que el Real decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP), derogó el artículo 135.3 del Reglamento de la Ley de expropiación forzosa que, tras permitir a los lesionados exigir la responsabilidad solidaria de la Administración y de los funcionarios, se remitía para su ejercicio a la Ley de 5 de abril de 1904.

13. En los supuestos de responsabilidad contable, se estará a lo dispuesto en la LGP, LOTC y LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento de dicho Tribunal.

14. El precepto establece: “Las Corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causa-

Resulta pues incuestionable, en aplicación del artículo 78 LBRL y del artículo 145 LPAC, que pueden incurrir en responsabilidad patrimonial tanto los funcionarios y demás personal al servicio de las administraciones públicas como las autoridades: el titular del órgano público al que pueda imputarse la lesión patrimonial, siempre que concurran los requisitos establecidos en ese artículo.¹⁵

El artículo 145.2 y 3 –y los artículos 19 y 20 RPRP– distinguen dos supuestos, según que los daños se hubiesen producido a terceros –y la Administración les hubiese indemnizado– o bien, a la propia Administración pública.

No obstante esa distinción, en ambos casos el régimen jurídico del procedimiento aplicable, para exigir responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas, es el mismo, tanto se trate de acción de repetición, por parte de la Administración que hubiese abonado los daños a terceros, como cuando se trate de resarcimiento de los daños ocasionados a la misma entidad, con una importante diferencia, eso sí: mientras en el primer caso ya se presupone un procedimiento, en el que se habrá cuantificado la indemnización a que asciende el resarcimiento (limitándose el objeto de ese procedimiento a verificar hasta qué punto es responsable el titular del órgano), en el segundo, habrá de definirse, además, si se han producido daños a la Administración, en los que concurran los requisitos generales, y la cuantificación de la indemnización.

Así, el procedimiento para determinar la responsabilidad de las autoridades y personal tiene carácter administrativo, y se seguirá ante la propia Administración de la cual dependan, quien decidirá acerca de la responsabilidad y, en su caso, cuantificará la indemnización procedente, mediante acto administrativo ejecutivo, que podrá ser objeto de impugnación en vía contencioso-administrativa (artículo 145.4 LPAC).¹⁶

Por tanto, el personal de la Administración, cuando esté en desacuerdo con lo resuelto en cada caso, se

encontrará en la necesidad de ser demandante ante el Tribunal del orden contencioso-administrativo, frente al acto administrativo con fuerza ejecutiva por el que se verá obligado al pago, salvo que el tribunal que conozca del recurso acuerde la suspensión de la ejecución.

2. Régimen jurídico aplicable a la responsabilidad exigida por la propia Administración a sus autoridades y funcionarios

2.1. Requisitos subjetivos

a) Administración pública

La competencia para exigir la responsabilidad en vía administrativa corresponde a la propia Administración pública que sufrió el daño, bien porque le hubiese sido causado directamente, bien porque hubo de indemnizar a un tercero.

Tanto el artículo 21.1 y 6 RPRP se refieren al “órgano competente” para iniciar y resolver el procedimiento. Pero, ¿cuál es ese órgano competente en las corporaciones locales?

La LBRL nada dice, expresamente, al respecto. González Pérez¹⁷ opina que en esas ha de ser el Pleno de la respectiva entidad, opinión que acepta Abella,¹⁸ si bien sólo para los corporativos, pero no así para los funcionarios, y aun así dice que “debería producirse la delegación correspondiente en la Comisión de Gobierno”.

Una vez operada, a raíz de la Ley 11/1999, de 21 de abril, fruto del llamado “pacto local”, la modificación en el haz de competencias de cada uno de los órganos de las corporaciones locales, y singularmente de los órganos de gobierno municipales, la competencia, en mi opinión, en el supuesto de que se trate de funcionarios, es del alcalde en virtud de la cláusula residual prevista en el artículo 21.1.s) de la LBRL¹⁹ y, por tratarse de una decisión de trascendencia análoga a la que le atribuye el artículo 21.1.h),²⁰ de la misma LBRL.

do daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla.”

15. Ahora bien, desde la entrada en vigor de la Ley 4/1999, como hemos indicado, el particular que sufrió el daño no podrá dirigir su acción frente a las personas físicas responsables. La única posibilidad de dirigir ahora la pretensión de indemnización frente a persona física responsable del daño, se circunscribe a los supuestos en los que la acción u omisión, que hubiere dado lugar a él, fuese constitutiva de infracción penal. En el resto de supuestos la reparación del daño deberá intentarse directamente frente a la Administración, la cual utilizará la acción de regreso en los supuestos de “dolo, culpa, o negligencia graves”.

Tradicionalmente, en nuestro derecho, eso no fue así, sino que el perjudicado podía dirigirse, frente a la persona física cuya acción u omisión había producido el daño (artículo 1902 CC), ante los tribunales del orden civil, pero no por los trámites del proceso civil ordinario, sino del proceso civil especial regulado en la Ley de 5 de abril de 1904, a la que remitía el artículo 135.3 del RE hoy derogado, como apuntamos.

No obstante esta afirmación, es interesante tener en cuenta la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 13/1999, de 20 de diciembre (Ar. 2001/1805), que arguye que “no existe en nuestro ordenamiento un privilegio o fuero especial de los funcionarios públicos que impida dirigir contra ellos reclamaciones de carácter civil, sobre las que no podrá conocer ni decidir, por su

propia naturaleza, la Administración correspondiente. En la medida que el justiciable prescinda de la responsabilidad directa o subsidiaria de la Administración, y no está en juego esa responsabilidad, la Administración no podrá conocer del asunto, que habrá de exigirse por las vías propias de la jurisdicción ordinaria”.

16. Se aparta así la LPAC del régimen que establece la LOPJ sobre el proceso para ejercitar la acción de regreso frente a jueces y magistrados, que según determina su artículo 296 se efectuará “por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el Tribunal competente”.

17. *Op. cit.*, p. 524, citando a su vez a PERA VERDAGUER, *Expropiación forzoza*, 3.ª ed. Barcelona, 1987, p. 648.

18. En “Régimen jurídico de la Administración Pública y procedimiento administrativo común”. *El Consultor*, 1994, p. 425.

19. “Las demás que le atribuyan las leyes y aquéllas que la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales.”

20. “Desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre.”

Ahora bien, lo que para los funcionarios me parece claro, no lo está tanto cuando se trate de la acción de regreso contra los corporativos locales –sobre todo si tenemos en cuenta que el único órgano unipersonal es el alcalde, y el resto de corporativos del equipo de gobierno actúan por delegación de éste, y no parece lógico que el propio alcalde se “autoinstruya” un expediente de esa naturaleza y, en segundo lugar porque, a pesar de los cambios operados, al Pleno le sigue correspondiendo la competencia del control y fiscalización de los órganos de Gobierno. Por lo tanto parece lógico que en este segundo supuesto la competencia sea plenaria.

En cualquier caso, el Reglamento orgánico municipal, sin alterar las exigencias de la ley básica, puede solventar definitivamente estas dudas debido a su papel fundamental y la capacidad de concretar la función controladora del actuar de los órganos de gobierno y de sus miembros.

b) Responsables

Al otro lado de la relación, se encuentran quienes potencialmente pueden ser declarados, por la Administración, responsables de los daños producidos. Entre ellos distinguimos:

1. Autoridades

La posibilidad de exigir responsabilidad se extiende también a los titulares de los órganos, como ya hemos señalado reiteradamente (artículo 78.3 LBRL, 145 LPAC, y artículos 19, 20 y 21 RPRP).

Si se tratase de un órgano colegiado, la responsabilidad se extendería a “los miembros del mismo que hubieran votado favorablemente” (artículo 78.2 LBRL). Por tanto, no responderán los que no hubiesen asistido a la sesión, los que hubiesen votado en contra o los que se hubiesen abstenido (artículo 46.2.d), LBRL).

Por el contrario, si los daños y perjuicios fuesen consecuencia de la inactividad administrativa (y derivasen de una omisión, no de una acción concreta), serán responsables todos los que debiendo actuar no lo hicieron, esto es, la totalidad de los miembros de la corporación o los que, con su voto en contra, impidieron que se produjera el acuerdo que debió adoptarse.

2. Las personas vinculadas a la Administración por una relación de servicios

Responderán cualquiera que fuese el tipo de relación que les vincula con la Administración, sea ésta jurídico-administrativa o laboral, siempre que les sea imputable el daño producido y, además, hubieran podido incurrir en dolo, culpa o negligencia graves determinantes del daño (por ejemplo, la emisión de un informe técnico manifiestamente erróneo, con error inexcusable para los técnicos que lo hubiesen emitido, y que hubiera determinado el acuerdo del que dimanaron los daños –artículos 19 y 20 RPRP–).

En ambos supuestos, lo que ha de quedar claro es que dichos responsables, sean concejales o funcionarios, nunca podrán ser demandados directamente ante la jurisdicción contenciosa.²¹

2.2. Requisitos objetivos

a) Requisitos comunes

En los supuestos que prevé el artículo 145 de la LPAC (daños y perjuicios a la propia Administración o a terceros), no basta que los daños y perjuicios sean imputables a la acción u omisión de las autoridades y los funcionarios, ni la simple negligencia o falta normal de diligencia. Es necesaria, por el contrario, y como ya dijimos, la concurrencia de “dolo, culpa o negligencia graves”.²²

Cualquiera que sea el supuesto de los que acabamos de mencionar, y a fin de “valorar el grado de proporcionalidad en la participación del resultado dañoso y, por ende, que no se aplique en su integridad a un solo sujeto lo previamente cuantificado y exigido en su totalidad a la Administración pública, permitiendo el reparto entre los servicios públicos a los que se impute”, se ponderarán además los criterios establecidos en el artículo 145.2 LPAC.²³

b) Pago de la indemnización a terceros

Cuando el daño haya sido ocasionado a terceros, para que la Administración pueda repetir “contra la autoridad o funcionario que hubiese incurrido en dolo, culpa

21. En este sentido, la sentencia del TS, de 3 de septiembre de 1994 (Aranzadi 7032) lo pone de manifiesto de una forma concluyente, al excluir de su papel de demandada a la concejala de Transportes y Comunicaciones del Ayuntamiento de Manacor y autora de la resolución de la que, en definitiva, deriva la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración:

“[...] la responsabilidad de la autoridad o funcionario sigue unos cauces distintos de la de la Administración de quien depende y no los de la responsabilidad patrimonial de ésta, cuya reclamación es propia siempre del proceso contencioso-administrativo, debiendo exigirse bien la vía civil, cuando se la exijan los particulares, bien en la vía administrativa, con posterior recurso jurisdiccional, en el que actuarán como demandantes cuando se lo exija la propia Administración, sin que puedan asumir en el proceso contencioso-administrativo en que el perjudicado haga su reclamación la condición de demandados, [...] por cuanto no son Administración, sino órganos de ella, y aunque pudiesen tener interés directo en el mantenimiento del acto recurrido, lo que les legitimaría como coadyuvantes, nunca ostentan derechos derivados de ese acto, de todo punto necesario para ser demandados.” (El subrayado es nuestro.)

22. Así, mientras el artículo 78.3 LBRL exige sólo “dolo o culpa grave”, el artículo 145.2 LPAC, en su redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, extiende la gravedad, como ya resaltamos al hablar de las novedades que introduce esta ley en la 30/1992, tanto a la culpa como a la negligencia.

23. Estos criterios son:

–Resultado dañoso producido. Parece evidente que ha de existir una proporción entre el daño y el tipo de actividad realizada.

–Existencia o no de intencionalidad. En caso de que no existiera intencionalidad, ha de tenerse en cuenta que la Ley exige que concorra “culpa o negligencia graves”. Calificación que, como se ha dicho, ya existía en la normativa anterior, reveladora de que no es suficiente una falta de normal diligencia.

–Responsabilidad profesional del personal. Este elemento no juega respecto de “las autoridades”, únicamente del personal vinculado por una relación laboral, cualquiera que ésta sea. Habrá de tenerse en cuenta, en este caso, la profesión, a fin de verificar hasta qué punto, aplicando los conocimientos y la preparación propios de la misma, la falta cometida reviste la “gravedad” exigida.

–Relación con la producción del resultado dañoso. En definitiva se está

o negligencia graves” es necesario que aquélla, previamente, hubiese pagado la indemnización.²⁴

Aquí, se plantea el problema de hasta qué punto puede discutirse la cuantía de la indemnización (excepto en los casos de concurrencia de culpa). Si la misma fue revisada, en un proceso judicial sobre el que recayó sentencia firme, parece que ya está homologada, siendo imposible su revisión.

Ahora bien, cuando la indemnización simplemente fue fijada por la Administración, si no fue impugnada, el acto administrativo devino firme. No obstante, creemos²⁵ que, en todo caso, el miembro corporativo o el funcionario siempre podrán cuestionar si la cantidad pagada fue la que correspondía realmente a los daños y perjuicios derivados de su acción u omisión. Por ello, a fin de que no se produzca indefensión y, por tanto, infracción del derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 24 CE, en el proceso administrativo incoado frente a la Administración pública sobre responsabilidad, deberá citarse al corporativo o funcionario, presuntamente responsable. De no habersele dado oportunidad de defensa en este proceso, no puede negársele en el procedimiento que se incoe frente a él la facultad de discutir si es correcta la cantidad pagada en concepto de indemnización.

c) Determinación de la indemnización

Constituye el objeto esencial del procedimiento fijar la correspondiente indemnización, además de determinar si concurre el requisito de “dolo, culpa o negligencia graves”, con arreglo a los criterios generales del artículo 141 LPAC.

2.3. Plazo

El plazo para incoar el procedimiento será de un año, en aplicación de las reglas generales sobre acción para exigir la responsabilidad civil²⁶ (artículo 1968.2 CC).

El problema puede plantearse respecto al momento en que empieza a computarse el plazo. A tal efecto, se impone distinguir los dos supuestos de responsabilidad.

Si se trata de la acción de repetición de la Administración parece que el momento inicial del plazo debe ser el del pago, abstracción hecha del momento de la firmeza del acto o la sentencia que reconoció el derecho a indemnización (de lo contrario el procedimiento frente a la autoridad o el funcionario se tramitaría sin que se hubiere cumplido el requisito del pago).

Si la Administración intenta resarcirse de los daños a ella ocasionados, el plazo empezará a correr desde el momento en que se hubiese causado la lesión.

haciendo referencia a la imputabilidad, debiendo verificarse ésta en razón de la concurrencia de la actuación de otras personas que hubiesen podido intervenir, y de las condiciones materiales en que se realizó.

24. El artículo 145.2 LPAC exige que la Administración “hubiere indemnizado a los lesionados”.

3. Procedimiento para exigir la responsabilidad

En el supuesto que la Administración hubiese indemnizado directamente a terceros, el artículo 145.2 LPAC determina que la responsabilidad se exigirá “previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca”. Y en su apartado 3, el mismo artículo, al regular la responsabilidad por daños a la propia Administración determina que se podrá “instruir igual procedimiento”. Por tanto, como ya habíamos anunciado, en ambos casos, habrá que estar al procedimiento regulado en el RPRP (artículo 21), que se desarrollará conforme a los trámites que a continuación se dirán.

3.1. Iniciación

El procedimiento se iniciará por resolución de la Alcaldía, en la que se expresarán los motivos por los que se estima que puede existir responsabilidad de la autoridad o del funcionario, delimitando: los hechos determinantes de los daños, los daños ocasionados y la posible responsabilidad según los criterios que hemos expresado (artículo 145.2 LPAC).

3.2. Notificación a los interesados

De dicho acuerdo de iniciación, se dará traslado a los interesados, concediéndoles un plazo de quince días para que aporten cuantos documentos, informaciones y pruebas estimen convenientes (artículo 21.1 RPRP).

3.3. Instrucción

Se ajustará a las normas generales de los artículos 78 y 79 LPAC. Se emitirán los informes que se juzguen necesarios (artículo 82 LPAC), en todo caso, se recabará el del servicio en cuyo funcionamiento se haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, practicándose, de oficio o a instancia del presunto responsable, las pruebas relevantes para la determinación, el conocimiento y la comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución (artículo 78 y 80 LPAC), para todo lo cual se establece un plazo de quince días (artículo 21.1 y 2 RPRP).

3.4. Audiencia y vista

El artículo 21.4 RPRP establece un plazo de diez días para que el interesado pueda formular las alegaciones que estime convenientes.

3.5. Resolución

Concluido el trámite de audiencia, la propuesta de resolución será formulada en el plazo de cinco días (artículo 21.5 RPRP).

25. En igual sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 526.

26. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 527. El artículo referido del CC establece que prescribe por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, a contar desde que lo supo el agraviado.

La resolución se dictará en el plazo de cinco días más (artículo 21.6 RPRP) y será motivada (y ello aunque no figure expresamente entre los actos que recoge el artículo 54 LPAC). En ella deberá determinarse la responsabilidad de la autoridad o del funcionario y, en su caso, la cantidad por la que deba responder.

4. Efectos

4.1. Efectos jurídico-procesales

El apartado 4 del artículo 145 LPAC establece que la resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa. Esa expresión declaratoria ha de referirse a todos los supuestos de pronunciamiento posibles. Ello supone, a tenor de la nueva LPAC (artículo 116), que es admisible directamente el recurso contencioso-administrativo, si bien podrá interponerse recurso potestativo de reposición.

La persona declarada responsable estará legitimada para deducir la pretensión de anulación, reconocimiento de la improcedencia de la indemnización y, en su caso, de condena a la devolución de la cantidad que se hubiese pagado en ejercicio del acto, con la consiguiente indemnización de perjuicios.

4.2. Efectos jurídico-materiales

La declaración de responsabilidad y subsiguiente pago de la indemnización restablecerá la situación patrimonial.

El artículo 145.5 LPAC establece que, si procede, se pasará el tanto de culpa a los tribunales competentes.

III. La responsabilidad civil y penal

1. Responsabilidad penal y responsabilidad civil derivada del delito

Es una posición unánime, tanto en la doctrina científica de derecho civil, como de derecho penal, reconocer la diferente naturaleza que tiene la responsabilidad penal respecto a la responsabilidad civil derivada del delito, y así ha venido a sancionarlo el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 33/1992, de 18 de marzo.²⁷ En el mismo sentido, la STC 316/1996, de 28 de noviembre, afirma que la responsabilidad civil derivada del delito posee un contenido distinto al de la responsabilidad penal “exclusivamente patrimonial”.

Sentado lo anterior, es decir que la responsabilidad penal y la responsabilidad civil *ex delicto* son institu-

ciones absolutamente diversas y aún contrapuestas entre sí, queda por resolver, no obstante, una cuestión más, sin duda la más polémica y, al mismo tiempo, la que más interés presenta a nuestros efectos inmediatos: la relativa a determinar si la responsabilidad civil derivada del delito es exactamente o no la misma institución que la responsabilidad civil meramente extracontractual o “pura”, como la denominan ciertos autores.

2. Responsabilidad civil derivada del delito *versus* responsabilidad civil. ¿Una única institución o dos instituciones distintas?

Si hemos afirmado que la responsabilidad civil derivada del delito es, en efecto, una institución de contenido y naturaleza por completo civiles, la conclusión lógica debiera ser la de la absoluta identidad entre dicha responsabilidad y la propia o común responsabilidad civil extracontractual. No obstante ello, del hecho de que el Código penal contenga normas sustantivas relativas a la institución de la responsabilidad civil *ex delicto*, y, sobre todo, de su cohesión y articulación necesarias con la paralela responsabilidad civil extracontractual regulada en el Código civil, surgen multitud de problemas.

El artículo 1092 CC establece que “las obligaciones que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal”. Esta remisión a la legislación penal se corresponde sustantivamente con el contenido de los artículos del 109 al 122 del CP vigente (19 a 22 anterior CP), donde se encuentra la regulación de la llamada responsabilidad civil *ex delicto* y, procesalmente con lo dispuesto en los artículos 100 y 107 a 117 de la Ley de enjuiciamiento criminal (en adelante LECrim), donde se contienen las normas reguladoras del ejercicio de la acción civil derivada del delito. Por su parte, el artículo 1093 CC señala que “las obligaciones que se deriven de actos u omisiones no penadas por la ley quedarán sometidas a las disposiciones del Capítulo II del Título XVI de este libro” (esto es, a lo dispuesto en los artículos 1902 y ss. del CC).

Lo cierto, como afirma Casino Rubio,²⁸ es que la inclusión en el Código penal de normas sustantivas en materia de responsabilidad civil es un fenómeno desconocido en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno más inmediato. Esta doble regulación del régimen de responsabilidad, en nuestro sistema, según el daño proceda de “un ilícito penal” o de un “ilícito civil” obedece

27. El Tribunal Constitucional establece:

“[...] ello no puede llevarnos a confundir la distinta naturaleza de las acciones penal y civil que surgen del hecho punible, puesto que el hecho de que los preceptos que regulan esta última se encuentren en el Código Penal y que la responsabilidad civil sea exigible conjuntamente con la penal en la misma vía jurisdiccional, es debido a evidentes razones de orden práctico, pero no

puede enturbiar la distinción entre sanción penal y la responsabilidad civil que puede surgir a consecuencia de un delito o falta, cuando éste provoca un daño a la víctima que deba ser reparado.”

28. En su obra *Responsabilidad Civil de la Administración y Delito*. Barcelona: Ed. Marcial Pons, 1998, p. 195 (citando a F. PANTALEÓN PRIETO).

no tanto a un deliberado propósito del legislador por establecer dos regímenes diferenciados, sino a una des-
certada técnica legislativa y, en todo caso, a una simple
razón histórica.²⁹

Otra de las razones, que han motivado que el ordena-
miento haya habilitado a los tribunales penales para que
en los supuestos de sentencia condenatoria puedan
pronunciarse sobre las cuestiones puramente civiles,
son razones de economía procesal, técnicamente ensal-
zadas, dicho sea de paso, tanto por el Tribunal
Constitucional como por el Tribunal Supremo.

No obstante ello, la doble regulación de la materia en
los códigos civil y penal no es prueba de la existencia de
dos pretensiones de naturaleza diferente, cada una con
su específico régimen jurídico (no puede afirmarse que
sea el mero ilícito civil el fundamento de la primera y el
delito el fundamento de la segunda). El fundamento es
siempre el mismo: un daño atribuible al responsable.

Se mire por donde se mire, al final siempre acaba
imponiéndose la misma conclusión: el único y verdade-
ro fundamento de la responsabilidad civil derivada del
delito es, al igual que en el caso de la que deriva de
culpa meramente extracontractual, el daño. Sin éste no
puede hablarse en ningún caso de responsabilidad civil,
haya o no delito.³⁰

La doctrina califica el hecho de la doble regulación
como “irracional”, “de absoluto sin sentido”, “un error
garrafal”, “extraordinariamente perturbador y atentato-
rio contra la seguridad jurídica” o “causa de muchos y
graves problemas”.³¹

Así, si bien el indicado solapamiento normativo puede
explicarse e incluso justificarse, a la luz del singular pro-
ceso codificador español del siglo XIX, no puede decirse
lo mismo desde luego de la obstinación que hasta ahora

muestra el legislador (y con él la jurisprudencia, como
luego veremos) a la hora de otorgar carta de naturaleza
a lo que en principio fue una solución provisional o una
simple necesidad y que sólo el tiempo y la falta de rigor
técnico han acabado por desembocar en la existencia
de dos responsabilidades distintas. En estas condiciones
no está de más afirmarlo otra vez: ni la responsabilidad
civil *ex delicto* deriva del delito ni el hecho de que el
Código penal regule esta materia es prueba de la exis-
tencia de dos responsabilidades distintas. Así, la res-
ponsabilidad civil derivada de delito y la derivada de
culpa extracontractual son exactamente lo mismo.

3. Traslado de las conclusiones alcanzadas al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública

La conclusión formulada en el apartado anterior es
enteramente trasladable al campo de la responsabilidad
patrimonial de la Administración pública que aquí nos
importa. La razón es bien simple y, por lo demás, fácil-
mente imaginable: la identidad de naturaleza y función
entre la responsabilidad civil extracontractual de los
artículos 1902 y siguientes del Código civil y la patrimo-
nial de la Administración regulada en los artículos 139 y
ss. LPAC. Que ésta tenga su sede positiva en normas de
carácter administrativo y que incluso presente notas carac-
terísticas o perfiles en algún punto distintas a las del
régimen común del Código civil no empecen en nada, a
su naturaleza y fundamento asimismo, pura y exclusiva-
mente, resarcitorio y, por ende, civil.³²

De hecho, no sólo es absolutamente frecuente y nor-
mal que aquélla se identifique también con el nombre de
“responsabilidad civil de las administraciones públicas”,³³
sino que ésta es la denominación que en algún caso se pro-

29. Como han recordado algunos autores (entre ellos DIAZ ALABART, S. “La res-
ponsabilidad por actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tute-
la”, *Anuario de Derecho Civil*, 1987 p. 798; YZQUIERDO TOLSADA, M., “El perturbador
artículo 1902 del CC: cien años de errores”, en la obra colectiva *Centenario del
Código Civil*, Madrid: Ceura, 1991, p. 2110-2111; PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario
a la Sentencia de 25 de junio de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*,
nº 3, 1983; GÓMEZ CALLE, E., “Responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario de
Derecho Civil*, 1991, p. 285) desde el célebre desiderátum recogido en el artículo
258 de la Constitución de 1812 (“el Código Civil y Criminal y el de Comercio serán
unos mismos para toda la monarquía [...]”) hasta 1889, fecha de la promulgación
de nuestro Código civil, fueron muchos e infructuosos los intentos de codificar la
legislación civil. Pero los obstáculos existentes no impidieron, sin embargo, que ya
en 1822 España contase con su primer Código penal.

El legislador penal creyó entonces conveniente introducir, en el articulado
del Código, algunas normas que viniesen a regular la responsabilidad por
daños derivados de delitos o faltas, en sustitución del régimen de vetustas
acciones romanas hasta entonces aplicables. Así, normas “de carácter
genuinamente civil, fueron colocadas allí y entonces, a la espera sin duda de
que el esperado Código civil viera la luz”.

Contra todo pronóstico, una vez promulgado el Código civil en 1889, y aun-
que lo lógico habría sido derogar tales normas, y en consecuencia vaciar de
contenido civil el Código penal, aquél no sólo conservó las normas penales
en materia de responsabilidad civil sino que incluso consagró esa doble
regulación en los artículos 1092 y 1093, otorgando carta de plena naturaleza
a la situación de confusión que actualmente se padece.

La razón de la doble regulación es, pues, simplemente histórica y nada auto-
riza, por tanto, a pretender deducir de tal circunstancia una supuesta diferen-
cia de naturaleza entre ambos tipos de responsabilidad. Las obligaciones civi-
les nacidas del delito lo son independientemente de su valoración punitiva, es
decir, que existirían igualmente aunque el Código penal no se ocupara de ellas.
Y es por ello que quizás se haya afirmado que “la inclusión de la responsabi-
lidad civil derivada del delito en el Código Penal es un accidente formal más que
un argumento para demostrar su naturaleza punitiva”. De ahí que se entienda
mejor por qué la doctrina viene reclamando con tanta insistencia la necesaria
y urgente unificación de las diferencias hasta ahora existentes, con el conse-
cuente vaciamiento de las normas civiles contenidas en el Código penal.

30. CASINO RUBIO, Miguel, *op. cit.*, p. 226-227.

31. Por el orden en que se han expuesto las expresiones: Lacruz Berdejo,
Pantaleón Prieto, Yzquierdo Tolsada, Ruiz Vadillo o Díaz Alabart, todos ellos
invocados por Miguel Casino Rubio en *op. cit.*, p. 231.

32. “Así resulta, por lo demás del hecho mismo que la responsabilidad de
la Administración hasta la entrada en vigor de la LEF tuviera en principio su
sede normativa en el artículo 1903.5 CC (no derogado hasta la reforma del año
1991 por Ley 1/1991, de 7 de enero), e incluso de la intercambiabilidad misma
del régimen jurídico (civil o administrativo) conforme al que la responsabi-
lidad de la Administración pública se ventila en sede jurisdiccional civil”.
CASINO RUBIO, por nota, *op. cit.*, p. 232.

33. Esa es la fórmula que se recoge en el título de dos importantes mono-
grafías de derecho administrativo: LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil
de la Administración Pública*, 2.ª ed., Madrid: Tecnos, 1983, y MUÑOZ MACHADO,

pone, con carácter general y excluyente, seguramente para evitar cualquier posible malentendido. El régimen de responsabilidad patrimonial no es sino el resultado del proceso de inevitable acomodación del instituto de la responsabilidad civil, al ámbito propio de la Administración pública inaugurado con carácter general por la Ley de expropiación forzosa de 1954, como apuntamos al iniciar el tema.

Quiere esto decir que una vez admitido que la responsabilidad civil *ex delicto* no sólo no tiene nada que ver con la responsabilidad penal, sino que, muy al contrario, es exactamente lo mismo que la responsabilidad civil extracontractual, la misma conclusión ha de predicarse de la responsabilidad civil de la Administración derivada del delito de sus funcionarios, pues ésta es también, con toda evidencia, lo mismo que la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (artículo 139 y siguientes LPAC).

Mantener la dualidad de responsabilidades no hace más que complicar las cosas en el orden práctico; por ejemplo: ¿cuál será el plazo de prescripción aplicable a la acción civil derivada del delito, uno o quince años? Para ello es necesario conjugar tres artículos el 1964 CC que dispone que “prescriben a los quince años las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción”, el 1968.2 CC que establece que “prescriben por el transcurso de un año: [...] 2.º La acción para exigir la responsabilidad por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 desde que lo supo el agraviado”. Por último, el artículo 117 del anterior Código penal (el actual no contiene ninguna regla sobre ese punto) establecía que “la responsabilidad civil nacida del delito o falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil”.

A la pregunta formulada, y contrariamente a mi parecer, da respuesta una jurisprudencia absolutamente dominante de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, congruente con la tesis que combatimos según la cual la responsabilidad civil *ex delicto* y responsabilidad civil extracontractual son instituciones completamente distintas, declara que el plazo es el de quince años del 1964 CC, y no el de un año. Y, por si fuera poco además, la mayoría de las sentencias civiles que aplican el plazo de los quince años resuelven otros tantos supuestos en los que el previo procedimiento penal concluyó sin sentencia condenatoria, en cuyo caso, como es evidente no cabe hablar, de ninguna manera, de responsabilidad civil *ex delicto*, ni tampoco aplicar un plazo de prescripción de los quince años, propio sólo de esa acción y no de la derivada del 1902 del CC.

Por el contrario, aceptar la identidad entre ambas responsabilidades (la civil *ex delicto* y la patrimonial) –posición que hago mía plenamente, y con ello respondo a la

pregunta que nos formulamos al inicio de este epígrafe del tema, sobre la existencia de una única responsabilidad civil, sea ésta derivada del delito, o patrimonial–aclararía notablemente el panorama, y unificaría el régimen jurídico aplicable.

IV. Análisis del artículo 121 del Código penal de 1995

1. Consideraciones generales

El tenor literal del artículo invocado señala:

“El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla, el Municipio y demás Entes Públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

“Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.”

Este precepto establece la responsabilidad civil *ex delicto* directa de autoridades y personal al servicio de la corporación siempre que sean declarados penalmente responsables, y subsidiaria de la Administración, en defecto de solvencia del infractor, siempre y cuando la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos. Se invierte así el sistema general de responsabilidad directa de la Administración.

De otro lado, sólo predica la responsabilidad subsidiaria por los daños que sean consecuencia de delitos dolosos o imprudentes (dejando fuera el régimen de daños causados por las faltas de los funcionarios) lo cual constituye una omisión, de resultados incoherentes, que algún autor, generosamente, atribuye a un lapsus del legislador,³⁴ pero que en realidad responden al deseo de evitar que la vía penal se utilice para obtener “fines” que deberían ser exigibles de forma mucho más directa y, además, deberían ser obtenidos de una manera más rápida y eficaz por otra vía jurisdiccional, concretamente la contencioso-administrativa.

La enumeración del personal que se contiene en el referido precepto (autoridad, agentes, contratados o funcionarios públicos) es una descripción ejemplar y no exhaustiva.

Santiago, *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones Públicas*. 2.ª ed. Madrid: Civitas, 1998.

34. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*. Ed. Dykinson, 1997, p. 316, citando a Soto Nieto.

El daño tiene que haber sido causado en el ejercicio de los cargos o funciones, y ser consecuencia del funcionamiento del servicio público que estuviera confiado al responsable criminal.

En el aspecto procesal, sólo resta añadir que cuando se quiera exigir, en el proceso penal, la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la Administración o funcionarios públicos, conforme determina el artículo que comentamos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

Junto a esta escueta glosa del precepto y de forma consecuente con lo que hemos afirmado en los folios precedentes se impone, en primer lugar, y de forma necesaria, hacerle un reproche y, en segundo lugar, proceder a una exégesis más amplia del mismo, que nos ayude a aclarar cual es su verdadero significado y alcance en orden a la responsabilidad civil derivada del delito, que nos es exigible a los funcionarios y autoridades públicos, y a cual ha de ser el papel que juegue la Administración pública en materia de responsabilidad civil subsidiaria, sobre la base de los supuestos en él contemplados.

El reproche puede presumirse fácilmente, y atañe a la existencia misma del precepto y, con él, al establecimiento de un renovado sistema de responsabilidad civil, aunque derivada del delito, que vuelve a residenciarse, sin duda incorrectamente, en sede del Código penal.

En efecto, el legislador del Código penal de 1995 perdió una oportunidad histórica de haber subsanado una deficiencia, con larga tradición en nuestro derecho, y haber desplazado, de una vez por todas, la responsabilidad civil a su sede natural, esto es, el Código civil, dónde deben y de hecho se residen las “responsabilidades civiles”, remitiendo, por otro lado, a las respectivas leyes administrativas reguladoras de la materia cuando de la exigencia de responsabilidad de las administraciones públicas o del personal a su servicio o de autoridades públicas se tratara.

Resignados, no obstante, a su existencia, en segundo lugar como decíamos, vamos a realizar un análisis del precepto –artículo 121 CP– para aclarar siquiera el aspecto que nos parece más controvertido y de mayor trascendencia para las administraciones públicas, esto es, si la responsabilidad subsidiaria de las mismas se produce en los supuestos exclusivos de comisión de delitos por parte del personal a su servicio, o si también hay que extenderla cuando nos encontramos ante la simple comisión de faltas.

Históricamente, hay que decirlo, el tratamiento dado a la materia no ha sido homogéneo,³⁵ así los artículos 21 y 22 del Código penal de 1944, sin cambios en el texto de 1973, se refirieron, de forma manifiesta, tanto a los delitos como a las faltas. El Proyecto de 1980 hizo mención en su artículo 118 sólo a los delitos, señalándose posteriormente, en el artículo 105 del Borrador de 1990, que “la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta origina la obligación de reparar los daños y perjuicios por él causados en los términos previstos en el Código civil”, formulación ésta que si bien se apartaba de nuestros antecedentes históricos, apuntaba mejor técnica legislativa, en consonancia con el reproche al que hemos hecho mención. Algún tiempo después, el artículo 121 del Anteproyecto de 1992 volvió a aproximarse, si bien con algunas modificaciones procesales, a lo que ha venido siendo nuestra línea tradicional, y ratificó la mención de los delitos y las faltas, tal y como sucedió también en el artículo 122 del Proyecto de ese mismo año. Con el artículo 119 del Anteproyecto de 1994 se regresó al criterio de exigencia generalizada de la responsabilidad civil subsidiaria en el propio proceso penal, y se conservó la referencia expresa a los delitos y a las faltas. El artículo 121 del Proyecto de 1994, que tendremos ocasión de analizar ampliamente, mantuvo esa dualidad, si bien acompañando al delito y a la falta con la calificación de dolosos, algo que era desconocido hasta entonces en nuestro ordenamiento.

La dicción definitiva que hoy presenta el precepto es clara, al hacer referencia a los delitos dolosos o culposos, pero no así la interpretación que del mismo, si bien que a través de un *obiter dicta*, está haciendo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a partir de su Sentencia de 11 de enero de 1997 (Aranzadi 1128). Por lo tanto, con base en los mismos criterios hermenéuticos del artículo 3 del Código civil, a los que como luego veremos apela el Tribunal Supremo, intentaremos acudir a una interpretación auténtica de la norma basando nuestro estudio en los trabajos parlamentarios que se llevaron a cabo hasta aprobar ese artículo 121, integrante de la Ley orgánica del Código penal,³⁶ para hacer después un análisis jurisprudencial y ver cual es el tratamiento que, hasta el momento, le están dando al precepto los distintos órganos judiciales que se pronuncian sobre el mismo, a fin y efecto de sentar nuestras propias conclusiones.

2. Trabajos parlamentarios en torno al proceso de elaboración y aprobación de la norma

Tal como se desprende del análisis de los trabajos parlamentarios que de manera detallada se examinan en el

35. La fuente de la evolución histórico-jurídica que aquí se reproduce es el FJ 6 de la STS (Sala Segunda) de 11 de enero de 1997 (Aranzadi 1128), y no ha sido contrastada con los respectivos textos reales invocados.

36. *Ley Orgánica del Código Penal. (Trabajos Parlamentarios)*. Vol. I, II y III. Madrid: Publicaciones de las Cortes Generales, 1996, p. 1 a 3673.

anexo 1 de este informe, la omisión de la referencia a las faltas en el artículo 121 del CP no es una “omisión involuntaria” del legislador, como una parte de la doctrina se apresuró a afirmar al poco de ver la luz el Código penal, sino que responde a un deseo manifiesto y deliberado de aquél.

El proyecto de ley, que el entonces Gobierno socialista presentó ante las cámaras, previó inicialmente una responsabilidad subsidiaria de las administraciones públicas por los daños causados por sus autoridades, agentes o funcionarios declarados penalmente responsables de delitos o faltas dolosos, sin hacer mención alguna a los delitos o faltas culposos. Con ello la controversia estaba servida.

Los distintos grupos con representación parlamentaria presentaron enmiendas arguyendo en lo esencial que excluir la responsabilidad subsidiaria de la Administración en los supuestos de comisión de faltas imprudentes –por otro lado las más frecuentes– rompía con el sistema hasta entonces vigente del artículo 22 del antiguo CP; situaba a la Administración en una situación de privilegio respecto de la responsabilidad subsidiaria que, en el nuevo Código, se preveía para los particulares; abocaba a las víctimas del delito a tener que ir al calvario del procedimiento administrativo, cuando no al del procedimiento contencioso-administrativo, para lograr el resarcimiento de los daños; cercenaba una de las características procesales propias de nuestro derecho, hasta ahora elogiada, consistente en que las dos reparaciones penal y civil pudieran y debieran darse en la misma sentencia y, en definitiva, y lejos de responder a una medida de política criminal, la opción presentada comportaba un criterio pro-fisco de naturaleza claramente antisocial, lo que era poco menos que escandaloso.

Frente a dichas consideraciones el Grupo Socialista, que presentaba el proyecto, argumentó que la opción normativa presentada –con exclusión de las faltas– respondía a un deseo deliberado de evitar el abuso de la vía penal, con una finalidad exclusivamente resarcitoria desde el punto de vista patrimonial, y concretamente para evitar las famosas querellas catalanas contra funcionarios o autoridades, aun cuando no esté clara la comisión de un delito, para presionar por esa vía y obtener antes esa reparación. Sin olvidar que en supuestos de gran repercusión, como los casos de Tous y de la colza, esa vía penal y de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, diez años después de sucedidos los hechos, se ha manifestado claramente ineficaz.

Por lo tanto, la medida responde a un criterio de política criminal como es el evitar la pena del banquillo de autoridades y funcionarios, a la que acuden con frecuencia determinados operadores jurídicos, fundamentalmente los grandes bufetes de abogados que prevén que de ordinario el juez penal, a fin de evitar situaciones de des-

amparo siquiera transitorio a los afectados, y como consecuencia de la lentitud efectiva y real de los procesos contenciosos, tenderá a apreciar la responsabilidad de los acusados, aunque ésta sea mínima, siquiera por imprudencia, por una simple falta, en condiciones que, de otro modo, no darían ese resultado si no fuera posible exigir en ese procedimiento penal la satisfacción patrimonial del perjuicio por parte de la Administración pública.

No obstante lo dicho, se reconoce una cierta debilidad en el precepto en la medida en que, en muchas ocasiones, es difícil establecer la barrera entre un delito doloso y otro culposos, por ello el propio Grupo Socialista propone una enmienda transaccional, votada favorablemente por la mayoría de los restantes grupos políticos, consistente en la sustitución de la expresión “delitos o faltas dolosos” que contemplaba el proyecto, por la definitiva de “delitos dolosos o culposos”, que es la que finalmente ve la luz y resulta mayoritariamente aprobada, desapareciendo cualquier expresión hecha a las faltas.

3. Análisis de la jurisprudencia dictada al amparo del artículo 121 del Código penal

Cómo hemos visto el precepto no sólo es claro, si atendemos a la literalidad del mismo y al sentido de sus palabras, sino que creo que, a estas alturas del trabajo, también ha quedado clara cual era la verdadera voluntad del legislador.

En efecto, con independencia de su antecedente inmediato, el artículo 22 del Código penal derogado de 1973, que incluía la responsabilidad subsidiaria del Estado en el caso de condenas por faltas de sus funcionarios, y con independencia, asimismo, de la responsabilidad subsidiaria que se contempla en el actual artículo 120 del Código penal para padres y tutores, respecto de sus hijos; de los empresarios, respecto a sus empleados o dependientes; de los titulares de vehículos, respecto de las personas autorizadas, etc., lo cierto es que el legislador del Código penal de 1995 quería decir exactamente lo que dijo, es decir que, en el proceso penal, sólo entrará en juego la responsabilidad subsidiaria del Estado y otros entes públicos, en el supuesto de que el personal a su servicio sea condenado criminalmente por razón de delito doloso o culposos, pero nunca entrará en juego esa responsabilidad subsidiaria en caso de faltas.

A esa conclusión se llega fácilmente a través de los trabajos parlamentarios cuyo análisis no supone sino una “interpretación auténtica” de la norma, interpretación que, mucho me temo, no es coincidente con la que “apunta” tener nuestro Tribunal Supremo, como ahora veremos.

Que conozcamos, al día de hoy, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aún no ha enjuiciado, propiamente, ningún supuesto a la luz del precepto, de ahí que dijésemos que “apunta” maneras y no que se ha pronunciado de forma concluyente sobre el tema, y eso es un dato de

capital importancia. No obstante ello, mediante reiterados *obiter dicta* ha efectuado consideraciones, en torno al mismo, que favorecen una interpretación contraria a la pretendida por el legislador y a la que estamos defendiendo en este trabajo, al afirmar “que no sería por tanto incorrecta la exégesis favorable al entendimiento amplio del vocablo ‘delito’ en el artículo 121 del Código de 1995”, para entender comprendidas en él, también, las faltas.

La primera de las sentencias donde vierte la Sala de lo Penal del TS sus consideraciones es en la de 11 de enero de 1997 (Aranzadi 1128),³⁷ y se nutren de la misma la STS de 26 de septiembre de 1997 (Aranzadi 6366),³⁸ conocida como la de la “colza”; y la STS posterior de 24 de octubre de 1997 (Aranzadi 7290).³⁹

37. En esta sentencia aborda el tema que aquí nos ocupa en sus fundamentos jurídicos Sexto y Séptimo. En el FJ 6 después de enfatizar que tanto el Código penal de 1944, como el de 1973, se refirieron explícitamente tanto a los delitos como a las faltas, hace un seguimiento por el tratamiento que dan al tema los distintos proyectos de Código penal, que se suceden desde el de 1980, para concluir acusando al código de 1995 de “avenirse mal con la corriente representada por la aceptación del sistema “*numerus clausus*” en las infracciones imprudentes” y poniendo de manifiesto que con esa opción de exclusión de las faltas “se retrocedió, al menos formalmente, hasta los textos de 1848-1850 (artículo 17), 1870 (artículo 20) y 1932” (artículo 21).

Pero donde más palmaria se manifiesta la postura del Tribunal, es en el fundamento jurídico Séptimo que dada su importancia, reproducimos literalmente:

“Ocurre, no obstante, que el silencio de este artículo 121.1 sobre las faltas no implica necesariamente su exclusión a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves. El nuevo Código, al igual que los anteriores, ofrece numerosas muestras de utilización del vocablo ‘delito’ como sinónimo de infracción criminal. Véanse, por todos, el párrafo primero del número 4.º del artículo 130, en relación con el artículo 639 y el número 5.º del repetido artículo 130, o los artículos 80.4 y 86. En igual dirección cabe aducir el argumento de que, si ahora se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse también –desde la perspectiva de la responsabilidad civil subsidiaria– las faltas dolosas que pueden ocasionar mayores daños y perjuicios. La exégesis deberá practicarse precepto por precepto, acudiendo no sólo al criterio gramatical, sino también al lógico y al sistemático, y sin olvidar dos directrices básicas: de un lado, el valor que el artículo 3.1 del Código Civil atribuye a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, con atención fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas; y de otro, que no se está en presencia de disposiciones penales (aunque se ubiquen en el Código Penal), sino de un artículo de naturaleza civil, lo que permite una interpretación extensiva conforme a la línea seguida por el Tribunal Supremo para objetivar al máximo esa misma responsabilidad civil subsidiaria en el marco del artículo 22 del Código Penal de 1973. No sería por tanto incorrecta la exégesis favorable al entendimiento amplio del vocablo ‘delito’ en el artículo 121 del Código de 1995”.

38. Esta sentencia, conocida como la “del caso de la colza”, en su apartado IX, FJ 3 de los argüidos frente al Recurso del abogado del Estado, no obstante no poder aplicar el precepto controvertido (artículo 121CP), al haber casado la sentencia calificando los hechos como constitutivos de delito y no de simple falta, considera de interés entrar en su examen y, así, vuelve a reproducir el *obiter dicta* de la sentencia anterior, de forma literal, concluyendo que:

“[...] 2º Se podría contraargumentar que esta interpretación del precepto, aunque lógica, tiene un carácter extensivo, no sujeto a su propia literalidad o concreción como exige la hermenéutica penal. Sin embargo, hay que tener en cuenta, como después tendremos ocasión de repetir, que aunque las cuestiones sobre responsabilidad civil nacida del delito, tanto las directas, como las indirectas, estén reguladas o ubicadas por tradición legislativa (técnica no exenta de reproches) en el Código Penal, su naturaleza es puramente civil, de ahí que no debe extrañar que las normas que las regulan puedan (y deban) interpretarse, bien extensivamente, bien por analogía, no ciñéndose al estrecho margen interpretativo que necesariamente se impone cuando se trata de normas puramente penales. O lo que es lo mismo, y según

Por lo que respecta a las audiencias provinciales, si bien no hay unanimidad de criterio, la balanza se inclina por las que consideran que en el 121 del CP no deben entenderse incluidas las faltas, que es la tesis que nosotros sostenemos por cuanto de forma clara pone de manifiesto la voluntad del legislador, como hemos visto. Así, la Audiencia Provincial de Huelva en Sentencia de 7 de abril de 1998 (Aranzadi 1731),⁴⁰ la Audiencia Provincial de Girona en Sentencia de 18 de febrero de 1999 (Aranzadi 618),⁴¹ y la Audiencia Provincial de Burgos en Sentencia de 10 de diciembre de 1999 (Aranzadi 5086).⁴²

Frente a las tres sentencias anteriores, la de la Audiencia Provincial de Navarra, de 13 de mayo de 1998 (Aranzadi 2371), se manifiesta favorable a considerar incluidas las fal-

antes hemos dicho, la palabra ‘delito’ que emplea el artículo 121 hay que entenderla en el sentido de ‘infracción penal’, comprensiva, tanto de los delitos ‘strictu-sensu’ como de las faltas.”

39. En ella se arguye que al mantenerse la condena por delito y no por falta, quiebra uno de los motivos que se argumentaron, pero aunque así no fuera, y lo decimos a efectos puramente dialécticos, continúa el Tribunal, la solución sería la misma dado lo que nos enseñan dos sentencias anteriores, invocando las que acabamos de reseñar, para reproducir literalmente, a continuación, los argumentos que ya hemos expuesto.

40. Esta sentencia estimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Lepe, quien junto con la Asociación de Vecinos La Pendola habían sido condenados, en primera instancia, como responsables civiles subsidiarios por las lesiones causadas con un cohete pirotécnico, por uno de los vecinos (condenado como autor responsable de una falta de imprudencia leve causante de lesión constitutiva de delito prevista en el artículo 621.3 CP), en actos autorizados por aquella entidad municipal, porque no se cumplían ninguno de los requisitos exigidos en los artículos 120 y 121 del CP.

41. La Audiencia desestimó el recurso de apelación de una señora que paseando por terrenos de una zona militar de L’Escala fue mordida por un perro de propiedad particular. En primera instancia, el Juzgado de Instrucción condenó a la propietaria del animal como autora de una falta contra los intereses generales del artículo 631 CP/1995.

La Audiencia de Girona, además de considerar aquél hecho –es decir, que el animal no pertenecía al Ministerio de Defensa– y, frente a la pretendida citación, por la apelante, del ministerio fiscal a quien entiende responsable civil, por ocurrir los hechos en terrenos militares, arguye lo siguiente: “[...] Olvida el recurso, que el artículo 121 del CP vigente, no contempla la responsabilidad civil subsidiaria de las administraciones Públicas en supuestos de faltas, al aludir expresamente a ‘delitos dolosos y culposos’, por lo que, en cualquier caso, nunca era posible citar como tal al Ministerio de Defensa, en esta jurisdicción.”

42. En esta sentencia la Audiencia resolvió un recurso de apelación contra un auto de apertura de juicio oral y de sobreseimiento con respecto a las acusaciones formuladas por el recurrente, acusador particular, contra unos agentes de la Policía Local, por delitos de detención ilegal, torturas, encubrimiento, falsedad en documento público, así como contra el Excelentísimo Ayuntamiento de Burgos, como responsable civil subsidiario.

En el Fundamento de derecho Sexto, la Audiencia de Burgos se expresa de la siguiente manera: “[...] El precepto así transcrito –refiriéndose al artículo 121 CP– viene a sustituir al anterior artículo 22 del CP de 1973 en el que se extendía dicha responsabilidad civil, no sólo por los delitos, sino también por las faltas. La diferencia es importante en el presente caso, pues, no determinada la existencia de los delitos dolosos imputados por el recurrente a los agentes policiales y que han sido objeto de estudio en los fundamentos jurídicos anteriores, únicamente queda como hecho delictivo las lesiones presentadas por éste y que dice producidas durante su detención en las dependencias de la Policía Local, por agresión intencionada de los dos agentes acusados por el Ministerio Fiscal. El precepto invocado deberá ser interpretado en su sentido literal y en beneficio de la parte acusada, bien penalmente, bien civilmente, y, por ende, deberá llegarse a la conclusión de que si la imputación recogida en el auto de apertura del Juicio Oral es por falta, no por delito doloso o imprudente, no cabrá fijar responsabilidad civil subsidiaria

tas en el artículo 121 del CP,⁴³ como así mismo hace la de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de julio de 2000 (Aranzadi 292), en la que se condenó a un policía instructor de atestado judicial, que durante la toma de declaración de un detenido, impidió a la abogada la libre formulación de preguntas, y que además intentó influir en el declarante para que cambiara de dirección letrada, por una falta de coacción o vejación injusta, estableciendo la responsabilidad subsidiaria del Estado.⁴⁴

4. El criterio que sostenemos en relación con la interpretación del artículo 121 del Código penal

A modo de conclusión, podemos acabar recordando que conforme a los criterios hermenéuticos del artículo 3 del Código civil, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y a la finalidad de aquéllas.

En efecto, desde una interpretación gramatical parece más que claro que el tenor literal del precepto se refiere a los "delitos dolosos y culposos", sin hacer mención alguna a las faltas. Tampoco los antecedentes legislativos, la única interpretación auténtica, por otro lado, le dan la razón, como hemos visto, puesto que es indubitada la voluntad del legislador de evitar que se utilice el proceso penal, en supuestos de infracciones susceptibles de ser sancionadas con pena leve,⁴⁵ para obtener el resarcimiento de la Administración, como hasta hace escasos años se venía haciendo.

El espíritu y la finalidad del artículo 121 del CP se conservan, desde un punto de vista procesal, respecto a su

precedente inmediato, el artículo 22 del CP de 1973, en el sentido de mantener que en un mismo proceso, esto es el penal, puedan ejercitarse dos tipos de acciones, de distinta naturaleza: la penal, encaminada a la satisfacción del agraviado y la consiguiente condena del culpable; y la civil, destinada al resarcimiento de los daños materiales o morales que aquél hubiera podido sufrir. Ahora bien, frente a su precedente inmediato, el artículo 121 del CP actual sufre una variación, como es la de no admitir la responsabilidad subsidiaria de los entes públicos en los supuestos de faltas. En mi opinión ello no es más que el resultado de la acomodación de la norma al contexto histórico y legislativo en el que se inserta.

En efecto, por un lado es consecuente con el espíritu de la Ley 30/1992, que, en su reforma del artículo 146 operado por la Ley 4/1999, impide incluso –acertadamente o no– demandar la responsabilidad civil directa de los funcionarios y las autoridades, imponiendo que ésta se solicite ante la propia Administración.

Por otro lado, y ése es el dato relevante, pretende evitar la utilización del proceso penal con la "ligereza" y la "frivolidad" propias del que acude a él no para obtener directamente la condena penal del funcionario que ha delinquido, sino para obtener un más rápido "resarcimiento material o económico", asegurándose la responsabilidad subsidiaria de la Administración.

Por esa vía indirecta se sustrae de la vía administrativa y de la contencioso-administrativa el conocimiento de unos asuntos que el legislador ha querido que sean de su exclusiva competencia, para eliminar la gran disparidad de criterios con que, hasta fecha reciente, se estaba tratando el tema por los distintos órdenes jurisdiccionales.

No podemos olvidar que el legislador ha ido intentando cerrar el sistema a través de sucesivas modifica-

alguna, tal como se indica en el escrito de calificación provisional presentado por el Ministerio Fiscal, cuyo contenido es recogido en el auto de apertura del Juicio Oral impugnado y que en el presente auto se ratifica y reproduce en su integridad." (La cursiva es nuestra.)

43. Los hechos enjuiciados en esta sentencia, se concretan en la no-realización de un TAC craneal y observación hospitalaria durante 24 horas de una paciente con traumatismo craneal debido a una caída, con pérdida de conocimiento, que al poco tiempo de ser dada de alta en el servicio de urgencias falleció a consecuencia de un coágulo de sangre en el cerebro. Por esos hechos fueron condenados dos médicos, como autores de una falta de imprudencia y, declarado responsable civil subsidiario el Hospital Reina Sofía de Tudela (perteneciente al Gobierno de Navarra).

En su recurso de apelación, el letrado de la Comunidad Foral de Navarra, solicitó la absolución de los médicos y, subsidiariamente de mantener la autoría por falta, se absuelva en todo caso a la Comunidad Foral de Navarra, por no ser posible legalmente tenerla por responsable civil subsidiaria al amparo del 121 CP, al no reunir el ilícito penal la consideración de delito.

Frente a esa alegación, arguye la Audiencia Provincial, "[...] aun cuando sea cierto que el pronunciamiento penal condenatorio lo es por una falta, y no por un delito, no por ello debe entenderse que no pueda declararse la responsabilidad civil subsidiaria, porque el artículo 121 del nuevo Código Penal, sólo contempla los daños causados por la penalmente responsable de los delitos dolosos o culposos; ya que como ha declarado el Tribunal Supremo (Sentencia entre otras de 11 de enero de 1997), la exclusión del vocablo falta, no implica su exclusión, pues puede entenderse el vocablo delito como sinónimo de infracción penal que con-

templen otros preceptos, y que permite dada la naturaleza civil de la materia que regula dicho precepto, una interpretación extensiva del vocablo "delito", que permite incluir el surgimiento de la responsabilidad civil subsidiaria, del ente público, en supuestos de faltas culposas, lo que ampara cumplidamente la desestimación del recurso de apelación en este extremo". (La cursiva es nuestra).

44. A este último respecto, en el Fundamento jurídico Sexto, se recogen de manera literal los FJ 6º y 7º de la STS 1997/1128, que ya hemos reproducido, además de añadir: "Que en lo referente a la responsabilidad civil del Estado hemos de precisar que aunque el artículo 121.1. silencia las faltas, ello no implica necesariamente su exclusión a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales. Como viene manteniendo una uniforme línea jurisprudencial de esta Sala, la aplicación del precepto que establece la responsabilidad subsidiaria (artículo 22 CP derogado y 121 CP nuevo) del Estado ha sido interpretada extensivamente y se ha encaminado hasta una especie de responsabilidad objetiva del Estado que va más allá de los tradicionales parámetros marcados por la culpa "in vigilando" o culpa "in eligendo" para deslizarse por los campos marcados por la creación del riesgo o peligro, hasta llegar al principio de que, quien se aprovecha de las ventajas de una actividad o servicio debe soportar las cargas que de él se derivan, siempre que exista una situación de dependencia entre el autor del delito o falta y la persona individual o jurídica que bajo dependencia actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque sea extralimitándose en ellas, como sucede en el caso presente (STS 1271/1997, de 21 de octubre)."

45. Concepto que de la falta contiene el artículo 13.3 CP al establecer: "Son faltas las infracciones que la ley castiga con pena leve."

ciones del ordenamiento jurídico, con la única pretensión de que los asuntos que tengan que ver con la responsabilidad de las administraciones públicas, sean conocidos por éstas y, en su caso, por la jurisdicción contenciosa.

Ello explica la regulación de la materia en la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, en la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa y en la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial.

Permitir, por otro lado, que entrara en juego la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, en caso de faltas, no sería más que otorgar carta de naturaleza a una “grieta” –de imprevisibles consecuencias– en el sistema paso a paso creado.

En todo caso, en mi opinión, la sustracción a los tribunales de lo penal de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, en los supuestos de faltas, no es tan grave, si tenemos en cuenta que a partir del día siguiente a la producción de los hechos, el perjudicado puede iniciar simultáneamente el proceso penal y el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, que no se verá suspendido por aquél, excepto que fuese necesaria la determinación de los hechos en la vía penal.⁴⁶

No quisiera finalizar este epígrafe sin hacer siquiera una somera mención a la responsabilidad penal de alcaldes y concejales, y ello no porque en modo alguno sea distinta a la de los funcionarios, sino porque creo que la inexistencia de un específico procedimiento sancionador, en vía administrativa, a través del cual pudieran exigírseles responsabilidad –por los actos u omisiones que hayan producido un daño o perjuicio a otro ciudadano– convierte el derecho penal en la única alternativa a la que puede acudir para ello el ofendido o perjudicado y “ha judicializado” en muchos casos la vida corporativa. El blindaje que las autoridades poseen en vía civil y la circunstancia de que dependa de esas propias autoridades la acción de regreso, hace que la vía penal sea, por otro lado, la más efectiva.

V. Responsabilidad penal de alcaldes y concejales

En efecto, como decíamos, podemos señalar que hoy, con carácter general, la exigencia de responsabilidad penal a los alcaldes y concejales se fundamenta en tres grupos de causas,⁴⁷ además de la apuntada de inexistencia de un régimen sancionador *stricto sensu*: a) por un lado, en la adopción de decisiones políticas que se estiman viciadas, en mayor o menor medida, de ilegalidad; b) por otro, en la comisión de actos (positivos u

omisivos) que ocasionan a los particulares perjuicios personales o materiales, y c) por último en el funcionamiento incorrecto o negligente de los servicios públicos municipales.

La realidad demuestra que la generalización de procesos penales contra corporativos locales se fundamenta principalmente en los dos últimos grupos de causas. Ello permite cuestionarse si el ejercicio de acciones penales en estos casos no persigue la consecución de fines que, en principio, le son extraños: a) por un lado el control de la actividad política de la Administración municipal, y b) por otro el aseguramiento de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, en todos aquellos casos en los que el daño causado se relacione, más o menos directamente, con el funcionamiento de un servicio público.

Por esas razones parece que estamos asistiendo más a un proceso de “huida al derecho penal” (es decir a la utilización del proceso penal para la consecución de fines que no responden a efectivas necesidades de política criminal) que a una consecuencia de las necesidades de protección penal de la sociedad.

El artículo 78.1 de la LBRL establece un principio general de responsabilidad penal de los corporativos locales, estableciendo que:

“Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable.”

En idéntico sentido se pronuncia el artículo 22 del ROF, pero ni uno ni otro artículo pueden fundamentar la criminalización de las conductas ilícitas de alcaldes y concejales, por lo que puede concluirse que la exigencia de responsabilidad que en el mismo se declara no se extiende a todas las acciones u omisiones que puedan imputarse a los miembros de las corporaciones locales en el ejercicio de sus cargos, sino sólo a aquellas cuya punición pueda instrumentarse a través de las concretas figuras delictivas que tipifica el ordenamiento penal.⁴⁸

De otro lado, hay que destacar que la responsabilidad penal que ahora se analiza debe derivar exclusivamente de los hechos delictivos realizados con ocasión del ejercicio de su cargo, quedando al margen de esta específica responsabilidad penal los delitos que puedan cometer de forma no vinculada al ejercicio de aquél.

Además, como ya dijimos, cuando el ilícito penal se contenga en un acuerdo de un órgano colegiado, el

46. Artículo 146.2 LPAC.

47. MESTRE DELGADO, Esteban. “Responsabilidad Penal de Alcaldes y Concejales”, capítulo XIV de la obra colectiva *Tratado de Derecho Municipal*. Madrid: Ed. Civitas, 1988, p. 633 y ss.

48. El Código penal de 1995 contiene en su Título XIX los “Delitos contra la Administración Pública”, que, referido al bien jurídico protegido, contiene los antiguos delitos agrupados bajo el título VII “De los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos” y cuyas figuras delictivas vienen referidas

apartado 2 del artículo 78 de la LBRL señala que serán responsables “los miembros de las Corporaciones locales que los hubiesen votado favorablemente”.

No obstante ello, donde radica el problema, como decíamos al principio, no es tanto en la comisión de delitos propios de autoridades y funcionarios, sino en los procesamiento frecuentes de alcaldes y concejales, tanto por el deficiente funcionamiento de un servicio público municipal, como por los daños causados por omisiones en el control de actividades privadas sometidas a intervención administrativa. En cualquiera de ambos supuestos, la exigencia de responsabilidad penal supone un retroceso en la evolución objetivadora de la responsabilidad administrativa.⁴⁹

Es por ello que la incriminación de esas conductas debe matizarse convenientemente, desde las siguientes perspectivas:

a) La interdicción de la responsabilidad por el resultado

Para que proceda la responsabilidad penal de los alcaldes o concejales por el deficiente funcionamiento de un servicio público, es preciso comprobar no sólo que éste ha provocado la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, sino que la conducta de aquél es culpable.

b) Las exigencias del principio de culpabilidad

Este principio impide la responsabilidad por delitos ajenos (principio de personalidad) y exige para la punición la concurrencia de dolo o culpa (principio de culpabilidad en sentido estricto).

Consecuentemente con esos principios, cuando la responsabilidad última del ilícito sea impersonal, es decir corresponda a múltiples servicios administrativos, no podrá imponerse pena al alcalde o concejal que estuviera al frente de los mismos.

Además, la conducta punible ha de ser ejecutada con dolo o imprudencia y ello porque el artículo 5 del Código penal establece que: “No hay pena sin dolo o imprudencia.”

De esta manera, la incriminación de los miembros de las corporaciones locales por el incorrecto funcionamiento de servicios públicos requiere concretar:

a)Cuál es el deber de cuidado que con una actuación (u omisión) individualizada y personal, han infringido.

b) El problema más intenso se produce con las conductas omisivas (no-realización de controles o inspecciones técnicas...). En todo caso aquí la responsabilidad no es penal sino administrativa, o más probablemente política.

c) La responsabilidad penal sólo puede derivarse de las primeras omisiones, y siempre que la inacción se deba a una decisión individualizada y personal del alcalde o concejal.

d) Además, la omisión ha de ser idónea para evitar el daño producido.

e) Suponer una infracción del deber de obrar claramente establecido en la legislación.

f) Y que se derive de competencias específicas de la Administración, no de meras obligaciones genéricas.

g) Estableciéndose la existencia, además, de una relación de causalidad entre acción y resultado.

VI. Conclusiones

1. Cuando las autoridades o los funcionarios públicos ocasionen una lesión en los bienes o derechos de los ciudadanos, por su actuación dolosa o concurriendo culpa o negligencia graves, no cabe ir contra los mismos, sino exigir la responsabilidad directamente ante la Administración.

2. A partir de la Ley 4/1999, la Administración ya no dispone de una facultad sino que está obligada a ejercitar la acción de regreso contra el personal causante del daño –haya sido éste infligido a particulares, o a sus propios bienes o derechos–. No obstante ello, si la Administración no ejercita esa acción, la Ley no prevé ningún tipo de penalización.

3. En cualquier caso, también a partir de la Ley 4/1999, y sin perjuicio de las actuaciones dolosas, la gravedad de la conducta se extiende tanto a la culpa como a la negligencia. Ahora, ambas, han de ser graves.

4. El procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial, por vía de regreso, a los concejales, y al resto del personal al servicio de las corporaciones locales, será el previsto en el artículo 21 RPRP.

5. A raíz de la reforma operada, por las llamadas “leyes del pacto local”, en el ámbito de competencias de los órganos de gobierno de las corporaciones locales previstas en la Ley de bases de régimen local, entendemos que el órgano competente para instruir y resolver estos procedimientos es el alcalde, cuando se trate de la acción de regreso contra funcionarios, y el Pleno cuando ésta se ejercite contra miembros electos de la corporación. Si bien esta última es más teórica que real.

6. A pesar de las determinaciones de la ley y “lo infrecuente” de estas acciones de regreso, cuando la Administración la ejercite o pretenda ejercitarla, debería dar audiencia al funcionario o a la autoridad causante de la lesión, durante la tramitación del procedimiento general de responsabilidad incoado a instancia de los terceros lesionados.

7. No cabe exigir la responsabilidad civil directa a las autoridades y funcionarios, sólo la civil derivada del delito o falta, en el correspondiente proceso penal.

8. La responsabilidad civil derivada del delito de los funcionarios, que se contiene en el artículo 121 del

indistintamente a autoridades y funcionarios. A estos delitos habría que añadir otros tipos penales saltuariamente dispersos en el CP: contra la ordenación del territorio, detención ilegal, violación del domicilio, descubrimiento

y revelación de secretos, artículo 502.2, falsedades documentales, falsificación de documentos públicos y falsificación de certificados.

49. MESTRE DELGADO, Esteban. *Op. cit.*, p. 676.

Código penal, es directa para ellos y subsidiaria para la Administración y sólo cabe por los daños que sean consecuencia de delitos dolosos o imprudentes.

9. Cuando quiera solicitarse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, derivada de los delitos de sus funcionarios, procesalmente la acción también ha de dirigirse contra la Administración.

10. No obstante, la responsabilidad subsidiaria de la Administración entendemos que sólo cabe solicitarla en el correspondiente proceso penal por los delitos culposos y dolosos, y no así por las faltas, en cuyo caso se instará la indemnización en vía administrativa.

11. La responsabilidad civil derivada del delito y la derivada de culpa extracontractual son exactamente lo mismo. Trasladado ello al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública comporta que consideremos que la responsabilidad civil derivada del delito de los funcionarios o autoridades sea exactamente lo mismo que la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (artículo 139 y ss. LPAC), ambas tienen como único fundamento el daño.

12. Ante una sentencia penal absolutoria, cabe que el juez civil pueda pronunciarse sobre las responsabilidades de este tipo, pero no aplicando el plazo de prescripción de quince años, sólo predicable de la acción de responsabilidad civil *ex delicto* y teniendo en cuenta los hechos probados de la sentencia.

13. Una sentencia penal condenatoria que, a su vez, ha resuelto las cuestiones de responsabilidad, debería tener en el ámbito contencioso-administrativo, donde posteriormente se reabre la acción, el efecto de “cosa juzgada”, habida cuenta de la identidad entre ambas responsabilidades.

Anexo I. Trabajos parlamentarios en torno al proceso de elaboración y aprobación del artículo 121 del Código penal

1. Congreso de los Diputados

En el Proyecto de ley que el Gobierno presenta, ante el Congreso de los Diputados, el tenor literal del artículo 121 del CP, que reproducimos por nota,⁵⁰ preveía una responsabilidad subsidiaria de las administraciones

públicas por los daños causados por sus autoridades, agentes o funcionarios declarados penalmente responsables de delitos o faltas dolosos.

Contra esa redacción inicial fueron presentadas una serie de enmiendas⁵¹ por los distintos grupos políticos: el Grupo Parlamentario Vasco (PNV) y el Sr. Albistur Marín (Grupo Mixto-EuE) propugnaron la supresión del calificativo “dolosos” arguyendo que la exclusión de los delitos y las faltas “culposos” supone por un lado “colocar en mejor situación al Estado y entes públicos respecto de las personas o entidades señaladas como responsables civiles subsidiarias en el artículo 120” y, por otro, “obliga a la víctima de una infracción culposa cometida por autoridades y funcionarios [...] a entablar una acción civil de responsabilidad contra el Estado o ente público una vez concluido el proceso penal”.

El Grupo Popular propuso una extensa redacción alternativa donde, en la parte que nos atañe, no hizo discriminación alguna entre delitos y faltas y su carácter doloso o culposo limitándose a señalar que “[...] resulten condenados criminalmente”, justificando su propuesta en que así se acentuaba el carácter tendencialmente objetivo de la responsabilidad del Estado.

Por su parte, el Grupo Federal IU-IC propugnó entre otras modificaciones suprimir el término dolosos, para asegurar el principio jurisprudencial de responsabilidad objetiva de la Administración y el derecho a la indemnización por actuaciones de funcionarios y autoridades.

Y, por último, el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) no se pronunció sobre el aspecto concreto que estamos analizando, limitándose a proponer que esa responsabilidad se hiciese extensiva también por los “contratados” por las administraciones públicas.

La Ponencia encargada de redactar el informe sobre el proyecto presentado no aceptó ninguna de las enmiendas presentadas, iniciándose los debates en la Comisión de Justicia e Interior,⁵² sin que nos hagamos eco de ellos para no hacer demasiado exhaustivo el trabajo, limitándonos a reproducir algunas de las argumentaciones más relevantes que los distintos grupos políticos vertieron a favor o en contra de incluir los delitos y las faltas en la Sesión Plenaria⁵³ del Congreso.

En dicha Sesión Plenaria, el Grupo Popular⁵⁴ arguyó que excluir la responsabilidad subsidiaria de las admi-

50. “El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la Isla o el Municipio y demás Entes Públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas dolosos, cuando éstos sean autoridad, agentes de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, si resulta probada la relación directa y exclusiva entre su conducta y el servicio público de que se trate, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agente de la misma o funcionario público, la pretensión deberá dirigirse

simultáneamente contra la Administración o Ente público presuntamente responsable civil subsidiario.”

51. Concretamente, la n.º 306 del Grupo Popular; la n.º 29 del Grupo Parlamentario Vasco (PNV) y el Sr. Albistur Marín (Grupo Mixto), párrafo 1.º; la n.º 30 del Grupo Parlamentario Vasco (PNV) y el Sr. Albistur Marín (Grupo Mixto); la n.º 307, del Grupo Parlamentario Popular; la n.º 697, del Grupo Parlamentario IU-IC; y la n.º 116 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU).

52. Concretamente por lo que atañe al artículo 121 CP, los debates se celebran en la sesión n.º 62 del miércoles 31 de mayo de 1995, p. 753 y ss., Vol. I, *op. cit.*

53. N.º 156 celebrada el martes 27 de junio de 1995, p. 1299 a 1599, *op. cit.*

54. Enmiendas defendidas por el Sr. Pillado Montero, p. 1305 a 1307, inclusive, Vol. I, *op. cit.*

nistraciones públicas en supuestos de comisión de faltas imprudentes rompe con el sistema hasta entonces vigente del artículo 22 del ACP, que sí las incluía y “aboca a las víctimas del delito a tener que ir al calvario del procedimiento administrativo, cuando no al del procedimiento contencioso-administrativo, para lograr el resarcimiento” y se preguntan ¿qué extraño privilegio es el que quiere darse a las administraciones públicas que en definitiva son juez y parte en el procedimiento administrativo? Y, ¿por qué desviar hacia un proceso contencioso-administrativo lo que ya pueden hacer los tribunales de lo penal en el momento de juzgar la infracción penal? En consecuencia propugnan que se incluyan también las infracciones penales culposas.

El Grupo Vasco (PNV)⁵⁵ argumenta, en lo esencial, que no se puede establecer un régimen general de responsabilidad para todos los comitentes de los delitos dolosos y culposos⁵⁶ y minorar esta responsabilidad mediante un criterio pro-fisco, de naturaleza claramente antisocial, lo que es punto menos que escandaloso. Además, hay otro aspecto que reduce aún más el núcleo de la responsabilidad civil subsidiaria, la exigencia de conexión de la autoridad o funcionario con el servicio público de que se trate. Así, ¿qué sucedería cuando una autoridad pública que comete un delito no está ejerciendo las funciones propias de su cargo?; esa desconexión es también dudosamente constitucional.

Por su parte, el Grupo de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya⁵⁷ argumenta que la característica procesal que tiene nuestro derecho –hasta ahora elogiada– es que la reparación penal y la reparación civil, las dos, se pueden y se deben dar en la misma sentencia. Hoy, claramente, en el artículo 22 de nuestro Código penal se instala la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Frente a esa situación, el proyecto hace desaparecer prácticamente la responsabilidad civil subsidiaria del Estado a través de la vía procesal penal y lo deja a una futura posible reclamación administrativa en otro procedimiento distinto, a continuación del penal, mucho más largo y en unas condiciones más favorables para el Estado que las de un proceso penal. Destacando el hecho que el artículo 120 del proyecto establece una responsabilidad subsidiaria para los particulares y sin embargo exonera de aquélla a la Administración en los supuestos de delitos o faltas imprudentes, cometidos por imprudencia, lo que contradice el artículo 14 de la Constitución, de igualdad ante la ley. Y ello, teniendo en cuenta que en el 99% de los casos los daños que producen los agentes o funcionarios a particulares, son daños cometidos por negligencia, por imprudencia; es el caso

de la presa de Tous o el caso de la colza, por eso nuestra enmienda, añaden, propone una responsabilidad subsidiaria del Estado o demás entes públicos por daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas, ya sean culposos o dolosos.

A las anteriores consideraciones, responde el Grupo Socialista⁵⁸ argumentando que tres son los tipos de objeciones que se han planteado a este artículo, en las distintas enmiendas: una redacción defectuosa; una perspectiva pro-fisco y no de política penal o criminal; y quizá la más importante, que no atiende los requerimientos constitucionales, concretamente los del artículo 106.2 de la Constitución. “La primera”, arguye el ponente, “podría plantearse como una enmienda técnica. En cuanto a los requerimientos constitucionales es claro que el artículo 106 CE en ningún caso dice que la indemnización al particular se deba hacer por vía de responsabilidad patrimonial y por la reclamación en vía contencioso-administrativa, o bien por vía de responsabilidad civil subsidiaria, es más, en muchas legislaciones comparadas prácticamente se excluye la responsabilidad civil subsidiaria y se acude a la responsabilidad patrimonial.

“¿Por qué se hacen determinadas exclusiones en este artículo dejándolas para la responsabilidad patrimonial, y reclamación vía contencioso-administrativa? No por razones pro-fisco, aunque serían atendibles las de carácter presupuestario, sino por razones de política criminal.

“¿Por qué una razón de política criminal? Porque, bajo el espejismo de que la responsabilidad civil subsidiaria es más rápida y, sobre todo, al accionarse vía penal, se ejerce más presión sobre la persona o el ente que lo tiene que pagar, y a veces se produce un abuso de la vía penal y criminal para obtener indirectamente la responsabilidad civil subsidiaria. “Lo que ustedes saben,” sigue el ponente, “que son las querellas catalanas: se acude a la vía penal, contra el funcionario o autoridad, aunque no esté claro el delito, para presionar por esa vía y obtener antes esa responsabilidad civil subsidiaria. Por ello, para evitar ese abuso de la vía penal, con la finalidad descrita, y porque siempre está abierta la vía contencioso-administrativa, a través de la responsabilidad patrimonial, para obtener la reparación, creemos que no hay incumplimiento constitucional.

“De otro lado, se nos pone de ejemplo un espejismo, la resultante de aplicar el artículo 22 del CP vigente a los casos de Tous y de la colza. Los ciudadanos afectados, pasados más de diez años todavía están esperando a que la vía de responsabilidad civil subsidiaria por el

55. Enmiendas defendidas por el Sr. Olabarria Muñoz, p. 1308 y 1309. Vol. I, *op. cit.*

56. Y este es el criterio del artículo 116 del Proyecto de CP debatido.

57. Enmiendas defendidas por el Sr. López Garrido p. 1309 y 1310. Vol. I, *op. cit.*

58. Respuesta articulada por el Sr. Mohedano Fuertes. P. 1313 y 1314, Vol. I, *op. cit.*

mecanismo de la acción penal dé algún resultado. ¿Por qué? Porque no ha servido la vía penal. Si hubieran acudido a una vía contencioso-administrativa posiblemente ya hubieran obtenido la indemnización. Es más, incluso en el caso de Tous, como la vía de la responsabilidad civil subsidiaria no ha servido, ha habido que acudir a la vía legislativa, al decreto ley y a una proposición de ley que actualmente está tramitándose.

“En otro orden de cosas, tengo que reconocer paladinamente,” prosigue el ponente, “que algo de debilidad tiene el precepto del proyecto, aunque solo sea por una cosa. ¿Por qué los delitos dolosos sí y culposos no? ¿Por qué establecer la frontera?. Por ello nuestro grupo propone una enmienda *in voce* transaccional que soluciona la contradicción del precepto y, en parte dejaría resuelto el común denominador de todas sus enmiendas, al incluir también los delitos culposos, que como decían ustedes dan lugar a una responsabilidad civil subsidiaria mucho más clara que los delitos dolosos. El resto del precepto iría en los mismos términos.”

La mayoría de grupos votan de forma favorable la enmienda transaccional propuesta por el Grupo Socialista y retiran las enmiendas por ellos presentadas, de tal modo que el Pleno del Congreso de los Diputados⁵⁹ aprueba la redacción del artículo 121 CP que reproducimos por nota,⁶⁰ donde entre otros cambios de pequeño calado, se aprecia ya la substitución de los términos “delitos o faltas dolosos” que preveía el Proyecto presentado por el Gobierno al Congreso, por la expresión “delitos dolosos o culposos”, desapareciendo cualquier expresión hecha a las faltas.

2. Senado

Al texto del Proyecto, y al igual que ocurrió en el Congreso, se presentan enmiendas por parte de alguno de los grupos políticos integrantes de la Cámara Alta. Así, en nombre del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV)⁶¹ se propone que la responsabilidad subsidiaria del Estado y demás entes públicos, lo sea por “los delitos y las faltas”, por entender que no es posible la exclusión de estas últimas al suponer un agravio comparativo con las personas o entidades señaladas en los artículos precedentes (118 y 120 CP), ade-

más de señalar que la expresión “probada relación directa y exclusiva” entre la conducta lesiva y el servicio público de que se trate debe suprimirse por ser de peligrosa tendencia expansiva.

Por su parte el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria del Senado (GPCC)⁶² propone incluir la expresión “de los delitos o faltas dolosos o culposos” porque parece incuestionable, según arguyen, que el proyecto de ley establece un odioso privilegio a favor de las administraciones que quiebra el régimen general de la responsabilidad civil subsidiaria y el principio de igualdad de los obligados, al atribuir a la vía penal la que tenga su origen en los delitos, y a la administrativa la que derive de las faltas. En su opinión, la vía administrativa no constituye ninguna panacea, ni por los principios que la inspiran, ni por su supuesta celeridad, hoy en entredicho. Concluyendo que no es serio, ni jurídica ni socialmente aceptable para un legislador, el pretender reducir el gasto público a costa de la víctima de un delito.

Del Grupo Parlamentario Socialista, también parte una enmienda,⁶³ que justificada como “mejora técnica”, viene a recoger las modificaciones que ya fueron introducidas en el Congreso de los Diputados, esto es, se habla de los penalmente responsables de “los delitos dolosos y culposos”.

El Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP) propone una enmienda de modificación⁶⁴ con una larguísima redacción alternativa del precepto que, en la parte que aquí nos interesa, habla de los daños causados por aquellos “que resulten condenados criminalmente”, sin hacer alusión específica alguna a si lo son por causa de delito o de falta, justificando su propuesta en una pretendida acentuación del carácter tendencialmente objetivo de la responsabilidad del Estado y para clarificar los límites con el anormal funcionamiento, además de establecer una normativa rápida para la exigencia y ejecución, por las administraciones públicas, de las condenas que les afecten.

En el Informe de la Ponencia⁶⁵ se hace constar que la misma mantiene el texto del proyecto de ley, sin perjuicio de estudiar posibles modificaciones en trámites parlamentarios posteriores. En consecuencia, no se incorpora ninguna de las enmiendas aludidas con sus respectivas justificaciones.

59. En su sesión del día 5 de julio de 1995 (BOCCGG de 19-7-1995, n.º 77-13)

60. “El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la Isla o el Municipio y demás Entes Públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, si resulta probada la relación directa y exclusiva entre su conducta y el servicio público de que se trate, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso,

pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agente de la misma o funcionario público, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o Ente Público presuntamente responsable civil subsidiario.”

61. Enmienda n.º 59. P. 1700, *op. cit.*

62. Enmienda n.º 124. P. 1716, *op. cit.*

63. Concretamente la n.º 298. P. 1764, *op. cit.*

64. Enmienda n.º 528. P. 1833 y 1834, *op. cit.*

65. Emitido el 6 de octubre de 1995. (BOCCGG de 9-10-1995), p. 1933 y 1938, *op. cit.*

En la Comisión de Justicia⁶⁶ encargada de dictaminar el Proyecto, antes de pasar al Pleno del Senado, se sostuvieron controvertidos debates entre los representantes de los distintos grupos políticos, destacando entre las intervenciones la que sostuvo en el turno de oposición a las enmiendas defendidas, el representante del Grupo Socialista, por la novedad que comporta alguno de los argumentos en ella esgrimidos respecto de los formulados en Comisión y en el Pleno del Congreso, y que reproducimos, en síntesis, en el anterior apartado.

Así, dice el portavoz del Grupo Parlamentario Socialista⁶⁷ que en esa contradicción que se ha ido planteando, entre la responsabilidad subsidiaria de la Administración y la pretendida responsabilidad directa de la misma, se aducen razones que más que obedecer a orientaciones de política legislativa, obedecen a determinados comportamientos de los operadores jurídicos, fundamentalmente de los grandes bufetes de abogados, en la medida que, a su juicio, el sistema de responsabilidad subsidiaria, frente al de responsabilidad directa, favorece el ejercicio de acciones penales contra los funcionarios presuntos inculcados que han de soportar la llamada pena del banquillo, porque se prevé que de ordinario el juez del orden penal, a fin de evitar situaciones de desamparo, siquiera transitorio, a los afectados, que pueden ser muchos, a veces cientos, miles, decenas de millares de personas y como consecuencia de la lentitud efectiva y real –nadie lo puede negar– de los procesos contencioso-administrativos, tenderá a apreciar la responsabilidad, aunque sea mínima, aunque sea una responsabilidad por imprudencia, o por una falta, pero apreciará siempre una responsabilidad del funcionario en condiciones que, en la práctica, no darían ese resultado si no fuera posible exigir en el proceso penal la satisfacción patrimonial del perjuicio por parte de la Administración pública.

En el intento de impedir este riesgo de desvirtuación de una vía penal concreta para obtener fines que deberían ser exigibles de forma mucho más directa y, además, deberían ser obtenidos de una manera mucho más rápida y eficaz por otra vía jurisdiccional, por la contencioso-administrativa, es cierto que el proyecto inicial del Gobierno cerraba excesivamente el tema excluyendo los delitos culposos y haciendo una redacción de este precepto que limitaba en gran medida el concepto de funcionario, o la relación de servicio con la Administración que puede generar esta responsabilidad civil subsidiaria.

No obstante, nos parece que ha de quedar claro que siempre debe estar suficientemente probada la relación directa entre la conducta del funcionario y el servicio público de que se trate, lo que no supone descubrir

nada nuevo, sino caminar por una doctrina jurisprudencial que, por ejemplo, exculpa a la Administración de la responsabilidad civil subsidiaria de los agentes que cometieron la tropelía relativa a “el Nani” por cuanto no se demostró ninguna relación directa entre el servicio público y este suceso que, efectivamente, fue cometido por agentes de la policía, por funcionarios públicos.

Por tanto, hay que buscar una formulación adecuada que, desde una óptica estrictamente jurídica, ponga de manifiesto, en contra de la conocida como pena del banquillo, que si de una parte es factible la exigencia de responsabilidad directa sobre la base del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, se ha de evitar el tener que acudir a una vía procesal penal para demandar el resarcimiento de los daños causados, cosa que hoy en día es absolutamente clara. Es decir, al niño que en un colegio le cae una teja y le hace una brecha, no tiene sentido buscar una casi siempre inexistente responsabilidad penal por imprudencia del director o del encargado del mantenimiento del colegio, cuando puede, sencillamente, exigirse la responsabilidad directa en la vía contenciosa por el inadecuado funcionamiento de la administración que ha generado esa lesión, ese accidente con respecto al niño, víctima en este caso.

“Por ello, los parlamentarios debemos hacer un esfuerzo de reflexión y tener en cuenta cuáles son los requisitos adecuados para que deba producirse esa responsabilidad civil subsidiaria de todas las administraciones, que yo creo, continúa el portavoz, que debe abarcar los delitos dolosos y culposos como en la enmienda que apoyó nuestro grupo en el Congreso, pero que no obstante es discutible que pueda abarcar también a la falta por la enorme dificultad para hacer siquiera un cálculo aproximado de por dónde podría derivar el tema, y ahí está el riesgo de que por cualquier cosa se vaya a la vía de imputación, puramente culposa, con un ilícito de la menor entidad, de una simple falta para intentar, sencillamente, ganar tiempo. Y eso, cuando sucesos tan lamentables como los de la colza o los de la presa de Tous ponen de manifiesto que esa vía penal, como fórmula para restituir los daños producidos en grandes colectividades, se ha demostrado no sólo no más rápida que la vía contencioso-administrativa, sino tan lenta como ésta, ineficaz en muchos otros casos y necesitada de parches, de soluciones legislativas, de actuaciones apresuradas y siempre sometidas a la presión de la opinión pública y de los colectivos de afectados, cuando posiblemente con una reforma profunda de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual creemos imprescindible, podría solucionarse este tema y se

66. En su sesión celebrada el lunes 9 de octubre de 1995, p. 2116 a 2118 inclusive, *op. cit.*

67. Intervención del senador Galán Pérez, p. 2116 a 2118 inclusive, *op. cit.*

podría dejar en la vía penal lo que realmente sean temas a tratar por la vía de la responsabilidad civil subsidiaria.”

Esa larga explicación dio lugar a un par de intervenciones, de las que se destaca una por parte del representante del Grupo de CiU⁶⁸ en el Senado, quien después de romper una lanza a favor de la abogacía del país arguye que ni el Estado ni el funcionario tienen la patente de corso para ser tratados, de una manera especial. Es más, cree que el Estado en muchos casos ha escurrido el bulto, porque en definitiva los jueces son funcionarios públicos, pero es él el que tiene que responder habitualmente de la responsabilidad civil derivada de las responsabilidades de los funcionarios públicos. Y, frente a la sugerida reforma de la Ley de la jurisdicción, recuerda al senador socialista que precisamente se publicó una ley reguladora de la responsabilidad civil del Estado que, de alguna forma, hurta a la jurisdicción civil el conocimiento de esta responsabilidad civil, llevando las reclamaciones al contencioso-administrativo, cargándose, así, una jurisprudencia pacífica y continuada del Tribunal Supremo, y esa norma, añade, “si no me equivoco es de 1994 ó 1995. Seré piadoso diciendo que es de 1994. Lo que yo entiendo es que el Estado tiene que soportar el palo y la vela”.

El senador socialista responde⁶⁹ que no quiere acusar de nada a la profesión, pero que lo que si se produce es una desvirtuación real de la vía penal para este tipo de asuntos, al llevar algunos abogados por esta vía a sus defendidos sabiendo que podía ser mucho menos eficaz que alguna otra, sencillamente con finalidades no confesables. Lo mismo que puede haber recaído alguna sentencia de condena, aunque ésta haya sido leve, para no dejar desprotegidos a los afectados, y ese es un dato real que no puede obviarse. Por tanto el análisis sobre este tema ha de ser frío, reposado y alejado de tensiones sociales que aunque justas, intentan encontrar en este artículo 121 un camino que, evidentemente, no corresponde a la jurisdicción penal.

En la Sesión Plenaria⁷⁰ del Senado se sucedieron intensos debates sobre el alcance que había que darle al controvertido artículo 121 del Proyecto. Por parte del Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos⁷¹ se argumentó que el legislador había pretendido, a través de diversos textos legales, articular un sistema en el que sólo la jurisdicción contencioso-administrativa pudiera juzgar la responsabilidad administrativa. Prueba de ello eran la Ley 30/1992 y el Decreto 429/1993 que la desarrolla, en materia de responsabilidad, el propio proyecto de ley que regula el Proceso contencioso-administrativo y, finalmente, el Anteproyecto de Código penal en el que

se pretendió excluir la responsabilidad subsidiaria de las administraciones. Se pretendía salir al paso de la dispersión existente, en el sentido de que la Administración es llamada a responder en todos los órdenes: civil, social, penal y por supuesto, contencioso-administrativo, único orden que sería adecuado según este criterio. No obstante ello, las presiones en sentido contrario han hecho que, finalmente, se haya introducido en el proyecto de ley la responsabilidad subsidiaria de las administraciones y entes públicos, si bien que con un criterio restrictivo.

A continuación, el senador por el Grupo Nacionalista Vasco trae a colación dos sentencias del Tribunal Supremo, coincidentemente de 17 de julio de 1995, ambas, que corroboran que, aún con el esquema actual que se deriva del artículo 106 CE todavía tienen encaje en el artículo 22 del Código penal (entonces vigente), los funcionarios públicos. Y de acuerdo con ambas sentencias concluye que para el Tribunal Supremo, el Estado es igual que cualquier otro empleador, y eso exige un idéntico criterio en el artículo 120 y 121 del CP debatido. “En coherencia, creemos”, continúa el senador vasco, “que ningún tribunal va a admitir un trato más privilegiado de las administraciones. E incluso diría más, estoy convencido que en breve se plantearán sobre el tema cuestiones de inconstitucionalidad.

“En cualquier caso, hemos suscrito una enmienda transaccional que, si bien no resuelve la cuestión de las faltas mencionada si mejora la inicialmente compleja redacción del texto, por lo que vamos a votar a favor”.

Y, finalmente, reproduciremos, con una cierta extensión, la intervención del senador del Grupo Socialista⁷² porque creemos que expresa con manifiesta claridad cual fue la intención del legislador en relación con ese artículo 121 CP.

Así, después de enfatizar que el contenido del precepto ha ido ganando en consenso y flexibilidad, argumenta que “el sistema de responsabilidad subsidiaria, se ha ido generalizando en la práctica, frente a la pretendida responsabilidad directa de la Administración, más que por orientaciones de política legislativa, por determinados comportamientos de los operadores jurídicos, en la medida que ese sistema de subsidiariedad favorece, frente al de responsabilidad directa, el ejercicio de acciones penales contra los funcionarios, presuntamente implicados, que han de soportar la pena del banquillo porque se prevé que el juez de lo penal, a fin de evitar a los perjudicados situaciones transitorias de desamparo, como consecuencia de la lentitud de los procesos contencioso-administrativos o, en su caso, por meras razones de economía procesal, tenderá a apreciar

68. Del senador Vallvé i Navarro. P. 2118, *op. cit.*

69. Intervención del Sr. Galán Pérez. P. 2119, *op. cit.*

70. Celebrada el miércoles 25 de octubre de 1995, p. 2345 a 2427, *op. cit.*

71. Intervención del Senador Sr. Zubía Atxaerandio, p. 2389, *op. cit.*

72. Sr. Galán Pérez, p. 2392 y 2393, *op. cit.*

la responsabilidad penal del funcionario en condiciones que, en la práctica, no darían ese resultado si no fuera posible exigir a través del proceso penal la satisfacción patrimonial del perjuicio por parte de las administraciones públicas.

“De otro lado”, continúa el senador socialista, “no podemos ignorar que el Proyecto de Código penal de 1992, que preveía la responsabilidad directa de la Administración por los daños causados por sus funcionarios también cuando éstos fueran responsables de delitos o faltas cometidas en el ejercicio de su cargo, estableciéndose que la exigencia de aquélla debía operarse por vía administrativa, obtuvo en el Congreso el rechazo expreso de todos los grupos políticos, por lo que en este proyecto que vamos a aprobar se vuelve al sistema de responsabilidad civil subsidiaria, complementada con la salvedad de que su exigencia en vía penal no perjudica la posibilidad de exigir de la Administración la responsabilidad directa derivada del funcionamiento de los servicios, prevista en el artículo 106 de la Constitución y regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, del régimen jurídico de las administraciones públicas, sin que pueda darse en ningún caso la duplicidad indemnizatoria.

“Ampliar el ámbito de responsabilidad a la falta, tras haberlo hecho respecto a los delitos culposos, nos parecía asegurar esa desvirtuación penal que va paulatinamente incrementándose, produciéndose un uso desviado del proceso penal, a veces, para exigir responsabilidades menores, pero que intentan agilizarse por esta vía, cuando se trata de indemnizaciones importantes o derivadas de situaciones con un elevado número de perjudicados.

“Por ello”, concluye el senador socialista, “nos parece que por esa vía, difícilmente se podría avanzar, y sería mucho más positivo avanzar en lo que se refiere a la relación de causalidad, su acotamiento, sus límites, su interpretación más flexible, y así lo hemos hecho con esa enmienda transaccional que apoyamos junto con el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria del Senado y el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, que han colaborado con nosotros en encontrar esa fórmula.”

Así el texto aprobado por el Senado, y a los efectos que aquí nos interesan, declara la responsabilidad subsidiaria del Estado y demás entes públicos por los daños causados por sus funcionarios o autoridades, agentes o contratados de los mismos, cuando éstos sean declarados penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos.

VI. Bibliografía

ABELLA. “Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992)”. *El Consultor*, Madrid, 1999.

CASINO RUBIO, Miguel. *Responsabilidad Civil de la Administración y delito*. Barcelona: Ed. Marcial Pons, 1998.

CORTES GENERALES. *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios*. (Vol. I, II, y III). Madrid, 1996.

GARCÍA GARCÍA, María Jesús. “La responsabilidad Patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos en la Ley 4/1999, de 13 de enero”. *Revista Jurídica La Ley*, 27 diciembre de 2000, núm. 5213.

GARCÍA GIL, Francisco Javier. *El daño extracontractual y su reparación (Tratamiento jurisprudencial)*. Madrid: Ed. Dilex, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las administraciones Públicas*. 2.ª edición. Madrid: Ed. Civitas, 2001.

JIMÉNEZ LECHUGA, Francisco Javier. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español (Una visión de conjunto)*. Barcelona: Marcial Pons, 1999.

La Ley, Responsabilidad Civil. Monografías de Jurisprudencia, 1. Madrid, 1992.

MARTÍN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la Administración local”. (Dentro de la obra colectiva dirigida por Santiago Muñoz Machado *Tratado de Derecho Municipal*) Ed. Civitas, 1988, p. 581 a 632.)

MESEGUER YEBRA, Joaquín. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones Públicas: indemnización y plazo de prescripción*. Barcelona: Ed. Bosch, 2000.

MESTRE DELGADO, Esteban. “Responsabilidad penal de Alcaldes y Concejales”. (Obra colectiva, *Tratado de Derecho Municipal*, ya citada, p. 633 a 686.)

MORALES & SANCHO. *Manual Práctico de Responsabilidad Civil*. Granada: Ed. Comares, 1995.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La responsabilidad concurrente de las administraciones Públicas*. 2.ª edición. Madrid: Ed. Civitas, 1998.

TORRENT RIBERT, Pere-Joan. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones Públicas*. Madrid: Ed. Mapfre, 1995.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos Cíviles del Nuevo Código Penal*. Ed. Dykinson, 1997. ■

La legitimación de los grupos políticos municipales para presentar reclamaciones, sugerencias o iniciativas ante el Ayuntamiento

Álvaro García López
*Director del Servicio de Asistencia Municipal
de la Diputación de A Coruña*
Ramón Valentín López Rey
Ltrado asesor adjunto

Antecedentes de hecho.

Fundamentos de derecho.

1. Los grupos políticos.
2. La impugnación de actos y acuerdos.
3. La intervención de los miembros de la corporación en las sesiones.
4. Ley 11/1999, de 21 de abril (Pacto Local).

Antecedentes de hecho

Un municipio de la provincia formula una consulta respecto a si un grupo municipal como tal está legitimado para presentar una reclamación contra la aprobación de actos y reglamentos municipales y solicitudes o iniciativas de cualquier índole ante el Ayuntamiento.

Fundamentos de derecho

1. Los grupos políticos

Normas de aplicación: artículos 20, 32 y 73 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante LRBRL); 23 al 29, 82, y 125 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por el Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (en adelante ROF); Reglamento orgánico municipal (de existir); 74 al 79 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia (en adelante LALG).

Los grupos políticos son asociaciones de concejales para agilizar y facilitar el ejercicio de sus derechos y deberes; la representación electoral la ostentan los concejales y no los grupos; en las sesiones, la intervención de los concejales al margen de su propio grupo no puede suponer limitación de su capacidad de expresión.

Como funciones de los grupos tenemos las siguientes:¹ 1) Actuar como mediadores tanto en relación con el electorado como con los órganos de gobierno de la corporación; 2) Servir como instrumentos de apoyo para el desempeño de los derechos y deberes de los concejales, y 3) Actuar como canales y cauces de formación y defensa de una opinión común frente a los problemas de gobierno y administración municipales.

Los grupos tienen derecho a disponer de un despacho o local con infraestructura mínima de medios. Su derecho esencial viene dado por estar representados en todos los órganos complementarios a través de representantes designados al efecto en la forma legal y reglamentariamente establecida.

2. La impugnación de actos y acuerdos

Normas de aplicación: artículos 52, y 63 al 67 de la LRBRL; artículos 209 al 217 del ROF; artículo 216 de la LALG.

Contra los actos y acuerdos de las entidades locales los interesados podrán ejercer las acciones procedentes en la vía administrativa y jurisdiccional.

Junto a los sujetos legitimados en el régimen general, podrán asimismo impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del orde-

namiento jurídico los miembros de las corporaciones locales que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos (el plazo para interponer recurso de reposición por los concejales o miembros de las corporaciones locales que hubieran votado en contra del acuerdo se contará desde la fecha de la sesión en que se hubiera votado el acuerdo).

Los recursos administrativos se interponen a tenor de lo dispuesto por los artículos 107 y siguientes de la LRJPAC, y los contenciosos administrativos siguiendo las prescripciones de la LJCA.

Las reclamaciones, alegaciones, sugerencias, oposiciones, etc., contra resoluciones provisionales (salvo lo dispuesto por el citado artículo 107 de la LRJPAC) en relación con las que se haya concedido plazo especial para formularlas no tendrán la consideración de recurso. Sólo después de ser elevada a definitiva la correspondiente resolución podrán interponerse contra ella los recursos que procedan.

Consecuentemente, la reclamación no es un recurso, no es un acto de impugnación, sino instructor, que tiene la virtualidad de coadyuvar a la formación de la voluntad, generalmente política en el ámbito municipal. La finalidad de un trámite de información pública, además de ser un llamamiento para la aportación de datos y elementos de juicio, con vistas al mayor acierto y perfección en la decisión corporativa, supone asimismo una ocasión o una oportunidad para los afectados de alegar o reclamar en defensa de sus intereses; alegaciones o reclamaciones que de ser atendidas evitarían posteriores recursos administrativos o jurisdiccionales.

Presentadas las alegaciones o reclamaciones, según cual sea el órgano llamado a decidir (alcalde, Comisión de Gobierno, Pleno) se procederá a la correspondiente tramitación. Para el supuesto que la resolución provisional sea competencia plenaria, habrán de ser dictaminadas y, en su caso, informadas por el Secretario e Interventor antes de resolver (supuesto, entre otros, de los recogidos en el artículo 49 de la LRBRL y 17 de la LRHL). En este caso, parece que nada impide a los miembros que inicialmente votaron a favor del acuerdo inicial cambiar el sentido de su voto en el acuerdo definitivo, entre otros motivos porque no puede descartarse que les puedan haber convencido los razonamientos de los reclamantes.

Se reitera lo que ya va dicho en el sentido de que el acuerdo definitivo es el recurrible, estando legitimados para ello los miembros de la corporación que votaron en contra de este acuerdo posterior a la exposición al público para reclamaciones y sugerencias.

Sobre acuerdos o aprobaciones provisionales se puede traer a colación, a título de ejemplo, lo prevenido

1. Siguiendo a Morell Ocaña.

en los artículos 17 –relativo a los acuerdos provisionales sobre establecimiento y ordenación de tributos, y ordenanzas fiscales– y 150 de la LRHL –relativo a la aprobación inicial del Presupuesto general–. En el primer caso, artículo 18, tendrán la consideración de interesados a efectos de presentación de reclamaciones: a) los que tuvieren un interés directo o resulten afectados por tales acuerdos; b) los colegios oficiales, cámaras oficiales, asociaciones y demás entidades legalmente constituidas para velar por los intereses profesionales, económicos o vecinales, cuando actúen en defensa de los que les son propios. En el segundo, artículo 152 del mismo texto legal, tienen tal consideración: a) los habitantes en el territorio de la respectiva entidad local; b) los que resulten directamente afectados, aunque no habiten en el territorio de la entidad local, y c) los colegios oficiales, cámaras oficiales, sindicatos, asociaciones y demás entidades legalmente constituidas para velar por intereses profesionales o económicos y vecinales, cuando actúen en defensa de los que les son propios.

En uno y otro caso la ley define y concreta el concepto de “interesado”, y parece que en el mismo no se comprende el de un grupo político cuya función política de control y fiscalización se canaliza a través de los mecanismos referidos en el siguiente apartado 3 y los demás derivados de las modificaciones introducidas por la Ley 11/1999.

Puede darse la circunstancia de que un miembro de la corporación integrado en determinado grupo político sea plenamente “interesado” en el asunto de que se trate (siguiendo el ejemplo anterior, en función de lo dispuesto por los artículos 17 o 150 de la LHL), en cuyo caso no ha de existir impedimento alguno en orden a que presente las alegaciones o reclamaciones que juzgue oportuno.

En cuanto a los acuerdos provisionales sobre establecimiento y ordenación de tributos: las reclamaciones formuladas en este trámite por los interesados tienen la virtualidad de coadyuvar a la formación de la voluntad política en materia de tributos locales, y consiguientemente las resoluciones que recaigan sobre las mismas no son susceptibles de recurso. Las reclamaciones que formulen los interesados contra los acuerdos y las ordenanzas provisionales deben ser resueltos por la corporación local, y no son recurribles de forma autónoma, dado que el objeto del recurso lo constituirá la ordenanza definitivamente aprobada.

En cuanto a la aprobación inicial del Presupuesto general nos movemos en similares parámetros a los especificados en el párrafo anterior.

No podrán impugnar acuerdos los miembros de las corporaciones locales que se hayan abstenido o votado en blanco o aquellos que se aprobaron en sesión en la que no estuvieron presentes.

Quienes se ausenten del salón de sesiones iniciada la deliberación y no estuvieran presentes en el momento de la votación se considerará que se han abstenido.

Un miembro de la corporación local, a tenor del contenido del artículo 63.1.b) de la LRBRL parece (por falta de legitimación) que no está legitimado para impugnar actos o acuerdos de órganos locales, por ejemplo, una comisión de gobierno, de los que no forma parte y, por consiguiente, no puede votar en contra.

Independientemente de lo que va dicho, los actos y acuerdos de las entidades locales pueden ser impugnados por la Administración del Estado o por las comunidades autónomas en la forma prevista legal y reglamentariamente.

3. La intervención de los miembros de la corporación en las sesiones

Normas de aplicación: artículos 82, 84, y del 91 al 97 del ROF.

El régimen jurídico de las actuaciones de los miembros de la corporación en relación con las sesiones del Pleno de la corporación podemos resumirlo como sigue:

–Cualquier miembro de la corporación local puede examinar los expedientes desde el mismo día de la convocatoria de la sesión (artículo 84 del ROF).

–Cualquier miembro de la corporación puede realizar observaciones a las actas de las sesiones, al objeto de que se proceda a la subsanación de meros errores materiales o de hecho (artículo 91.1 del ROF).

–Cualquier grupo político, antes de los ruegos y preguntas, por razones de urgencia, puede proponer una moción para debatir y votar un asunto no comprendido en el orden del día de un Pleno ordinario (artículo 91.4 del ROF).

–Cualquier concejal puede solicitar la retirada de algún expediente del orden del día (artículo 92 del ROF).

–Los grupos políticos pueden solicitar la lectura íntegra de aquellas partes del expediente o del informe o dictamen de la comisión informativa que considere conveniente para su mejor comprensión (artículo 93 del ROF).

–Durante el desarrollo de la sesión los miembros de las corporaciones locales pueden llevar a cabo las siguientes actuaciones: dictamen, proposición, moción, voto particular, enmienda, ruego y pregunta (artículo 97 del ROF).²

2. –Dictamen: Propuesta sometida al Pleno tras el estudio del expediente por la comisión informativa, comprendiendo parte expositiva y acuerdo a adoptar.

–Proposición: A ellas se refiere el artículo 82.3 del ROF: “El alcalde o presidente, por razones de urgencia debidamente motivada, podrá incluir en el orden del día, a iniciativa propia o a propuesta de alguno de los portavoces,

–El orden de intervenciones en el debate (artículo 94 del ROF) y las llamadas al orden las realiza el presidente (artículo 95 del ROF).

Si un concejal desea conocer actuaciones de otros grupos en asuntos de carácter municipal debe dirigirse directamente al alcalde, en virtud de su competencia genérica de dirección del gobierno y administración municipales (LRBRL; Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local; ROF).

4. Ley 11/1999, de 21 de abril (Pacto Local)

Supone un avance en el carácter presidencialista del gobierno local otorgando al alcalde competencias de gestión y facultades ejecutivas antes atribuidas al Pleno municipal (modificación de los artículos 20 a 23, 32 a 35, 46.2.a. LRBRL) en aras, según su exposición de motivos a una mayor eficacia en el funcionamiento del respectivo Ayuntamiento.

No obstante lo anterior, el Pleno municipal sigue manteniendo competencias constitutivas, reglamentarias y presupuestarias, y además de ello, como un plus, se potencia la función de control y fiscalización de los órganos ejecutivos, singularmente del alcalde (nueva regulación de la moción de censura, institucionalización de la moción de confianza, nuevo régimen de sesiones y de convocatoria de ellas, y, muy particularmente, la individualización del control y la fiscalización de los órganos de gobierno). El control del equipo de gobierno se integra, por tanto, de dos tipos de medidas, unas que permiten la remoción del alcalde (moción de censura y cuestión de confianza), y otras que solo permiten conocer la actuación del equipo de gobierno o sugerirle determinadas actuaciones.

El nuevo orden de las sesiones viene determinado por el nuevo apartado e) del artículo 46.2 LRBRL: “En los plenos ordinarios la parte dedicada al control de los demás órganos de la corporación deberá presentar sustantividad propia y diferenciadora de la parte resolutoria, debiéndose garantizar de forma efectiva en su funcio-

namiento y, en su caso, en su regulación, la participación de todos los grupos municipales en la formulación de ruegos, preguntas y mociones.”

Siguiendo la revista *El Consultor*, y a título de ejemplo de un orden del día, se trae a colación el siguiente esquema: I. Parte resolutoria (1. Aprobación del acta anterior. 2. Decretos de la Alcaldía –los que deben ser ratificados–. 3. Mociones de la Alcaldía e informes de Secretaría, Intervención y Tesorería. 4. Dictámenes de las comisiones informativas –estudio de los asuntos concretos del orden del día–. 5. Propositiones y mociones. 6. Votos particulares. 7. Enmiendas. 8. Asuntos sobre la mesa –los de la sesión anterior–). II. Control y seguimiento de la gestión por el Pleno (1. Comunicaciones oficiales. 2. Decretos de la Alcaldía. 3. Mociones de censura o crítica de actuaciones. 4. Ruegos. 5. Preguntas). III. Incidencias durante la sesión (1. Suspensión de la sesión. 2. Interrupciones. 3. Levantamiento de la sesión).

Consecuentemente, y en líneas más generales, las sesiones plenarias constarán de dos partes; una primera, resolutoria de los asuntos incluidos en el orden del día y dictaminados por las comisiones, y una segunda, que puede titularse “Control y fiscalización de los órganos de gobierno” –alcalde, concejales delegados, Comisión de Gobierno, etc.–. Dentro de esta segunda parte de la sesión los asuntos a incluir serán los de ruegos y preguntas, dación de cuenta de los decretos y resoluciones de la Alcaldía, de los tenientes de alcalde, concejales delegados, y otros de tal naturaleza y finalidad.

El control y la fiscalización, función política, se canaliza a través de los grupos políticos pero, sin perjuicio de ello, nada impide que los concejales, a título individual, también la lleven a cabo; de ahí que puedan existir ruegos y preguntas formulados a cualquiera de los órganos de gobierno, propuestas o mociones. Efectivamente, los miembros de las corporaciones locales, según el artículo 12 del ROF tienen el derecho y el deber de asistir, con voz y voto, a las sesiones del Pleno y a la de aquellos

asuntos que no hayan sido previamente informados por la respectiva comisión informativa, pero en este supuesto no podrá adoptarse acuerdo alguno sobre estos asuntos sin que el Pleno ratifique su inclusión en el orden del día.” Se trata de una propuesta que se somete al Pleno relativa a un asunto incluido en el orden del día que acompaña a la convocatoria, diferenciándose del dictamen en que este fue elaborado por la correspondiente comisión informativa.

–Moción: Propuesta que se somete directamente a conocimiento del Pleno; se puede formular por escrito u oralmente (artículo 91.4 del ROF). Hace referencia a asuntos urgentes, que se voten como tales, que no tengan cabida en ruegos y preguntas y que no figuren en el orden del día, siendo posible su presentación sólo en las sesiones ordinarias.

–Voto particular: Propuesta de modificación de un dictamen formulado por un miembro que forma parte de la comisión informativa (debe haber asistido a la misma). Deberá acompañar al dictamen desde el día siguiente a su aprobación por la comisión en la forma dispuesta por el artículo 136.1 del ROF (por tanto, cabe entender que deberá ser formulado por escrito).

–Enmienda: Propuesta de modificación de un dictamen o proposición presentada por cualquier miembro, mediante escrito presentado al presidente

antes de iniciarse la deliberación del asunto. Se diferencia del voto particular en que emana de un corporativo que no pertenece a la comisión informativa. La enmienda, a diferencia del voto particular, surge posteriormente.

–Ruego: Sólo puede formularse en las sesiones dentro del obligado apartado de ruegos y/o preguntas. Se trata de la formulación de una propuesta de actuación dirigida a alguno de los órganos de gobierno municipal –alcalde, tenientes de alcalde, Pleno, Comisión de Gobierno– (no a los grupos de la oposición o a otros concejales). Responden al principio de colaboración. Puede plantearse por cualquier miembro de la corporación o por los grupos políticos a través de sus portavoces; pueden presentarse antes de la celebración de la sesión, por escrito, o en la misma sesión, de forma oral o escrita. Pueden ser sometidos a debate pero no a votación.

–Pregunta: Sólo puede formularse en las sesiones dentro del obligado apartado de ruegos y/o preguntas. Cuestión planteada a los órganos de gobierno en el seno de un Pleno. Tiene por finalidad enterarse o informarse sobre las diversas características o circunstancias de un asunto concreto. No da lugar a la adopción de acuerdos. Responde al principio de conocimiento e información. Puede plantearse oralmente o por escrito.

otros órganos colegiados de que formen parte, y sobre tal particular, en consideración al artículo 23 de la CE, la STS del 9/6/1988 señala que los concejales tienen derecho a ejercitar las facultades que a su cargo corresponden, y, entre ellas, las de intervenir en las sesiones plenarias proponiendo, discutiendo y votando acuerdos. Según la opinión mayoritaria, el hecho de que para su actuación corporativa se constituyan en grupos, con designación de portavoz, a través del que normalmente se interviene en los debates, no excluye el que, en ocasiones, los concejales puedan instar el uso de la palabra para exponer su punto de vista sobre un asunto determinado o el del propio grupo, dado que del contenido del artículo 94 del ROF no se deduce que siempre hayan de manifestarse por medio del portavoz.

Consecuentemente, todos los órganos de gobierno (alcalde, tenientes de alcalde, concejales delegados, etc.) están sometidos a control y fiscalización del Pleno. Tal control se puede llevar asimismo a través de las comisiones informativas que anteriormente se limitaban a dictaminar aquellos asuntos que eran competencia del Pleno, y que en el momento actual, con arreglo al llamado "Pacto Local" son también instrumento de control y fiscalización a través del «seguimiento de la gestión»; es decir, cada comisión informativa puede controlar a través de ruegos y preguntas, propuestas, etc., en materias de su competencia a todos los órganos de gobierno, sin perjuicio del control ejercido por el Pleno. Ahora las comisiones informativas lo son de estudio, informe o consulta y, también, de seguimiento. ■

La compatibilidad del proyecto de ejecución de rehabilitación del Teatro Pérez Galdós con el régimen jurídico de protección a que está sometido el inmueble: Bien de Interés Cultural, con categoría de Monumento, también protegido a través del planeamiento urbanístico¹

Principales antecedentes.

1. El Teatro Pérez Galdós hasta el momento en que se plantea su rehabilitación por el Ministerio de Fomento. 2. Régimen de protección urbanística y del patrimonio cultural al que se halla sometido el inmueble que alberga el Teatro Pérez Galdós. 3. Creación de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico de Gran Canaria. 4. Actuaciones dirigidas a la rehabilitación del edificio, tramitación e informes emitidos. 4.1. Redacción del primer y segundo proyecto básico de rehabilitación del Teatro por encargo del Ministerio de Fomento. 4.2. Remisión del proyecto básico de rehabilitación del Teatro al Cabildo Insular de Gran Canaria y al Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria. 4.3. Autorización provisional, y con condicionantes, por parte de este Cabildo del proyecto básico de rehabilitación del Teatro. 4.4. Aprobación del proyecto de rehabilitación del Teatro por el Ayuntamiento capitalino y por el Ministerio de Fomento. 4.5. Tramitación ante este Cabildo del proyecto de ejecución de las obras de rehabilitación. 5. Petición y objeto de este informe jurídico.

Fundamentos de derecho.

I. Cuestión previa. II. El patrimonio histórico de la Constitución española. III. El patrimonio histórico en el Código penal. IV. El patrimonio histórico en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma de Canarias: competencias y Ley de patrimonio histórico de Canarias. V. La aplicación aquí de la Ley estatal 16/1985, de 25 de junio, de patrimonio histórico español. VI. Ordenamiento jurídico-urbanístico aplicable al caso. VII. Jurisprudencia en materia de patrimonio histórico-artístico. VIII. La autorización provisional y condicionada otorgada por el Cabildo y el proyecto de ejecución de obras del Monumento Teatro Pérez Galdós. IX. Conclusiones. X. Alternativas posibles.

Anexo I. Carta aclaratoria de las alternativas planteadas.

Anexo II. Jurisprudencia sobre patrimonio histórico-artístico.

Carlos Manuel Trujillo Morales

*Letrado asesor-jefe de la Asesoría
Jurídica del Cabildo Insular
de Gran Canaria*

Abreviaturas

API: Ámbitos de planeamiento incorporado en suelo urbano.

BIC: Bien de Interés Cultural.

BOCA: Boletín Oficial de Canarias.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BOP: Boletín Oficial de la Provincia.

CE: Constitución española, de 27 de diciembre de 1978.

LOTCA: Ley número 9, de 13 de mayo de 1999, de ordenación del territorio de Canarias.

LPHC: Ley número 4, de 15 de marzo de 1999, de patrimonio histórico de Canarias.

LPHE: Ley estatal número 16, de 25 de junio de 1985, de patrimonio histórico español.

PEPRI: Plan especial de protección y reforma interior, de 4 de marzo de 1985.

PGMO: Plan general municipal de ordenación de Las Palmas de Gran Canaria, de 26 de diciembre de 2000 y de 29 de enero de 2001.

PGOU: Plan general de ordenación urbana de Las Palmas de Gran Canaria, de 19 de julio de 1962 y de 7 de marzo de 1989.

RP: Reglamento de planeamiento, aprobado mediante Real decreto 2187/1978, de 23 de junio, para desarrollo de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, de 2 de mayo de 1975.

TRLOTCA: Texto refundido de las leyes de ordenación del territorio de Canarias y de espacios naturales, aprobado por Decreto legislativo del Gobierno de Canarias número 1, de 8 de mayo de 2000.

1. El informe se publica sin tres de sus anexos, relativos a los preceptos de la LPHC susceptibles de ser tenidos en cuenta para interpretar conceptos de la LPHE; preceptos del RP sobre los planes especiales, y los catálogos y preceptos del PGMO de Las Palmas de Gran Canaria aplicables al caso. Asimismo,

su estructura ha sido parcialmente alterada por problemas de espacio en este número de la revista, y se añade como anexo una carta de remisión explicativa de las alternativas que el informe plantea.

Principales antecedentes

1. El Teatro Pérez Galdós hasta el momento en que se plantea su rehabilitación por el Ministerio de Fomento

En el año 1873, comenzó la edificación del que entonces se denominó Teatro Tirso de Molina, hoy Pérez Galdós, siguiendo los dibujos de Francisco Jareño y Alarcón. El 29 de junio de 1918, sufrió un incendio, al parecer intencionado, y fue parcialmente reconstruido y restaurado durante unos dos años por el que fuera arquitecto municipal, Fernando Navarro. En enero de 1919, Fernando Navarro terminó los planos del Proyecto de reforma y reconstrucción,² tomando como modelo el primitivo Teatro de la Zarzuela de Madrid, obra de Jerónimo de la Granda en 1852.

El 27 de junio de 1923, se presentó un informe sobre el estado de las obras, redactado por los arquitectos Fernando Navarro y el joven Miguel Martín Fernández de la Torre, acordándose entonces que sería éste quien continuaría con la dirección de la obra. El 31 de enero de 1928 se contrató con Néstor Martín Fernández de la Torre, hermano de Miguel, la ejecución de las pinturas del Teatro. El 20 de mayo de 1928 se dieron por terminadas las obras y se inauguró el Teatro Pérez Galdós con la representación de la ópera *Aida* de Verdi, dirigida por el eminente maestro Franco Capuana.

En julio de 1946, se decidió la colocación de una nueva cubierta de uralita acanalada, debido al estado de deterioro de la existente, cuyo proyecto redactó el entonces arquitecto municipal Antonio Cardona. En 1985 se redactó por el arquitecto Enrique Spínola un estudio previo de rehabilitación del Teatro y en 1987 se llevó a cabo la última intervención siguiendo el proyecto del arquitecto Sergio Pérez Parrilla, quedando el edificio configurado con el estado que presenta en la actualidad.

2. Régimen de protección urbanística y del patrimonio cultural al que se halla sometido el inmueble que alberga el Teatro Pérez Galdós

El 4 de marzo de 1985, el Pleno del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria aprobó definitivamente el expediente de modificación del PGOU de Las Palmas de Gran Canaria de 1962, para su desarrollo por el Plan especial de protección y reforma interior (en adelante, PEPRI) Vegueta-Triana, confeccionado por el equipo redactor integrado por los arquitectos Faustino García Márquez y Luis Alemany Orella; planeamiento que se

informó favorablemente por la entonces Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de Canarias en sesión de 19 de mayo de 1986, y su aprobación se ratificó por el Ayuntamiento en Pleno el día 29 siguiente.

El 12 de abril de 1988, el Gobierno de Canarias profirió el Decreto número 60,³ en virtud del cual la Comunidad Autónoma de Canarias transfirió a los cabildos, en su respectivo territorio insular, competencias en materia de cultura, deportes y patrimonio histórico artístico insular; disposición que se publicó en el *Boletín Oficial de Canarias* (en adelante, BOCA) 71, de 6 de junio siguiente.

El 7 de marzo de 1989, se aprobó definitivamente un nuevo PGOU de Las Palmas de Gran Canaria,⁴ que se publicó el 31 de enero de 1990 en el *Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas* (a partir de aquí, BOP). El Teatro Pérez Galdós figura en el Catálogo del PGOU de 1989 en la ficha 224 con una valoración de la letra A (edificio considerado como monumental, haya sido o no declarado oficialmente como tal) y con los siguientes niveles de actuación: “conservación y rehabilitación alta y especial”.

El 19 de noviembre de 1990, el Gobierno de Canarias declaró el barrio de Triana, en el cual se emplaza el Teatro Pérez Galdós, Bien de Interés Cultural (en lo sucesivo, BIC) con categoría de Conjunto Histórico; cosa que se publicó mediante Orden de su consejero de Educación, Cultura y Deportes, de fecha 2 de julio de 1993, en el BOCA del día 14 siguiente. El mismo 19, el Gobierno de Canarias declaró BIC, con categoría de Monumento, al citado Teatro Pérez Galdós de esta ciudad; a lo cual se dio publicidad mediante Orden de 14 de abril de 1994 de su expresada Consejería de Educación, Cultura y Deportes, publicada en el BOCA 57, de 9 de mayo posterior.

El 8 de mayo de 2000, el alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria dictó el decreto por el que aprobó provisionalmente un nuevo PEPRI Vegueta-Triana, confeccionado por los arquitectos Joaquín Casariego Ramírez y Elsa Guerra Jiménez. En el Catálogo de Triana, con el número 39, figura el Teatro Pérez Galdós.

Mediante Orden departamental de 26 de diciembre de 2000, el consejero de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias aprobó definitivamente y de forma parcial el nuevo Plan general municipal de ordenación (en adelante, PGMO) de Las Palmas de Gran Canaria, que se publicó en el BOCA 171, del día 30 siguiente. El 29 de enero de 2001, dicho consejero de Política Territorial dictó la orden por la cual se completó la anteriormente citada, en el sentido de corregir sus errores y aclarar la misma en algunos aspectos jurídicos; lo que se publicó en el BOCA 23, del 19 de febrero posterior. Y, por último, el 4

2. Son los únicos planos que se conservan, ya que los originales del señor Jareño desaparecieron.

3. Dicho decreto se dictó dentro del proceso de ejecución de transferencias a los cabildos insulares enmarcado en la Ley territorial 8/1986, de 18 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas de Canarias,

y conforme a la metodología aprobada por Decreto 54/1988, de 12 de abril (BOCA del 6 de mayo siguiente).

4. Los textos refundidos del PGOU de 1989 datan del 6 de septiembre de 1991, con carácter parcial, y del 12 de febrero de 1996, en lo que se refiere a los asentamientos rurales.

de abril de 2001, dicho PGM se publicó en el anexo al número 41 del BOP de Las Palmas.

En definitiva, el Teatro Pérez Galdós es un Bien de Interés Cultural, con categoría de Monumento, situado dentro del ámbito Vegueta-Triana, Bien de Interés Cultural, con categoría de Conjunto Histórico; inmueble el del Teatro que, a su vez, está sometido también a protección a través del planeamiento urbanístico.

3. Creación de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico de Gran Canaria

El 15 de enero de 1998, el jefe del Servicio de Patrimonio Histórico de este Cabildo redactó la Memoria para la creación de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico de Gran Canaria, que, el día 21 siguiente, fue informada favorablemente por la Comisión Informativa de Cultura y Deportes de esta corporación insular. El 29 de mayo, el Cabildo en Pleno acordó crear la expresada Comisión Insular de Patrimonio Histórico, como órgano consultivo del Cabildo en dicha materia, y, entre otras, con las siguientes funciones: "Emitir informe sobre los proyectos de obras o cambios de usos que afecten a bienes de interés cultural con categoría de monumento." Acto seguido, las distintas instituciones nombraron sus representantes⁵ en la mentada Comisión Insular de Patrimonio Histórico de Gran Canaria.

El 19 de enero de 2000, se reunió la Comisión Insular de Patrimonio Histórico de Gran Canaria y acordó que, para adaptar su composición a la LPHC, había de incorporar un representante de la Federación Canaria de Municipios (FECAM) y otros de las asociaciones de propietarios de edificios históricos y de las asociaciones de defensa del patrimonio histórico. El 3 de marzo siguiente, se constituyó la Comisión Insular de Patrimonio Histórico ya adaptada a la LPHC; cosa que se comunicó a la Dirección General de Patrimonio Histórico del Gobierno de Canarias el 20 de junio siguiente.

4. Actuaciones dirigidas a la rehabilitación del edificio, tramitación e informes emitidos

4.1. Redacción del primer y segundo proyecto básico de rehabilitación del Teatro por encargo del Ministerio de Fomento

El 27 de mayo de 1998, y previo concurso público, el ministro de Fomento del Gobierno estatal y el arquitecto José Luis Rodríguez-Noriega Vizcayno firmaron el contrato de

asistencia técnica para la confección del proyecto de rehabilitación del Teatro Pérez Galdós de Las Palmas de Gran Canaria. El 20 de octubre de 1998, el equipo técnico presentó un primer proyecto básico con un presupuesto de ejecución material de 660.101.667 pesetas.

En febrero de 1999, se celebró una reunión entre representantes del Ministerio de Fomento y del Ayuntamiento capitalino donde, entre otras cosas, se acordó modificar las previsiones iniciales del proyecto sobre el foso de la orquesta para perder una sola fila de butacas de las dos previstas inicialmente, así como para incluir ascensores en el edificio.

El 4 de marzo de 1999, el equipo técnico presentó su segundo proyecto básico con un presupuesto de ejecución material de 760.101.667 pesetas, donde se contempló la colocación de una tercera fila de sillas en los palcos centrales del piso principal y la unión de la planta general y el paraíso, aumentando así el número de localidades respecto al primer proyecto básico y mejorando la visión y acústica desde las mismas; actuación que suponía demoler los forjados de estas plantas entre la segunda y tercera crujía y que venía aconsejada por un informe de patología del edificio que describe problemas estructurales en las vigas y losas de este forjado.

4.2. Remisión del proyecto básico de rehabilitación del Teatro al Cabildo Insular de Gran Canaria y al Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria

El día 5 de marzo de 1999, el subdirector general de la Arquitectura del Ministerio de Fomento remitió al entonces presidente de este Cabildo y al alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria el antedicho segundo proyecto básico de rehabilitación del Teatro Pérez Galdós para su informe y aprobación, en su caso. El 16 de marzo de 1999, el jefe del Servicio de Patrimonio Histórico del Cabildo remitió dicho proyecto básico al jefe del Servicio de Arquitectura para su informe. El día 18, el arquitecto jefe del Cabildo lo informó favorablemente por considerar, en síntesis, que estaba completo y conforme en su contenido, que respetaba la edificación existente y que cumplía los requerimientos del PEPRI Vegueta-Triana; no obstante lo cual, advirtió la falta de visado del Colegio Oficial y criticó la fachada noroeste y la falta de acceso para minusválidos, así como la inexistencia de un estudio sobre el entorno. El 23 de marzo de 1999, el jefe de Servicio de Patrimonio Histórico del Cabildo remitió el citado informe técnico a su consejero de Cultura.

5. La Comisión Insular de Patrimonio Histórico se integró inicialmente por dos representantes del Cabildo, uno de la Dirección General de Patrimonio Histórico de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, un representante del Obispado de Canarias cuando el tema a examinar afectara al patrimonio eclesiástico, tres doctores de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria en la ramas de arquitectura, historia del arte y arqueología,

un representante de la Sociedad Científica Museo Canario, un representante del Colegio de Arquitectos de Canarias, un representante, especialista en historia o historia del arte, del Colegio de Doctores y Licenciados, un representante de la Fundación para el Estudio y Desarrollo de la Artesanía Canaria (FEDAC), un inspector insular de Patrimonio Histórico, y el jefe del Servicio de Patrimonio Histórico del Cabildo que actuaría como secretario.

El 14 de abril, el jefe de Servicio de Patrimonio Histórico de esta corporación insular informó dicho proyecto, formulando en definitiva las siguientes objeciones:

a) El foso debe ser a la italiana.

b) El Teatro es un BIC que está sometido a protección por el PGOU de esta ciudad y por el PEPRÍ Vegueta-Triana, donde se exige su “conservación” y “rehabilitación alta y especial”.

c) El artículo 221 del PGOU prohíbe modificar las fachadas.

d) No cabe adosar una edificación distinta al Monumento pues ello sería remodelación (lo cual está prohibido por ley) y no rehabilitación.

e) El Monumento tiene fachada a cuatro lados y el proyecto modifica tres fachadas sustancialmente, estableciendo en la trasera un acristalamiento central inclinado y forrado en plancha de cobre.

f) La rehabilitación no debe prevalecer desde el punto de vista del protagonismo sobre el actual Monumento. La rehabilitación debe ser instrumental y accesoria. El edificio principal es el Monumento y no cabe sustituir su fisonomía o aplastar su carácter bajo el peso de una intervención desproporcionada para lo que el Monumento puede soportar.

g) Y la ampliación resulta más grande y más alta que el propio Teatro y presenta un lenguaje distinto, con materiales novedosos y diferentes criterios de composición, remarcando la distancia cronológica y formal con el Monumento a rehabilitar. Es una opción muy legítima si no fuera porque da la impresión de que el resultado convertiría el Monumento histórico en un residuo marginal de su propia rehabilitación.

En dicho informe, el citado jefe de Servicio de Patrimonio Histórico propuso como soluciones cambiar la composición y los materiales de las fachadas laterales y trasera en el proyecto de ejecución para adecuarlas al lenguaje y materiales actuales, o bien que el Ayuntamiento tramite una modificación puntual de su PGOU que habilite soluciones a dicho proyecto básico.

4.3. Autorización provisional, y con condicionantes, por parte de este Cabildo del proyecto básico de rehabilitación del Teatro

El 14 de abril de 1999, el consejero de Cultura de la Corporación Insular dictó un decreto por el que autorizó provisionalmente el proyecto básico de rehabilitación del Teatro Pérez Galdós, presentado por el Ministerio de Fomento, con una serie de condicionantes que se deberían solventar en el proyecto de ejecución que presentara en su momento para su autorización definitiva; a saber: considerar la solución del foso del escenario y adoptar un foso abierto típico de la ópera italiana, y atender las consideraciones de los citados informes del arquitecto-jefe y del jefe de Servicio de Patrimonio Histórico del Cabildo.

El 5 de mayo se notificó al Ministerio de Fomento el

anterior Decreto del Cabildo por el que se autorizó provisional y condicionadamente el expresado proyecto básico, ofreciéndole la posibilidad de interponer en su contra recurso de reposición en un mes o contencioso-administrativo en dos meses; y, al transcurrir dichos plazos sin hacerlo, el acto administrativo devino firme y consentido.

El 10 de junio, se comunicó al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria el citado decreto, con indicación también del régimen de recursos; y han transcurrido los plazos legales sin que lo haya impugnado.

4.4. Aprobación del proyecto de rehabilitación del Teatro por el Ayuntamiento capitalino y por el Ministerio de Fomento

El 26 de julio de 1999, se celebró una reunión en esta ciudad para explicar el nuevo proyecto, a la que asistieron el consejero de Cultura y Deportes de este Cabildo, la concejal y teniente alcalde del Ayuntamiento de esta ciudad, el coordinador de Cultura y el arquitecto de dicha corporación municipal, los representantes del Departamento de Artes Escénicas, el escenógrafo de la Comisión de Seguimiento, el director artístico del Festival de Ópera, los presidentes de las Asociaciones de Amigos Canarios de la Ópera y de Amigos Canarios de la Zarzuela, y el administrador del Teatro. Lamentablemente, no asistió ningún jurista conocedor del derecho administrativo y, en particular, de la normativa y jurisprudencia existente en materia de patrimonio histórico, especialmente de BIC y monumentos.

El 30 de septiembre de 1999, se aprobó por la Subdirección General de la Arquitectura, la Vivienda y el Urbanismo del Ministerio de Fomento, y por el Ayuntamiento de esta capital, el alcance definitivo del segundo proyecto básico y su presupuesto de ejecución material de 760.101.667 pesetas.

4.5. Tramitación ante este Cabildo del proyecto de ejecución de las obras de rehabilitación

El 5 de octubre de 2000, a solicitud de la consejera delegada de Cultura de este Cabildo y presidenta de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico de Gran Canaria, la Subdirección General de la Arquitectura del Ministerio de Fomento remitió a este Cabildo un ejemplar del proyecto de ejecución, haciendo constar lo siguiente: “[...] el proyecto se ha completado, dando cumplimiento a cuantos requisitos de carácter formal han sido solicitados por la oficina de supervisión de este organismo, encontrándose en condiciones de ser aprobado para proseguir su tramitación y la consiguiente adjudicación de las obras. No obstante, como esta aprobación está supeditada al cumplimiento de la normativa urbanística vigente de aplicación, el expediente quedará suspendido hasta que, tanto por el Ayuntamiento como por la Consejería de Cultura del Cabildo, se emitan los preceptivos informes favorables que acrediten el cumplimiento de la misma.”

El 29 de noviembre posterior, el arquitecto de este Cabildo Diego M. Pastrana Álvarez informó desfavorablemente el referido proyecto de ejecución por una serie de motivos que se pueden resumir así: a) en cuanto al exterior del Monumento, porque se sustituyen tres de las cuatro fachadas por otra de nueva composición, y se produce un aumento considerable de altura del mismo, de tal manera que sufre “grandes transformaciones exteriores”, y b) en cuanto al interior, porque se sustituye parte de su actual distribución produciéndose “grandes transformaciones”.⁶

El 2 de marzo de 2001, se reunió la Comisión Insular de Patrimonio Histórico de Gran Canaria y, tras analizar el proyecto de ejecución de rehabilitación del Teatro Pérez Galdós y debatirlo, acordó que los integrantes de la misma emitieran por escrito informes al respecto.

Los integrantes de la misma emitieron los informes siguientes:

a) El día 15 de marzo, José A. Luján Henríquez, representante en la Comisión del Colegio de Doctores y

6. Además, dicho arquitecto señala:

a) Que el Monumento está sometido al nivel I de protección en el PEPRI 99 Vegueta-Triana y en la LPHC.

b) Que la intervención debe respetar todas las aportaciones de las distintas épocas, eliminando cuantos elementos añadidos supongan una degradación del inmueble.

c) Que ninguna de las actuaciones previstas en una parte del inmueble, en la zona a demoler, cumplen las condiciones de la LPHC (artículos 46, b) y 57.3), ya que no aseguran el respeto a los valores que motivaron su declaración como Monumento, y que vulneran las características tipológicas de ordenación espacial, volumétricas y morfológicas del inmueble, así como del tipo de intervención según se especifica en la Ley 4/1999, artículo 46, b) “(redistribución del espacio interior), manteniendo las características tipológicas del edificio”.

d) Y que, por tanto, es inviable plantear los alzados exteriores propuestos.

7. El informe establece:

a) Que el volumen de la edificación en su conjunto es favorable.

b) Que el vínculo entre la edificación existente y la rehabilitación proyectada, tomando como referencia la fachada naciente, no parece adecuada.

c) Que la resolución de las cubiertas es favorable y armónica.

d) Que en cuanto a las características de la fachada, la sur mantiene un sobrio equilibrio arquitectónico y la norte, con formas rectangulares, planos inclinados y líneas que ofrecen a la vez la dualidad de la rotundidad y el dinamismo, presenta rasgos de una tipología arquitectónica que, con la perspectiva del constructivismo que se tiene en este comienzo de siglo, ha devenido en considerarse clásica.

e) Que la tipología de materiales es aceptable en la coexistencia de los mismos.

f) Que la carpintería de madera y aluminio debe ser de óptima calidad, sobre todo en la textura y el color del aluminio.

g) Que la piedra no debe ser industrial sino tratada por artesanos.

h) Que la intervención en el interior es adecuada ya que la concepción del Teatro a la italiana no queda alterada significativamente.

i) Que se reduce el aforo para ganar calidad en visibilidad y comodidad de todos los espectadores.

j) Que el resto de actuaciones son necesarias y aceptables: restauración de los murales de Néstor, ampliación y mejora del escenario, mejora del foso de músicos, arreglo de los aseos, dotación de ascensores, arreglo de accesos y escaleras, dotación de aire acondicionado, ampliación de espacio entre butacas, etcétera.

k) Y que la relación con el entorno es aceptable en tanto que conlleva la singularización del edificio del Teatro en un núcleo urbano, histórico y popular, a la vez que moderno en Vegueta-Triana.

8. También debe destacarse del informe, a modo de resumen, lo siguiente:

a) Que el cambio de volumen de la caja escénica podría implicar un cambio de las condiciones acústicas del Teatro, por lo que aconseja tener cuidado para no mermar su buena acústica actual.

Licenciados en Filosofía y Letras y en Ciencias de Las Palmas, emitió informe en general favorable pero que establece una importante objeción respecto al vínculo entre la edificación existente y la rehabilitación proyectada, tomando como referencia la fachada naciente.⁷

b) El 19 de marzo de 2001, Ángela Ruiz, representante en la Comisión de la Delegación de Las Palmas del Colegio de Arquitectos de Canarias, informó el proyecto de ejecución haciendo constar, entre otras cosas, lo siguiente: “Que la propuesta ganadora del concurso era más idónea que el proyecto de ejecución, porque antes se mantenía la identidad entre el Teatro construido a finales del siglo XIX y se diferenciaba mejor lo antiguo de lo nuevo”.⁸

c) El 21 de marzo de 2001, Eduardo Cáceres Morales, doctor arquitecto y catedrático representante en la Comisión de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (Departamento de Arte, Ciudad y Territorio –DACT–), emitió informe desfavorable.⁹

b) Que, en cuanto a la intervención, es difícil establecer el sensible equilibrio entre la pérdida de datos históricos o arquitectónicos del Monumento con la intervención y la seguridad de conservación que proporciona su utilización, pues la mejor forma de conservar un edificio es proporcionarle un buen destino, un uso correcto, un mantenimiento adecuado, un entorno digno.

c) Que en muchos casos la intervención del simple mimetismo o repetición del patrimonio existente son las que mayor devaluación producen del mismo, al introducir ambigüedad y confusión sobre el elemento original.

d) Que la Comisión debería tener una actitud menos espectadora, menos fiscalizadora de propuestas, para aportar ideas y soluciones con compromisos y responsabilidad, así como que ello sería deseable desde las primeras fases del proyecto.

e) Y que la pretendida especialización en materia de conservación del patrimonio ha generado a lo largo del tiempo un conjunto de normas que recomienda la intervención en los monumentos desde posturas preservativas o historicistas, rechazando aptitudes de intervención proyectual creativa, y que es preciso tener un concepto global de Monumento para cada caso concreto.

9. El informe puede resumirse así:

a) Que el Teatro es un BIC, con la categoría de Monumento, y según el catálogo del PEPRI Vegueta-Triana, afecto al PGOU de Las Palmas de Gran Canaria, es un edificio protegido con nivel A, que sólo permite obras de conservación y rehabilitación.

b) Que si la intervención sobrepasa el nivel de reparación es ilegal.

c) Que una intervención diferente exige descalificar el edificio, lo cual sería inadmisiblemente éticamente.

d) Que el proyecto incumple los mínimos exigidos en el informe de 14 de abril de 1999 del jefe de Servicio de Patrimonio Histórico del Cabildo, pues el proyecto de ejecución lo ignora explícitamente.

e) Que la intervención supera con mucho lo que es una simple rehabilitación y modifica de manera sustantiva el carácter del edificio primitivo, pues (sic) “los proyectistas han incumplido de forma manifiesta y consciente la legislación vigente con su propuesta. El proyecto presentado constituye una remodelación, no una rehabilitación, en un monumento histórico, lo cual es manifiestamente ilegal”.

f) Que el foso no se resuelve adecuadamente, a pesar del informe del Servicio de Patrimonio Histórico, y “las obras de gran formato tendrán grandes dificultades porque adecuar totalmente el Teatro para estos menesteres supondría una inversión económica que supera las previsiones” (página 49 de la memoria).

g) Que el proyecto da soluciones moderadas respecto a las prestaciones actuales del Teatro pero sin embargo propone una obra notoria. No existe proporción entre las ventajas funcionales que se procuran y la dimensión de la obra proyectada.

h) Que las reformas dentro de la sala de audiciones parecen más razonables.

i) Que el proyecto presenta problemas estéticos, pues debe existir clara

d) El mismo 21 de marzo, Eduardo Grandio de Fraga, como representante en la Comisión de la Fundación para la Etnografía y el Desarrollo de la Artesanía (FEDAC), informó desfavorablemente el proyecto de ejecución.¹⁰

5. Petición y objeto de este informe jurídico

El 21 de marzo de 2001, se reunió nuevamente la Comisión Insular de Patrimonio Histórico de Gran Canaria y, tras estudiar los distintos informes emitidos por sus representantes, acordó solicitar dictamen a esta Asesoría Jurídica; por lo que, el día 29 siguiente y en cumplimiento de lo anterior, entró en este Servicio un oficio del secretario de la Comisión y jefe del Servicio de Patrimonio Histórico en solicitud de ese informe, a cuyo efecto se adjuntaba el expediente administrativo de su razón.

A los anteriores antecedentes son de aplicación los siguientes

Fundamentos de derecho

I. Cuestión previa

Siguiendo el criterio de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (entre otras, en su Sentencia de 16 de octubre de 2000), no me incumbe pronunciar sobre los aspectos estéticos o técnicos del proyecto de ejecución, pero sí sobre la compatibilidad de éste con el ordenamiento jurídico; todo ello teniendo en cuenta que, tal como se establece en los antecedentes, la intervención se proyecta sobre el Teatro Pérez Galdós, inmueble que, con fecha 19 de noviembre de 1990, se declaró BIC con categoría de Monumento y que está integrado dentro del

diferenciación entre lo viejo y lo nuevo, y mantener en su integridad física y artística el edificio que se interviene.

j) Que también debería contemplar un tratamiento cuidadoso y sensible del nuevo edificio como en el antiguo, tanto en materiales como en volumetría.

k) Que nada de lo anterior se puede apreciar en el proyecto de ejecución.

l) Que la extensión está maclada literalmente en el edificio Monumento, dando sensación de que las fachadas originales son meramente decorativas.

m) Que el volumen de lo nuevo ahoga literalmente a lo antiguo: el protagonismo de la fachada posterior hace dudar de cual es la fachada principal.

n) Que la composición de las fachadas es bastante simple e inapropiadamente asimétrica y que los materiales elegidos no aportan valor añadido a lo que era el viejo Teatro como BIC.

ñ) Que el hecho de que sea un “teatro vivo”, con mucho uso, no justifica su remodelación hasta el punto de ser sustituido por una arquitectura que, pudiendo calificarse de moderna, dista de tener un nivel de calidad aceptable.

10. En el informe hace constar, entre otras cosas y en síntesis, lo siguiente:

a) Que se autodenomina “rehabilitación” pero supone una profunda remodelación que incluye demolición de una parte significativa de la edificación existente declarada BIC.

b) Que el proyecto entra en clara contradicción con la forma y el espíritu del Capítulo V de la LPHC, concretamente de sus artículos 52.1 y 57.1.

c) Que la autorización provisional otorgada por el Cabildo, con anterioridad a la LPHC, incumple su artículo 55.1 y que la autorización definitiva debe adaptarse a dicha ley.

Conjunto Histórico Vegueta-Triana, esto último según declaraciones de 5 de abril de 1973 y 19 de noviembre de 1990.

II. El patrimonio histórico en la Constitución española

1. La CE de 1978, en su artículo 46 establece: “Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La Ley Penal sancionará los atentados contra este patrimonio.”

2. El principio expuesto se interrelaciona sin dificultad con el derecho a la cultura reconocido a favor de los ciudadanos en el artículo 44.1 de la propia CE. A su vez, la clara vocación extensiva de los artículos 44 y 46 de la Norma Suprema se traduciría en su vinculación con otras materias como el medio ambiente y los recursos naturales previstos en su artículo 45. Esta estructura triembre, combinando los preceptos mencionados, conformaría lo que las nuevas tendencias doctrinales denominan como “Estado de Cultura” o “Constitución Cultural.”

3. Tal esquema, en el ámbito legislativo, tuvo su plasmación en el enunciado de la “Convención para la protección mundial cultural y natural” patrocinada por la UNESCO el 23 de noviembre de 1972.

4. Además, no pueden olvidarse los efectos que puede desplegar el denominado “Derecho Social a la Cultura” postulado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.¹¹

5. Y, finalmente, la distribución constitucional de competencias en materia de patrimonio histórico operada

d) Que la posibilidad de desafección del carácter de BIC en beneficio del mantenimiento del proyecto choca frontalmente con la política del Cabildo en cuanto a la protección del patrimonio histórico.

e) Y que aconseja a la propiedad que escoja entre adecuar el proyecto a los márgenes de actuación permitidos por la ley o cubrir las funciones demandadas con un edificio de nueva planta.

11. La salvaguardia del Derecho Social a la Cultura aparece recogida cronológicamente en las siguientes sentencias: 9 de marzo de 1970 (Aranzadi 1388), 13 de abril de 1981 (Aranzadi 1838), 31 de marzo de 1982 y 7 de junio de 1982 (Aranzadi 1304 y 3613), 9 y 13 de abril de 1984 (Aranzadi 983 y 1050), 11 de febrero y 17 de mayo de 1985 (Aranzadi 1015 y 2369), 3 de octubre de 1986 (Aranzadi 5287), 8 de mayo de 1987 (Aranzadi 3569), 19 de noviembre de 1991 (Aranzadi 8898) y 6 de abril de 1992 (Aranzadi 3001). Resumiendo este postulado, las citadas sentencias de 3 de octubre de 1986 y 19 de noviembre de 1991 proclaman a escala general, en su Fundamento de derecho IV, que “las [...] atribuciones de los organismos protectores del Patrimonio Histórico Artístico obedecen a la defensa del derecho social a la cultura que obliga a aplicar la legislación protectora de dicho patrimonio en el sentido más favorable a la conservación del mismo en virtud de lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución [...]”.

El elemento de conservación de los bienes culturales como finalidad esencial de su legislación protectora, derivada del derecho social a la cultura, está también presente en las antedichas sentencias de 13 de abril de 1981, 31 de marzo de 1982, 13 de abril de 1984 y 11 de febrero de 1985, cuyos considerandos primero, segundo, tercero y segundo, respectivamente, reprodu-

entre el Estado (artículos 149.1.28¹² y 149.2¹³ de la CE) y las comunidades autónomas (artículo 148.1.16)¹⁴ también ha tenido su reflejo en el ámbito normativo.¹⁵

III. El patrimonio histórico en el Código penal

1. El artículo 321 del vigente Código penal dispone:

“Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

“En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.”

2. Y el artículo 322 establece:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código¹⁶ con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

“2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.”

IV. El patrimonio histórico en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma de Canarias: competencias y Ley de patrimonio histórico de Canarias

1. El artículo 30 del Estatuto de Autonomía de Canarias dispone:

“La Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con las normas del presente Estatuto, tiene competencias exclusivas en las siguientes materias: [...] Nueve. Cultura, patrimonio histórico, artístico, monumental, arquitectó-

nico, arqueológico y científico, sin perjuicio de la competencia del Estado para la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación [...]”

2. Asimismo, al amparo de la Ley canaria 8/1986, de 18 de noviembre, del Decreto autonómico número 60, de 18 de abril de 1988, de la Ley territorial 14/1990, de 26 de julio, y del Decreto canario número 152, de 21 de julio de 1994, la Comunidad Autónoma de Canarias transfirió a este Cabildo Insular las competencias administrativas en materia de conservación y administración del patrimonio histórico artístico de la isla y, muy en particular y entre otras, las siguientes:

a) “Autorizar y suspender, en su caso, las obras que afecten a los Bienes de Interés Cultural [...] declarados como tales o en trámite de declaración,¹⁷ de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente.”

b) “Suspender las obras de demolición total o parcial, o de cambio de uso, de los inmuebles integrantes del patrimonio histórico o declarados de interés cultural, en los casos legalmente establecidos.”

c) “Emitir informe preceptivo y vinculante en relación con todos los Planes Especiales de Protección de los Conjuntos Históricos, Sitios Históricos y Zonas Arqueológicas.”

3. El Parlamento de Canarias, al amparo del artículo 30, nueve, de nuestro Estatuto de Autonomía, aprobó la LPHC, publicada en el BOCA del 24 de marzo siguiente, la cual entró en vigor el 24 de abril de 1999 de conformidad con su disposición final tercera.

4. Pues bien, como cuestión inicial interesa analizar si procede aplicar aquí dicha LPHC; y, teniendo en cuenta su disposición transitoria octava¹⁸ y que las presentes actuaciones administrativas se iniciaron, como mínimo, el 5 de marzo de 1999 (fecha en que la Subdirección General de la Arquitectura del Ministerio de Fomento remitió a la Presidencia de este Cabildo el proyecto básico de rehabilitación del Teatro Pérez Galdós para su informe y aprobación, en su caso, que concluyó en autorización provisional y condicionada el 14 de abril siguiente), se colige que este procedimiento administrativo se inició con anterioridad a la vigencia de la citada

cen casi idénticamente su argumentación en el sentido de considerar la conservación del patrimonio histórico artístico como un principio determinante en la actuación de los poderes públicos, no sólo nacionales, sino también internacionales, dada la transcendencia que aquellos bienes tienen en la cultura universal de la humanidad.

12. El artículo 149.1.28 dispone que el Estado tiene competencias exclusivas en la “defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas”.

13. Dicho precepto 149.2 señala: “Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas”.

14. Este artículo 148.1.16 establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en materia de “patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma”.

15. Tomando como referencia el marco competencial previsto en la CE, el Estado y las comunidades autónomas han realizado un notable esfuerzo legislativo en materia de patrimonio histórico que, en la actualidad, está conformado por la LPHE y, en lo que se refiere a Canarias, por la LPHC.

16. El artículo 404, integrado en el Título XIX del Código y concretamente en su Capítulo I titulado “De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, señala: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.”

17. En la declaración de un BIC corresponde a los cabildos insulares la incoación e instrucción de los expedientes y a la Administración de la Comunidad Autónoma su resolución.

18. La disposición transitoria octava dice: “Los procedimientos administrativos de cualquier clase iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se ajustarán a las normas aplicables en el momento de su incoación.”

LPHC (repito: entró en vigor el 24 de abril de 1999) y que, por ende, se habrá de ajustar a las normas aplicables con anterioridad a la misma.¹⁹

V. La aplicación aquí de la Ley estatal 16/1985, de 25 de junio, de patrimonio histórico español

A) Con carácter general:

1. En efecto, habiéndose iniciado las actuaciones administrativas objeto de informe antes de la entrada en vigor de la LPHC, no procede su aplicación a este caso según deriva de su disposición transitoria octava; razón por la cual, debe tenerse en cuenta la LPHE,²⁰ parcialmente modificada por las leyes 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones, y 42/1994, de 30 de diciembre, así como por las leyes de presupuestos para 1988, 1989 y 1994.

2. De conformidad con la LPHE (que fue desarrollada también en parte por el Real decreto 11/1986, de 10 de enero, modificado por el Real decreto 64/1994, de 21 de enero) los bienes inmuebles componentes del patrimonio histórico pueden clasificarse en dos grandes grupos atendiendo a su relevancia y trascendencia:

a) BIC, con un nivel especial de protección en el que se integrarán los bienes más relevantes del patrimonio histórico español, que gozarán de una singular protección y tutela, y se inscribirán en un registro especial.

b) Bienes del patrimonio histórico español, con un nivel genérico y residual de protección que funciona a modo de cláusula general, en el cual se integrarán todos los bienes de características históricas, artísticas o culturales que les hagan merecedores de ingresar en esa órbita de salvaguardia.

3. Como consecuencia de tal estructura normativa, la siguiente etapa en la delimitación jurídico-legal exacta de un BIC consiste en su integración en algunas de las categorías de protección previstas específicamente en cada norma a modo de subclasificación. Esta situación sólo será posible respecto a los inmuebles declarados BIC que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.2 de la LPHE, pueden ser declarados monumentos, jardines, conjuntos y sitios históricos, así como zonas arqueológicas.

19. Aun siendo así, ello no es óbice para que dicha LPHC sirva aquí para interpretar los conceptos de la LPHE y del Ordenamiento Jurídico urbanístico aplicable al caso; por lo que se une a este informe, como Anexo I, una transcripción de los artículos 46 y 57 de aquella, sobre los tipos y criterios de intervención respectivamente.

20. En relación con la LPHE procede citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero, que, aunque no declaró la inconstitucionalidad de ninguno de sus preceptos, llevó a cabo una interpretación acerca de los artículos 2.3, 9.1 y 49.5 de gran importancia en cuanto se interpreta el citado artículo 9 en el sentido de que, como regla general, son las comunidades autónomas, y no el Estado, las competentes para declarar un determinado bien como integrante de la categoría protectora de "bienes de interés cultural".

21. El artículo dispone:

"1. Los poderes públicos procurarán por todos los medios de la técnica la

B) Ordenación general aplicable a cualquier BIC:

4. De conformidad con el artículo 23 de la LPHE toda intervención en un BIC requerirá contar con una autorización dictada por la administración competente en materia de patrimonio histórico (en este caso, del Cabildo según se razonó en el número IV anterior), junto a las licencias otorgadas a nivel local (en este supuesto, del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria).

5. A tenor de los artículos 24 y 37.1 de la LPHE las administraciones competentes en materia cultural deben intervenir con carácter tutelar en los supuestos de ruina y posible demolición de inmuebles declarados como BIC.

6. Y es de especial cita el artículo 39 de la LPHE²¹ que, partiendo del principio de fomentar toda actuación técnica que tienda a conseguir la conservación, consolidación y mejora de los BIC, con independencia de su naturaleza jurídica, no disimula su desconfianza respecto a las operaciones de restauración que se realicen sobre inmuebles y que impliquen su posible reconstrucción, al igual que sucede en los artículos 11 al 13 de la Carta de Venecia de 1964 sobre la conservación y restauración de monumentos y conjuntos históricos artísticos que le sirven de referencia.

7. Mientras que la conservación, la consolidación y la rehabilitación de un edificio constituye una operación admitida y potenciada por los poderes públicos, la restauración entendida como sinónimo de reconstrucción del edificio es contemplada con cierto desagrado.

8. Las previsiones contenidas en el artículo 39 pueden complementarse con una serie de disposiciones de carácter reglamentario, dictadas con anterioridad a la promulgación de la LPHE y que bien pueden considerarse como precedentes legislativos en esta materia; a saber:

a) El Decreto 798/1971, de 3 de abril, por el que en las obras a realizar en los monumentos y en los conjuntos históricos artísticos se han de emplear en lo posible materiales y técnicas tradicionales.

b) La Orden de 20 de noviembre de 1964 por la que se ratificaba las instrucciones formuladas por la Dirección General de Bellas Artes para la aprobación de proyectos de obras en las poblaciones declaradas Conjunto

conservación, consolidación y mejora de los bienes declarados de interés cultural [...].

"2. En el caso de bienes inmuebles, las actuaciones [...] irán encaminadas a su conservación, consolidación y rehabilitación y evitarán los intentos de reconstrucción, salvo cuando se utilicen partes originales de los mismos y pueda probarse su autenticidad. Si se añadiesen materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento las adiciones deberán ser reconocibles y evitar las confusiones miméticas.

"3. Las restauraciones de los bienes [...] respetarán las aportaciones de todas las épocas existentes. La eliminación de alguna de ellas sólo se autorizará con carácter excepcional y siempre que los elementos que traten de suprimirse supongan una evidente degradación del bien y su eliminación fuere necesaria para permitir una mejor interpretación histórica del mismo. Las partes suprimidas quedarán debidamente documentadas."

Histórico Artístico, cuya virtualidad práctica cesaba cuando se dictase el correspondiente plan urbanístico.

C) Ordenación especial aplicable a los BIC con categoría de conjuntos históricos

9. La declaración de una zona (cual ocurrió con Vegueta-Triana) como BIC con la categoría de Conjunto Histórico presenta una serie de principios, requisitos y efectos de carácter vinculante para el planificador urbanístico, recogidos en los artículos 17 y 21 de la LPHE, y que deben tener su plasmación práctica en el PEPRÍ de conformidad con la genérica previsión contenida en el artículo 20.1 LPHE.

10. El PEPRÍ que se dicte para tutelar la conservación y el mantenimiento del Conjunto Histórico se encuentra sometido a los siguientes presupuestos de naturaleza vinculante y alcance imperativo:

a) Con carácter especial se propugna la conservación del Conjunto Histórico a través de las técnicas de mantenimiento²² de los siguientes elementos: de la estructura urbana y arquitectónica, de las características generales que definen su ambiente y de las alineaciones urbanas existentes.

b) Y con carácter formal se incluirán en un catálogo urbanístico los elementos unitarios que conforman, conceptúan e identifican el Conjunto Histórico, definiendo los tipos de intervención posible y teniendo en cuenta que a los elementos singulares (como son los monumentos) se les dispensará una protección integral. Se consideran como elementos unitarios: los inmuebles edificados y los componentes naturales que los acompañan, conformando el entorno, los espacios libres exteriores o interiores y cualesquiera otras estructuras significativas y su entorno.

11. En todo caso, la conservación y el mantenimiento de la estructura exterior de los inmuebles que integran y conforman el Conjunto Histórico deberá someterse a los criterios de intervención diseñados, con carácter directo, en el artículo 39 de la LPHE y, con carácter indirecto o supletorio, en normas como los citados Decreto de 3 de abril de 1971 y la Orden de 20 de noviembre de 1964.

D) Ordenación especial aplicable a los BIC con categoría de monumentos

12. El artículo 15 de la propia LPHE define los monumentos como: "[...] aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura colosal siempre que tenga interés histórico, artístico, científico o social."

13. Según deriva de lo dicho en el Fundamento de derecho IV anterior y del artículo 20.4 de la LPHE, este

Cabildo de Gran Canaria es competente para autorizar el proyecto en cuestión por tratarse de una intervención en el Monumento Teatro Pérez Galdós, aun cuando el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria disponga de PEPRÍ.

14. El artículo 19 de la LPHE dispone:

"1. En los Monumentos declarados Bienes de Interés Cultural no podrá realizarse obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencia sin autorización expresa de los organismos competentes para la ejecución de esta Ley [...]. 3. [...] Se prohíbe también toda construcción que altere el carácter de los inmuebles a que hace referencia este artículo o perturbe su contemplación."

15. En efecto, en el supuesto de BIC calificado como Monumento (ya sea individualmente considerado o incluido en el interior de un Conjunto Histórico, circunstancias ambas que aquí concurren), dicho artículo 19.1 de la LPHE establece un auténtico principio especial (consecuente con el postulado general contenido en el artículo 23.1 de la LPHE) que consiste en la necesidad de que los propietarios, titulares de derechos reales o poseedores de aquellos obtengan dos tipos de permisos de naturaleza administrativa:

a) Por una parte, la autorización expresa emitida por los organismos estatal, autonómico o insular competente en materia de patrimonio histórico (en este caso, el Cabildo).

b) Y por la otra, las licencias que fuesen pertinentes al amparo de distintas normas de particular naturaleza, especialmente de carácter urbanístico y en relación con las competencias atribuidas a favor de las administraciones locales por el ordenamiento jurídico (en este supuesto, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria), que, en todo caso, ceden ante el superior valor de las autorizaciones dictadas por la Administración cultural, como recientemente manifestó el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de abril de 1999 (Aranzadi 3088) recogiendo una antigua jurisprudencia.

16. La declaración inicial expuesta, consistente en la necesidad de contar con distintos permisos administrativos, ha de completarse con las situaciones en que aquel axioma desplegará sus efectos en la práctica; es decir: con los supuestos en que es necesaria la concurrencia de las autorizaciones y licencias emitidas por diferentes administraciones y que se concreta:

a) En primer lugar, con relación a todo tipo de obra interior o exterior que afecte directamente al Monumento o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias.

22. Pese a la rigidez de los postulados tendentes a garantizar la conservación y el mantenimiento del Conjunto Histórico, diversas circunstancias de naturaleza excepcional y ámbito urbanístico pueden aconsejar la realización de intervenciones puntuales y concretas en el área de protección afectada por la declaración como BIC. Así, se admiten remodelaciones urbanas, siem-

pre que impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial o urbano del Conjunto Histórico y si evitan usos degradantes para el mismo (artículo 21.2 de la LPHE), y se permite la sustitución total o parcial de inmuebles, siempre que se sometan al principio o criterio fundamental de contribuir a la conservación general del Conjunto Histórico (artículo 21 de la LPHE).

b) En segundo lugar, respecto de cualquier obra que se realice en el entorno de protección del Monumento.

c) Y en tercer lugar, para colocar en sus fachadas o sus cubiertas cualquier clase de rótulo, señal o símbolo.

17. Frente a estos supuestos y con un alcance negativo, el artículo 19.3 de la LPHE establece dos tipos de prohibiciones tendentes a garantizar la conservación e integridad del Monumento; a saber:

a) Se restringe la publicidad comercial y la instalación de cualquier clase de cable antena y conducciones aparentes sobre las fachadas y las cubiertas de los monumentos declarados como BIC, a cuyo efecto la LPHE establecía un plazo de cinco años para ejecutar esa previsión, contados desde su promulgación, para proceder a la retirada de los elementos mencionados con base en su disposición transitoria séptima.

b) Y se prohíbe toda construcción que altere el carácter o perturbe la contemplación de un Monumento.

VI. Ordenamiento jurídico-urbanístico aplicable al caso

A) Con carácter general

1. Además de la antedicha legislación, en todo inmueble perteneciente al patrimonio histórico converge también otra normativa de carácter general representada singularmente por la legislación urbanística.

B) Legislación urbanística estatal de aplicación directa

2. Son diversas las referencias contenidas en la legislación urbanística de aplicación general a inmuebles integrantes del patrimonio histórico. Con independencia de otros aspectos, siguiendo las directrices emanadas de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 21 de marzo, procede citar los preceptos vinculados al tema y recogidos en la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, destacando el deber legal que su artículo 19.1 atribuye a los propietarios de terrenos y construcciones de cumplir con las normas sobre protección de los patrimonios arquitectónicos, arqueológicos y sobre rehabilitación urbana, junto a la necesidad de mantenerlos en un adecuado estado de uso, conservación y rehabilitación.

C) Normativa urbanística canaria de aplicación directa

C.1) Legislación

3. El 13 de mayo de 1999, el Parlamento de Canarias aprobó la LOTCA, publicada en el BOCA del día 14 inmediato y con entrada en vigor el 15 siguiente según su disposición final tercera.

4. El 8 de mayo de 2000, el Gobierno de Canarias aprobó el TRLOTCA, publicado en el BOCA el 15 posterior, que entró en vigor el mismo día por su disposición final segunda y que derogó, al haberlas incorporado en él, las leyes 12/1994, de 19 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias y la antes citada LOTCA.

5. Como quiera que tanto la LOTCA como el posterior TRLOTCA entraron en vigor después de la incoación de las actuaciones administrativas que me ocupan, procede analizar las disposiciones transitorias de este último para ver si sus normas son aplicables a dicho expediente anterior cual es el caso.

6. Y, obrando así, resulta que su disposición transitoria primera, titulada “Régimen urbanístico del suelo”, dice: “1. Desde la entrada en vigor de la Ley 9/1999, de Ordenación del Territorio de Canarias (esto es, digo yo, desde el 15 de mayo de 1999), serán de inmediata aplicación, cualquiera que sea el planeamiento de ordenación y, en su caso, el instrumento de gestión de Espacios Naturales Protegidos que esté en vigor, los Títulos II (añado yo, “Clasificación y Régimen del Suelo”), III (ídem, “Ejecución del Planeamiento de Ordenación de los Recursos Naturales, Territorial y Urbanística”) y VI (ídem, “Infracciones y Sanciones) de este Texto refundido.”

7. Por lo tanto, son de inmediata aplicación a este expediente administrativo, entre otros, los siguientes preceptos: a) por estar incluido dentro del Título II del TRLOTCA, el artículo 58;²³ b) por estarlo dentro de su Título III, el artículo 154²⁴ y el artículo 158,²⁵ y c) por estarlo a su vez en su Título VI, todos los preceptos sobre infracciones y sanciones en materia de ordenación del territorio y de los espacios naturales protegidos (artículos del 187 al 224) y, muy en especial, el artículo 216.²⁶

Interesa ya destacar, sin perjuicio de lo que de forma más amplia se dirá, que del artículo 158 se desprende:

23. “Artículo 58. Contenido urbanístico de la propiedad del suelo: derechos.
“1. El contenido del derecho de propiedad del suelo y, en su caso, la edificación tiene siempre como límites [...] las medidas de protección [...] del patrimonio histórico de Canarias [...]”

24. “Artículo 154. Inspección periódica de edificaciones.
“1. Los propietarios de toda edificación catalogada o protegida, o incluida dentro de un Conjunto Histórico, deberán encomendar a un técnico facultativo competente, cada diez años, la realización de una inspección dirigida a determinar el estado del inmueble y las obras de conservación o, en su caso, rehabilitación que fueran precisas [...]”

25. “Artículo 158. Intervención en edificaciones catalogadas.
“1. En las edificaciones catalogadas, protegidas [...] sólo podrán realizarse las obras expresamente autorizadas por licencia urbanística de intervención o dispuestas por orden de ejecución de obras de intervención.

“2. Las licencias urbanísticas de intervención contemplarán conjuntamente todas las actuaciones que hayan de realizarse en el inmueble y el resulta-

do final de las mismas. Dichas actuaciones sólo excepcionalmente, cuando sea imposible la conservación de lo construido o la catalogación o protección no obedezca a su valor intrínseco sino a su mera importancia ambiental, podrán contemplar la sustitución de la edificación, a ser posible parcial, bajo condiciones especiales. Las obras de intervención se ajustarán a las prescripciones del catálogo y del planeamiento de ordenación urbanística, pero su autorización podrá concretar otras condiciones adicionales, salvaguardando los valores protegidos.

“3. Sólo podrá otorgarse licencia de demolición para edificaciones no catalogadas, no protegidas, y que no sean objeto de un procedimiento tendente a su catalogación o protección integral.”

26. “Artículo 216. Atentados a bienes histórico-culturales.

“1. Se sancionarán con multa del 200 al 300 por ciento del valor de lo destruido o alterado, el derribo, desmontaje o la desvirtuación en cualquier otra forma, total o parcialmente, de construcciones, edificaciones o instalaciones declaradas bienes de interés cultural u objeto de protección especial por el

a) De acuerdo con su apartado 2, que las actuaciones en edificaciones protegidas sólo podrán contemplar la sustitución, parcial o total, de la edificación “cuando sea imposible la conservación de lo construido o la catalogación o protección no obedezca a su valor intrínseco sino a su mera importancia ambiental”. Luego, *a sensu contrario*, cuando sea posible conservar lo construido o cuando la catalogación o protección obedezca a su valor intrínseco, cual ocurrió supongo con el Teatro Pérez Galdós al declararlo Monumento, no será posible la sustitución total o parcial de la edificación.

b) De acuerdo con su apartado 3, que “sólo podrá otorgarse licencia de demolición para edificaciones no catalogadas, no protegidas”. Por lo que, también en sentido contrario, se concluye que no puede otorgarse licencia de demolición (el precepto no distingue entre total y parcial) si la edificación está catalogada y protegida como así sucede con el Monumento objeto de informe.

8. Por su parte, la disposición transitoria décima del TRLOTCA, titulada Régimen supletorio, dispone: “En tanto se desarrollan disposiciones reglamentarias en materia de planeamiento y gestión, serán de aplicación supletoria, en todo lo que no contradiga lo dispuesto en este Texto Refundido, los Reglamentos estatales de Planeamiento y de Gestión Urbanística.”

9. Como consecuencia de la incorporación normativa por remisión, citada en el número 8 anterior, procede también invocar el Real decreto 2187/1978, de 23 de junio, publicado en el BOE de 15 y 16 de septiembre siguiente, por el que se aprobó el Reglamento de planeamiento (en adelante, RP) para desarrollo de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, de 2 de mayo de 1975, y que, entre otras cosas, regula lo siguiente:

a) Los planes especiales²⁷ (con un procedimiento de aprobación previsto en los artículos del 143 al 147 del RP) como instrumento urbanístico sobre el que ha descansado tradicionalmente la protección de las principa-

planeamiento de ordenación por su carácter monumental, histórico, artístico, arqueológico, cultural, típico o tradicional, o, en su caso, del daño producido al bien protegido. El valor de la multa no será nunca inferior al beneficio obtenido por su comisión.

“2. Se sancionarán con multa del 75 al 100 por ciento de la obra ejecutada la realización de obras en lugares inmediatos o en inmuebles que formen parte de un grupo de edificios de carácter histórico-artístico, arqueológico, típico o tradicional que contradigan las correspondientes normas de protección, quebranten la armonía del grupo o produzcan el mismo efecto en relación con algún edificio de gran importancia o calidad de los caracteres indicados. La graduación de la multa se realizará en atención al carácter grave o leve de la afectación producida.”

3. Se sancionarán con multa del 75 al 150 por ciento del valor de la obra ejecutada la realización de obras que afecten [...] a las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas [...].”

27. Los planes especiales vienen regulados en los artículos 4, 16, 19, 27, 38, 77 y 78 del RP.

28. Así, la Sentencia de 25 de septiembre de 1987 afirma: “[...] la regla contenida en el artículo 17.1 de la Ley del Suelo de que en ningún caso los Planes Especiales pueden sustituir a los Planes Generales Municipales como instrumento de ordenación integral del territorio, no supone que el Plan Especial

les manifestaciones del patrimonio inmobiliario histórico-artístico. Por ese motivo, la legislación del suelo ha establecido, como regla general, que este tipo de instrumentos urbanísticos desarrollará las previsiones contenidas en los planes directores territoriales de coordinación, en los PGMO o en las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento si fuera necesario, con objeto de ordenar recintos y conjuntos artísticos. En todo caso, la promulgación de cualquier plan especial deberá respetar el límite consistente en que ningún caso puede sustituir a los PGMO, como instrumento de ordenación del territorio. Esta afirmación legal ha sido matizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.²⁸

b) Y los catálogos²⁹ (con un procedimiento de aprobación que, según deriva del artículo 149 del RP, es igual que el de los planes generales o que el de los planes especiales cuando se contuvieran en alguno de éstos, en el bien entendido que, de no estarlo, se tramitarán, aprobarán y publicarán de conformidad con las reglas establecidas al efecto para los planes parciales en sus artículos del 136 al 139 como instrumentos urbanísticos que desempeña una función de individualización de aquellas manifestaciones singulares merecedoras de una especial tutela y protección.³⁰

C.2) Planeamiento municipal

10. Antes de entrar a examinar el planeamiento municipal aplicable al Teatro, procede decir que, a tenor del número 2 de la disposición transitoria segunda y de la disposición transitoria cuarta de la LOTCA y del posterior TRLOTCA, el nuevo PGMO de Las Palmas de Gran Canaria se tramitó y se aprobó por la legislación anterior a éstos,³¹ toda vez que, al 15 de mayo de 1999 (fecha de entrada en vigor de la LOTCA), dicho PGMO ya se había sometido a información pública y había sido aprobado inicialmente.

11. Así, del nuevo PGMO de esta ciudad procede destacar los siguientes preceptos aplicables al caso:

requiera siempre como presupuesto de validez un Plan General Municipal o un Plan Director Territorial de Coordinación del que sean desarrollo, pues el Plan Especial puede no ser desarrollo de ninguno de aquellos planes y redactarse para las finalidades previstas en el artículo 76.3 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico.” En el mismo sentido las sentencias de 14 de octubre de 1986 y 27 de diciembre de 1990 señalan: “[...] los Planes Especiales no tienen respecto al Plan General la estricta dependencia que tienen los Planes Parciales puesto que al Especial le está permitido un margen de apreciación de determinados fines singulares que no se conceden al Parcial, como se evidencia en el artículo 17.3 de la Ley del Suelo”.

29. Los catálogos están regulados en los artículos 86 y 98 del RP.

30. En esta línea, la sentencia de 14 de septiembre de 1987 dispone: “[...] el requisito de incluir en un Catálogo el objeto del Plan Especial [...] tiene como finalidad la numeración y concreción de los monumentos, jardines [...], con el fin de atenderlos y vigilarlos, lo cual quiere decir que tal documento es tan solo necesario cuando se puede establecer una clara distinción entre el bien concreto conservable y el contenido total del planeamiento, resultando superfluo y hasta innecesario cuando entre el objeto conservable y el objeto de planeamiento se da una total identidad [...]”.

31. En efecto, se tramitó conforme al Real decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo

a) Con carácter general y con un contenido similar a los preceptos del RP reguladores de los planes especiales de protección y de los catálogos, los siguientes: 2.2.6, sobre los planes especiales, 2.2.8, sobre las normas especiales de protección, 2.2.10, sobre el registro de bienes protegidos, 10.1.1, sobre los PEPRI y los catálogos de protección, 10.1.3, sobre las normas de protección, 10.1.4, sobre los catálogos de protección, y 10.1.5, sobre el alcance de la catalogación.

b) Con carácter más particular al caso: 3.3.5, sobre el deber de conservación de los edificios catalogados o de los elementos de interés histórico-artístico, 9.1.1, sobre definición y división de los ámbitos de ordenación diferenciada y sobre los ámbitos de planeamiento incorporado en suelo urbano (API), 9.1.2, sobre el régimen urbanístico de los antedichos ámbitos, 9.2.1, sobre el contenido de las fichas API, 10.1.1, sobre los instrumentos de protección del patrimonio (los PEPRI y los catálogos de protección), 10.1.2, sobre los PEPRI, y 10.1.7, sobre definición de obras generales en edificios catalogados (conservación, consolidación, restauración, rehabilitación y reconstrucción).

c) De forma muy especial, en lo que re refiere a Vegueta-Triana, “Artículo 9.2.2. Relación de ámbitos API: API-01 Plan Especial de Protección y Reforma Interior Vegueta-Triana”; “Artículo 10.1.2. De los Planes Especiales de Protección y Reforma Interior”,³² “Artículo 10.1.6. Grado de Protección para el patrimonio arquitectónico”,³³

12. Por su parte, en las determinaciones complementarias del PGMO del municipio, relativas al API-01 de Vegueta-Triana, se dice, entre otras cosas y en sus páginas 3 y 4, lo siguiente:

“[...] Establecimiento de una ordenanza específica y diferenciada que recoja las particularidades del ámbito, tratando de hacer compatible la construcción de nuevos edificios en un entorno donde abundan los protegidos, de manera que el resultado satisfaga tanto el desarrollo comercial como la calidad ambiental. Redacción de unas Normas Especiales de Protección, vinculadas a la elaboración de un Catálogo del Patrimonio Arquitectónico específico del PEPRI, que regulen el régimen urbanístico de los inmuebles señalados en los planos de

Regulación del Suelo y la Edificación con el símbolo “C”. EL PEPRI de Vegueta-Triana es un ámbito de planeamiento incorporado en la medida que su redacción y tramitación se produce de forma independiente aunque simultánea y adaptada a la Revisión del Plan General; en consecuencia, no se introduce modificación alguna.”

13. En cuanto al régimen transitorio a tener en cuenta aquí procede citar los siguientes preceptos:

a) “Artículo 10.1.8. Norma transitoria sobre obras generales admitidas en edificios catalogados. 1. Como norma general, mientras no se redacten las Normas de Protección, se permitirá las siguientes intervenciones: a) Obras generales admitidas en edificios de Grado A, Monumental: Conservación y Consolidación [...]”

b) “Disposiciones Transitorias. Primera: En tanto no se aprueben las distintas Ordenanzas previstas en el Plan General, seguirán aplicándose las disposiciones análogas actualmente vigentes, en cuanto no se opongan al contenido del Plan General y, en particular, a las presentes Normas Urbanísticas.”

14. Como quiera que a la fecha de este informe están pendiente de aprobación las normas de protección y la ordenanza específica y diferenciada de Vegueta-Triana, se colige lo siguiente:

a) Que en los monumentos, cual ocurre con el Teatro, únicamente se permiten obras de conservación y consolidación.

b) Y que transitoriamente (hasta que se apruebe definitivamente el nuevo PEPRI Vegueta-Triana,³⁴ al que aludiré luego en tanto que podría incidir de futuro en el proyecto de ejecución de rehabilitación del Teatro Pérez Galdós) es aplicable el PGOU de 1989 y el PEPRI Vegueta-Triana de 1985 asumido por éste.

15. Así las cosas, procede decir que el Monumento Teatro Pérez Galdós figura en el Catálogo del PGOU de 1989 en la ficha 224 con una valoración de la letra A³⁵ (edificio considerado como monumental, haya sido o no declarado oficialmente como tal) y con los siguientes niveles de actuación: “conservación y rehabilitación alta y especial”.

16. El nivel de actuación de “conservación” y “rehabilitación” viene definido en el artículo 10.1.7.1.a) del nuevo PGMO, y, en cuanto a los conceptos de “rehabilitación

y ordenación urbana, al mentado RP y al Real decreto ley 16/1981, de 16 de octubre, sobre adaptación de planes generales de ordenación urbana.

32. En lo que aquí interesa, este precepto de las Normas del PGMO, establece: “[...] 2. Los Planes Especiales de Protección y Reforma Interior que establece el presente documento son: –PEPRI Vegueta-Triana (API-01) [...]. Los límites de dichos ámbitos están establecidos en los Planos de Regulación del Suelo y de la Edificación. 3. Las determinaciones a los anteriores Planes Especiales de Protección y Reforma Interior son las establecidas en las fichas correspondientes, expuestas en el título IX, Normas para los ámbitos de ordenación diferenciada, bajo los epígrafes API-01 [...] 4. Los Planes Especiales de Protección que se redacten al amparo del presente Plan General deberán contener un Catálogo como documento complementario de sus determinaciones y una ficha por cada elemento catalogado que especí-

fique las particularidades normativas, con especial atención al nivel de intervención, del mismo [...]”.

33. El precepto establece: “1. A los efectos de establecer la importancia o calidad de los elementos catalogados se establecen los diferentes grados de protección: a) Grado 1. Monumental: Edificios que se consideran hitos de relevancia para la arquitectura y la historia urbana de la ciudad, por su calidad arquitectónica y representativa. Se trata de aquellos edificios declarados “Bien de Interés Cultural” (BIC) o susceptibles de serlo [...]”

34. El nuevo PEPRI Vegueta-Triana se aprobó provisionalmente por el Ayuntamiento capitalino el 8 de mayo de 2000 y está pendiente de informe de este Cabildo para, en su caso, su ulterior aprobación definitiva.

35. En el PEPRI Vegueta-Triana de 1985 el Teatro estaba catalogado, dentro del barrio de Triana, con el número de ficha 235 y con grado de protección I que,

alta y especial”, se podría acudir al artículo 221 del PGOU de 1989 que dice así:

“[...] La rehabilitación puede ser: [...] c) Alta: Si se refiere a la redistribución interior con añadido o supresión de tabiquería. Con la justificación debida, una redistribución interior podría dar lugar a la división en partes funcionalmente diferentes de un sólo edificio o a la agrupación de varios edificios en un solo complejo edificatorio; d) Especial: Cuando se refiere al refuerzo de elementos estructurales del edificio motivado por algún cambio de uso.”

17. Además, con carácter excepcional, el artículo 224 del PGOU de 1989 señala que, en caso de imposibilidad manifiesta de realizar los niveles de actuación recomendados en la ficha del catálogo, y siempre que esté justificado, la Comisión de Patrimonio del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria podrá otorgar las siguientes operaciones en edificios protegidos clasificados con el valor A:

“Se podrá realizar obras de conservación y restauración. Se podrán admitir en casos especiales y de forma no preferente obras de rehabilitación baja (si afecta a canalizaciones o reforma en servicios en general). En ningún caso se podrá admitir otro tipo de actuaciones sean cual fuere los argumentos esgrimidos para su justificación.”

18. Y, finalmente, también cito el PEPRI Vegueta-Triana aprobado provisionalmente el 8 de mayo de 2000, del que interesa resaltar lo siguiente:

a) En el Catálogo de Triana, con el número 39, figura el Teatro Pérez Galdós.³⁶

b) En su Ordenanza de protección 1.1. de monumentos histórico-artísticos, el antedicho nivel 1 de protección se define así: “Supone mantener la integridad, consolidando su estado actual, sin alteraciones de ningún tipo ni en su aspecto interior ni en su aspecto exterior. Las obras a llevar a cabo en los mismos estarán tan sólo justificadas por la reposición, restauración y mantenimiento de elementos o por la absoluta necesidad de modernizar sus instalaciones. En casos de obsolescencia, extrema necesidad, o peligro, el Ayuntamiento podrá permitir obras de mayor importancia por encima de las limitaciones anteriores. Los edificios sometidos a

este nivel son los siguientes: Barrio de Triana [...] Teatro Pérez Galdós, ficha del Catálogo número 121 [...]”

c) Asimismo, en cuanto a los edificios de interés histórico y tipológico, dicho PEPRI en su artículo 12 los define y en el artículo 13 relaciona las actuaciones permitidas.³⁷

VII. Jurisprudencia en materia de patrimonio histórico-artístico

A mayor abundamiento, para una mejor comprensión del tema, resulta obligado invocar la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (entre otras, sentencias de 8 de octubre de 1982, 22 de noviembre de 1988, 22 de junio de 1990, 18 de noviembre de 1996 y 16 de octubre de 2000) y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 29 de mayo de 1998; resoluciones todas que se transcriben parcialmente en el Anexo de este informe y que, en definitiva, se pronuncian a favor del respeto y conservación de los Monumentos y consideran prohibido los cambios sustanciales o la sustitución parcial de los mismos que pudiera desvirtuar su memoria histórica.

VIII. La autorización provisional y condicionada otorgada por el Cabildo y el proyecto de ejecución de obras del Monumento Teatro Pérez Galdós

1. En la autorización otorgada provisionalmente por el Cabildo el 14 de abril de 1999 (acto administrativo firme y consentido), en relación con el proyecto básico se impuso una serie de condiciones que debían tenerse en cuenta en el proyecto de ejecución, tales como cambiar la composición y los materiales de las fachadas laterales y trasera para adecuarlas al lenguaje y materiales actuales, considerar la solución del foso del escenario y adoptar un foso abierto típico de la ópera italiana, etcétera.

2. Sin embargo, lo cierto es que el proyecto de ejecución, lejos de respetar dichas condiciones y apartándose de las bases sentadas en los proyectos básicos, las incumple más todavía, si cabe, al prever demoliciones y

según decía en su Memoria, “*alcanza, por definición, la totalidad del inmueble*”.

36. Se incorpora con las siguientes características: “Edad: 1867, © 1925, © 1989; Utilización: en uso; Uso: cultural, Teatro “Pérez Galdós”; Estado: bueno (en reformas); Protección actual: Plan General de Ordenación Urbana de Las Palmas de Gran Canaria; Criterios de valoración: Gran calidad arquitectónica e histórica. Muestra “neorrenacentista” fruto de esa época del autor; Observaciones: Autor Fco. Jareño y Alarcón; reformas: Miguel Martín Fernández de la Torre; reforma actual: Sergio T. Pérez Parrilla; toda la decoración pictórica es de Néstor Fdez. de la Torre; el tallado de barandales es de Eduardo Gregorio”; Ordenanza de Protección: 1.1. Monumentos histórico-artísticos; Nivel de Protección, 1.”

37. “Artículo 12: Definición. Integran este grupo aquellos edificios cuya solución arquitectónica se considera globalmente de interés; se ha mantenido en buena parte la tipología original, lo que permite mostrar la historia de la arquitectura de la ciudad y, por tanto, su evolución. El estado en que se encuentran estas piezas permite su conservación, tanto en lo que concierne

a su estructura portante como a sus características espaciales, manteniendo su uso actual. El estudio de estos edificios ha sido la base de esta Ordenanza, en cuanto a las actuaciones permitidas se refiere, así como la Ordenanza de Renovación.

“Artículo 13: Actuaciones permitidas. 1. Estos edificios deben conservar íntegramente su aspecto exterior, a excepción de aquellos casos en que haya sido alterado, así como su organización interior, debiendo por tanto mantenerse: su volumen edificado, fachada, cubierta y estructura portante, así como el trazado de los patios. 2. En aquellos casos en que la disposición de huecos y tratamiento de los mismos se haya alterado, deberá restablecerse a su estado inicial. En estos casos, se refleja en la ficha del Catálogo bajo el epígrafe: obras a realizar, la obligatoriedad de readaptar los huecos a lo indicado en la Ordenanza. 3. Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, podrán realizarse las siguientes obras: Restauración, reposición de elementos, cambios de tabiquería sin afectar a la estructura portante, modernización y actualización de las instalaciones, y demolición de las obras añadidas.”

grandes transformaciones exteriores (sobre todo en las fachadas, haciéndolo de forma notoria en la orientada al norte, y en el aumento de altura del edificio, etcétera) y reformas interiores, que modifican sustancialmente el Monumento Teatro y le hacen perder protagonismo.

3. En efecto, el proyecto de ejecución prevé en el edificio, tanto en el interior como en el exterior, las siguientes obras: la prolongación a todas las plantas de las escaleras principales del Teatro; la supresión de las actuales escaleras de acceso a general y paraíso; la construcción de nueva escalera de acceso y evacuación, modificando el acceso al proscenio; la unión de las plantas generales y paraíso; la demolición de las actuales dependencias del escenario y del cuerpo de camerino y la nueva construcción de los mismos; el levantamiento de una nueva torre de escena, con demolición de la torre actual dándole toda la extensión del edificio desde el escenario hasta el peine, cambiando así el concepto de la caja escénica y consiguiendo anchura de hombro en toda su longitud; la ampliación del ancho de boca y la supresión de una fila de butacas para extender el foso de orquesta hacia la sala; el derribo de la estructura que impide el uso de los hombros; la variación de la sección del último tramo de la cubierta que da a la fachada sur (para situar la maquinaria del aire en el bajo cubierta), construyendo una cubierta de dos aguas, en vez de las tres existentes, y forrándolas de cobre; la demolición de toda la construcción actual a partir de la embocadura conservando únicamente las fachadas este y oeste; el cerramiento acristalado y forrado del cuerpo central con plancha de cobre en la fachada norte; etcétera; todo ello con “una etapa de demoliciones importantes” según reconoce el propio autor del proyecto en el apartado A.2.3, relativo al plazo de la obra.

IX. Conclusiones

Primera. El Teatro Pérez Galdós es un BIC, con categoría de Monumento situado dentro del conjunto histórico Vegueta-Triana.

Segunda. El 5 de marzo de 1999, el Ministerio de Fomento remitió al Cabildo y al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria el proyecto básico de rehabilitación del Teatro Pérez Galdós objeto del presente informe.

Tercera. El 14 de abril de 1999, el Cabildo autorizó el citado proyecto con carácter provisional y condicionado a la resolución, en el proyecto de ejecución, de las objeciones realizadas por los técnicos de la corporación insular.

Cuarta. El referido proyecto de ejecución ha sido informado desfavorablemente por el arquitecto de este Cabildo Diego M. Pastrana Álvarez y por diversos miembros de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico de Gran Canaria, todo ello en los términos relacionados en el antecedente cuatro.

Quinta. La defensa del derecho social a la cultura obliga a aplicar la legislación protectora del patrimonio histórico en el sentido más favorable a su conservación en cumplimiento del artículo 46 de la CE.

Sexta. El derribo o la alteración grave de monumentos es constitutivo de delito contra el patrimonio histórico.

Séptima. También es delito la emisión de informes favorables a proyectos de derribo o alteración de monumentos, así como la autorización de éstos o votación a su favor, todo ello a sabiendas de su injusticia.

Octava. El Cabildo Insular de Gran Canaria tiene transferidas las competencias en materia de conservación y administración del patrimonio histórico-artístico de esta isla, y le corresponde autorizar y suspender, en su caso, las obras que afecten a los BIC, sin perjuicio del otorgamiento de la correspondiente licencia municipal.

Novena. La LPHC, que entró en vigor el 24 de abril de 1999, no es aplicable a este caso al haberse iniciado el procedimiento administrativo antes de dicha fecha; razón por la cual se rige por la LPHE y demás disposiciones complementarias.

Décima. De conformidad con la LPHE, las actuaciones en inmuebles sitios en Gran Canaria, declarados BIC, irán encaminadas a su conservación, consolidación y rehabilitación, y evitarán los intentos de reconstrucción.

Undécima. Según el artículo 19 de la LPHE, en los monumentos se prohíbe toda construcción que altere su carácter o perturbe su contemplación.

Duodécima. Con carácter general y en cuanto al ordenamiento jurídico urbanístico, resulta aplicable al caso la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, y la normativa autonómica formada por la LOTCA, el TRLOTCA y por el RP asumido por éstas mediante remisión expresa.

Decimotercera. Según el TRLOTCA, no cabrá la sustitución total o parcial de un Monumento cuando sea posible conservar lo construido; por lo que no podrá otorgarse licencia para su demolición total o parcial.

Decimocuarta. Los planes especiales y, concretamente, los PEPRI son los instrumentos urbanísticos sobre los que ha descansado tradicionalmente la protección de las principales manifestaciones del patrimonio inmobiliario histórico-artístico; y los catálogos desempeñan una función de individualización de aquellas manifestaciones singulares, tales como monumentos, merecedoras de una especial tutela y protección.

Decimoquinta. En particular, también resulta aplicable aquí el nuevo PGMO de esta ciudad.

Decimosexta. A tenor del artículo 3.3.5.3 del PGMO no podrá otorgarse licencia de demolición para edificaciones catalogadas y protegidas.

Decimoséptima. Según los artículos 9.1.1, 9.1.2 y 9.2.1 de esta misma norma, el contenido escrito y gráfico de la ficha individual de los API constituye el marco regulador con rango de Plan general que se establece para el

desarrollo y ejecución del ámbito; se corresponde a la ordenación de los conjuntos protegidos y, genéricamente, se asume las determinaciones del planeamiento precedente o redactado y tramitado de modo simultáneo a dicho Plan general.

Decimoctava. Especialmente, el artículo 9.2.2 del PGMO contempla como API-01 el PEPRI Vegueta-Triana.

Decimonovena. El artículo 10.1.6, al regular los grados de protección para el patrimonio arquitectónico, asigna el nivel 1 monumental a los edificios, declarados BIC o susceptibles de serlo, que se consideran hitos de relevancia para la arquitectura y la historia urbana de la ciudad por su calidad arquitectónica y representativa.

Vigésima. En cuanto a las determinaciones complementarias del API-01 de Vegueta-Triana, el PGMO prevé el establecimiento de una ordenanza específica y diferenciada y la redacción de unas normas especiales de protección, vinculadas a la elaboración de un catálogo del patrimonio arquitectónico específico del PEPRI.

Vigésima primera. En virtud del artículo 10.1.8 del PGMO, mientras no se redacten las citadas normas de protección sólo se permitirán en los monumentos las obras de conservación y consolidación a que se refiere el artículo 10.1.7.1, a) y b); y, por mor de la disposición transitoria primera del Plan, mientras no se apruebe la ordenanza específica y diferenciada del API-01 de Vegueta-Triana, seguirán aplicándose las disposiciones análogas del PGOU de 1989 y del PEPRI Vegueta-Triana de 1985 incorporado en aquél, en cuanto no se opongan al contenido del PGMO del año 2000.

Vigésima segunda. Así, en el PGOU de 1989, el Monumento Teatro Pérez Galdós figura en la ficha 224 del Catálogo con una valoración de la letra A y con los siguientes niveles de actuación: “conservación y rehabilitación alta y especial”; y, con carácter excepcional, su artículo 224 sólo permite obras de rehabilitación baja, prohibiendo en todo caso “otro tipo de actuaciones sean cuales fueren los argumentos esgrimidos para su justificación”.

Vigésima tercera. A mayor abundamiento, incluso el PEPRI Vegueta-Triana, aprobado provisionalmente el 8 de mayo de 2000 y pendiente de informe del Cabildo para, en su caso, su ulterior aprobación definitiva, otorga en su Ordenanza de protección 1.1 el nivel 1 a los monumentos histórico-artísticos (entre ellos al Teatro Pérez Galdós, ficha 121 del Catálogo), lo cual “supone mantener la integridad, consolidando su estado actual, sin alteraciones de ningún tipo ni en su aspecto interior ni en su aspecto exterior”, por lo que debe conservar íntegramente su aspecto exterior, a excepción de aquellos casos en que haya sido alterado, así como su organización interior, en razón de lo cual, por tanto, ha de mantenerse: su volumen edificado, fachada, cubierta y estructura portante, así como el trazado de los patios.

Vigésima cuarta. Ya por lo que se refiere a la jurispru-

dencia existente en materia de patrimonio histórico-artístico, nuestros tribunales se vienen pronunciando a favor del respeto y conservación de los monumentos, y en contra de su destrucción o demolición, considerando también prohibido los cambios sustanciales o modificación respecto del *statu quo* inicial o “sustitución parcial de inmuebles”, con cuyas intervenciones “se corre el peligro de desvirtuar la memoria histórica del monumento”, pues de lo que se trata es del “disfrute [...] de los monumentos, no el de obras distintas superpuestas a los auténticos, o a la parte que queda de éstos”.

Vigésima quinta. Por todo lo dicho anteriormente, teniendo en cuenta la envergadura de las obras proyectadas para el Monumento Teatro Pérez Galdós, a las que se aludió en el Fundamento de derecho VIII, se colige que el proyecto de ejecución objeto de informe no puede ser autorizado porque infringe el ordenamiento jurídico.

X. Alternativas posibles

Como posibles alternativas caben citar, en principio y sin perjuicio de su estudio más profundo, las siguientes:

1. Modificar el proyecto de ejecución, limitando las intervenciones sobre el Monumento a los términos expuestos en este informe.

2. O formular, en el expediente de declaración de Monumento y en la línea de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1982 (ver el Anexo de este informe), un incidente para determinar las partes y elementos del Teatro Pérez Galdós a conservar y proteger por su valor histórico-artístico, así como aquéllas que, en su caso, pudieran carecer de valor y fueran susceptibles de intervención de conformidad con el ordenamiento jurídico.

3. O, en caso de que los expertos consideren que el Teatro Pérez Galdós nunca debió ser declarado Monumento por carecer en su conjunto de los valores inherentes a los mismos, promover un expediente para excluirlo de dicha categoría, sin perjuicio de considerarlo como bien de patrimonio histórico con un nivel genérico y residual de protección a concretar a través del planeamiento municipal.

Anexo I

Carta aclaratoria de las alternativas planteadas

De conformidad con la conversación telefónica que acabamos de mantener con relación al Teatro Pérez Galdós le participo que, en caso de que se optara por tramitar una desafectación del Monumento o modificación del expediente de su declaración, los pasos a seguir vienen regulados en el artículo 25 con relación al 17 y siguiente de la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico

de Canarias (en lo sucesivo, LPHC), en tanto que todavía no se han aprobado los Reglamentos canarios que desarrollen dicho procedimiento.

Así, se declararán BIC del patrimonio histórico canario aquellos bienes que ostenten notorios valores históricos, arquitectónicos, artísticos, arqueológicos, etnográficos o paleontológicos que constituyan testimonios singulares de la cultura canaria (artículo 17 de la LPHC) y se otorgará la categoría de Monumento a los bienes que constituyan realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura siempre que sobresalgan por su valor arquitectónico, técnico, histórico, artístico, científico o social (artículo 18.1.a) de la LPHC).

Por tanto, tal como apunté al final de mi informe de fecha 23 de abril de 2001 y en caso de no optarse por la modificación del proyecto del arquitecto José Luis Rodríguez-Noryega Vizcaino, se podría formular, en el expediente de declaración de Monumento y en la línea de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1982, un incidente para determinar las partes y elementos del Teatro Pérez Galdós a conservar y proteger por su valor histórico-artístico, así como aquéllas que, en su caso, pudieran carecer de valor y fueran susceptibles de intervención de conformidad con el Ordenamiento Jurídico; o, en caso de que los expertos consideren que el Teatro Pérez Galdós nunca debió ser declarado Monumento por carecer en su conjunto de los valores inherentes a los mismos, promover un expediente para excluirlo o desafectarlo de dicha categoría, sin perjuicio de considerarlo como bien de patrimonio histórico con un nivel genérico y residual de protección a concretar a través del planeamiento municipal.

En cualquiera de los dos casos anteriores, sin perjuicio de que mientras no existan Reglamentos canarios se aplique en lo atinente el Real decreto 1111/1986, de 10 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley del patrimonio histórico español, el procedimiento a seguir, en síntesis y siguiendo la LPHC, sería el siguiente:

a) Incoación: Por el Cabildo, de oficio a instancia de parte (artículo 25 con relación al 19 de la LPHC).

b) Tramitación:

b.1) Incluirá en todo caso la audiencia a los interesados y se someterá a información pública, recabándose asimismo el dictamen de, al menos, dos de las instituciones consultivas siguientes: el Museo Canario, el Instituto de Estudios Canarios, los museos insulares, las universidades de La Laguna y de Las Palmas de Gran Canaria y los institutos científicos oficiales, sin perjuicio del asesoramiento que pueda recabarse de otras corporaciones profesionales y entidades culturales (artículo 25 en relación al 21.1 y al 14 de la LPHC).

b.2) El expediente se tramitará dentro de un plazo de doce meses desde su incoación, transcurrido el cual los interesados podrán denunciar la mora. Una vez denun-

ciada la mora, el Cabildo actuante dispondría de 2 meses para concluir el expediente y elevarlo al Gobierno de Canarias.

c) Resolución: La desafectación total o la modificación de la delimitación del Monumento y su entorno correspondería al Gobierno de Canarias mediante decreto, a propuesta del Cabildo y previo informe favorable del Consejo Canario del Patrimonio Histórico.

Sin otro particular de momento, te saludo cordialmente.

Carlos Manuel Trujillo Morales
Letrado asesor-jefe

Anexo II

Jurisprudencia sobre patrimonio histórico-artístico

1. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 1982, que en sus Considerandos dice lo siguiente:

"[...] del examen de toda la prueba practicada y singularmente el informe o dictamen emitido por el Marqués de Lozoya, Director de la Academia de Bellas Artes de San Fernando, previo examen del edificio, acompañado de un académico de número de la misma, expresamente reconoce "que las zonas a conservar y proteger en el mismo son las fachadas y el bellissimo patio interior; el resto de gran extensión, no tiene interés alguno" resulta claro que al carecer de todo valor histórico-artístico el resto, y, estar, por otra parte, declarado, por sentencia firme, en estado de ruina no es conforme a la teoría de los hechos determinantes que resultan del expediente extender como lo han hecho las resoluciones impugnadas, la declaración de Monumento Histórico-Artístico a todo el edificio, ya que en uso de las facultades que la Administración tiene en esta materia unido al estado o desarrollo actual de la técnica, la Dir. Gral. de Bellas Artes puede impedir la destrucción de las fachadas y del patio interior limitándose a conservar esos valores artísticos, sin necesidad de llegar a congelar y extender a toda esa construcción en ruina (2.470 m²) la declaración de monumentalidad [...]."

2. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 22 de noviembre de 1988, que en sus Fundamentos de derecho señala:

"[...] SEGUNDO. Expuesto lo anterior, se establece en la sentencia apelada, con un proceso lógico-jurídico plenamente ortodoxo, a través del análisis de la situación real, resultante de la ubicación del inmueble que en unión de otros y distintos elementos arquitectónicos y urbanísticos contribuyen a la configuración de "conjunto histórico-artístico" con el tratamiento normativo específico objeto de previsión en la Ley 13 de mayo de 1933 (RCL 1933\729 y NDL 23163) –artículos 33 y 17–, esta-

bleciendo las consecuencias lógicas de la doble declaración de los acuerdos impugnados; uno, como atribuidos a una conjunción armónica producto de un equilibrio de belleza y cultura integrado por distintos elementos que son objeto de valoración entre sí y enlazados; aplicándose en la segunda declaración otro tratamiento, que es propio y peculiar de elementos individualizados, bien como destacado dentro de un conjunto, bien aislados que por sus características especiales merece una gradación superior 'monumento histórico-artístico' que además de imponer la obligación de respetar en cuanto puede afectar al conjunto, lo que exige un régimen singular, en cuanto que grava al titular con la obligación de 'conservar' [...]."

3. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 1990, que en sus Fundamentos de derecho dispone lo siguiente:

"PRIMERO. [...] el edificio objeto del acto administrativo impugnado no estaba protegido por no tener la calificación de monumento histórico-artístico, ni estar declarada zona monumental el lugar en que se encuentra [...].

"QUINTO. [...] La irreversibilidad del acto de demolición de un edificio de las características del que es objeto de este recurso y la finalidad conservadora del «patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España» que se garantiza en el art. 46 CE impone una interpretación de las disposiciones que fundamentan las resoluciones impugnadas, de conformidad con el art. 3.1 CC, o sea, en relación con la realidad social de nuestro tiempo atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de tales normas. Ese espíritu y finalidad es la conservación de un legado histórico-artístico recibido de las generaciones anteriores con la consiguiente obligación de protegerlo y acrecentarlo para transmitirlo a las generaciones futuras, según se expone en el art. 1 L 16/1985 de patrimonio histórico-español [...]."

4. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 1995, que en sus Fundamentos de derecho dice:

"PRIMERO. [...] La resolución recurrida contemplaba el estado de ruina del interior del edificio que permitía conservar las fachadas exteriores apremiando al interesado a redactar un proyecto de intervención sobre el inmueble que entendía la fachada como conteniendo una reforma interior 'para frenar sin más dilaciones el proceso de degradación del inmueble en sus elementos de interés como de las fachadas', resolución confirmada en alzada el 27 de enero de 1987.

Las razones que se exponen en el escrito de alegaciones no desvirtúan la sólida fundamentación de la sentencia apelada al desestimar el recurso contencioso administrativo entablado. Los hechos acaecidos con posterioridad al presente recurso en modo alguno alte-

ran la legalidad del acto impugnado ni privan de objeto al presente litigio pues –como acertadamente se resalta por la Sala 'a quo'– aunque el edificio no tenía 'per se' carácter monumental, estaba situado en un entorno protegido. Ello requiere armonizar los edificios que se construyan con la tipología de ese entorno y respetar lo acordado en la resolución impugnada de la Conselleria de Cultura de Educación y Ciencia de 23 de enero de 1987, cuya conformidad a Derecho se basa en la protección derivada de la defensa del conjunto histórico artístico por la Administración, prevista en la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Régimen de Patrimonio Histórico Artístico Español [...]."

5. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 1996, que en sus Fundamentos de derecho señala:

"PRIMERO. [...] 1.º) 'Lo primero que se precisa para el mantenimiento a ultranza de los edificios o de alguna de sus partes, por razones culturales, es que aquellos tengan la consideración de monumentales o artísticos dignos de conservación reconocida o expresamente declarada por los organismos competentes'. 2.º) 'No quiere decir, naturalmente, que declarada la ruina de un edificio histórico o artístico la misma haya de ser seguida fatalmente de su demolición, porque, en tales casos, consideraciones culturales pueden imponer la conservación a ultranza del inmueble, con las reparaciones o consolidaciones que se estimen precisas, pero que en todo caso excederán del genérico deber de conservación del artículo 181 del texto refundido de la Ley del Suelo'. Con arreglo a tal doctrina, es posible que la declaración de Monumento de interés cultural recaiga sobre bienes que se encuentren en estado ruinoso, siempre que por su interés histórico, artístico, científico o social lo merezcan [...].

"TERCERO. No puede ser acogida la pretensión del Ayuntamiento recurrente. Dice el artículo 46 de la C.E. que 'los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio, histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad'. El citado artículo está integrado en el capítulo 3º ('de los Principios Rectores de la Política Social y Económica') del título 1º de la C.E. Dentro de este título se encuentra también el artículo 53.3., en el que se establece que 'el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo 3º informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes Públicos'. Un criterio interpretativo claro deduce este Tribunal de los preceptos constitucionales que se acaban de citar: en la duda, la voluntad constitucional está mucho más cerca de la conservación de los bienes que puedan integrar el patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos

de España que de su destrucción o demolición. El criterio conservacionista de aquellos bienes parece más congruente con el principio constitucional que su contrario[...] Entiende que procede su declaración como Bien de Interés Cultural, aunque restaurándolo y dándole un destino digno'. El informe, pues, de la Real Academia de San Fernando se pronuncia incondicionada— mente a favor de la declaración del Balneario como Monumento por ser un Bien de Interés Cultural. Podría quizás haber sido un informe más motivado. Sin embargo, en la misma medida en que pueda destacarse su brevedad, habrá de afirmarse la rotundidad de su parecer inequívocamente favorable a la declaración como Monumento del citado Balneario [...]."

6. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 29 de mayo de 1998, que en sus Fundamentos de derecho dice:

"[...] CUARTO. Sin embargo, la autorización del órgano autonómico no tiene carácter vinculante para el Municipio, salvo en el supuesto de ser negativo, constituyendo tan sólo un requisito imprescindible y sin el cual no puede considerarse válidamente otorgada la licencia, de modo que la concesión de la misma se sujetará exclusivamente a lo dispuesto en el orden urbanístico vigente, criterio éste sentado reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 21 de julio de 1986 señala que: 'Pese al informe favorable de la Dirección General de Bellas Artes, el acuerdo municipal denegando la licencia es conforme a Derecho, pues la potestad municipal para ordenar urbanísticamente el suelo comprendido en su término incluye la de proteger también, desde la óptica de los intereses locales, las zonas, conjuntos urbanos, edificios y espacios naturales, según lo dispuesto en estos preceptos, sin perjuicio del preceptivo informe de la Dirección General competente del Estado para advenir la conformidad de un proyecto de edificación con los supuestos protegidos con la declaración estatal de inclusión y valoración de los conjuntos o edificios singulares de interés Histórico-Artístico, que no pueden ser desvirtuados por la ordenación municipal, pero sí completados por ésta desde la perspectiva de los intereses locales, con la, consecuente regulación de otras restricciones para la edificación o la observancia de otras condiciones, debiendo quedar en cualquier caso incólume la potestad municipal y otorgar las licencias según su propio planeamiento y ordenanzas'.

"QUINTO. Por tanto, el otorgamiento de la preceptiva autorización por parte de los órganos competentes de la Administración Autonómica, no legitima automáticamente cualquier licencia de obras concedida por la Administración Municipal en los Conjuntos Histórico-Artísticos, sino que es precisa la confrontación de dicha licencia, en cuanto acto reglado y no discrecional, con

las normas de planeamiento municipal vigentes [...].

"UNDÉCIMO. Como afirma la sentencia de esta Sala de 25 de enero de 1997: 'No es de recibo la interpretación que las partes demandadas acerca de los criterios en materia de volumen (o edificabilidad, en la expresión legal). En cuanto al primero, no pueden ser acogidas las normas o criterios interpretativos procedentes del planeamiento urbanístico en materia de volumen computable, puesto que es notorio, y todas las partes lo reconocen, que la edificabilidad de la finca ha sido alterada. No es sólo el conjunto de metros cúbicos que alcance una obra, descontados los que no computen según los instrumentos urbanísticos, lo que sirve para considerar la edificabilidad a los efectos del art. 20.3 de la LPHE. Resulta suficiente con los cambios substanciales acometidos en la forma externa del inmueble, la demolición integra de sus paramentos exteriores, su objetivo aumento de volumen y, en suma, su modificación respecto del 'statu quo' inicial. De no ser así, quebraría la esencial finalidad tuitiva de la LPHL, burlada mediante la traída a colación de elementos de valoración que suponen, en la práctica, una intervención no autorizada por la Ley, hemos de recordar una vez más, rigurosamente exigente con esta clase de intervenciones. Estaríamos, en cualquier caso, ante una prohibida 'sustitución parcial de inmuebles', en la más favorable de las interpretaciones para los intereses del adjudicatario de la licencia, calificación que nadie se atrevería a negar a la vista del proyecto, sin que la Administración competente haya llegado a pronunciarse, contra el mandato expreso del art. 21.3 de la LPHL, sobre si la misma conviene a la conservación general del carácter del conjunto, concepto jurídico indeterminado pero, desde luego, de mayor amplitud y complejidad que la mera apelación a supuestas concomitancias estéticas [...]."

7. Y, finalmente, la reciente Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 2000, que en sus Fundamentos de Derecho dice (y transcribo aquí por su importancia aquí, no obstante su extensión) lo siguiente:

"[...] PRIMERO. El Ayuntamiento de Sagunto interpone este recurso de casación contra la sentencia dictada el 30 de abril de 1983 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia reunida en pleno que, al estimar el recurso contencioso-administrativo núm. 1529/1990, anuló la resolución de la Consejería de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana antes referenciada, mediante la que se había aprobado el Proyecto de Restauración y Rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto [...].

"TERCERO. La sentencia recurrida contiene, en primer lugar, una exhaustiva relación de los antecedentes que culminaron con la aprobación del proyecto; en segundo

lugar, expone cuál es el marco legal –singularmente el artículo 39.2 de la Ley– que ha de ser aplicado, interpretando el sentido de aquella norma con arreglo a los criterios hermenéuticos utilizables en derecho; en tercer lugar, a partir de aquellas premisas de hecho y de derecho, valora la prueba practicada y llega, finalmente, a la conclusión de que se ha vulnerado el ordenamiento jurídico, por lo que procede anular el acuerdo aprobatorio del proyecto [...].

“[...] El Teatro Romano de Sagunto fue declarado monumento nacional por Real Decreto de 28 de Agosto de 1986 (*sic*).

“[...] Con fecha 12 de diciembre de 1984 el Director General del Patrimonio Artístico de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana encarga al arquitecto Manuel, entre otros proyectos relativos a las ruinas de Sagunto, el de la «Restauración y rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto y su entorno», para lo que deberá contar con el asesoramiento de D. Giorgio [...].

“El rigor del escrito de Giorgio se soporta sobre un primer conjunto de claves que pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

“[...] el proyecto de restauración y restitución histórica se convertirá, a todos los efectos, en el proyecto de un Teatro romano (un Teatro a la manera de los antiguos romanos). Es decir el proyecto de un edificio teatral, en parte nuevo, fundado ya sea sobre la fábrica existente (literalmente, materialmente), ya sea sobre un edificio consolidado cuya condición necesaria (utilidad y función en su sentido más amplio) está toda contenida en su forma definitiva: Es decir, un proyecto que intenta recoger de la fábrica antigua todas sus características, todas sus sugerencias, todas sus indicaciones, pero sobre todo su más general lección de arquitectura e intentar llevarla adelante con coherencia [...].

“En el momento en que se suscribe el convenio de transferencia de gestión del Conjunto Monumental de Sagunto, significado por su Museo, a la Generalitat Valenciana (BOE de 19 de enero de 1985) el Teatro Romano pasa a estar bajo la competencia de gestión de la Dirección General de Patrimonio Artístico de la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia y comienzan a realizarse estudios previos y proyectos encaminados a programar una actuación que garantice su acondicionamiento en base a la perspectiva de su recuperación arquitectónica y de su funcionalidad. Prevalecen así las premisas de reconstruir las partes del mismo afectadas por la destrucción –escena– con el fin de promover su utilización e integración cultural. Se trata por tanto de un criterio fundado en la racionalización de la inversión en aras del propio monumento, de su protección y de su disfrute social, términos que parecen los más defendibles ante la problemática de un monumento histórico ruinoso situado en un yacimiento arqueológico en medio urbano.

“Dar solución al mantenimiento de una arquitectura monumental pero deteriorada, en las circunstancias en que se halla el Teatro Romano de Sagunto, exige una actuación tan importante como justificada y, en este caso, la superación del concepto arqueológico-romántico mediante la propuesta de restitución del volumen del elemento perdido –la escena– en la que tendrán cabida dependencias museográficas e instalaciones para las representaciones escénicas, no constituye en sí una novedad en la historia de las restauraciones arqueológicas que, en medios ciudadanos, se han convertido en sedes de instituciones u organismos, las más de las veces de índole cultural (Ágora de Atenas).

“Desde el punto de vista arqueológico, técnico, no cabe la menor duda de que el monumento precisa de una intervención global. El Proyecto presentado por los arquitectos Giorgio y Manuel envuelve la arquitectura conservada habilitando un espacio que se convierte en Museo-Teatro de la propia ruina y, puesto que esos son los servicios que el conjunto monumental requiere hoy en día, cumple con objetivos que garantizan su conservación, vigilancia y mantenimiento [...].

“En cuanto a la interpretación de la norma aplicable (FJ IV): ‘Como las partes convienen, desde un punto de vista jurídico la resolución del presente recurso depende de la interpretación que se haga del contenido del artículo 39 de la Ley de Patrimonio Histórico, y particularmente de su apartado 2’.

“El apartado 1 de dicho precepto dispone que ‘Los poderes públicos procurarán por todos los medios de la técnica la conservación, consolidación y mejora de los bienes declarados de interés cultural así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General a que alude el artículo 26 de esta Ley’.

“De este apartado se deduce ya claramente la finalidad de la Ley, como de todo su articulado, encaminado a la conservación, consolidación y mejora de los bienes. Pero sin duda el apartado decisivo es el 2 de dicho precepto que dispone que: ‘En el caso de bienes inmuebles, las actuaciones a que se refiere el párrafo anterior irán encaminadas a su conservación, consolidación y rehabilitación y evitarán los intentos de reconstrucción, salvo cuando se utilicen partes originales de los mismos y pueda probarse su autenticidad. Si se añadiesen materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento las adiciones deberán ser reconocibles y evitar confusiones miméticas’.

“Es decir, la ley claramente establece un límite de tipo positivo: que las intervenciones en los inmuebles vayan dirigidas a su conservación, consolidación y rehabilitación; y otro negativo: evitar la reconstrucción.

“Ciertamente, este límite negativo tiene su excepción, la de que se utilicen partes originales de los mismos y pueda probarse su autenticidad. Pero ha de interpretarse esta excepción en sentido restrictivo, no sólo ya por-

que así lo imponen todos los principios que acerca de la conservación de los inmuebles incluidos bajo el ámbito de la Ley se recogen en ésta, sino porque la regla general es la prohibición de reconstrucción. Así, para esta Sala no puede llegarse a una interpretación amplia que permitiera a través de mínimos restos la reconstrucción de un monumento, aun cuando estuviera perfectamente documentado, sino que lo que la Ley permite es la reconstrucción de aquellas partes del mismo que pueda realizarse con los materiales originales, y cuya autenticidad exige la ley que se pruebe. Así se podría reconstruir, por ejemplo, un muro derruido, siempre que se utilizaran las piedras originales.

“Por eso la Ley prevé, que en estos supuestos de reconstrucción si se añadiesen materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento las adiciones deberán ser reconocibles y evitar confusiones miméticas [...]. Esto lleva a la conclusión de que sólo puede reconstruirse cuando se disponga de la mayor parte de los materiales originales, sin perjuicio de que se utilicen materiales ajenos imprescindibles para la estabilidad del monumento. Pero en este caso, para evitar confusión entre lo original y lo añadido, esta parte deberá ser perfectamente reconocible.

“Este principio de mínima intervención se recoge también en el apartado 3 del precepto...

“En cuanto a la prueba practicada (FJ V): ‘Desde estas premisas fácticas y jurídicas procede analizar el resultado de la prueba practicada, comenzando por el Dictamen pericial emitido por la Academia de Bellas Artes San Carlos de Valencia a petición de la Sala y que obra en las actuaciones. De este dictamen conviene destacar que según dispone en su punto 12, en fecha 8 de julio de 1986, ante el proyecto de obras presentado oficialmente por la Consellería de Cultura acordó unánimemente en sesión extraordinaria expresar su preocupación por las posibles consecuencias negativas e irreversibles de dicho proyecto.’ Conviene recordar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo tercero apartado 2 de la Ley, la Real Academia es una institución consultiva en materia de patrimonio histórico.

“Según este dictamen «el proyecto técnico para la Restauración y Rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto va solamente en una pequeña medida encaminado a la conservación y consolidación de los restos, y que en cuanto pretende una rehabilitación del mismo entendida como una nueva puesta en aptitud o rehabilitación se convierte de hecho en una reconstrucción. Reconstrucción que hay que matizar no es mimética en el sentido de copiar la composición ordenación del ‘Teatro Romano, por otra parte sin trazas definitivas fehacientes al menos en el alzado, como la misma memoria dice, sino creadora de una idea teórica de Teatro Romano, con el empleo de una composición ‘ex novo, así como de materiales y tecnologías actuales’ (Punto 4, letra a) [...]

“Finalmente la Academia llega a la siguiente conclusión (punto 5.º del dictamen): ‘con este tipo de intervención se corre el peligro de desvirtuar la memoria histórica del monumento’ [...].

“Conclusión final de la sentencia de instancia (FJ VII): ‘Desde estas premisas fácticas se puede llegar a la conclusión de que la obra de restauración y rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto supone una reconstrucción del mismo, y en algunos casos una simple construcción de un Teatro romano, al ignorarse la forma que los elementos reales tenían. Así ocurre, como se reconoce expresamente en el expediente, con la escena, pues aparte de todos los antecedentes antes citados en los que así se reconoce, su reconocimiento por las partes está a lo largo del expediente [...]’

“Y no sólo por lo que se refiere a la escena, sino también por lo que se refiere al cubrimiento de la cavea mediante losas, pues no existía con anterioridad este revestimiento, que aunque responda sin duda a la realidad histórica de lo que el Teatro Romano fuera en su momento de construcción, lo cierto es que ya no existía y, en consecuencia, se procede a reconstruir este elemento ‘ex novo’ y además superponiéndolo sobre las ruinas del Teatro romano precisamente en la parte donde las intervenciones, de lo que pudo apreciarse en el reconocimiento judicial y de la documentación que obra en el expediente, han sido menores.

“Se trata en definitiva de una obra que se asienta sobre las ruinas de un Teatro romano y las oculta, dejando ver tan sólo a los lados de la cavea dos partes. En definitiva, de una reconstrucción de un Teatro a la manera de los romanos sobre las ruinas del auténtico.

“Ciertamente la Sala no debe pronunciarse sobre los aspectos estéticos o técnicos de la obra, pero sí sobre la compatibilidad de ésta con la Ley, y en los términos que según hemos visto ha de interpretarse el artículo 39.2 de la Ley de Patrimonio Histórico, hemos de sostener que es incompatible con dicho precepto, sin que pueda admitirse el argumento de la demandada de que la Ley actual, al contrario de la anterior de 1933, está orientada hacia el disfrute de los monumentos por los ciudadanos, como se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la actual Ley, pero ese disfrute es precisamente el de los monumentos, no el de obras distintas superpuestas a los auténticos, o a la parte que queda de éstos [...]”

“SEXTO. [...] La tercera infracción denunciada lo es por ‘la aplicación indebida del artículo 15 de la Ley 13/85 del Patrimonio Artístico Español, en cuanto a la calificación y noción de monumento’, imputándose a la Sala de instancia que ha confundido los términos de monumento y de ruina arqueológica. Imputación carente, una vez más, de fundamento cuando, situado el artículo 39.2 de la Ley en el capítulo dedicado a la ‘protección de los bienes muebles e inmuebles’ y habiendo girado sobre la

interpretación de dicho precepto todo el debate jurídico, el artículo 15 se reduce a definir diversos tipos de inmuebles (monumentos, jardines, conjuntos, sitios históricos, zonas arqueológicas), todos ellos como posibles bienes de interés cultural, sin referirse a las técnicas jurídicas de protección, que constituyen el objeto del artículo 39, aplicable a todos los inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que gozan de aquella cualidad.

“SÉPTIMO. [...] Alegaciones ambas, singularmente la primera, que atañen a lo que es propiamente el núcleo del debate jurídico planteado. Hemos de comenzar afirmando que el rechazo de la legalidad del proyecto no supone en modo alguno su desautorización desde el punto de vista estrictamente cultural, artístico o arquitectónico. Esta Sala no puede ni debe terciar en la polémica sobre sus valores estéticos ni sobre su importancia para la teoría de la restauración y para la puesta en valor de los monumentos: en términos estrictamente jurídicos, nada habría que objetar, en principio, a quienes consideran el proyecto como una actuación ejemplar que respeta simultáneamente la historia del Teatro Romano y supone un ‘admirable empeño creativo’, recupera la presencia urbana del monumento, revaloriza sus ruinas y reanuda su uso tradicional, ahora en condiciones excepcionales de calidad. Este juicio resulta, desde una mirada estrictamente jurídica, tan defendible como el opuesto, que censura la desnaturalización del monumento [...].

“El legislador español se ha decidido en favor de una línea específica de protección, asumiendo unos criterios determinados en orden a la ‘reconstrucción’ de los inmuebles de interés cultural y plasmando en una Ley su decisión. Desde el punto de vista académico el debate actual reproduce, con nuevos matices, una dualidad de posturas en la que los partidarios de una restauración estilística tratan de conseguir la unidad de estilo del monumento volviendo a su origen ‘auténtico’, tal como fue –o debió ser, o pudo haber sido–, ideado por sus artífices originarios, mientras que los partidarios de la no intervención, o intervención mínima, criticando la mixtificación que supondrían las operaciones reconstructivas, propugnan el respeto del estado en que el monumento se encuentra, de su ‘valor documental’ en cuanto expresión del curso de la historia. Planteamientos enriquecidos con teorías ulteriores que, en orden a la reconstrucción, o bien admiten solamente aquellas imprescindibles para evitar la degradación absoluta del monumento o bien, desde presupuestos más radicales, legitiman las reconstrucciones que completen las partes que faltan, a fin de devolver al monumento su ‘imagen auténtica’.

“De todas estas corrientes hay trazos en las sucesivas cartas o declaraciones que, como la Carta Internacional de la Restauración de Atenas de 1931, la Carta de Venecia

de la Restauración y Conservación de Monumentos de 1964, las cartas italianas del restauro o la Carta Europea del Patrimonio Arquitectónico de 1975, se han referido a la conservación de los bienes inmuebles con significación cultural. En la mayoría de ellas se recomienda excluir los intentos de recomponer o reconstruir los monumentos antiguos, considerando aceptable tan sólo la anastilosis o recomposición de las partes originales existentes que se encuentren desmembradas, siempre que estén debidamente documentadas, pero excluyendo con carácter general la ‘recuperación’ del estado original de la obra de arte. Alguna de ellas (la carta italiana de 1972) es expresamente contraria a la integración ex novo de zonas con representación figurada o con la inserción de elementos determinantes para la figuratividad de la obra. En circunstancias verdaderamente excepcionales (la destrucción de ciudades a causa de las guerras) algunas declaraciones, como la de Dresde de 1982, admite como principio la reconstrucción monumental del patrimonio arquitectónico.

“Cuando, por encima de estas corrientes doctrinales, el Legislador adopta en relación con el patrimonio histórico de su país una determinada opción política, traducida en la correspondiente norma, la interpretación de ese precepto legal, ya en términos y con métodos estrictamente jurídicos, se ha de convertir en el punto de referencia obligado para la Administración Pública y para el juicio que a los tribunales corresponde ejercer sobre la actuación de aquélla. Es así como la interpretación del artículo 39.2 de la Ley de Patrimonio Histórico se convierte en el eje de este recurso, como efectivamente lo fue de la sentencia de instancia.

“OCTAVO. La tramitación parlamentaria del proyecto de Ley de Patrimonio Histórico es sumamente clarificadora. A la iniciativa gubernamental, redactada en términos sustancialmente análogos al actual texto, propusieron sendas enmiendas en el Congreso dos grupos parlamentarios que optaban, de manera directa, por suprimir las restricciones existentes en el artículo 39 del proyecto de Ley para las operaciones de reconstrucción de inmuebles. La primera de ellas propugnaba una norma que se limitase a afirmar que las actuaciones sobre este género de bienes ‘irán encaminadas a lograr su conservación, consolidación y respeto a sus características fundamentales, realizadas por personal competente’, aduciendo como motivo de esta enmienda que ‘las posibilidades y necesidades de la restauración no deben limitarse o regularse por ley’; la segunda enmienda proponía pura y simplemente la supresión de los apartados 2 y 3 del artículo 39, justificándolo en que podían ‘constituir una dificultad a la reconstrucción y mantenimiento de muchas obras’.

“Ambas enmiendas fueron rechazadas sucesivamente por la Ponencia, la Comisión y el Pleno del Congreso de los Diputados. En este último, el grupo parlamentario

que defendía la primera de ellas insistió en que la redacción del artículo 39.2 ‘supone que se prohíben verdaderamente (los intentos de reconstrucción), porque para permitirlos sólo se pueden utilizar partes originales de los mismos y probarse su autenticidad, y esto es imposible en muchísimos casos y no se pueden hacer reconstrucciones básicas y fundamentales’.

“La defensa de la tesis que más tarde obtendría la mayoría parlamentaria no aceptó este planteamiento, respaldó el proyecto de ley con argumentos de nuestra tradición legislativa (el artículo 19 de la Ley de Protección del Tesoro Artístico Nacional, de 13 de mayo de 1933, en lo relativo a la restauración de inmuebles) y sostuvo que con él ‘[...] España se suma, por medio de su derecho positivo, a la doctrina científica internacional de la restauración [recogiendo] las principales orientaciones de las conferencias internacionales sobre el Patrimonio Artístico y su estricta observancia’. De manera expresa y consciente, se mantuvieron, pues, las restricciones que constan en el apartado 2 del artículo 39, afirmando que ‘lo único que pueden traer consigo son ventajas para la mejor conservación de los bienes’ y rechazando las peticiones de suprimirlas y de dejar abiertos o imprejuizados legalmente los criterios aplicables a la reconstrucción de inmuebles.

“NOVENO. El designio mayoritario que trasluce el debate en el Parlamento se refleja, pues, en un precepto con rango de ley que, como acertadamente destaca la sentencia de instancia y también se puso de manifiesto en el curso de aquel debate, impone, como principio, el de «evitar» los intentos de reconstrucción de los inmuebles históricos de interés cultural. La Ley de 1985 ha optado, pues, por permitir otras operaciones de conservación, consolidación o rehabilitación que no consistan en la ‘reconstrucción’ de aquellos inmuebles cuando se encuentren, con palabras clásicas, ‘si un tiempo fuertes, ya desmoronados’. En la hipótesis –de suyo excepcional– de que hubiera de procederse a su reconstrucción, ésta ha de llevarse a cabo utilizando precisamente partes originales de probada autenticidad. Todo otro intento de reconstrucción de este género de inmuebles resulta, pues, contrario al artículo 39.2 de la Ley y las propuestas de llevarlo a cabo requerirían una modificación legislativa [...].

“Al poner en relación el precepto aplicable –interpretado en el sentido que se ha dejado expuesto– con el contenido del proyecto de rehabilitación del ‘Teatro de Sagunto’, la Sala sentenciadora no podía, a la vista de la realidad de los hechos que declaraba probados, sino anular las resoluciones administrativas que habían aprobado la realización de aquel proyecto.

“En efecto, de un lado, el análisis del expediente administrativo, y singularmente, del contenido mismo del proyecto, según las manifestaciones de sus propios autores y las opiniones de los técnicos de la Administración, revelaba que se iba a acometer en realidad

una operación de «reconstrucción» del Teatro, sin el uso de piezas originales de probada autenticidad; de otro lado, este hecho resultaba confirmado por el resultado de las pruebas de informe de la ‘Real Academia San Carlos’ y de reconocimiento judicial. A partir de estas premisas, la aplicación del artículo 39.2 de la Ley de Patrimonio Histórico determinaba la anulación de los actos administrativos que permitían la ejecución de una obra de semejantes características sobre el inmueble protegido [...].

“La calificación jurídica de los hechos –esto es, del contenido del proyecto y de la realidad perceptible y percibida por aquella Sala en desarrollo de él– se corresponde, sin dificultades, con el concepto de reconstrucción monumental. El hecho de que esta reconstrucción –que afecta a partes esenciales del monumento, a sus estructuras constructivas– tenga como finalidad restituir la unidad de la forma arquitectónica del espacio teatral no puede ocultar la realidad ‘material, literal’ –por decirlo en palabras de uno de los arquitectos autores del proyecto– de la intervención propuesta que, si es menor en la cavea, es radical en la escena, sobre cuyos restos actuales se levantaría nada menos que un completo, y en gran parte nuevo, edificio teatral.

“Reconstrucción, pues, y reconstrucción sobre unos presupuestos metodológicos plenamente defendibles en el plano artístico o académico, pero enfrentados a un criterio normativo (el que se plasma en el artículo 39.2 de la Ley 3/1985) opuesto, que es el que debe vincular a la Administración Pública en el ejercicio de las funciones que el propio legislador le ha atribuido sobre los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico Español.

“DÉCIMO. [...] la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha aplicado en sus justos términos una norma con rango de ley que impedía a la Administración dar su aquiescencia a una intervención sobre un monumento protegido contraria a las prescripciones legales [...].” ■

Una propuesta presentada por un grupo de la corporación para ser debatida y votada en el Pleno ordinario –presentada con anterioridad a la convocatoria del mismo– debe incluirse necesariamente o no, en el orden del día de una sesión plenaria, cuando dicha cuestión es objeto de dictamen por la comisión informativa

Antecedentes de hecho.
Fundamentos de derecho.
Conclusión.

Antonio Serrano Pascual
Secretario General de la Diputación de Huesca

Antecedentes de hecho

1. En el Registro General de la Diputación Provincial de Huesca tiene entrada un escrito sin fecha del portavoz de un grupo político de la corporación provincial oscense, presentando, para su debate y votación en el Pleno, una propuesta de resolución: a) sobre el apoyo a la construcción de tres embalses concretos y todos aquellos contemplados en el Pacto del agua, no rechazados por estudios de impacto medioambiental, y b) para que el Pleno se manifieste a favor de la obtención y captación de fondos europeos para estas inversiones. Dicho escrito se presentó con anterioridad a la convocatoria del Pleno ordinario del mes de septiembre de 2001.

2. La Comisión Informativa de Desarrollo y Comarcalización de la corporación provincial, en reunión del día 30 de agosto de 2001, examinó la propuesta citada y la presentada sobre esta cuestión por los otros tres grupos políticos de la corporación. La Comisión dictaminó, por mayoría, con el voto en contra del grupo que presentó la propuesta de resolución relacionada en el párrafo anterior: “que pase al próximo Pleno, para su aprobación, la propuesta de resolución presentada por los grupos políticos (*sic*) PSOE, PAR y CHA”.

3. En el orden del día del Pleno celebrado el día 6 de septiembre de 2001 figuró el punto “Propuesta de resolución relativa a la Marcha Azul y a las infraestructuras contempladas en el Pacto del agua”, que fue aprobado por mayoría, con el voto a favor de los 12 diputados del PSOE, de los 2 del PAR y el de CHA, y la abstención de los 10 diputados del PP, al encontrarse ausentes en el momento de la votación.

Asimismo, el Pleno acordó rechazar, previamente, con el voto en contra de los 12 diputados del PSOE, de los 2 del PAR y el de CHA, y la abstención de los 10 diputados del PP, al encontrarse ausentes en el momento de la votación, tres enmiendas relacionadas con la anterior propuesta.

La cuestión que se plantea, en síntesis, es si una propuesta presentada por un grupo de la corporación para ser debatida y votada en el Pleno ordinario –presentada con anterioridad a la convocatoria del mismo– debe incluirse necesariamente en el orden del día de una sesión plenaria, cuando dicha cuestión es objeto de dictamen por la comisión informativa correspondiente y se eleva al Pleno en sentido diferente al inicialmente previsto por el grupo proponente.

Fundamentos de derecho

1. La formación del orden del día de una sesión plenaria es competencia del presidente de la corporación, como prevé expresamente el artículo 47.2 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRRL).

A su vez, el artículo 82 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF) dispone, entre otras cosas:

“1. El orden del día de las sesiones será fijado por el alcalde o presidente asistido de la Secretaría. Asimismo, podrá recabar la asistencia de los miembros de la Comisión de Gobierno y, donde ésta no exista, de los tenientes de alcalde, y consultar si lo estima oportuno a los portavoces de los grupos existentes en la corporación.

“2. En el orden del día sólo pueden incluirse los asuntos que hayan sido previamente dictaminados, informados o sometidos a consulta de la comisión informativa que corresponda.

“3. El alcalde o el presidente, por razones de urgencia debidamente motivada, podrá incluir en el orden del día, a iniciativa propia o a propuesta de alguno de los portavoces, asuntos que no hayan sido previamente informados por la respectiva comisión informativa, pero en este supuesto no podrá adoptarse acuerdo alguno sobre estos asuntos sin que el Pleno ratifique su inclusión en el orden del día.”

Por su parte, el artículo 122 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón (LALA), reiterado por el artículo 18 del Reglamento de organización y funcionamiento de esta Diputación, de 7 de septiembre de 2000, señala lo siguiente:

“1. Los grupos o un mínimo de tres miembros de la corporación podrán presentar al Pleno propuestas de resolución para debate y votación. En caso de que no se hayan constituido grupos, este derecho corresponderá a todos los concejales, individualmente.

“2. Se incluirán en el orden del día las propuestas presentadas antes de la convocatoria del Pleno. Si la propuesta se presenta después, sólo podrá procederse al debate y a la votación mediante acuerdo previo del Pleno que aprecie su urgencia, adoptado por mayoría absoluta.”

2. Del examen de la normativa expuesta, las dudas surgen sobre si el legislador aragonés ha pretendido dotar de automatismo en la fijación del orden del día, respecto de las propuestas de resolución presentadas para debate y votación, antes de la convocatoria del Pleno, por los grupos de la corporación o por un mínimo de tres miembros de la misma, como podría parecer de una primera lectura del citado artículo 122 LALA.

Para el correcto análisis de esta cuestión, hemos de partir de la postura mantenida por el Tribunal Supremo. En este sentido, aunque la STS de 24 de junio de 1987 (Aranzadi 6530) considera obligatorio para el alcalde la inclusión en el orden del día de las cuestiones propuestas por los miembros de la corporación, por el contrario, posteriormente, la STS de 10 de marzo de 1989 (Aranzadi 2006) dice:

“1.º El artículo 23.1 de la Constitución española consagra el derecho fundamental de los ciudadanos a partici-

par en los asuntos públicos, ya directamente (casos particulares más destacados son el de iniciativa popular del artículo 87.3, los derechos aludidos en el artículo 105 y el del derecho de petición del artículo 29.1), ya indirectamente ‘por medio de representantes’, pero es evidente que este precepto constitucional no alude a los derechos políticos, individuales o de grupo y de intervención que tengan los concejales en la Administración municipal.

“2.º Ni el precepto constitucional que comentamos ni el artículo 140 de la Constitución española señalan las facultades de los concejales minoritarios en lo que atañe a la redacción del orden del día de las sesiones ordinarias del Pleno de los ayuntamientos. El ejercicio de tales funciones expresamente señaladas en/o inferidas de leyes o reglamentos no es materia constitucional, es decir, no son derechos fundamentales del ciudadano-concejal o del ciudadano-diputado o senador, sino derechos legales o reglamentarios que se pueden ejercitar únicamente ante la mesa o presidencia de las asambleas de representantes. Si las leyes o reglamentos establecen vías demasiado estrechas, de tal modo que en la práctica hagan imposible o muy dificultosa cualquier participación real y significativa en los asuntos públicos, podría cuestionarse la constitucionalidad de las normas legales o reglamentarias que impidieran y mermaran exageradamente tal participación. Sin embargo, la participación no equivale al dominio individual o de grupo minoritario en la fijación del orden del día, ni, dado el planteamiento del proceso que nos ocupa, se suscita duda alguna sobre el sistema legal y reglamentario que regula la formación de la lista de puntos discutibles en las sesiones ordinarias.”

La redacción de *El Consultor de los Ayuntamientos*¹ sostiene, en este orden de cosas, que el alcalde no está obligado a incluir las propuestas de los miembros de la corporación, porque:

“No implica excluir del conocimiento del Pleno un asunto de su competencia, por haber otro cauce para ello, cual es la solicitud de pleno extraordinario por la iniciativa de la cuarta parte de la corporación.

“Lo contrario llevaría al absurdo y dejaría en ‘letra muerta’ la exigencia de dicho porcentaje mínimo a que nos venimos refiriendo para convocar un pleno extraordinario si remitiendo a Secretaría la propuesta con antelación suficiente el alcalde estuviera obligado a incluirlo en el orden del día de la sesión a celebrar...”

Desde esta perspectiva, asumir que el alcalde o el presidente, en nuestro caso, vienen obligados a trasladar al orden del día de una manera automática las propuestas que le presentan los grupos de la corporación es desconocer las reglas claves del funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales, sin que pueda

admitirse que lo contrario es impedir el derecho que tiene la oposición a participar en los asuntos de la corporación, porque, como vamos a ver, tiene los adecuados mecanismos para ello.

En efecto, no hay que olvidar la virtualidad de las sesiones extraordinarias convocadas a solicitud de la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la corporación –sin que ningún diputado pueda solicitar más de tres anualmente–, cuya regulación se ha visto afectada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, ya que en este caso, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 46.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), la celebración del Pleno no puede demorarse por más de quince días hábiles desde que fuera solicitado, sin que quepa incorporar el asunto al orden del día de un Pleno ordinario o de otro extraordinario con más asuntos si no lo autorizan expresamente los solicitantes de la convocatoria, con los mecanismos que se prevén de convocatoria automática si el presidente no procede a la convocatoria dentro del plazo señalado.

En este caso, pues, sí que el presidente se ve vinculado estrictamente por la petición de un grupo de convocatoria de un Pleno extraordinario, y por lo tanto está obligado a recoger en el orden del día la propuesta que le presenta el mismo, supuesto excepcional que está sujeto a que los solicitantes supongan, al menos, la cuarta parte del número legal de miembros de la corporación y al límite máximo de tres solicitudes anuales.

Asimismo, en las sesiones ordinarias también se puede proceder al debate y a la votación de las propuestas presentadas por los grupos o por un mínimo de tres miembros de la corporación, mediante acuerdo previo del Pleno que aprecie su urgencia, adoptado por mayoría absoluta –artículo 122.2 *in fine* LALA y artículo 51 TRRL– también como mecanismo excepcional, al igual que sucede ahora con la previsión del artículo 117.3 LALA, en el sentido de que en las sesiones extraordinarias pueden tratarse otros asuntos aunque no estén incluidos en el orden del día, a no ser que sean de carácter urgente, estén presentes todos los miembros de la corporación y así se acuerde por unanimidad.

Pero si estas son las excepciones, estrictamente tasadas, el régimen general es el de que la responsabilidad de fijar el orden del día corresponde al presidente y, al mismo tiempo, el de que los asuntos tienen que venir previamente dictaminados por las comisiones informativas –el artículo 126 ROF señala que los dictámenes de las comisiones informativas tienen carácter preceptivo y no vinculante, salvo los asuntos no dictaminados por razones de urgencia a que se refiere el ya citado artículo 82.3 de este

1. “Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2.ª edición, Madrid, 1995, p. 449 y 450.

mismo reglamento–, órganos complementarios que tienen por objeto el estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del Pleno, así como el seguimiento de la gestión del presidente, de la Comisión de Gobierno o de los diputados que ostenten delegaciones, como determina el artículo 32.2 LBRL.

De la interpretación lógica y sistemática de estos preceptos, se llega a colegir, en consecuencia, que salvo las excepciones recogidas en la propia ley no se puede eludir el trámite previo de la Comisión Informativa –sin que sea precisa mayor aclaración, aunque la ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña lo dice expresamente en el artículo 100.3, al aclarar que la apreciación de la urgencia eximirá del trámite del dictamen o informe de la respectiva comisión informativa, y mencionamos expresamente esta ley, porque resulta que el artículo controvertido, es decir, el artículo 122 LALA es, a su vez, copia literal del artículo 103 de la misma– y, si ello es así, el juego de las mayorías en estos órganos de estudio, informe y seguimiento puede hacer que, finalmente, una propuesta que iba en el orden del día de una comisión informativa se vea modificada y sus términos concretos difieran de los inicialmente propuestos –y aun así tampoco desaparecen los mecanismos oportunos para el grupo proponente, como serían los votos particulares o las enmiendas, ex artículos 121 LALA y 18 del Reglamento de organización y funcionamiento de esta corporación–.

En el espíritu del legislador no ha podido estar el hecho de que se establezca un régimen tasado y limitativo para las convocatorias de plenos extraordinarios para asuntos solicitados por los miembros de la corporación, o que se requiera mayoría absoluta para incluir un asunto que no figura en el orden del día en una sesión ordinaria, o la unanimidad de todos los miembros de la corporación, en el caso de las sesiones extraordinarias, y que, absurdamente, se pudiera incluir el asunto en los términos en que los proponga un grupo sólo por el hecho de presentarlo antes de la convocatoria del Pleno, sin más matices.

En el caso que nos ocupa, resulta que el asunto propuesto por el grupo popular fue incluido, previamente, en el orden del día de la Comisión Informativa de Desarrollo y Comarcalización, de 30 de agosto de 2001, y allí resultó dictaminado en los términos en los que se elevó al Pleno del 6 de septiembre de 2001, sin que se impidiera, como es obvio, la presentación de enmiendas, según resulta del examen del acta del citado Pleno, por lo que no es posible apreciar tacha jurídica alguna, ni impedimento a la labor de oposición.

Conclusión

Única. Del examen de los antecedentes y de la normativa aplicable se desprende que la formación del orden del día por el presidente de esta corporación –corres-

pondiente al Pleno ordinario celebrado el 6 de septiembre de 2001, a que se refiere este informe– se ajustó plenamente a la legalidad vigente. ■

La posibilidad de concesión de la licencia de apertura para la legalización de la actividad preexistente en un ámbito sujeto a planeamiento especial

I. Antecedentes.

II. Consideraciones jurídicas. 1. Régimen urbanístico del ámbito afectado. 2. Situación de las construcciones, las instalaciones y los usos preexistentes al Plan General. 3. La incidencia de la previsión de planeamiento especial sobre la posibilidad de legalización de la construcción y el uso preexistente.

III. Conclusiones.

Francisco Cacharro Gosende
*Vicesecretario de la Diputación
de Ourense*

I. Antecedentes

Por parte del Ayuntamiento de Verín se formula una consulta acerca de la posibilidad de conceder una licencia de apertura para una actividad clasificada (industria de embotellado de agua) preexistente al Plan General en un ámbito sujeto a planeamiento especial (entorno del manantial de Cabreiroá).

Para responder a dicha consulta, entiendo que es preciso analizar, en primer lugar, cuál es el concreto régimen jurídico-urbanístico del ámbito de referencia; en segundo lugar, cuál es la situación de las instalaciones y la actividad que se pretende legalizar con respecto a dicha ordenación urbanística. Partiendo de los resultados de este análisis, y teniendo en cuenta la naturaleza y funciones de la licencia de apertura, se procederá a examinar la cuestión indicada.

II. Consideraciones jurídicas

1. Régimen urbanístico del ámbito afectado

El vigente Plan General de Ordenación Municipal, de 3 de agosto de 1998 (BOP de Ourense de 4 de agosto) establece en sus artículos 113 y 116 que el entorno del manantial de Cabreiroá constituye un ámbito sujeto a planeamiento especial. Consecuentemente, el Plan General no contiene la ordenación pormenorizada de dicho ámbito, sino únicamente las pautas que deberá recoger ese futuro plan especial, que será el que ordene la zona de modo detallado.

Con independencia de ello, cabe preguntarse acerca de la clase de suelo en la que se encuentra incluido este ámbito. El Plan General no lo especifica, pero a mi juicio no cabe duda de que se trata de un suelo urbano, y ello por las siguientes razones:

–Por la ubicación sistemática del artículo 116 en la estructura normativa del PGOM –en el capítulo II del título VIII (Normas particulares de cada zona), que recoge las Normas urbanísticas para el desarrollo del planeamiento especial, a continuación de las Normas del núcleo urbano, y dentro del mismo título. No se encuentra, pues, ni en las normas propias del suelo urbanizable (título X) ni en las del suelo de núcleo rural (título XI) ni, en fin, en las del suelo rústico (título XII).

–Porque sus características no corresponden desde luego ni a las de un suelo urbanizable (cuyo desarrollo correspondería a un plan parcial, y no a un plan especial) ni a las de un suelo de núcleo rural (no existe un núcleo rural en este ámbito conforme al concepto establecido en el artículo 75 de la Ley del suelo de Galicia). Tampoco se trata de un suelo rústico, dada su transformación urbanística (cuenta con todos los servicios urbanos esenciales que define el artículo 64.1.a) de la LSG). Ciertamente, las peculiares características del

entorno del manantial de Cabreiroá –en esencia, su relativo aislamiento del casco urbano– podrían suscitar alguna discusión al respecto, en la medida en que, aun cuando la existencia de servicios urbanísticos determina en nuestro derecho la clasificación reglada de un suelo como urbano (en virtud de la llamada “fuerza normativa de lo fáctico”), es también cierto que esa misma legislación urbanística admite, por vía de excepción, la dotación de servicios urbanísticos en suelo rústico (así, en los supuestos de actuaciones de interés público, o en los de construcción de viviendas unifamiliares, pues lógicamente todas estas construcciones autorizables en suelo rústico precisan de una infraestructura urbanística, por mínima que sea). Esta circunstancia es la que ha llevado a la jurisprudencia a matizar que un terreno, para ser considerado urbano, además de poseer los servicios básicos de acceso rodado, abastecimiento, saneamiento y suministro de energía eléctrica (con características adecuadas para servir a la edificación) debe hallarse integrado en la “malla urbana” de la ciudad, integración que se resuelve fundamentalmente en su conexión a las redes generales de servicios urbanísticos. No consta este dato de la inserción en la malla urbana, pero en todo caso entiendo que esa concepción jurisprudencial puede y debe ser matizada para supuestos como el de los suelos industriales o urbanizaciones ya completadas, que pueden estar relativamente aislados del casco e integrar una malla urbana autónoma. O lo que es lo mismo: debe tenerse en cuenta la posibilidad de que existan varias mallas urbanas en un mismo municipio. El entorno de Cabreiroá, en este sentido –y para el caso de que, efectivamente, no estuviese totalmente integrado en la malla urbana de la villa– entiendo que debería ser considerado como una malla urbana autónoma, en tanto que enclave para uso industrial de aguas minerales y usos dotacionales y de equipamientos (balneario, infraestructuras turísticas, etc.).

Además de la clasificación del suelo, es preciso tener en cuenta su categorización, que el Plan General tampoco contempla expresamente. Las opciones de categorización dentro del suelo urbano son dos: consolidado o no consolidado, estribando la diferencia esencial entre ambas categorías en la necesidad de una operación de ejecución integral del planeamiento (artículo 65.2 LSG). Es preciso, pues, deslindar esta cuestión a partir de los datos que al respecto nos suministra el Plan General.

De entrada, debe destacarse que el Plan General adolece de cierta confusión en este punto. De una parte, se habla de un plan de reforma interior (así se define en el artículo 113 y en el epígrafe del 116, denominándolo PERI-2). De otra parte, sin embargo, se nos habla en el mismo artículo 116.2 de un plan especial de protección del paisaje “en los términos definidos por el artículo 29 de la LSG”. Atendiendo a los objetivos que para el plan

especial fija el PGOM, tampoco se nos aclara particularmente el carácter del plan: algunos de dichos objetivos encajan claramente con los de un plan especial de protección del paisaje –así, el “garantizar el mantenimiento de sus singulares características naturales mediante la protección de la vegetación” o el establecer las “normas de protección”–; otros, sin embargo, parecen responder más a finalidades de reforma interior –por ejemplo, al hablar de “rehabilitación y ampliación del actual balneario, saneamiento”–. Quizá lo más razonable es pensar en un error material en la definición del plan especial, y considerar que la singularidad del plan especial –derivada de la propia singularidad del entorno de Cabreiroá, que reúne las condiciones de espacio natural y ajardinado con el uso industrial en una superficie de solamente unas 4,6 hectáreas– indujo a incluir en él una pluralidad de fines que, en parte, coinciden con lo que se denomina “reforma interior” y en parte con la “protección del paisaje”. Siguiendo este razonamiento, cabría interpretar que lo que el Plan General prevé es un plan especial mixto, que aúna condiciones de los planes de reforma interior y los planes de protección del paisaje. La cuestión, en el fondo, es a mi juicio meramente nominal: lo importante es el contenido del plan especial, y no la denominación que se le quiera dar (téngase en cuenta que la clasificación de planes especiales que contiene la LSG debe considerarse más indicativa que prescriptiva, siendo como es una clasificación abierta –vid. el artículo 26.2.d), que deja abierta la posibilidad de redacción de planes especiales para “cualesquiera otras finalidades análogas”– y teniendo en cuenta que la tramitación de dichos planes especiales es, siempre, la misma). Se trata, pues, de un instrumento de planeamiento relativamente abierto en su contenido, por lo que dentro de las finalidades que prevé la ley o “cualesquiera otras análogas” así como del respeto a lo establecido en el Plan General (al margen de lo dispuesto para los planes especiales originarios, que también se prevén) entiendo que cabe la formulación de planes especiales mixtos o incluso de planes atípicos, para responder a necesidades que la ley no pudo prever específicamente.

Pero, retomando el hilo de la cuestión objeto de análisis, lo que tratábamos era de discernir la categorización del suelo urbano de Cabreiroá sujeto a planeamiento especial. Y lo cierto es que el carácter más o menos atípico del plan especial previsto no ilumina esta cuestión, ya que de la lectura de las genéricas previsiones del Plan General no se deduce claramente si será, o no, precisa una operación de ejecución integral. Existen previsiones que parecen apuntar a una operación de estas características –así, por ejemplo, cuando se habla de que a los efectos de su gestión, el ámbito del plan especial constituirá un único polígono, e igualmente cuando se prevé la cesión y urbanización de espacios libres, viales y zonas de uso público. Pero, al mismo

tiempo, no se prevé la cesión de aprovechamiento urbanístico, ni se determina el aprovechamiento tipo, ni se delimita un área de reparto, lo que, en caso de que el Plan deseara categorizar como suelo urbano no consolidado el ámbito del plan especial resultaba obligado (artículo 87.1 LSG), siendo además una determinación propia del Plan General (artículo 10.b) de la LSG). Existe, probablemente, una explicación para esta confusa redacción, basada en la presumible dificultad que, en el momento de elaborarse y aprobarse el Plan General, representaba determinar las diferencias de régimen jurídico entre el suelo urbano consolidado y el no consolidado. Debe recordarse aquí que la categorización del suelo urbano fue una innovación de la Ley del suelo de Galicia que fue recogida por la Ley estatal de régimen de suelo y valoraciones de 13 de abril de 1998, pero asignando al régimen del suelo consolidado condiciones básicas en parte contradictorias con las que originalmente establecía la ley gallega (en particular, en cuanto se refería precisamente a la posibilidad de operaciones integradas, con cesiones obligatorias, en el suelo urbano consolidado). Estas incertidumbres de la legislación son, quizá, la causa de las indefiniciones en que incurre el Plan General (no sería descartable, por ejemplo, que, en aquel momento, se hubiese considerado la posibilidad de que la hipotética operación de ejecución integral se desarrollase al amparo del régimen del suelo urbano consolidado en la LSG, instrumentando cesiones obligatorias de espacios libres pero sin ceder aprovechamientos urbanísticos –ya que el aprovechamiento subjetivo de los propietarios en suelo urbano consolidado se corresponde con el aprovechamiento real de las parcelas; en la interpretación dominante hoy día, sin embargo, ya no parece posible prever este tipo de cesiones obligatorias y gratuitas en el suelo urbano consolidado, al haberse entendido que no caben operaciones integrales en esa categoría de suelo urbano, sino únicamente en el no consolidado).

Al margen de esta posible explicación –que tiene demasiados elementos conjeturales como para poder ser tomada en consideración aquí– y ciñéndonos a la regulación de los planes especiales contenida en la Ley del suelo de Galicia, más en concreto en su artículo 26, nos encontramos con que la ley permite que un plan especial, en desarrollo de un plan general, pueda prever operaciones integradas de reforma interior incluso en el caso de que el Plan General no las contemple. Y añade que, en el caso de que eso suceda así, el plan especial “no podrá modificar la estructura fundamental de aquel –se refiere al Plan General– ni los usos globales y niveles de intensidad”, añadiendo, en su apartado 4, que el plan especial contendrá “las determinaciones necesarias para el desarrollo del planeamiento correspondiente y, en todo caso, las propias de su naturaleza y finalidad debidamente justificadas y desarrolladas en los

estudios, planos y normas correspondientes”, lo que, a su vez, se completa con la prohibición del apartado 5 de que los planes especiales puedan clasificar suelo.

Estas reglas del artículo 26, puestas en conexión con la interpretación dominante de que –conforme tanto con la definición del no consolidado en el artículo 65.2 como con el régimen aplicable a dicha categoría a partir de la Ley 6/1998– las operaciones de ejecución integral solamente pueden llevarse a cabo en suelo no consolidado, nos llevan a la conclusión de que, si el plan especial puede prever operaciones integradas no contempladas en el PGOM, también podrá categorizar el suelo en consecuencia –nótese que el artículo 26 sólo le prohíbe al Plan Especial la clasificación, pero no la categorización– y, correlativamente, delimitar las áreas de reparto que procedan y fijar los correspondientes aprovechamientos tipo. A mayores, esto permite afirmar que no es necesario que la categorización venga contemplada ya en el Plan General, y que, por tanto, dicha determinación urbanística puede quedar abierta, en espera de ser concretada por el Plan Especial, que será el que evalúe si –y en qué concretos ámbitos– resulta precisa una operación integral, o bien si basta –para llevar a término sus determinaciones– con realizar actuaciones de carácter aislado. Entendemos que esta interpretación no vulnera los límites impuestos a los planes especiales en el artículo 26, ya que la categorización no implica clasificación del suelo, ni alteración de usos globales, ni alteración de la estructura fundamental prevista en Plan General, sino, simplemente, la introducción de un mecanismo de gestión y ejecución colectiva del planeamiento derivado de la propia naturaleza de sus determinaciones.

Trasladadas estas consideraciones al caso que nos ocupa, fácilmente se llega a la conclusión de que el entorno del manantial de Cabreiroá delimitado en el PGOM como ámbito sujeto a planeamiento especial es un suelo urbano sin categorizar, correspondiendo dicha categorización al futuro plan especial. En consecuencia, su concreto régimen jurídico-urbanístico queda así en una situación de indefinición transitoria, hasta tanto no entre en vigor el plan especial.

2. Situación de las construcciones, las instalaciones y los usos preexistentes al Plan General

Otra de las premisas básicas que es necesario establecer para proceder al análisis jurídico de la cuestión planteada por el Ayuntamiento consiste en determinar cuál es la situación actual de esas construcciones, instalaciones y usos anteriores al Plan General, con respecto a las previsiones de dicho Plan. Evidentemente, y dado el carácter abstracto y genérico de la consulta a la que trata de responder este informe –se pregunta sobre la posibilidad de legalizar usos y construcciones preexistentes al PGOM en el entorno del manantial de Cabreiroá, pero

sin referir la cuestión a concretas obras e instalaciones, cuyas características se desconocen– la respuesta a esta cuestión revestirá ese mismo carácter de generalidad, por lo que las conclusiones a las que aquí se llegue deberán ser complementadas por los técnicos municipales a la hora de examinar las características de dichos usos e instalaciones, en el caso de que se solicitase la legalización de las mismas.

Con carácter general, puede hablarse de la posibilidad de que existan dos situaciones: o bien los usos y las construcciones se encuentran fuera de ordenación (por ser disconformes con el planeamiento), o bien se adaptan a ese planeamiento (es decir, están dentro de la ordenación vigente). Profundizando un poco más, debe añadirse que dichas posibilidades pueden predicarse, independientemente, tanto del uso como de la construcción. Cabe así, en teoría, un uso fuera de ordenación en una construcción ajustada al planeamiento, y viceversa.

De otra parte, a la posibles situaciones alternativas fuera o dentro de ordenación enunciadas, se añade aquí la circunstancia de la carencia de licencia, tanto de obras como de apertura, circunstancia que, en sí misma, en nada modifica la situación de que se trate, pero que tiene consecuencias en cuanto a su situación legal, distintas en lo que se refiere al uso y a la construcción, respectivamente. En efecto, así como una construcción fuera de ordenación carente de licencia de obras solamente puede ser demolida en el supuesto de que no haya prescrito la infracción urbanística de que se trate (reduciéndose, en caso de prescripción, el efecto de la situación de fuera de ordenación a la “congelación” de lo edificado, en los términos del artículo 58 de la LSG), en cambio, un uso fuera de ordenación carente de licencia podrá ser impedido en todo momento, sin posibilidad de prescripción, ya que al ser la explotación del establecimiento mercantil o industrial una actividad continua (en contraste con la actividad constructiva, que termina con el remate de la construcción, *dies a quo* del plazo de prescripción) la prescripción (no prevista, por lo demás, en la normativa medioambiental aplicable) no se produce nunca, pues la actividad infractora persiste en el tiempo.

De un modo esquemático, las posibles situaciones que podrían darse serían las siguientes:

- Edificación y uso dentro de ordenación.
- Edificación y uso fuera de ordenación.
- Edificación dentro de ordenación/uso fuera de ordenación.
- Edificación fuera de ordenación/uso dentro de ordenación.

En los supuestos b) y c) nunca podría concederse licencia de apertura para la legalización de la actividad, por la razón obvia de que el uso no está permitido por el planeamiento. Debiendo añadirse que, además, al no

prescribir el uso ilegal, el Ayuntamiento debería proceder a ordenar el cese de la actividad.

En el supuesto a) (edificación y uso dentro de ordenación) la respuesta, como regla general, debería ser, en cambio, afirmativa: se podría conceder licencia, en la medida en que el planeamiento permite ese uso y esa construcción. En el caso concreto que nos ocupa, sin embargo, el tratarse de un ámbito sujeto a planeamiento especial exige examinar si esa circunstancia puede constituir un impedimento para la legalización, examen al que se dedica la consideración jurídica siguiente.

Más complejo resulta, si cabe, el supuesto d) (edificación fuera de ordenación/uso dentro de ordenación). En este caso, al tratarse de una edificación sin licencia, existirían dos situaciones alternativas, en cuanto a la edificación disconforme con el plan, a saber: que la infracción urbanística en que incurre la edificación se halle prescrita o no. En el caso de que no se encuentre prescrita, es obvio que la actividad no podrá tampoco legalizarse (pues lo que procederá será restaurar el orden urbanístico vulnerado, al no existir una licencia anterior al planeamiento que ampare la construcción; la licencia de apertura debería, así, ser denegada por razones de competencia municipal conforme al artículo 30.1 del RAMINP); en cambio, si la infracción en que incurre la edificación se halla prescrita, al no añadir la licencia de apertura posibilidades edificatorias –sino, simplemente, autorizar el uso para el que la edificación existente fue construida– y no alterarse, por tanto, el estatus de “propiedad congelada” que la ley atribuye a estas edificaciones, no veo obstáculo a la concesión de la licencia. Debe señalarse, a este respecto, que si la edificación se encuentra fuera de ordenación, sin licencia pero con la infracción urbanística prescrita, dicha edificación, en sí, no precisa ya de licencia de obras alguna para mantenerse en pie. La licencia de apertura, aquí, se limitaría a, una vez constada esa realidad urbanística, ejercer sus específicas funciones de control medioambiental (pues no cabría la denegación por razones de competencia municipal ex artículo 30.1 del RAMINP, en la medida en que esa competencia municipal ya no puede ser ejercida, al haber prescrito la correspondiente acción) Pero, nuevamente, tropezamos aquí con la singularidad de hallarse la construcción y uso en un ámbito sujeto a planeamiento especial, y surge la pregunta de si esta singular circunstancia podría representar un obstáculo a la legalización.

Hemos definido, pues, tres posibles situaciones (edificación y uso fuera de ordenación, edificación dentro de ordenación y uso fuera de ordenación, y edificación fuera de ordenación no prescrita con uso dentro de ordenación) en las que en ningún caso procedería la legalización de la actividad mediante la concesión de licencia de apertura. Asimismo, hemos aislado dos situaciones (edificación y uso dentro de ordenación, edifica-

ción fuera de ordenación prescrita y uso dentro de ordenación) en las que, en condiciones normales, la legalización de la actividad no representaría mayores problemas. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, existe una circunstancia (el emplazamiento en ámbito remitido a planeamiento especial) cuya incidencia en la posibilidad de legalización debe examinarse, lo que se hace en la consideración jurídica siguiente.

3. La incidencia de la previsión de planeamiento especial sobre la posibilidad de legalización de la construcción y el uso preexistente

A primera vista, la incidencia de la falta del planeamiento especial previsto en el PGOM para esta zona, en cuanto a la legalización de las construcciones y usos preexistentes, se manifiesta en los siguientes aspectos problemáticos:

a) De una parte, al carecer el entorno del manantial de Cabreiroá de una ordenación pormenorizada, se plantea el problema de la determinación de los propios supuestos de hecho de que se parte, es decir, se plantea el problema de si es posible saber si realmente la edificación o el uso se hallan, o no, fuera de ordenación.

b) De otra parte, la posibilidad de que en el futuro planeamiento especial se prevean operaciones integrales de reforma interior, que podrían implicar la categorización del suelo urbano como no consolidado, y la consiguiente necesidad de proceder a realizar operaciones de distribución de cargas y beneficios, que hipotéticamente podrían quedar comprometidas por la legalización de las construcciones y usos existentes.

A continuación, se analiza separadamente cada uno de estos aspectos problemáticos.

a) En cuanto a la carencia de una ordenación pormenorizada del ámbito de referencia (cuyo régimen jurídico, como se expuso en la consideración jurídica primera de este informe, se encuentra, hasta tanto no se apruebe el plan especial, en una situación de indefinición transitoria) representa, ciertamente, un obstáculo a la hora de determinar si una edificación o un uso se encuentra o no fuera de ordenación, pues, lógicamente, al no existir planeamiento específico, difícilmente podrá saberse si la edificación o el uso proyectado se ajusta a ese planeamiento.

Esta dificultad, empero, puede y debe ser matizada. De una parte, la situación de indefinición transitoria del régimen urbanístico de esta zona es relativa. Es cierto que se carece de una ordenación pormenorizada, pero también lo es que no hay una carencia absoluta de ordenación, ya que el Plan General contiene una regulación genérica con normas de aplicación directa que el Plan Especial nunca podrá desconocer. Así, sabemos que en cuanto a los usos, todos los “relacionados con la industria del agua” están permitidos. Igualmente, sabemos, en cuanto

al uso industrial de aguas, que el tipo de edificación será de planta baja, equivalente a siete metros de altura, con una ocupación máxima de 7.300 m². A la vista de estos datos normativos, en buena técnica jurídica, sigue resultando imposible determinar estrictamente si las edificaciones o construcciones se hallan fuera de ordenación, ya que existen múltiples aspectos no regulados, que constituyen por tanto una absoluta incógnita. Incógnita que, sin embargo, desaparece con respecto a los usos, ya que la amplitud –y, al mismo tiempo, concreción– con que se contemplan en el PGOM no deja margen al plan especial para prohibir ninguno de los relacionados con la industria del agua. No obstante, cabría la objeción de que el futuro plan especial pudiese ordenar –al efectuar la zonificación del ámbito– el emplazamiento de los usos industriales del agua en lugar diferente a aquel en que se encuentran actualmente. Empero, esto es algo que, teniendo en cuenta el reducido tamaño del ámbito de planeamiento, parece absolutamente improbable, y de verificarse muy posiblemente pudiese constituir una franca ilegalidad, por implicar una auténtica arbitrariedad en la planificación, prohibida en nuestro ordenamiento conforme al artículo 9.3 de la CE –si el uso industrial de aguas se trasladase a otro emplazamiento dentro del recinto de Cabreiroá, ello sólo podría significar su traslado a zonas verdes y jardines de carácter histórico actualmente existentes, que desaparecerían, y la desaparición de la histórica configuración del entorno del manantial, que se pretende proteger–. Esta última objeción, por tanto, sería más teórica que real. En mi opinión, y con los datos normativos que suministra el Plan General, puede afirmarse que, cualquiera que sea el contenido del futuro Plan Especial, el uso industrial de aguas existente no está –ni estará– fuera de ordenación.

La situación, pues, podría definirse como de relativa indefinición en cuanto a la construcción e instalaciones: si incumple los mínimos fijados en el Plan General, resultaría evidente que la edificación estaría fuera de ordenación (lo que nos llevaría al supuesto d) enunciado en la consideración jurídica segunda, que como vimos admite dos modalidades); en cambio, si cumplierse esas normas mínimas, aún así no podríamos estar seguros de que estuviese dentro de ordenación (pues el plan especial siempre podría contener normas detalladas que dejaran fuera de ordenación el edificio). En lo que respecta al uso, la situación es distinta, ya que hemos visto que la pormenorización de los mismos en el plan especial nunca podrá prohibir lo ya permitido por el Plan General (lo contrario, equivaldría a vulnerar el principio de jerarquía normativa entre ambos instrumentos de planeamiento). Lo único que, como máximo, podría hacer el Plan Especial sería detallar las condiciones que deben cumplir dichos usos.

Partiendo de la situación descrita, debemos dar ahora un paso más y examinar en qué medida dicha situación

podría suponer un obstáculo a la concesión de la licencia. A mi entender, un dato decisivo es el de la antigüedad de la edificación. En efecto, si la construcción o instalación que alberga la actividad tiene una antigüedad superior a cuatro años, aun en el caso de que la edificación pudiese quedar fuera de ordenación en virtud de las disposiciones del futuro plan especial, nunca habría posibilidad para el Ayuntamiento de emprender acciones de reposición de la legalidad urbanística. En cambio, si la antigüedad es inferior, esa posibilidad existiría. Aún así, si la edificación anterior al Plan General cumple los parámetros de dicho Plan, no parece muy acorde con los principios de seguridad jurídica el poder denegar una licencia de uso de una edificación ya existente con base en la hipotética posibilidad de que pudiese quedar fuera de ordenación en un futuro.

Con respecto a los usos, como se avanzó, no se considera viable que el futuro plan especial altere su emplazamiento, y para el caso de que se añadiese algún tipo de condicionamiento, siempre sería posible imponer su cumplimiento mediante la técnica de imposición de medidas correctoras, dado el carácter de autorización operativa que posee la licencia de apertura que, a diferencia de la licencia de obras, establece una relación permanente entre el licenciario y la Administración, en virtud de la cual la actividad autorizada está sujeta a la obligación de reajustarse continuamente al cumplimiento de las nuevas normas o requisitos para su ejercicio que puedan surgir.

Con base a lo anterior, entiendo que la falta del planeamiento especial sólo constituye obstáculo para la concesión de la licencia de apertura en el supuesto de que la edificación que alberga la actividad tuviese una antigüedad inferior a cuatro años, ya que, en caso contrario, aun cuando hipotéticamente pudiese quedar fuera de ordenación en virtud del Plan Especial, esa situación sobrevenida no alteraría, como se expuso en la consideración jurídica segunda, la posibilidad de obtención de licencia. Igualmente, lo considero posible si su antigüedad fuese inferior a cuatro años, siempre que cumpla con los parámetros del Plan General, aunque este caso puede resultar más discutible; pero entiendo que, tratándose de una edificación preexistente, es decir, no tratándose de un acto de ejecución del planeamiento, el planeamiento específico no resulta imprescindible, y que al mismo tiempo no es fácil sostener la denegación de una licencia de apertura (cuya función específica, insisto, es el control medioambiental de la actividad) con base en la posibilidad de que una construcción anterior al Plan General y que cumple con sus parámetros pudiese quedar fuera de ordenación de acuerdo con una norma que aún no existe; todo ello, teniendo en cuenta además que el Plan General no impone ninguna restricción a la concesión de licencias en el ámbito en cuestión.

b) El segundo posible escollo para la concesión de la licencia de apertura residiría en la hipotética previsión, en el Plan Especial, de una operación integral de reforma interior, con la consiguiente categorización como suelo urbano no consolidado y la necesidad de proceder, previamente a la ejecución del planeamiento, al cumplimiento de los deberes de urbanización, cesión y equidistribución mediante el sistema que se establezca. Al respecto, debe advertirse que la licencia de apertura para la legalización de actividad preexistente no constituye un acto de ejecución del planeamiento (menos aún, de un planeamiento que todavía no existe) sino, simplemente, un acto de control administrativo del cumplimiento de la legalidad por parte de esa actividad en un doble aspecto: urbanístico (referido, fundamentalmente, a la legalidad del uso y de la construcción que lo alberga) y medioambiental (en cuanto a la evaluación de la incidencia ambiental de la actividad e imposición de las medidas correctoras correspondientes, siendo decisivo, en este aspecto, el informe vinculante de la Comisión de Medio Ambiente). Con respecto a la legalidad del uso, ya señalamos que está permitido por el Plan General y no podrá ser prohibido por el Plan Especial. Con respecto a la legalidad de la construcción, y partiendo siempre de que posea una antigüedad superior a cuatro años y/o cumpla las normas del Plan General, también se aclaró que, en el peor de los casos, y siempre hipotéticamente, podría quedar fuera de ordenación por obra del futuro plan especial (pero no sería una construcción estrictamente ilegal, sino sólo fuera de ordenación, sin posibilidad de ejercer acciones urbanísticas de reposición de legalidad; situación que, por cierto, en el caso de que la edificación tenga una antigüedad superior a cuatro años se producirá exactamente igual se conceda o no la licencia de apertura). El escollo aquí planteado se reduciría, por tanto, a ver en qué medida la eventual previsión de una operación de reforma interior integral podría verse comprometida por la concesión de licencia de apertura a la actividad ya existente. La respuesta parece clara, en el sentido de que la concesión de dicha licencia no va a obstaculizar la ejecución de esa hipotética reforma interior. Así, nunca se obstaculizarán las cesiones de espacios libres (porque la licencia de apertura no va a autorizar a ocupar ninguno de esos hipotéticos espacios, salvo que coincidan con los ya edificados, lo que, además de improbable, crearía una situación a la que nada añade la existencia o no de licencia de apertura), ni la urbanización, ni la cesión de aprovechamientos, por cuanto la situación física y jurídica de los terrenos y construcciones preexistentes al Plan General y al futuro Plan Especial no se verá modificada. En sentido inverso, tampoco se producirá una apropiación del aprovechamiento que, a mayores, pueda conceder el nuevo planeamiento sobre el ya existente, pues lo que se va a autorizar es el

uso de una edificación que ya existe, cuyo aprovechamiento ya ha sido materializado y apropiado, sin posibilidad –en el peor de los casos, es decir, en el caso de que la edificación pudiese quedar fuera de ordenación– de reacción restauradora de la legalidad por parte de la Administración urbanística.

A este respecto, debe destacarse que el artículo 95.2 de la LSG permite que, en áreas de reparto de suelo urbano, se puedan otorgar licencias de edificación sin necesidad de previa equidistribución cuando el aprovechamiento solicitado no sea superior al aprovechamiento tipo y no concurren supuestos de distribución obligatoria de cargas y beneficios. La norma legal resulta muy ilustrativa de la validez de la tesis que aquí se sostiene, teniendo en cuenta que se refiere a un supuesto distinto, en el que la operación de ejecución integral ya está prevista y diseñada en el planeamiento. Aun cuando en este caso se desconozca cuál será el aprovechamiento tipo (entre otras cosas, se desconoce si existirá ese aprovechamiento y el área de reparto, y, en fin, si desconoce si habrá o no operación de ejecución integral) parece claro que no concurre ningún supuesto de equidistribución obligatoria, por la sencilla razón de que, en virtud de la licencia de apertura, ni se adquieren los beneficios del nuevo planeamiento, ni se cumplen las cargas que de él deriven: simplemente, se pondría fin a una situación irregular –la falta de licencia– que afecta a una realidad anterior al planeamiento y que no se ve tampoco prohibida por él. En todo caso, si se comprueba que el aprovechamiento de la edificación es inferior al mayor aprovechamiento que el planeamiento permite ahora, nos encontraríamos con que siempre se cumplirían los requisitos para aplicar el artículo 95.2 (el cual, en cualquier caso, se trae aquí a colación como argumento a mayores de lo ya expuesto, por su carácter orientativo en esta cuestión, ya que, al no haberse delimitado ninguna área de reparto en el entorno de Cabreiroá, el conjunto del artículo 95 resulta ser inaplicable a este caso.)

Por consiguiente, esta segunda cuestión no representa, tampoco, un obstáculo a la concesión de la licencia de apertura.

III. Conclusiones

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, cabe extraer las siguientes conclusiones:

1. En el supuesto de que la construcción o edificación que albergue la actividad que se pretende legalizar tenga una antigüedad superior a cuatro años, no existirá ningún obstáculo urbanístico a la concesión de la licencia de apertura, ya que, aun cuando dicha edificación se encontrase fuera de ordenación, por ser disconforme con el Plan General, o pudiese llegar a quedar fuera de ordenación en virtud de lo dispuesto en el futuro Plan Especial, la autorización en ella de un uso

permitido por el planeamiento no supone alteración del estatus de la edificación fuera de ordenación, conforme al artículo 58 de la Ley del suelo de Galicia, ni compromete la futura ejecución del Plan Especial que se apruebe en su día.

2. En el resto de supuestos –si la edificación o instalación tuviese una antigüedad inferior a cuatro años– no debería concederse licencia de apertura, cuando menos en los casos en que la edificación sea disconforme con el Plan General.

3. En el supuesto de que fuese conforme al Plan General –pero de antigüedad inferior a cuatro años– la solución sería más difícil, por cuanto al carecer de la ordenación pormenorizada del Plan Especial, resultaría imposible prever que no vaya a resultar disconforme con éste. Sin embargo, en la medida en que la licencia de apertura no constituye un acto de ejecución del planeamiento –dada la preexistencia de la edificación– considero que igualmente podría concederse la licencia, pues lo que no cabría es denegarla con base en la teórica posibilidad de que una hipotética norma futura pudiese dejarla fuera de ordenación. ■

Reflexiones sobre la problemática de la tributación local en un marco de servicios liberalizados, en especial las acciones emprendidas en defensa de la hacienda municipal por el consorcio Localret

1. La tributación local de Telefónica. 1.1. Antecedentes históricos. 1.2. La nueva situación creada por la Ley 15/1987, de 30 de julio, y la Ley 33/1988, de 28 de diciembre, de haciendas locales. 1.3. El Real decreto 1334/1988, de 4 de noviembre. 1.4. El nuevo contrato regulador de la concesión entre el Estado y Telefónica de 1992.
2. Las consecuencias de la liberalización en la CTNE y la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.
3. Problemática suscitada.
4. Actuaciones efectuadas por Localret.
5. La tributación local de los denominados segundos operadores de telecomunicaciones. 5.1. La prestación de servicios de telefonía fija. 5.2. La prestación de servicios de telefonía móvil.
6. La tributación local del servicio de electricidad.
7. Conclusiones y posibles actuaciones.

Pedro Luis Martínez Pallarés
*Letrado asesor de la Asesoría Jurídica
de la Diputación de Zaragoza*

1. La tributación local de Telefónica

1.1. Antecedentes históricos

La Ley de 31 de diciembre de 1945 concedió al Estado autorización para celebrar un contrato con la Compañía Telefónica Nacional de España (CTNE), que se aprobó por Decreto de 31 de octubre de 1946. En la base séptima del mismo se establecía un régimen fiscal especial de aquella, consistente “en la sustitución de la totalidad de las deudas tributarias por cualquier arbitrio, tasa, contribución especial o impuesto de los que fuera sujeto pasivo y quienquiera que fuese el sujeto activo exaccionador de los mismos, por un porcentaje que sobre sus ingresos y en la forma y medida que se establecía en el propio contrato, habría de abonar la compañía al Estado” (exposición de motivos de la Ley 15/1987). La mencionada base séptima fijaba el canon a abonar a favor del Estado en un 15% de los beneficios, cantidad que no debía ser inferior en ningún supuesto al 4% de los ingresos brutos. Nos encontrábamos ante una norma estatal que exoneraba a la CTNE de todo tipo de imposición, incluida la local, y que exclusivamente atribuía al Estado el derecho a la percepción del canon compensatorio.

1.2. La nueva situación creada por la Ley 15/1987, de 30 de julio, y la Ley 33/1988, de 28 de diciembre, de haciendas locales

La Ley 15/1987 suprime la exención fiscal general que se reconocía a la CTNE en la Base 5.^a de la Base 7.^a del contrato celebrado por el Estado con aquella y suprime la participación compensatoria que se reconocía a favor del Estado (artículo 1.1). En contrapartida, la ley establece la sujeción general de la CTNE a todos los tributos de carácter estatal y local, y de las comunidades autónomas en su caso, sin establecer peculiaridad alguna respecto de los tributos estatales y remitiéndose a la legislación de las comunidades autónomas respecto de los hipotéticos tributos autonómicos.

Respecto de los tributos locales, “dada la pluralidad de sujetos activos exaccionadores, la diversidad de ordenanzas locales con la subsiguiente multiplicidad de tipos, tarifas y sistemas de gestión contemplados en las mismas; el sin número de conductas y acontecimientos que integran los hechos imposables de las tasas y contribuciones locales [...]” (Exposición de motivos), se establece la expresa sujeción de la CTNE a la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria y a la Contribución Territorial Urbana, y la sustitución de cuantos otros tributos de carácter local que pudieran corresponder por una compensación en metálico de periodicidad anual, que se satisfará trimestralmente a los ayuntamientos y diputaciones provinciales. La ley determina que la compen-

sación consistirá en un 1,9% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtenga en cada termino municipal y en un 0,1% de los que obtenga en cada demarcación provincial, sin que sea necesario para su efectiva aplicación que las entidades locales adopten acuerdo o aprueben ordenanza fiscal alguna. Por último, la ley habilita a la Ley de presupuestos generales del Estado para modificar anualmente los mencionados porcentajes de la compensación.

La Ley 33/1988, reguladora de las haciendas locales, en su disposición adicional octava, ratifica la vigencia de la Ley 15/1987 y de su nuevo régimen, y adecua la redacción de ésta a las figuras tributarias de aquella, de forma que la expresa sujeción de la CTNE a las contribuciones territoriales debe entenderse referida al nuevo impuesto sobre bienes inmuebles.

1.3. El Real decreto 1334/1988, de 4 de noviembre

El papel que desempeña el Real decreto 1334/1988 en la configuración del nuevo régimen especial de tributación de la CTNE es significativo, puesto que tal y como expresamente dispone su Exposición de motivos “procede al desarrollo de la normativa legal expuesta regulando el concepto de ingresos brutos procedentes de la facturación; la forma de calcular los mismos y las partidas que los integran; el procedimiento, importe, plazos y documentación de los correspondientes pagos [...]”. De esta forma, el artículo 2 del real decreto, a los efectos de la compensación del 1,9% de los ayuntamientos y del 0,1% a favor de las diputaciones provinciales, determina expresamente como ingresos netos de explotación procedentes de la facturación de la CTNE en cada término o demarcación, los obtenidos de:

- Servicio telefónico, incluyendo la utilización de cabinas y locutorios.

- Servicios telemáticos y de transmisión de datos.

- Servicios móviles, terrestres y marítimos.

- Alquiler y conservación de equipos o instalaciones propiedad de la CTNE o de abonados.

De los mencionados conceptos se deben minorar las partidas incobrables o de dudoso cobro y las partidas correspondientes a importes indebidamente facturados porque hayan sido anulados o rectificados.

Asimismo, se prevé un sistema de pago de las compensaciones mediante cuatro declaraciones-liquidaciones trimestrales a cuenta de la declaración-liquidación definitiva que se practique. Debe resaltarse que ha de presentarse un ejemplar de cada una de estas liquidaciones, sin otro detalle que el importe global, ante la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, y otro ejemplar, con detalle de facturación y cálculo de participación de cada municipio o provincia, ante la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales, que a su vez deberá interesar periódica-

mente de aquélla la ordenación del pago a favor de los ayuntamientos y diputaciones.

1.4. El nuevo contrato regulador de la concesión entre el Estado y Telefónica de 1992

Con fecha 14 de enero de 1992, mediante Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 14 de enero de 1992, se procedió a la aprobación del nuevo contrato regulador de la concesión para la prestación de los servicios finales y portadores entre el Estado y Telefónica, estableciéndose específicamente en su cláusula séptima, apartado tres, que Telefónica estará obligada por el régimen fiscal que resulte de aplicación de la legislación vigente, que no es otro que el que hemos descrito en los apartados anteriores.

En la actualidad este contrato se encuentra vigente, si bien de conformidad con la disposición adicional octava de la Ley 11/1998, general de telecomunicaciones, deberá adecuarse al contenido de ésta.

2. Las consecuencias de la liberalización en la CTNE y la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social

En los últimos años, en un proceso que se ha consolidado con la aprobación de la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones, hemos asistido a un claro proceso de transformación del régimen de telecomunicaciones, que ha devenido de un sistema de monopolio a un sistema de competencia, al que se accede mediante autorización general o licencia individual. Este proceso, junto a las implicaciones sobre el régimen de utilización de las infraestructuras al que nos referiremos más adelante, ha incidido de forma sustancial en la configuración societaria de la antigua CTNE, que ha procedido a su escisión en diversas sociedades, provocando con ello la controversia sobre si el régimen fiscal especial expuesto debía aplicarse a todas las nuevas sociedades o solamente a una de ellas.

El artículo 21.5 de la Ley 50/1998 da solución a la cuestión al establecer que el mencionado régimen fiscal especial resulta aplicable a “la empresa del grupo Telefónica a la que, en su caso, le haya sido, o le sea transmitida la concesión para la prestación de los servicios de telecomunicación establecidos en el contrato de concesión entre el Estado y Telefónica de fecha 26 de diciembre de 1991. En tal caso, la compensación anual prevista en el artículo 4 de la citada Ley 15/1987 tendrá como base los ingresos procedentes de la facturación de la mencionada empresa; las restantes empresas del grupo, incluida Telefónica, S.A., quedan sometidas al régimen general de los tributos locales”.

Como consecuencia de todo ello, previa autorización del Consejo de Ministros de 18 de diciembre de 1998, se

ha procedido a la cesión parcial del contrato de concesión entre el Estado y Telefónica a favor de “Telefónica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones de España, S.A.”, Telefónica ha comunicado a la Agencia Estatal de Administración Tributaria la transmisión de los mencionados títulos habilitantes para la prestación de los servicios de telecomunicaciones básicas. Las restantes empresas del grupo Telefónica, salvo que tengan cedida total o parcialmente la concesión, se registrarán por el régimen fiscal ordinario.

El ámbito de aplicación del régimen fiscal especial se circunscribe por lo tanto a la sociedad o sociedades que integradas en el grupo Telefónica sean beneficiarias de la cesión de toda o parte de la concesión realizada por el Estado mediante el contrato suscrito el año 1991.

3. Problemática suscitada

La consecuencia directa de lo expuesto consiste en que Telefónica, S.A. parece ser que no incluye en el cómputo de la base de la compensación que debe realizar a favor de ayuntamientos y diputaciones los denominados ingresos brutos procedentes de la facturación en cada término o demarcación, los ingresos correspondientes a “servicios móviles, terrestres y marítimos”, que tal y como hemos visto con anterioridad el artículo 2 del Real decreto 1334/1988 incluía dentro de la consideración de aquéllos. La incidencia en los recursos de las entidades locales afectadas, todos los ayuntamientos y diputaciones del territorio español, son evidentes y claramente perjudiciales, máxime dado el gran desarrollo que ha tenido en nuestro país esta modalidad de telecomunicación, que genera a favor del grupo Telefónica un inmenso volumen de negocio, procedente tanto de los nuevos ingresos que crea como nueva actividad como de ingresos de usuarios que optan por la telefonía móvil en detrimento de la fija.

Junto a ello, la liberalización del sector, con la consiguiente introducción de la competencia, ha provocado que Telefónica, S.A. no sólo no haya incrementado su facturación sino que ha visto reducida la misma al existir otros operadores de telefonía fija que compiten por idéntica franja de mercado. Con ello, se produce una nueva reducción de los ingresos brutos procedentes de la facturación en cada término o demarcación, generándose como analizaremos a continuación la problemática de la imposición local de la actividad de los segundos operadores del sector de las telecomunicaciones.

4. Actuaciones efectuadas por Localret

El consorcio Localret, ante la situación creada, ha realizado hasta el momento las siguientes actuaciones:

–Solicitud de un informe del Consell Tributari de l'Ajuntament de Barcelona, órgano encargado del cono-

cimiento de cuantos recursos, reclamaciones y controversias de naturaleza tributaria se produzcan como consecuencia de actuaciones del Ayuntamiento de Barcelona, constituido al objeto de paliar las consecuencias de la práctica desaparición del control por los tribunales económico-administrativos de la actuación tributaria local, e integrado por personas independientes de gran influencia y prestigio profesional en el ámbito del derecho financiero y tributario. Las cuestiones planteadas hacían referencia al procedimiento para comprobar la facturación de Telefónica por la incomprensible disminución producida en relación con la facturación total; al procedimiento para recurrir las liquidaciones de Telefónica al no haber integrado la telefonía móvil a efectos de la compensación del 1,9%; régimen de tributación de las empresas del grupo Telefónica a favor de las que se transmitió alguno de los servicios integrados en el contrato de concesión con el Estado suscrito el año 1991; determinación de la cuantía de la tasa en el caso de otros operadores y la posibilidad de utilizar el sistema general del artículo 24 LRHL para cuantificar la tasa.

El informe se emitió con fecha 20 de diciembre de 2000, resaltando que la compensación a abonar por Telefónica a los ayuntamientos y diputaciones debe considerarse como un tributo de titularidad local, por lo que la actuación del Estado se realiza a cuenta de las entidades locales, verdaderos titulares de las potestades de gestión, recaudación, comprobación e inspección. Por ello los ayuntamientos y diputaciones ostentan un interés legítimo y pueden instar de la Administración del Estado la entrega de cuanta documentación y datos sobre su estado y tramitación. Asimismo el Consell entiende que no existe fundamento jurídico alguno para excluir del cómputo de los ingresos brutos de la facturación los procedentes de “servicios móviles, terrestres y marítimos”, puesto que forman parte del concepto “ingresos brutos de explotación” establecido por el artículo 2.1.c) del Real decreto 1334/1988.

–Presentación, con fecha 27 de marzo de 2001, de un escrito ante el Excmo. Sr. Ministro de Hacienda por el que solicita la liquidación definitiva de la compensación de los ayuntamientos que integran el consorcio por el ejercicio 2000, incluyendo los ingresos brutos de explotación procedente de la telefonía móvil terrestre, y de cuantos otros conceptos mencionados en el artículo 2.1 del Real decreto 1334/1988 no se hubieren tenido en cuenta para aquélla, especificando los criterios de distribución de aquélla entre las entidades locales; regularización de las liquidaciones definitivas practicadas a los ayuntamientos del consorcio durante los ejercicios 1995, 1996, 1997, 1998 y 1999, incluyendo en el cómputo de los ingresos brutos de explotación los procedentes de la telefonía móvil; una serie de información sobre distintos extremos de relevancia.

Como consecuencia de ello, el subsecretario del Ministerio de Hacienda y el jefe del Gabinete Técnico

de la Agencia Estatal de Administración Tributaria remiten sendos escritos en los que, en esencia, reconocen que en el cómputo de los ingresos brutos por facturación deben incluirse los procedentes de los servicios de telefonía móvil, pero circunscritos a los generados por Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, actual denominación de Telefónica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones de España, S.A., por ser la compañía filial dedicada a la prestación del servicio de telecomunicación, no considerando que estén sujetas al régimen especial, y por lo tanto al régimen de compensación las restantes sociedades filiales del grupo Telefónica, entre las que se encontrarían las empresas dedicadas específicamente al servicio de telefonía móvil. Asimismo, y ante la solicitud de comprobación y regularización de las liquidaciones practicadas, se limitan a recordar la regulación vigente respecto del ejercicio de dichas funciones, sin valorar en ningún momento la titularidad local de los recursos afectados.

–Con fecha 26 de junio de 2001, Localret y el Ayuntamiento de Barcelona, ante la confluencia de las actuaciones de ambas entidades públicas y la identidad de objetivos de las mismas, suscriben un convenio de cooperación interadministrativa en materia de defensa jurídica, por el que el consorcio encomienda al Ayuntamiento de Barcelona que en su nombre concierte los acuerdos necesarios con el equipo jurídico encargado de la defensa de sus intereses, que se efectuará mediante la suscripción del correspondiente convenio con la Universidad Carlos III de Madrid, a Tomás de la Quadra Salcedo, Juan Zornoza y Luciano Parejo, estableciéndose los mecanismos de financiación.

–Interposición de recurso contencioso-administrativo número 1044/2001 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional como consecuencia de la desestimación por parte del Ministerio de Hacienda de las pretensiones del consorcio manifestadas en su escrito de 26 de marzo de 2001 anteriormente mencionado.

5. La tributación local de los denominados segundos operadores de telecomunicaciones

Ya se ha destacado que el proceso de liberalización de la prestación de servicios de telecomunicaciones, culminado por la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones, no ha tenido su debido correlato en la adaptación de la legislación de las haciendas locales a esta nueva realidad. Ello supone que el actual marco normativo sobre la tributación local prevé sus disposiciones sobre la realidad de un solo operador de telecomunicación. En tanto se produce la necesaria adaptación de la Ley de haciendas locales, no parece razonable que las entidades locales permanezcan inmóviles ante una nueva realidad que en la mayoría de los

casos supone el efectivo aprovechamiento especial del dominio público local, por las nuevas empresas prestadoras de servicios de telecomunicación.

5.1. La prestación de servicios de telefonía fija

Dado que no se prevé régimen fiscal especial alguno, se considera que sería de aplicación el artículo 24 de la Ley de haciendas locales, que como regla general inicial establece que la base de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público se fijará “tomando como referencia el valor de mercado correspondiente o el de la utilidad derivada de aquéllos” y que en su apartado tercero dispone que “cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas suministradoras de servicios que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas [...]”.

Si la prestación del servicio la realiza un operador que es titular de la red, no se plantea duda alguna que es sujeto pasivo de la tasa y que el hecho imponible de la misma se produce efectivamente. La controversia se suscita, como consecuencia de la interpretación restrictiva que ha realizado la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Locales, en Dictamen de 1 de febrero de 2000, por la que se vincula la exigibilidad de la tasa a que el dominio público municipal se aproveche mediante instalaciones propias, excluyéndose con ello a los operadores que utilizan redes ajenas. Tanto la línea jurisprudencial de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña (ST 26-9-2001; 25-10-2001, 29-11-2001, y 4-4-2002), de momento no ratificada por el TS, como las tesis defensoras de los intereses municipales consideran que el hecho imponible de la tasa lo constituiría el aprovechamiento especial del dominio público, sin tener en cuenta el título por el que se utilicen las redes. El Consell Tributari de Barcelona comparte esta opinión al declarar que el “aprovechamiento especial se produce con independencia de que la empresa suministradora sea o no propietaria de la red [...]; exigir la propiedad de la red significa añadir un requisito no previsto en la Ley; y el aprovechamiento especial que se grava no es cualquier ocupación de suelo público, sino el que tiene lugar por prestación de un servicio de suministro a través del suelo público [...]”. Por lo tanto, el hecho imponible de acuerdo con esta tesis favorable a los intereses locales consistiría no en la utilización privativa del dominio público sino en el aprovechamiento especial del mismo.

La segunda controversia consiste en determinar si es de aplicación a estas empresas el apartado tercero del artículo 24.1 LHL, ya mencionado, que establece un sistema indiciario para determinar el valor del aprovechamiento especial del dominio público según baremos objetivos, y que lo circunscribe al aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas a favor de empresas suministradoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o una parte importante de los habitantes. El aprovechamiento del suelo, subsuelo o vuelo se produciría de conformidad con los argumentos expuestos en el párrafo anterior. El problema radica en determinar el alcance de la expresión “afecten a la generalidad o una parte importante del vecindario”, pudiendo sostenerse como lo han hecho sectores cualificados de la doctrina, la STS de 31-12-1979, la ST de 9-3-2000 del Juzgado de lo Contencioso n.º 2 de Zaragoza y la ST de 16-5-2001 del Juzgado de lo Contencioso de Teruel que la “afección debe interpretarse como potencialidad de suministrar a todo el vecindario, con independencia de que se corresponda con el número de abonados que en cada momento concreto tenga la empresa” (Eloy Colom), sin que por ello podamos olvidar que la reciente STS de 15-4-2000 en sentido contrario identifica la afección a la mayor parte del vecindario con la mayor parte del término municipal (Eloy Colom). En el supuesto de que se optase por considerar que los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 24.1 se cumplen, y como hemos visto existen poderosos argumentos para defender dicha posición, obligatoriamente los ayuntamientos deberían liquidar la tasa mediante la aplicación del sistema descrito, es decir, el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en el término municipal.

Otra de las posibilidades que puede darse consiste en que el ayuntamiento correspondiente considere que la actividad del segundo operador de telecomunicación no afecta a la generalidad o a una parte importante del vecindario, y por lo tanto no resulte de aplicación el sistema indiciario del artículo 24.1.3 LHL. En estos supuestos sería de aplicación la regla del artículo 24.1.1 LHL que establece que la base imponible de la tasa estará constituida por el valor de mercado del aprovechamiento especial. No obstante, si el Ayuntamiento mediante el correspondiente estudio técnico-financiero pudiera argumentar que el valor de mercado del aprovechamiento especial resulta ser igual o superior al 1,5% mencionado, podría abrirse la posibilidad de que mediante la correspondiente ordenanza fiscal, se estableciera que el importe de la misma consistiría en el 1,5% de la facturación de la empresa en el término municipal. Si bien no existe todavía jurisprudencia del TS al respecto, debemos destacar que el TSJ de Cataluña en sendas ST de 26-9-2001, 25-10-2001, 28-11-2001 y 4-4-2002 ha considerado conforme a derecho esta posible práctica.

5.2. La prestación de servicios de telefonía móvil

Debe resaltarse inicialmente que el artículo 61 de la Ley general de telecomunicaciones configura el espectro radioeléctrico como dominio público, y atribuye al estado la gestión del mismo, así como las facultades para su administración y control, prescindiéndose de las entidades locales a la hora de atribuirles cualquier tipo de competencia al respecto. Como consecuencia de ello, la tasa que el artículo 73 de la Ley general de telecomunicaciones previene con motivo de la reserva de cualquier frecuencia del dominio público radioeléctrico a favor de una o varias personas, se configura como una tasa estatal que deberá ingresarse en el Tesoro Público. La omisión de las entidades locales al respecto es total.

No obstante, consideramos que los servicios de telefonía móvil, a pesar de ello, tienen su incidencia en las haciendas locales. Ya hemos mencionado que los servicios de la telefonía móvil desarrollados por las empresas integrantes del grupo Telefónica integrarían la base imponible del concepto ingresos brutos que previene el régimen fiscal especial del mencionado grupo en relación con las entidades locales. Por ello no vamos a reiterar argumentos ya expuestos.

Es en relación con los servicios de telefonía móvil prestados con segundos operadores donde encontramos circunstancias novedosas. Si bien las sociedades titulares de servicios de telefonía móvil sostienen que en ningún momento aprovechan especialmente el suelo, subsuelo o vuelo del dominio público local, el equipo profesional de la Universidad Carlos III, contratado por el Ayuntamiento de Barcelona y Localret, consideran que puede demostrarse que el mencionado aprovechamiento se produce, especialmente, a distancias largas y medias en las que en algún momento se bajan las señales a tierra por redes fijas. En este sentido, el catedrático de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Juan Zornoza Pérez, ha aludido a la existencia de solicitud de licencias de obras por parte de empresas de telefonía móvil para realizar instalaciones fijas. Si ello fuese así, y en su verificación se encuentra trabajando el mencionado equipo, los ayuntamientos podrían someter a tributación el aprovechamiento especial del dominio de dichas empresas, de acuerdo con los argumentos expuestos para los segundos operadores de telefonía fija, de conformidad con el artículo 24.1 LHL.

6. La tributación local del servicio de electricidad

Al igual que en el supuesto de las telecomunicaciones, la liberalización de la prestación del suministro de energía eléctrica y la modificación de la configuración y la organización económica y corporativa de la entidad que operaba en el sector ha supuesto *de facto* una alteración

en el régimen fiscal de tales actividades que parece no gozar de cobertura legal al respecto. Ni la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional de 1994, ni la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, establecen modificación alguna en el régimen de tributación a las entidades locales, ni pretenden alterar la recaudación derivada del mismo.

La Ley 54/1997 establece una separación jurídica de la titularidad y de la gestión de las actividades de generación o producción, transporte, distribución y comercialización del suministro de energía eléctrica. La doctrina más cualificada considera que, a pesar de ello, el suministro de energía eléctrica es una actividad única en la que concurren diferentes subactividades o fases que son las reseñadas. “Pero esa separación de actividades no debe de ocultar que en la realidad física de las cosas la electricidad se produce y se consume en el mismo instante” (Zornoza Pérez).

No obstante, sólo los distribuidores a tarifa y los comercializadores pueden vender la energía a los consumidores finales, sean a tarifa o cualificados. Los distribuidores son los titulares de las redes que llegan hasta los consumidores y tienen la función legal de construir, mantener y operar las instalaciones destinadas a situar la energía en los puntos de consumo, y distribuir energía eléctrica, lo que supone vender la energía a los consumidores finales a tarifa o a otros distribuidores que hagan lo mismo. Los comercializadores tienen la función legal de venta de energía a los consumidores cualificados o a otros sujetos del sistema.

No vamos a centrar nuestra atención en el análisis del precio, ya sea a tarifa regulada o a convenio, de enorme interés para comprender que aquel no es otra cosa que la suma de la retribución de la totalidad de las actividades del sector –entendido como actividad única con diversas subfases–, y de gran relevancia para determinar el alcance del concepto de ingresos brutos y poder determinar con ello el importe de la tasa por aprovechamiento especial de dominio público. Nos limitaremos a reseñar la controversia habida sobre la determinación del sujeto pasivo de la tasa: el distribuidor y/o el comercializador.

Una vez más, al igual que en el supuesto analizado de las telecomunicaciones, la cuestión gira sobre si el sujeto pasivo de la tasa por aprovechamiento especial de dominio público local lo constituye el titular de las redes de distribución, en este caso el distribuidor, o quien efectivamente obtiene un beneficio particular con motivo del aprovechamiento especial del dominio público, manifestado a través de la utilización de las redes sin ser su titular, en este caso los comercializadores que gozan de un derecho de acceso a las mismas de conformidad con el artículo 42 de la Ley 54/1997. Las razones y argumentaciones son del mismo tenor que las expuestas en relación con los segundos operadores de telecomunicaciones,

resaltando que las ST del TSJ de Cataluña favorables a la interpretación a los intereses locales se efectuaron con motivos de litigios relacionados con el suministro de energía eléctrica, considerando a los comercializadores como sujetos pasivos de la tasa.

7. Conclusiones y posibles actuaciones

Primera. La liberalización de la realización de actividades hasta el momento efectuadas mediante monopolio ha tenido una incidencia claramente perjudicial sobre las haciendas locales. El legislador no supo, no pudo o no quiso prever las consecuencias de la liberalización de los sectores monopolizados en las haciendas locales, pero es evidente que las entidades locales, y con ellas los vecinos de nuestros pueblos y ciudades, no tienen por qué soportar el coste de la nueva configuración y régimen de explotación de los mismos.

Ni las decisiones de carácter estratégico de una empresa, CTNE, ni la liberalización de actividades que, no obstante su cambio de régimen jurídico siguen realizándose si bien por nuevos operadores, no pueden suponer de facto un cambio en el régimen de ingresos de nuestros municipios.

Segunda. Las entidades locales, municipios y provincias han sufrido un fuerte menoscabo en sus recursos como consecuencia del proceso liberalizador. Parece conveniente proceder a recuperar los ingresos dejados de percibir y establecer estrategias que permitan garantizar que en el futuro las liberalizaciones efectuadas y las que puedan realizarse no menoscaben los recursos locales hasta entonces obtenidos.

Tercera. Es evidente que el mejor sistema de evitar situaciones como las producidas consiste en proceder a un cambio legislativo que refleje específicamente en la Ley de haciendas locales una nueva regulación al respecto, en la que de forma indubitable se establezca un sistema que garantice que, al menos, las entidades locales mantendrán la capacidad recaudatoria que poseían respecto de estos servicios antes de su liberalización y se beneficien de cuantos nuevas actividades que el imparable desarrollo de las tecnologías produzcan, y que puedan necesitar utilizar tanto el suelo, subsuelo y vuelo de sus términos.

Cuarta. No obstante, paralelamente a la negociación necesaria tendente a la modificación del marco normativo, las entidades locales afectadas pueden intentar lograr la interpretación más favorable para sus intereses dentro del marco legal actualmente en vigor. Para ello deben intentar lograr pronunciamientos, tanto administrativos como jurisprudenciales, que permitan considerar como actividades susceptibles de tributación local, tanto aquellas que dentro del régimen de monopolio lo eran y con el proceso de liberalización y diversificación pretenden escapar de aquélla, como las de nueva apari-

ción que de una u otra forma para su normal desenvolvimiento utilizan o aprovechan el dominio público local. A nadie se le escapa que, con independencia de su valor intrínseco, esta vía constituye asimismo un importante mecanismo de presión adicional de cara a una negociación para la modificación del marco normativo.

Quinta. En relación con las actividades del grupo Telefónica, la estrategia iniciada por Localret parece adecuada. Se pretende lograr el pronunciamiento expreso de que los recursos procedentes de la compensación que integra su régimen fiscal especial tienen naturaleza local, por lo que la actuación del Estado, relativa tanto a la percepción de las correspondientes liquidaciones y del establecimiento de criterios de reparto como a sus actividades de comprobación e inspección de aquéllas, es puramente vicarial puesto que los verdaderos titulares de dichas potestades lo serán las entidades locales afectadas. Asimismo, se pretende lograr que dentro del concepto de ingresos brutos procedentes de la facturación en cada término o demarcación se computen los procedentes de la telefonía móvil ya sea explotado por Telefónica, S.A. o por otra empresa beneficiaria de la cesión de dichos servicios, por entender que éstos formaban parte de la concesión para la prestación de los servicios de telecomunicación establecida en el contrato suscrito entre el Estado y Telefónica el año 1991. Con ello, la polémica sobre si la prestación de los servicios de telefonía móvil requieren o no la utilización en algún momento de dominio público local sería irrelevante en relación con los servicios de telefonía móvil del mencionado grupo empresarial.

Por último, se pretende comprobar que efectivamente en las liquidaciones efectuadas durante los últimos cinco años, CTNE o Telefónica, S.A. han incluido todos y cada uno de los servicios reseñados en el mencionado contrato del año 1991.

El pronunciamiento que se obtenga como consecuencia del proceso judicial instado será determinante en relación con esta cuestión.

A este respecto, la Diputación Provincial de Zaragoza, en cuanto que beneficiaria de un 0,1% de la compensación de Telefónica de España, S.A., podría plantearse la conveniencia de sumarse a la iniciativa del Ayuntamiento de Barcelona y de Localret, o ejercer por sí misma sus acciones, si bien Localret considera más idónea la actuación coordinada de cuantas más entidades locales mejor.

Asimismo, podría informar a los ayuntamientos de la provincia de la situación planteada, intentando cuantificar el menoscabo económico que la nueva situación supone para cada uno de ellos, e incentivar que se sumaran a la iniciativa de Localret, en cuanto titulares del 1,9% mencionado. En esta última hipótesis debiera plantearse la posibilidad de crear una entidad que englobara a todos los municipios interesados, valorar la

posibilidad de utilizar la FAMP o de que la actuación fuese individual de cada ayuntamiento interesado bajo la coordinación de los servicios jurídicos de la Diputación Provincial de Zaragoza.

Sexta. En relación con los segundos operadores de telefonía fija y con los distribuidores y comercializadores del servicio de suministro de energía eléctrica, sin olvidar los requerimientos de coordinación que al respecto ha efectuado Localret, podría elaborarse un modelo de ordenanza tipo que regulase la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas o entidades que utilizan el dominio público para prestar los servicios de suministros que afecten a la generalidad de los vecinos. La segunda opción sería la elaboración de una ordenanza tipo que regulase la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas o entidades que utilizan el dominio público para prestar los servicios de suministros que no afecten a la generalidad de los vecinos, utilizando en este caso el 1,5% de los ingresos brutos en el término municipal como sistema de cuantificación de la tasa, siempre y cuando se demuestre que ésta no sería superior al valor del mercado del mencionado aprovechamiento especial.

Séptima. En relación con los segundos operadores de la prestación del servicio de la telefonía móvil, previos contactos con Localret y con su equipo profesional que nos acreditasen la utilización de instalaciones fijas y, por ende, el aprovechamiento especial, podríamos considerarlos incluidos dentro del hecho imponible de las ordenanzas mencionadas en el apartado anterior.

Octava. Las mencionadas ordenanzas debieran contemplar un régimen de autoliquidación, de forma que sean los sujetos pasivos los que calculen la liquidación en función de sus ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan en el término municipal, que en el supuesto de los distribuidores de energía eléctrica debieran incluir los peajes que pudieran cobrar a los comercializadores, en su caso, y en el supuesto de éstos últimos debiera realizarse sobre la facturación convenida a los consumidores cualificados.

Asimismo, al objeto de identificar los sujetos pasivos debieran prever la exigencia de un licencia de aprovechamiento especial del dominio público local, que tal y como la configuran los profesores Tornos Mas y Agullo Agüero, tendría naturaleza reglada "sin posibilidad de imponer condiciones ni de limitar el número de las mismas, tan solo condicionada, en su caso, a la licencia de explotación de la red en virtud de la legislación específica. [...] Lo relevante es exigir la licencia a todos los operadores, entendiendo que todos ellos llevan a cabo un aprovechamiento especial del demanio, pues utilizan el subsuelo, sean o no titulares de la red, para prestar un servicio de contenido económico".

Novena. Por último, dada la transcendencia de las operaciones propuestas, a juicio del letrado que suscri-

be, si se juzgase adecuado iniciar actuaciones sería aconsejable coordinar todas nuestras actuaciones con Localret e intentar integrarnos en cuantas iniciativas adopten, sin perjuicio de las aportaciones, las sugerencias, los informes, los dictámenes y la coordinación de actuaciones deban realizarse por la Asesoría Jurídica de la Diputación Provincial de Zaragoza. ■

La sección “Crónica de las ordenanzas locales” se fundamenta en la base de datos de esta revista, “Ordenanzas locales”, que recoge las publicadas en los boletines oficiales de libre acceso por internet (base de datos accesible desde el icono “QDL Cuadernos de Derecho Local”, de la página web de la Fundación Democracia y Gobierno Local).¹ En la sección se publicarán estudios que valorarán el alcance de la potestad normativa local sobre una materia, que se escogerá entre las que hayan sido el objeto de las ordenanzas incorporadas a la base de datos y publicadas durante el cuatrimestre que sucesivamente corresponda a cada número de la revista (en el caso de éste, las publicadas del 1 de enero al 30 de abril de 2002, fecha a partir de la cual se prepara el artículo que se publica).

La presente sección pretende ayudar a la formación de criterios para abordar la elaboración de ordenanzas sobre un objeto coincidente o similar, a través de la localización de las ya publicadas y de un estudio de carácter general que aborde el marco jurídico y las cuestiones de mayor conflictividad interpretativa.

En este QDL 0, el artículo tendrá por objeto la potestad normativa local en materia de instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil, y tomará como punto de partida el análisis de las ordenanzas incorporadas a la base de datos de esta revista, publicadas en boletines oficiales durante el período enero-abril de 2002.²

Debe destacarse la Ordenanza municipal reguladora de las actividades e instalaciones de radiocomunicación, aprobada como ordenanza tipo por la Diputación de Barcelona, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 6 de febrero de 2002. A partir de esa fecha, en el BOP de Barcelona, se han publicado, hasta mediados de julio de 2002, 51 edictos que hacen pública la aprobación inicial, por parte de los respectivos municipios, de la Ordenanza municipal reguladora de las actividades e instalaciones de radiocomunicación. Entre los publicados, 21 de los edictos hacen referencia

1. Puede consultarse en la dirección electrónica www.gobiernolocal.org. La base de datos recoge en la actualidad las ordenanzas publicadas en los boletines oficiales siguientes:

–Boletines oficiales de las provincias de Álava, Albacete, Alicante, Almería, Ávila, Badajoz, Barcelona, Cádiz, Castellón, Ciudad Real, Córdoba, A Coruña, Cuenca, Guipúzcoa, Huelva, Huesca, Málaga, Sevilla, Soria, Teruel, Toledo, Vizcaya y Zaragoza.

–Boletín Oficial del Principado de Asturias.

–Boletín Oficial de Cantabria.

–Boletín Oficial de las Islas Canarias.

–Boletín Oficial de La Rioja.

–Boletín Oficial de Madrid.

–Boletín Oficial de Navarra.

2. En concreto, han sido incorporadas a la base de datos:

–La Ordenanza municipal reguladora de las instalaciones de telecomunicación en el término de Lora del Río, aprobada definitivamente y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla, de 9 de abril de 2002.

–La Ordenanza municipal reguladora de las instalaciones de telecomunicación en el término de Guillena, aprobada definitivamente y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla, de 27 de febrero de 2002.

–La Ordenanza municipal para la instalación y funcionamiento de radiocomunicación de Alcalá del Río, aprobada definitivamente y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla, de 21 de febrero de 2002.

–La Ordenanza reguladora de las condiciones urbanísticas para instalación y funcionamiento de los elementos y equipos utilizados en la prestación de los servicios de radiocomunicación de Valencina de la Concepción, aprobada definitivamente y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla, de 30 de enero de 2002.

–La Ordenanza reguladora de la instalación, modificación y funcionamiento de las instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil de Calpe, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante, de 12 de marzo de 2002.

–La Ordenanza municipal reguladora de las instalaciones de telefonía móvil de Écija, aprobada definitivamente y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla, de 8 de marzo de 2002.

–La Ordenanza municipal para la instalación y funcionamiento de las instalaciones de antenas de telecomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas de Narón, aprobada definitivamente y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de La Coruña, con fecha 13 de marzo de 2002.

–La Ordenanza reguladora de la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación (telefonía móvil) de Conquista, publicada en el Boletín Oficial de Córdoba, de 18 de marzo de 2002.

–La Ordenanza reguladora para la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación de Santi Ponce, aprobada definitivamente y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla, de 18 marzo de 2002.

–La Ordenanza municipal reguladora de las instalaciones de radiocomunicación de Soto del Barco, aprobada definitivamente y publicada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 9 de marzo de 2002.

–La Ordenanza municipal reguladora de las condiciones urbanísticas de localización de instalaciones de telefonía móvil y otros equipos radioeléctricos de telefonía pública de Torrelavega, aprobada definitivamente y publicada en el Boletín Oficial de Cantabria, de 4 de abril de 2002.

–La Ordenanza municipal sobre instalaciones de radiocomunicación de Carranque, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Toledo, de 4 de abril de 2002.

–La Ordenanza municipal sobre instalaciones de radiocomunicación de Sonseca, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Toledo, de 3 de abril de 2002.

–La Ordenanza reguladora de instalaciones de radiocomunicación de Iñiesta, aprobada definitivamente y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Cuenca, de 1 de abril de 2002.

–La Ordenanza municipal reguladora del funcionamiento y emplazamiento de instalaciones radioeléctricas de radiocomunicación de Lepe, publicada en el Boletín Oficial de Huelva, de 21 de enero de 2002.

expresa a que los municipios han aprobado inicialmente el texto de la ordenanza tipo aprobado por la Diputación de Barcelona.³ El resto de edictos hacen pública la aprobación inicial de ordenanzas con el mismo título que el de la ordenanza tipo de la Diputación de Barcelona.⁴

Las ordenanzas tipo impulsadas por entes locales de segundo grado constituyen una forma de asistencia jurídica y técnica a los municipios, que puede incluir también el asesoramiento jurídico en el procedimiento de aprobación.⁵ La Diputación de Barcelona, en este caso, pretendió garantizar el control por los entes locales del despliegue de la red de instalaciones de radiocomunicación, el rigor técnico de la norma y ayudar a evitar regulaciones distintas entre los distintos municipios de la provincia, que produjeran desconcierto entre los ciudadanos o alentaran la alarma social sobre los efectos de las instalaciones de radiocomunicación. Todo ello, teniendo presente la importancia de que en el proceso de elaboración de la ordenanza tipo se fuera capaz de generar consenso y participación.⁶

El artículo que publicamos prestará especial atención al marco normativo de aplicación; a la diferenciación entre ordenanzas municipales, ordenanzas urbanísticas y planes urbanísticos; al control a través de la licencia de actividades o ambiental y a la licencia urbanística; al régimen sustantivo de protección del paisaje urbano y de reducción del impacto visual y, todo ello, con la pretensión de establecer criterios sobre el alcance de la potestad normativa local respecto a las instalaciones de telefonía móvil.

—La Ordenanza municipal reguladora de la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación de Hinoja del Duque, aprobada definitivamente y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, de 28 de febrero de 2002.

—La Ordenanza municipal reguladora de las instalaciones de telefonía móvil y similares servicios de radiocomunicación de Arriate, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga, de 24 de enero de 2002.

—La Ordenanza municipal para la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación de Benalmádena, aprobada definitivamente y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga, de 27 de febrero de 2002.

—La Ordenanza municipal número 24 de instalaciones de radiocomunicación por transmisión-recepción de ondas radioeléctricas de San Mateo de Gállego, aprobada definitivamente y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza, de 20 de febrero de 2002.

—La Ordenanza tipo reguladora de las instalaciones radioeléctricas pertenecientes a las redes de telecomunicación de Urduliz, publicada en el Boletín Oficial de Vizcaya, de 9 de enero de 2002.

3. De estos edictos, se refieren de manera expresa y asumen la ordenanza tipo de la Diputación de Barcelona, los siguientes municipios: Abrera (BOP 19.4.2002); Calella (BOP 18.4.2002); Castelldefels (BOP 28.3.2002), que introduce algunas modificaciones en el articulado; Castellví de Rosanes (BOP 3.6.2002); Esparreguera (BOP 9.5.2002), que publica el acuerdo plenario de 18 de abril de 2002 de aprobación inicial de la ordenanza y de dejar sin efecto las actuaciones practicadas respecto a otro texto aprobado inicialmente el 18 de octubre de 2001; L'Hospitalet de Llobregat (BOP 18.6.2002), que introduce la modificación a un artículo de la ordenanza tipo; Igualada (BOP 13.7.2002); Malgrat de Mar (BOP 16.4.2002); El Masnou (BOP 13.4.2002); Monistrol de Calders (BOP 4.6.2002); Figaró-Montmany (BOP 29.5.2002); Premià de Mar (BOP 23.4.2002); Ripolllet (BOP 24.7.2002); Roda de Ter (BOP 6.5.2002); Sant Climent de Llobregat (BOP 15.5.2002); Sant Fruitós de Bages (BOP 17.5.2002); Vilassar de Dalt (BOP 17.4.2002); Sant Just Desvern (BOP 20.7.2002); Santa Coloma de Cervelló (BOP 13.6.2002); Torelló (BOP 7.5.2002), y Vilanova del Camí (BOP 16.7.2002).

4. En concreto, publican anuncios de aprobación inicial de la Ordenanza municipal reguladora de las actividades e instalaciones de radiocomunica-

ción los siguientes municipios: Alella (BOP 9.4.2002); Argentona (BOP 17.5.2002); Cabrera de Mar (BOP 9.7.2002); Castellbell i el Vilar (BOP 9.7.2002); Castellbisbal (BOP 12.6.2002); Cornellà de Llobregat (BOP 15.5.2002); Les Franqueses del Vallès (BOP 1.5.2002); Gelida (BOP 3.4.2002); Sant Salvador de Guardiola (BOP 31.7.2002); Llicà d'Amunt (BOP 19.4.2002); Montcada i Reixac (BOP 11.5.2002); El Prat de Llobregat (BOP 15.6.2002); Rubí (BOP 11.2.2002); Sant Bartomeu del Grau (BOP 19.7.2002); Sant Cugat del Vallès (BOP 6.5.2002); Sant Esteve Sesrovires (BOP 1.5.2002); Sant Llorenç Savall (BOP 23.4.2002); Premià de Dalt (BOP 12.6.2002); Sant Quirze del Vallès (BOP 13.5.2002); Sant Vicenç de Castellet (BOP 6.7.2002); Sant Vicenç dels Horts (BOP 20.6.2002); Subirats (BOP 14.3.2002); Súria (BOP 15.6.2002); Tavèrnoles (BOP 3.4.2002); Teià (BOP 7.6.2002); Tiana (BOP 23.5.2002); Torrelavit (BOP 15.5.2002), y Vilafraanca del Penedès (BOP 11.6.2002).

5. El municipio de Alella ha solicitado asistencia jurídica a la Secretaría de la Diputación de Barcelona, para dar respuesta a las alegaciones formuladas por Telefónica. El informe emitido por Ferran Torres Cobas, director de los Servicios Jurídicos de la Secretaría de la Diputación, se ha incorporado a la base de datos, "Informes de las Asesorías Jurídicas", de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Esta base de datos es de utilización exclusiva y conjunta de los servicios jurídicos de las diputaciones que son miembros de la Fundación Democracia y Gobierno Local.

6. Debe advertirse que en el caso concreto de la ordenanza tipo a que hace referencia el texto, la Diputación de Barcelona asumió la responsabilidad de su redacción a petición y con el acuerdo de todos los grupos políticos de la misma y con el objetivo de que el texto final fuera asumido por todos ellos, como así finalmente sucedió.

En el proceso de elaboración participaron distintos entes, la Diputación de Barcelona recogió el testigo de los trabajos previos realizados por Localret y el Ayuntamiento de L'Hospitalet, con quienes se tuvieron numerosas reuniones de trabajo. Asimismo, el proyecto de ordenanza fue ampliamente comentado y discutido con los responsables del Ayuntamiento de Barcelona y fue presentada a los municipios de la provincia en una sesión de trabajo.

Se pretendió que la ordenanza fuera el resultado de aportaciones y sensibilidades muy diversas con la voluntad de garantizar la legalidad, pero también el consenso. En el proceso los operadores tuvieron la oportunidad de verter sus opiniones ante Localret.

Las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación

1. La regulación normativa por los entes locales de las instalaciones de radiocomunicación: planteamiento. 1.1. El fundamento de la intervención de los entes locales. 1.2. Las competencias estatales y autonómicas que constituyen límites, y en su caso habilitaciones, respecto de la intervención de los entes locales. 1.3. Precisiones sobre el objeto y la sistemática del estudio. 2. La regulación de las instalaciones de radiocomunicación en las ordenanzas locales y en los planes urbanísticos: diferenciación. 3. El derecho comunitario fundamenta la regulación y el control municipal del despliegue de la red de instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil. 4. Las autorizaciones estatales y locales que precisan las operadoras para la extensión de redes de telecomunicaciones, mediante instalaciones de radiocomunicación. 4.1. La telefonía móvil como servicio de interés general que se presta en régimen de competencia. 4.2. El tipo de licencia que permite prestar el servicio de telefonía móvil y derechos que otorga. 4.3. La concurrencia de la autorización estatal para construir y poner en funcionamiento las instalaciones de radiocomunicación y la licencia de actividades y la licencia urbanística. 5. La protección del paisaje y la minimización del impacto visual. 6. La sanción jurisprudencial de los planteamientos aquí sostenidos. 7. Dos últimas consideraciones: la protección de la salud y la compartición de espacios para las instalaciones de radiocomunicación. 7.1. La cuestión de las distancias mínimas entre las instalaciones y las zonas ocupadas habitualmente por personas. 7.2. La compartición de infraestructuras de radiocomunicación.

Domènec Sibina Tomàs
*Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona.
Funcionario local con habilitación de carácter
nacional, escala secretaría, excedente.
Técnico de Administración General
de la Diputación de Barcelona, excedente*

1. La regulación normativa por los entes locales de las instalaciones de radiocomunicación: planteamiento

1.1. El fundamento de la intervención de los entes locales

El perfil de la materia, desde la perspectiva de las potestades y competencias de los entes locales, resulta delimitado por los aspectos siguientes:

a) Las instalaciones de radiocomunicación configuran una red imprescindible para el desarrollo de la actividad de las operadoras de telefonía móvil; red que es de su propiedad u ostentan derechos sobre ella. Las instalaciones ni son un elemento propiedad del usuario ni tienen la condición de los elementos técnicos vinculados a la actividad que se desarrolla en un edificio (la caja del ascensor o la torre de aire acondicionado, por ejemplo).

b) La telefonía móvil es una actividad que precisa de instalaciones de radiocomunicación dispersas y descentralizadas, emplazadas en concretos municipios, que forman parte de la estructura productiva de una empresa y tales instalaciones no pueden ser calificadas como inocuas o sin incidencia ambiental.

c) Las instalaciones de radiocomunicación generan energía que emiten a la atmósfera. Esta energía puede afectar la salud de las personas, como acreditan las normas estatales y autonómicas, dictadas para establecer las distancias mínimas que deben respetarse entre la instalación y las zonas en las que pueden permanecer habitualmente las personas.¹

d) Las instalaciones de radiocomunicación conllevan impacto visual y pueden alterar el entorno y el paisaje.

e) Los entes locales deben controlar el cumplimiento de las normas dirigidas a garantizar la seguridad estructural de las instalaciones de radiocomunicación, la legislación sobre actividades clasificadas o actividades con incidencia ambiental y la legislación urbanística y el planeamiento urbanístico, extremos todos ellos confirmados por los tribunales.²

Los anteriores parámetros nos indican los títulos competenciales que fundamentan la intervención de los entes locales: protección del medio ambiente y sanidad,³ urbanismo, protección del paisaje y, en su caso, dominio público local. El derecho comunitario, debe advertirse ya en el planteamiento inicial de la cuestión, incluye la protección del medio ambiente y los objetivos de la ordenación urba-

1. Véase: a) la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos (L199/59 CE, DOCE C 30.7.1999); b) el artículo 6 y el anexo II del Reglamento, aprobado por Real decreto 1066/2001, de 28 de septiembre (BOE, número 234, de 29 de junio de 2001), que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria ante las emisiones radioeléctricas; c) el artículo tercero, 3.1, de la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología, CTE/23/2002, de 11 de enero (BOE número 11, de 12 de enero de 2002), por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por los operadores de servicios de radiocomunicación; d) el artículo 5 y los anexos 1, 2 y 3, de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 8/2001, de 28 de junio, de ordenación de las instalaciones de radiocomunicación (DO de Castilla-La Mancha número 78, de 10 de julio de 2001); e) el artículo 5 y los anexos 1, 2, 3 y 4, de la Ley foral del Parlamento de Navarra 10/2002, de 10 de mayo, de ordenación de las estaciones base de telecomunicación por ondas magnéticas no guiadas (BO de Navarra número 58, de 13 de mayo de 2002), y f) el artículo 5 y los anexos 1 y 2 del Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación (DOGC número 3404, de 7 de junio de 2001).

Las anteriores normas, que establecen distancias obligatorias entre la instalación y las zonas en las que pueden permanecer habitualmente las personas, objetivan la incidencia de las instalaciones de radiocomunicación sobre la salud de las personas. Acreditan, a su vez, que se trata de instalaciones que realizan emisiones a la atmósfera directa o indirectamente perjudiciales para la salud. Por tanto, deben ser consideradas actividades clasificadas, de acuerdo con el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, o actividades con incidencia ambiental, de acuerdo con las normas autonómicas en cada caso de aplicación.

En Cataluña, antes de aprobarse el Decreto 148/2001, de 29 de mayo, las instalaciones de radiocomunicación debían incluirse en el anexo II, 2, apartado 15, de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la administración ambiental. Una vez aprobado el indicado decreto, de acuerdo con su disposición adicional primera, deben incluirse entre las actividades del anexo II, 2 o del anexo III, según se emplacen en demarcación urbana o no urbana, y según se trate, en este segundo caso, de suelo no urbanizable sometido a algún régimen de protección o no.

2. La necesidad de obtener licencia de actividades es una cuestión que no plantea dudas en el ámbito jurisprudencial.

Citamos como ejemplo, por sus argumentos y por tratarse de una sentencia reciente, la dictada por el TSJ de Castilla y León el 11 de octubre de 2001, que establece en su fundamento jurídico tercero lo siguiente:

"[...] Pues bien, al no constar acreditado que la demandante disponga de las correspondientes licencias municipales –aparte de la urbanística– de actividad y apertura, que se establecen en la Ley de Castilla y León 5/1993, de 21 de octubre, de Actividades Clasificadas, para las seis instalaciones de telefonía móvil de que se trata –lo que se indica a los efectos de esta apelación, y sin perjuicio de lo que resulte en el procedimiento–, no puede tenerse en cuenta, para la adopción de la medida cautelar, la apariencia de buen derecho que ha invocado. [...] debiendo recordarse que, a tenor del artículo 18 de esa Ley de Actividades, no puede obtenerse por silencio ‘facultades en contra de las prescripciones de la Ley, de sus normas de desarrollo y de la legislación sectorial aplicable’. Aunque la actora cuestiona que esa Ley 5/1993 sea aplicable a las instalaciones de telefonía móvil –lo que va en contra de sus propios actos al haber solicitado, y obtenido en algunos supuestos, la licencia de actividad prevista en ella–, ha de indicarse que la aplicación de dicha Ley a esas instalaciones resulta de lo dispuesto en su artículo 1, al ser ‘susceptibles’ de producir ‘riesgo para las personas’. En este sentido ha de señalarse que en el reciente RD 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, se admite la existencia de esos ‘riesgos’ por esas emisiones y se establecen, en consecuencia, límites a su exposición. Pues bien, para que sea legítimo el ejercicio de una actividad clasificada, a tenor de lo dispuesto en la citada Ley 5/1993, es necesario que se obtenga la correspondiente licencia de ‘actividad’ (artículos 3 y ss.) y de ‘apertura’ (artículos 16 y ss.), teniendo esta última la finalidad de que por la Administración se compruebe que las instalaciones realizadas se ajustan al proyecto aprobado y a las medidas correctoras que se hubieran impuesto (artículo 17). Por ello, el artículo 26 de esa Ley dispone que el Alcalde, cuando tenga conocimiento de que una actividad clasificada funciona sin licencia de actividad o de apertura procederá a su clausura si la actividad no pudiera autorizarse, e incluso aunque pudiera ‘si el interés público así lo aconsejara’ [...]."

Ninguna duda plantea tampoco la necesidad de obtener licencia urbanística, de obra o instalación, como acreditan, entre otras, la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 11 de octubre de 2001, transcrita parcialmente en el párrafo anterior y la sentencia del TSJ del País Vasco de 16 de enero de 2001.

3. Hay que tener en cuenta que la protección sanitaria de las personas tiene una muy intensa relación con la protección del medio ambiente atmos-

nística entre los requisitos esenciales que pueden imponerse a los operadores de telecomunicaciones; definidos tales requisitos, como las razones no económicas y de interés público, que pueden llevar a un Estado miembro a establecer determinadas condiciones para el establecimiento y/o la explotación de redes de telecomunicaciones.

1.2. Las competencias estatales y autonómicas que constituyen límites, y en su caso habilitaciones, respecto de la intervención de los entes locales

El alcance de los títulos de intervención reseñados, que fundamentan el ejercicio de la potestad normativa local en esta materia, resultará condicionado: a) por la competencia estatal de legislación y ejecución en materia del régimen general de las comunicaciones, radioco-

municación y dominio público radioeléctrico (artículo 149.1.21 CE); de legislación básica sobre protección del medio ambiente (artículo 149.1.23 CE) y de bases y coordinación general de la sanidad (artículo 149.1.16 CE);⁴ b) por las competencias autonómicas en materia de salud, medio ambiente y urbanismo;⁵ y c) todo ello sometido a las normas comunitarias, que deben examinarse bajo el prisma de la prevalencia del derecho comunitario europeo, sobre el derecho interno de cada Estado, en las materias que han sido transferidas a ese orden jurídico.

Los límites a la potestad normativa local, consecuencia de las competencias estatales, se concretan en la legislación estatal de telecomunicaciones. En nuestra opinión, los de mayor trascendencia, son los siguientes:

férico y, en general, con la protección de personas y bienes respecto de todo tipo de contaminación. La Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad dispone, en su artículo 42.3, que los ayuntamientos, sin perjuicio de las actuaciones que corresponden a las otras administraciones públicas, tienen una serie de responsabilidades mínimas con relación al obligado cumplimiento de las normas y los planes sanitarios en materias tales como el control sanitario del medio ambiente, la contaminación atmosférica, el control sanitario de industrias, actividades y servicios, los ruidos, las vibraciones, los edificios o las escuelas, entre otros.

Los tres primeros apartados del artículo 42 de la Ley general de sanidad, que delimitan la competencia local y ponen de manifiesto la conexión entre los títulos competenciales "sanidad" y "protección del medio ambiente", establecen:

"1. Las normas de las Comunidades Autónomas, al disponer sobre la organización de sus respectivos servicios de salud, deberán tener en cuenta las responsabilidades y competencias de las provincias, municipios y demás Administraciones Territoriales intracomunitarias, de acuerdo con lo establecido en los Estatutos de Autonomía, la Ley de Régimen Local y la presente ley.

2. Las Corporaciones Locales participarán en los órganos de dirección de las Áreas de Salud.

3. No obstante, los ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tendrán las siguientes responsabilidades mínimas en relación con el obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios:

a) Control sanitario del medio ambiente: contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales.

b) Control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones.

c) Control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad físico-deportiva y de recreo.

d) Control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humano, así como los medios de su transporte.

e) Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria."

4. La Disposición final primera de la Ley 11/1998, general de telecomunicaciones, establece que la ley se dicta al amparo del artículo 149.1.21 de la Constitución española, excepto en lo regulado en las disposiciones transitorias sexta y séptima, que tiene la consideración de normativa básica, conforme al apartado 1.27^a del artículo 149 de la Constitución española (apartado, el número 27, que atribuye competencia exclusiva al Estado respecto de los medios de comunicación social).

La Exposición de motivos del Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria ante las emisiones radioeléctricas, aprobado por Real decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, fundamenta la competencia estatal del siguiente modo:

"El Reglamento que se aprueba por este Real decreto, elaborado en coordinación por los Ministerios de Ciencia y Tecnología y de Sanidad y Consumo, tiene por objeto cumplir con lo establecido en los citados artículos de la Ley 11/1998, sobre Emisiones Radioeléctricas (se refiere a los artículos 61, 62, 64 y 76 de la ley). Asimismo, el capítulo II, artículos 6 y 7, establece, con carácter de norma básica y en desarrollo de la Ley 14/1986 (Ley General de Sanidad), límites de exposición y condiciones de evaluación sanitaria de riesgos por emisiones radioeléctricas."

Tanto la norma legal, como la reglamentaria, fundamentan la parte más sustancial de su regulación en la competencia del Estado en las materias régimen general de las comunicaciones, radiocomunicación y dominio público radioeléctrico. El régimen de distancias se fundamenta en la Ley general de sanidad que, a su vez, tiene fundamento en la materia "bases y coordinación de la sanidad".

5. Para justificar el alcance de las competencias autonómicas examinaremos la Ley foral del Parlamento de Navarra, 10/2002, de 6 de mayo, por ser la norma autonómica más reciente que conocemos y por haberse aprobado con posterioridad a la regulación reglamentaria estatal, sobre medidas de protección sanitaria ante las emisiones radioeléctricas.

La Ley de Navarra fundamenta su competencia en materia de salud en el artículo 43 CE, en sus competencias sobre sanidad y en el principio de cautela o precaución. La Exposición de motivos, en relación con estos aspectos, afirma:

"El artículo 43 de la Constitución Española establece el derecho a la protección de la salud y la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas. Este es, por tanto, un principio rector de la política que ha de informar la legislación y la actuación de todos los poderes públicos [...]. También, de acuerdo con la finalidad de protección de la salud de la ciudadanía, esta Ley Foral establece niveles de referencia de exposición a campos electromagnéticos más exigentes que los establecidos por el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, en los lugares de utilización sensible, desde el punto de vista de mayor presencia habitual de seres humanos en dichos lugares [...]. En la actualidad, nos encontramos con una situación en la que existen numerosos estudios de investigación epidemiológica en curso, relativos a la exposición de los campos electromagnéticos de baja intensidad, a medio y largo plazo. Por ello, procede atenderse en esta Ley Foral al principio de precaución, esto es, fijar unos niveles de seguridad definidos como un compromiso entre lo científicamente demostrable y el margen de cautela exigible ante hipotéticos avances científicos que demostraran la nocividad de los campos electromagnéticos derivada de las instalaciones aquí reguladas. Por todo ello, los niveles de referencia que recoge esta Ley Foral toman como punto de partida los establecidos en la Recomendación del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos, sobre los que se adopta un incremento de las exigencias reduciendo sus límites máximos a la mitad."

La Ley foral, respecto de los aspectos medioambientales, cita de manera expresa en la Exposición de motivos el fundamento constitucional y estatutario. Merece ser destacado que el impacto paisajístico y visual se conside-

a) La telefonía móvil es un servicio de interés general que se presta en régimen de competencia (artículo 2 LGTe),⁶ al que se aplica un régimen de intervención administrativa, definido por el derecho comunitario, construido a partir de los principios de obligación de justificar objetivamente las condiciones establecidas, no discriminación, proporcionalidad y transparencia.

b) Las licencias individuales que otorga el Estado permiten prestar el servicio de telefonía móvil y extender las redes públicas de telecomunicaciones que la prestación del servicio exige (artículo 15, primer párrafo, número 3 LGTe).

c) El Estado emite informe respecto de las peticiones que realizan los titulares de licencias individuales de telecomunicaciones, para extender las redes terrenales de telecomunicaciones en el dominio público y, de manera específica, en el dominio público local (artículos 43 a 45 LGTe).

d) El Estado aprueba el proyecto técnico de extensión de redes en terrenos de dominio privado que conlleva la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación, previo informe de la comunidad autónoma (artículo 46 LGTe).

e) El ministerio competente debe emitir un informe, con carácter preceptivo, en la tramitación del planeamiento urbanístico, a los efectos de determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones, que deberán recogerse en los instrumentos de planificación territorial y urbanística (artículo 44.3 LGTe).

f) La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones puede establecer la obligación de uso compartido de los bienes de titularidad, pública o privada, objeto del derecho de ocupación para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones (artículo 47 LGTe).

g) El Estado otorga autorizaciones para la implantación de cada una de las instalaciones de radiocomunicación para garantizar aquellos aspectos de funcionamiento de las instalaciones de su competencia, sin perjuicio de las autorizaciones que deban obtener los operadores en materia de medio ambiente, de ordenación del territorio o de cualquier otra materia que sea de aplicación (artículo 10 de la Orden de 9 de marzo de 2000 y artículo 10 del Real decreto 1066/2001).

h) El Estado es titular de las competencias legislativas y ejecutivas respecto de la utilización del dominio público radioeléctrico (artículos 61 a 65 LGTe).

i) El Estado es titular de las competencias de inspección de los servicios y las redes de telecomunicaciones, de sus condiciones de prestación, de los equipos, de los aparatos, de las instalaciones y de los sistemas civiles (artículo 76 LGTe).

j) El Estado ha establecido en el Real decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, “con carácter de norma básica y en desarrollo de la Ley 14/1986, General de Sanidad”,⁷ los límites de exposición y condiciones de evaluación sanitaria de riesgos por emisiones radioeléctricas.

ra una regulación amparada en la competencia sobre protección del medio ambiente. La Exposición de motivos dice así:

“Desde el punto de vista del impacto medioambiental, el artículo 45 de la Constitución Española establece que toda la ciudadanía tiene el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida. A su vez, el artículo 149.1.23ª de la Constitución, si bien atribuye al Estado la competencia sobre legislación básica en materia de protección del medio ambiente, permite a las comunidades autónomas establecer normas adicionales de protección. A dicha posibilidad hay que añadir lo dispuesto en el artículo 148.1.9ª, que otorga competencias a las comunidades autónomas sobre la gestión en materia de protección del medio ambiente; así mismo lo establecido en el artículo 57 de la Ley orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra, en el que se atribuye a Navarra, en el marco de la legislación básica del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de medio ambiente y ecología. De acuerdo con lo anterior, esta Ley Foral tiene igualmente por objeto la protección del medio ambiente, recogiendo las limitaciones por impacto paisajístico y obligando a la mimetización de estas instalaciones para reducir su impacto visual. Con ello, se consigue complementar las disposiciones que en esta materia recoge la Ley General de Telecomunicaciones (artículo 16.3) y el Reglamento de Uso del Dominio Público Radioeléctrico (artículo 8), que condicionan el emplazamiento de las antenas y estaciones base al cumplimiento de las disposiciones aplicables en materia de medio ambiente.”

Finalmente, la ley fundamenta genéricamente la norma en las “competencias atribuidas a la Comunidad Foral de Navarra en los artículos 44, 53 y 57 de la Ley Orgánica de Reintegración y Ameyoramiento del Régimen Foral de Navarra, sobre ordenación del territorio, urbanismo, promoción, prevención y restauración de la salud y protección del medio ambiente”.

El Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad 148/2001, de 29 de mayo, ventila la cuestión competencial mediante la afirmación de la Exposición de motivos siguiente: “La incidencia que las instalaciones de

radiocomunicación tienen sobre el territorio, el paisaje y el medio ambiente en general, exige una ordenación urgente para establecer la medidas de prevención y control necesarias.”

6. Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones.

7. Así lo afirma expresamente la Exposición de motivos del Real decreto 1066/2001, de 28 de septiembre. Debe advertirse: a) que estos límites han sido ampliados por la legislación autonómica de Cataluña y Navarra, y b) que el título competencial que fundamenta el carácter básico de la Ley general de sanidad es el previsto en artículo 149.16 CE, “Bases y coordinación de la Sanidad”.

La ampliación de las distancias de seguridad por el legislador autonómico plantea la concurrencia entre las competencias de sanidad y medio ambiente y el alcance de la competencia estatal respecto a cada una de ellas (“bases y coordinación de la sanidad” y “legislación básica sobre medio ambiente”).

La contaminación es un concepto que incluye la introducción directa o indirecta, mediante la actividad humana, de sustancias, vibraciones, calor o ruido en la atmósfera, el agua o el suelo, que puedan tener efectos perjudiciales para la salud humana o la calidad del medio ambiente, o que puedan causar daños a los bienes materiales o deteriorar o perjudicar el disfrute u otras utilidades legítimas del medio ambiente (definición del concepto contaminación establecida en el artículo 2 de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y el control integrados de la contaminación).

Si se entiende el control de la contaminación como un ámbito sujeto a regulación por el ente competente en materia de medio ambiente, la contaminación producida por las instalaciones de radiocomunicación puede ser objeto de regulación por las comunidades autónomas, que, de acuerdo con la Constitución y sus estatutos, pueden establecer normas adicionales de protección y desarrollar la legislación básica estatal sobre protección del medio ambiente.

Desde la perspectiva de la potestad normativa local, los entes locales deben proceder a la aplicación de las normas estatales y autonómicas vigentes.

Los límites para el ejercicio de la potestad normativa local que resultan de las competencias autonómicas quedan establecidos en las normas reguladoras de las actividades clasificadas o actividades con incidencia ambiental,⁸ en la legislación urbanística y en las normas específicas dictadas respecto de las instalaciones de radiocomunicación que establecen, en algunos casos, habilitaciones concretas para aprobar ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación.⁹

La potestad normativa de los entes locales reconocida en la legislación de bases de régimen local, e implícita en la autonomía local garantizada constitucionalmente, permite el desarrollo, a través de ordenanzas municipales, de la legislación de actividades clasificadas o con incidencia ambiental y de la legislación urbanística, para

proyectar sobre el término municipal, respecto de las instalaciones de radiocomunicación, el régimen general previsto en la legislación medioambiental y urbanística. Todo ello, sin perjuicio, del establecimiento en el planeamiento urbanístico de concretos emplazamientos para este tipo de instalaciones.

1.3. Precisiones sobre el objeto y la sistemática del estudio

En este artículo examinaremos la posibilidad de regulación por los entes locales, desde el punto de vista medioambiental, urbanístico y del impacto visual y paisajístico, de unas concretas instalaciones (de radiocomunicación pertenecientes a redes de telefonía móvil), que generan y/o reciben campos electromagnéticos

8. La relación de normas autonómicas que desarrollan o sustituyen el Reglamento de actividades clasificadas de 1961 es la siguiente:

Andalucía:

Ley 7/1994, de 19 de mayo, de protección del medio ambiente; Decreto 297/1995, de 19 de diciembre, de calificación ambiental, y Decreto 153/1996, de 30 de abril, de informe ambiental.

Asturias:

Decreto 14/1980, de 16 de junio, de distribución de competencias transferidas en materia de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, ferias interiores y sanidad; Ley 12/1984, de 21 de noviembre, que habilita al Consejo de Gobierno para elegir la facultad de informe sobre actividades clasificadas, molestas, insalubres, nocivas y peligrosas en los ayuntamientos, y Decreto 99/1985, de 17 de octubre, por el que se aprueban las normas sobre condiciones técnicas de los proyectos de aislamiento acústico y vibraciones.

Baleares:

Decreto 4/1986, de 23 de enero, de implantación y regulación de los estudios de evaluación de impacto ambiental; Ley 8/1995, de 30 de marzo, de atribución de competencias a los consejos insulares en materia de actividades clasificadas y parques acuáticos, y Decreto 18/1996, de 8 de febrero, que aprueba el Reglamento de actividades clasificadas.

Canarias:

Ley 1/1998, de 8 de enero, de régimen jurídico de actividades clasificadas y espectáculos públicos, y Decreto 193/1998, de 22 de octubre, de horarios de apertura y cierre de determinadas actividades sujetas a la Ley 1/1998, de 8 de enero.

Cantabria:

Decreto 1/1997, de 9 de enero, por el que se crea la Comisión Regional de Actividades Molestas, Nocivas, Insalubres y Peligrosas.

Castilla y León:

Ley 5/1993, de 21 de octubre, de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas; Decreto 159/1994, de 14 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, modificado por el Decreto 66/1998, de 26 de marzo, y por el Decreto 146/2001, de 17 de mayo, y el Decreto 82/1998, de 28 de julio, de asignación de competencias a diversos órganos de la Comunidad Autónoma, sobre protección del medio ambiente.

Castilla-La Mancha:

Decreto 37/1998, de 12 de mayo, de régimen de delegación de competencias en los ayuntamientos y las mancomunidades, y Decreto 216/1999, de 19 de octubre, de condiciones higiénico-sanitarias de las piscinas de uso público.

Cataluña:

Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental, modificada por la Ley 13/2001, de 13 de julio, y Decreto 136/1999, de 18 de mayo, que aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 3/1998, de 27 de febrero.

Comunidad Valenciana:

Ley 3/1989, de 2 de mayo, de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, y Decreto 54/1990, de 26 de marzo, sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

Extremadura:

Decreto 19/1997, de 4 de febrero, de reglamentación de ruidos y vibraciones.

Galicia:

Decreto 442/1990, de 13 de septiembre, de evaluación de impacto ambiental; Decreto 327/1991, de 20 de octubre, de evaluación de los efectos ambientales, y Ley 1/1995, de 2 de enero, de protección del medio ambiente, modificada por la Ley 2/1995, de 31 de marzo.

La Rioja:

Decreto 10/1997, de 27 de abril, de asunción y distribución de competencias transferidas por el Estado en materia de sanidad; Decreto 76/1990, de 12 de julio, de relación de normas específicas de control de la contaminación acústica aprobadas por las comunidades autónomas; Decreto 49/1998, de 31 de julio, que modifica el Decreto de 21 de marzo de 1997, de competencia, composición y funcionamiento de la Comisión del Medio Ambiente, y Acuerdo de la Comisión de Medio Ambiente, de 18 de julio de 1996 (BO de La Rioja de 6 de agosto de 1996), que determina el contenido del proyecto técnico para instalación o ampliación de actividades clasificadas.

Madrid:

Decreto 59/1986, de 5 de junio, que regula las competencias de la Comunidad en materia de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, y Ley 10/1991, de 4 de abril, de protección del medio ambiente.

Murcia:

Decreto 88/1992, de 26 de noviembre, de delegación de competencias en el Ayuntamiento de Murcia en materia de actividades clasificadas, y Ley 1/1995, de 8 de marzo, de protección ambiental.

Navarra:

Ley foral 16/1989, de 25 de diciembre, de control de las actividades clasificadas para la protección del medio ambiente, modificada parcialmente por la Ley foral 1/1999, de 2 de marzo, de medidas administrativas de gestión medioambiental; Decreto foral 32/1990, de 15 de febrero, que aprueba el reglamento de actividades clasificadas para la protección del medio ambiente, modificado parcialmente por el Decreto foral 304/2001, de 22 de octubre, y Decreto foral 227/1993, de 19 de julio, que establece el procedimiento sancionador de las infracciones en materia de urbanismo y de control de actividades para la protección del medio ambiente.

País Vasco:

Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente, en el capítulo III, del título tercero, relativo a la ordenación de las actividades con incidencia en el medio ambiente, que contempla el régimen jurídico de aplicación a las actividades clasificadas, y Decreto 165/1999, de 9 de marzo, por el que se establece la relación de actividades exentas de la obtención de la licencia prevista en la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de protección del medio ambiente.

9. Las normas autonómicas que conocemos son:

—La Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 8/2001, de 28 de junio, de ordenación de las instalaciones de radiocomunicación (DO Castilla-La Mancha número 78, de 10 de julio de 2001).

—La Ley foral del Parlamento de Navarra 10/2002, de 10 de mayo, de ordenación de las instalaciones base de telecomunicación por ondas magnéticas no guiadas (BO de Navarra número 58, de 13 de mayo de 2002).

—El Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación (DOGC número 3404, de 7 de junio de 2001).

comprendidos en un intervalo de frecuencias que permite definirlos como instalaciones de radiocomunicación según nuestras normas técnicas. Estas instalaciones que precisan de diversas autorizaciones, entre las cuales a nosotros nos interesan la licencia urbanística y la de actividad clasificada o con incidencia ambiental.

Desde el punto de vista medioambiental, la regulación a través de ordenanza local de las instalaciones de radiocomunicación de la red de telefonía móvil coincide con la que es posible establecer respecto de todo tipo de instalaciones que generan energía, en forma de emisiones radioeléctricas, que directa o indirectamente puedan afectar de manera significativa a la salud de las personas.

Desde el punto de vista urbanístico, además de la regulación a través de ordenanzas municipales, es posible la regulación de las instalaciones de radiocomunicación en el planeamiento urbanístico. Éste puede considerar las instalaciones de radiocomunicación: a) como un uso industrial compatible o no, y según en que condiciones, con los usos residenciales, comerciales, de equipamiento o con otros usos industriales, y b) como instalaciones a emplazarse en equipamientos de servicios técnicos.

Desde el punto de vista del impacto visual, las limitaciones sustantivas que los entes locales pueden establecer a través de ordenanza a las instalaciones de radiocomunicación que garantizan la cobertura de la telefonía móvil coinciden con el susceptible de ser establecido para otros muchos tipos de instalaciones y elementos técnicos, hecho que explica la existencia de ordenanzas de protección del paisaje urbano de objeto muy diverso. No coincide, sin embargo, en todos los casos, el régimen de licencias exigible y, de manera singular, la necesidad de obtener y de someter las instalaciones al régimen de las licencias de actividades clasificadas o de actividades con incidencia ambiental.

Son susceptibles de regulación por ordenanzas de protección del paisaje, que tienen por finalidad minimizar el impacto visual, entre otras instalaciones: las estaciones de telefonía fija con acceso vía radio; las instalaciones pertenecientes a centrales de conmutación; los equipos de radiodifusión y televisión, desglosando las antenas receptoras de señales de radiodifusión sonora y televisión terrenal y por satélites; las antenas de estaciones de radioaficionados, las antenas de radioenlaces y radiocomunicación de uso exclusivo de una sola entidad; las estaciones emisoras, repetidoras y reemisoras de

los servicios de radiodifusión sonora y televisión; los equipos de radiocomunicación para la defensa estatal, la seguridad pública, la protección civil y otros servicios gestionados directamente por la Administración pública, y el cableado de los edificios o las carteleras publicitarias y rótulos publicitarios en general.

En este artículo, en el marco que resulta del planteamiento efectuado, justificaremos que el derecho comunitario da cobertura al control por los entes locales de los aspectos medioambientales y urbanísticos del despliegue de la red de telecomunicaciones constituida por instalaciones de radiocomunicación, que los entes locales pueden ejercer la potestad normativa y de planificación en esta materia, a través de la aprobación de ordenanzas y planes urbanísticos y que a los entes locales les corresponde también el control de estas instalaciones, mediante la licencia de actividades o de impacto ambiental y la licencia urbanística. Todo ello nos obligará a examinar el derecho comunitario y la legislación de telecomunicaciones, y el alcance de la competencia sobre protección del medio ambiente y sobre urbanismo, a diferenciar entre ordenanzas municipales y ordenanzas urbanísticas y planes urbanísticos y a establecer los criterios de la ordenación.

2. La regulación de las instalaciones de radiocomunicación en las ordenanzas locales y en los planes urbanísticos: diferenciación

Las ordenanzas locales reguladoras de las actividades e instalaciones de radiocomunicación¹⁰ exigen a las operadoras, en todos los casos examinados, poner a disposición del ayuntamiento la información sobre las instalaciones de radiocomunicación existentes y el programa de desarrollo de la red de telecomunicaciones de la operadora en el municipio. Las ordenanzas establecen además una regulación, ni uniforme ni común a todas ellas, sobre distintos extremos: exigen la obtención de licencia ambiental y especifican la tramitación concreta del expediente y la información requerida para efectuar dicha tramitación; exigen la licencia urbanística y precisan la documentación exigida para obtenerla y la tramitación; incorporan las normas de protección de la salud dictadas por el Estado y las comunidades autónomas; establecen normas de protección del paisaje y de los inmuebles sometidos a algún régimen de protección y normas dirigidas a minimizar el impacto visual de las instalaciones; prevén criterios sobre la obligación de

El Decreto 148/2001, de 29 de mayo, establece, en su artículo 9, apartado 1, que "la ordenación de emplazamientos de las instalaciones en la demarcación urbana se puede llevar a cabo mediante una Ordenanza municipal específica que se debe formular atendiendo los objetivos, principios, criterios y normas técnicas y de seguridad que se fijan en este Decreto". Asimismo, el indicado precepto, en el apartado 2, establece: "[...] la ordenación de los emplazamientos

de las instalaciones en la demarcación urbana se puede completar mediante la aprobación de un Plan Especial Urbanístico."

10. Nos referimos a las publicadas en el período enero-abril de 2002, incorporadas a la base de datos "Ordenanzas locales" de esta revista y que han sido relacionadas en la presentación de esta sección "Crónica de las ordenanzas y los reglamentos locales".

compartir los espacios donde se ubican las instalaciones y, en algunos casos, prohíben las instalaciones en determinadas zonas. Un esquema tipo de las ordenanzas sería: a) normas sustantivas de minimización del impacto sobre el medio ambiente y el paisaje; b) documentación y procedimiento de las licencias de actividades y urbanísticas; c) control sobre las actividades una vez concedidas las licencias, y d) instrumentos de información sobre el desarrollo de las redes.

La regulación establecida a través de ordenanza puede ser completada por el planeamiento urbanístico que ordena el municipio o por planes urbanísticos que tengan por objeto específico regular el emplazamiento de estas instalaciones; extremo que examinaremos para diferenciar el ámbito objetivo de las ordenanzas y los planes urbanísticos, con la finalidad de establecer los criterios que permitan garantizar la validez de unas y otros.

Las ordenanzas municipales y los planes urbanísticos son producto del ejercicio de dos potestades distintas: la reglamentaria y la de planificación. Embid Irujo afirma: “[...] la potestad de planeamiento, fundamental para entender la naturaleza y actuación de las modernas administraciones públicas, da lugar al surgimiento de planes que tienen naturaleza normativa, como sucede en el ejemplo primigenio en los planes urbanísticos, no es, sin embargo, la creación de derecho el objetivo de la potestad de planeamiento, sino la configuración de la actuación de la administración pública y el condicionamiento de la actividad de los particulares en determinados sectores económicos o en materias de competencia de las administraciones públicas [...] que se hable de naturaleza reglamentaria o normativa no autoriza, en modo alguno, a configurar los mismos como un ejercicio más de la potestad reglamentaria.”¹¹

El ejercicio de potestades distintas comporta productos jurídicos y normativos de naturaleza jurídica igualmente distinta, sin perjuicio de coincidir en algunos aspectos. La distinta naturaleza jurídica de los planes urbanísticos y de las normas reglamentarias se manifiesta en la aplicación del instituto del silencio administrativo positivo a los planes urbanísticos (totalmente contradictorio con la naturaleza jurídica de los reglamentos); en las relaciones de jerarquía entre planes (que no responden al elemento subjetivo típico de los reglamentos, sino a su contenido objetivo, ya que planes aprobados por los mismos órganos tienen distinto rango jerárquico); en el hecho que los planes contienen determinaciones sin contenido normativo que no se incorporan al

ordenamiento jurídico y agotan su eficacia con su aplicación (por ejemplo, la delimitación de unidades de actuación o la ejecución del sistema viario); en la dificultad de aplicar el recurso indirecto contra reglamentos cuando se trata de determinaciones sin contenido normativo; en los documentos que integran los planes, distintos a las normas de una ordenanza municipal; en el distinto valor otorgado por los tribunales a la memoria de los planes urbanísticos y a los estudios que deben incorporarse al expediente de elaboración de los reglamentos, y otros extremos que ahora no es momento de examinar. Aquí sólo hemos de dejar constancia de la distinta naturaleza jurídica de reglamentos y planes.

Los planes urbanísticos proyectan sobre el territorio una ordenación concreta del derecho de uso y edificación, son actos jurídicos con contenido parcialmente normativo y para su validez deben estar integrados por los documentos exigidos legalmente (memoria, estudio económico y financiero, plan de etapas, planes de información, normas urbanísticas y planos de ordenación); documentos cuyo contenido permite proyectar el régimen jurídico del derecho de uso y edificación sobre el territorio y justificar la ordenación establecida. Ello comportará que el planeamiento urbanístico será el instrumento adecuado para precisar los concretos emplazamientos de las instalaciones de radiocomunicación.¹²

En el análisis de las determinaciones del planeamiento urbanístico, debe diferenciarse entre las redes de telecomunicación con continuidad física, cable o hilo, y las que nos ocupan, redes de instalaciones de radiocomunicación que transmiten por ondas no guiadas. El trazado de las redes de telecomunicaciones convencionales, mediante hilo o cable, ocupa preferentemente el dominio público, aunque las operadoras pueden precisar, para extender la red, que la Administración proceda a expropiar el dominio privado, bien para establecer una servidumbre que les permite patrimonializar un derecho de paso, bien para adquirir como beneficiarios de la expropiación el pleno dominio. Estas redes de telecomunicaciones están sometidas al mismo régimen jurídico que las redes de servicios que se integran en las obras de urbanización: su trazado se puede establecer en los planes urbanísticos y su regulación se complementa con ordenanzas municipales de ocupación del dominio público, denominadas comúnmente *de calas y canalizaciones o de policía de la urbanización*.

La aplicación del régimen jurídico de las categorías tradicionales vinculadas a la prestación de servicios

11. EMBID IRUJO, Antonio: “Potestad reglamentaria”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, número 29, 1991, p. 102.

12. El Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad 148/2001, de 29 de mayo, exige en el artículo 8 que las operadoras faciliten información respecto a las instalaciones existentes y su programa de desarrollo, para poder proceder a la ordenación de los emplazamientos. El artículo 9 establece, a

su vez, que la ordenación de los emplazamientos y de las instalaciones realizada a través de ordenanza municipal puede completarse mediante la aprobación de un plan especial urbanístico, y que la redacción del plan especial se llevará a cabo atendiendo el programa de implantación y desarrollo de la red de instalaciones que cada operador haya presentado al ayuntamiento.

públicos en régimen de monopolio (dominio público, servicio público, expropiación, servidumbre forzosa, costes de urbanización y cesión gratuita) conlleva dificultades una vez se han liberalizado y se han desregulado los servicios de telecomunicaciones. Aun así, las redes de telecomunicaciones mediante cable o hilo aún pueden incardinarse sin dificultad entre las determinaciones propias de los planes urbanísticos. Quizá eso se deba a que el ordenamiento urbanístico todavía no ha establecido con total rigor y precisión el régimen jurídico de muchas de aquellas determinaciones. Así, por ejemplo, la relativa a los equipamientos privados, que se definen como tales en la legislación urbanística con el fundamento conceptual del interés social, tal como se construye en la institución expropiatoria, o la relativa a las infraestructuras y redes de servicios.¹³

Es importante retener que las redes de telecomunicaciones por hilo o cable se incardinan con facilidad en los conceptos de infraestructuras y redes de servicios que utiliza la legislación urbanística y que ello no es así respecto de las redes de telecomunicaciones consistentes en instalaciones de radiocomunicación.

13. La Ley catalana 2/2002 de urbanismo define los equipamientos comunitarios por su interés público o social (artículo 34.4) y las infraestructuras que tienen la consideración de obras de urbanización se describen por su finalidad (artículo 57.3.b), sin precisar su régimen jurídico.

Al definir el concepto de aprovechamiento urbanístico (artículo 36), que permite establecer el concreto suelo que debe cederse para dar cumplimiento a la obligación de cesión del 10% del aprovechamiento del sector o del polígono de actuación, incluye dentro del aprovechamiento urbanístico el materializado en equipamientos de titularidad privada.

Obsérvese que con ello se desdibuja la diferenciación realizada por el planeamiento urbanístico, al proceder a ordenar detalladamente el suelo, entre: a) zonas y terrenos susceptibles de aprovechamiento privado, y b) sistemas, terrenos con destino público, tales como zonas verdes, espacios libres, infraestructuras, dotaciones y equipamientos.

El sentido de la afirmación realizada en el texto es que resulta difícil diferenciar el régimen jurídico –los derechos y los deberes de los propietarios–, entre los terrenos calificados como zonas y como equipamientos privados y, singularmente, la causa *expropiandi* o el fundamento de la cesión obligatoria del suelo respecto a estos últimos.

Piénsese en un polígono para usos residenciales que se ejecuta por el sistema de expropiación y un equipamiento deportivo que se expropia o obtiene por cesión gratuita en el que se desarrollarán actividades en régimen de libre competencia por personas jurídico-privadas. Es el ejemplo que permite visualizar la cuestión relativa a si los equipamientos privados –deportivos, docentes, etc.– deberían establecerse o no en el planeamiento como usos de concretas zonas, sin perjuicio de su ejecución o no por el sistema de expropiación.

14. La integración de las redes de telecomunicaciones mediante hilo o cable, en las determinaciones del planeamiento relativas a las redes o a las infraestructuras de servicios, se sintetiza con precisión por Rufina Sánchez Marín en las conclusiones de su estudio “Urbanismo y telecomunicaciones”, en las que afirma:

“La ordenación urbanística de las redes de telecomunicaciones desde los diferentes instrumentos de planeamiento se plantea, con carácter general, en términos de mera posibilidad para el redactor de los mismos en virtud, por un lado, del margen de discrecionalidad que deja la legislación urbanística y, por otro, en virtud de la gran similitud de las redes de comunicaciones por cable respecto a los tradicionales servicios urbanos básicos (abastecimiento de agua, alcantarillado, suministro de energía eléctrica...) desde la perspectiva de su repercusión sobre la ciudad.

“Así, en aplicación de la legislación urbanística estatal supletoria, y de la generalidad de la legislación urbanística autonómica, entendemos que tanto

La primera gran diferenciación que realiza el planeamiento urbanístico, cuando procede a la ordenación detallada del suelo, es entre las zonas –terrenos susceptibles de aprovechamiento privado–, y los sistemas –zonas verdes, espacios libres, infraestructuras, dotaciones y equipamientos con destino a usos públicos o de interés público o social–. Las redes de telecomunicaciones mediante hilo o cable se integran en las determinaciones del planeamiento relativas a las características y trazado de las redes de servicios, que la legislación urbanística tradicionalmente considera como elementos integrantes de la prestación de servicios públicos; redes de servicios cuyo trazado el planeamiento integra en terrenos calificados como sistemas¹⁴ (especialmente en el sistema viario o de comunicaciones) o que constituyen una categoría concreta de sistemas. La legislación urbanística autonómica aprobada más recientemente, en los supuestos que atribuye a las ordenanzas municipales de urbanización la ordenación de algunos aspectos de las redes de servicios, que ya se desvinculan de las determinaciones del planeamiento urbanístico, sigue justificando la ordenación en su condición de servicios públicos.¹⁵

los Planes Generales como los Planes Parciales podrán contemplar el trazado y características de las redes de telecomunicaciones en suelo urbano y urbanizable. Como excepción, el trazado y características de la canalización telefónica es una de las determinaciones necesarias del Plan General y Plan Parcial para suelo urbanizable.

“Esta misma equiparación a los servicios urbanos básicos podría justificar, de acuerdo con la legislación estatal supletoria, la redacción de Planes Especiales para la ejecución directa de obras correspondientes a las infraestructuras básicas de los servicios de telecomunicaciones. La legislación urbanística de la Comunidad Autónoma de Aragón, en cambio, contempla de modo expreso la oportunidad de formular planes especiales para el establecimiento y coordinación de las infraestructuras básicas relativas al sistema de telecomunicaciones, en ausencia de Directrices de Ordenación Territorial y de Plan General o cuando éstos no contuvieran las previsiones detalladas oportunas. El Plan Especial ha sido precisamente el instrumento de planeamiento elegido por el Ayuntamiento de Barcelona para la ordenación de la implantación de la red ‘secundaria’ de telecomunicaciones, la red de cable.

“En la medida en que los diferentes planes determinen el trazado y características y de la infraestructura correspondiente a una determinada red de telecomunicaciones, entendemos que la construcción de la misma constituirá una obra de urbanización que deberá ser incorporada al proyecto de urbanización y su coste sufragado por los propietarios. Algunas Comunidades Autónomas (Aragón, Valencia, Castilla-La Mancha) han llegado a contemplar expresamente la construcción de las conducciones de telefonía y, en algún caso (Canarias), los gastos de primera instalación y mantenimiento de los servicios de telecomunicaciones conforme a su reglamentación específica, como costes de urbanización a soportar por los propietarios.

“El reintegro de, al menos, parte dichos costes con cargo a las empresas que presten el servicio se somete, con carácter general, a la reglamentación del mismo. Sin embargo, en el ámbito de las telecomunicaciones, la ausencia de previsiones al respecto en la legislación vigente implica de facto la imposibilidad de dicha repercusión.” (SÁNCHEZ MARÍN, Rufina: “Urbanismo y Telecomunicaciones”, en la obra colectiva dirigida por CHINCHILLA MARÍN, Carmen: *Telecomunicaciones: Estudios sobre Dominio Público y Propiedad Privada*. Madrid, 2000.)

15. El artículo 85 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, de Extremadura, establece que las ordenanzas municipales de policía de la urbanización tienen por objeto la regulación de todos los aspectos relativos a los proyectos, ejecución material, entrega y mantenimiento de las obras y los servicios de urbanización, y deben ajustarse a las disposiciones sectoriales reguladoras de los distintos servicios públicos y, en su caso, a los criterios de ordenación

Las características de las redes de telecomunicaciones integradas por instalaciones de radiocomunicación comportan mayor dificultad para aplicar la categoría de infraestructuras y redes de servicios que utiliza la legislación urbanística. En este caso las infraestructuras no son redes con continuidad física, en el sentido tradicional, son instalaciones perfectamente compatibles con aprovechamientos privados y los inmuebles que les sirven de soporte, los propietarios de los cuales son retribuidos de forma significativa, ni son de dominio público ni tienen ni habitualmente ni necesariamente la categoría de equipamientos o dotaciones públicas, tal como se conciben éstos en la legislación urbanística, tributaria, en este punto, de las categorías creadas al hilo de la institución expropiatoria y de los conceptos utilidad pública, interés social o interés comunitario.

En el caso de las instalaciones de radiocomunicación se trata de usos industriales para prestar un servicio de interés general en régimen de competencia, mediante instalaciones emplazadas en terrenos susceptibles de aprovechamiento privado. El planeamiento urbanístico establecerá la posibilidad de los emplazamientos de las instalaciones de radiocomunicación al determinar su compatibilidad con los usos principales establecidos para los inmuebles y el régimen de incompatibilidades y de prohibiciones en unas y otras zonas. Asimismo, establecerá la compatibilidad de su emplazamiento en los terrenos calificados de zonas verdes, espacios libres y equipamientos. Todo ello, sin perjuicio, de la posibilidad de establecer una previsión específica de terrenos calificados como equipamientos de servicios técnicos para el emplazamiento de estas instalaciones de radiocomunicación, calificación que se fundamentaría en su "interés social" y que permitirá su expropiación o la obligación de cesión gratuita.

urbanística dictados por la consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística.

El artículo 32 de la Ley de la Comunidad de Madrid 9/2001, de 17 de julio, establece tan sólo que las ordenanzas municipales de urbanización deberán regular todos los aspectos relativos al proyecto, la ejecución material, la recepción y el mantenimiento de obras y servicios de urbanización, así como normas para el control de calidad de la ejecución.

La regulación más precisa se establece en el artículo 61 de la Ley del Principado de Asturias 3/2002, de 19 de abril, que establece: "Las Ordenanzas Municipales de Urbanización tienen por objeto la regulación de todos los aspectos relativos al proyecto, ejecución material, entrega y mantenimiento de las obras y los servicios de urbanización. Deberán ajustarse a las disposiciones sectoriales reguladoras de los distintos servicios."

16. DO número L 74, de 22 de marzo de 1996, página 13.

17. DO número L 192, de 24 de julio de 1990, página 10.

18. DO número L 117, de 7 de mayo de 1997, página 15.

19. Recuérdese que el Tribunal Constitucional ha establecido, en una doctrina constante y pacífica, que la ejecución del derecho comunitario no prejuzga la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio. Sirva para acreditarlo la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 13/1998 (Pleno), de 22 de enero, que, en su fundamento jurídico tercero, reitera:

"Desde la inicial Sentencia sobre el comercio comunitario de carnes frescas (STC 252/1988), este Tribunal ha afirmado que el Derecho comunitario no es en sí mismo canon o parámetro directo de constitucionalidad en los procesos constitucionales (SSTC 132/1989, 65/1990, 28/1991, 64/1991, 111/1993,

Las anteriores consideraciones pretenden ayudar a diferenciar el objeto y la regulación de las ordenanzas municipales y la de los planes urbanísticos, para concluir que son los planes los instrumentos jurídicos adecuados para determinar los concretos emplazamientos de las instalaciones de radiocomunicación.

3. El derecho comunitario fundamenta la regulación y el control municipal del despliegue de la red de instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil

La Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996,¹⁶ por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE,¹⁷ de 28 de junio, en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones (denominada comúnmente de competencia plena), y la Directiva 97/33/CE,¹⁸ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa al marco común en materia de autorizaciones generales y de licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (denominada comúnmente de licencias); vinculan a los legisladores nacionales (los que tengan competencia según la distribución establecida en el ordenamiento jurídico interno),¹⁹ han sido incorporadas al ordenamiento interno y al regular el régimen de las limitaciones a las autorizaciones generales y licencias individuales en materia de telecomunicaciones, permiten fundamentar la competencia local de intervención sobre el despliegue en el territorio de las instalaciones de radiocomunicación. Esta primera reflexión se hace por el carácter prevalente del derecho comunitario europeo sobre el derecho interno de cada Estado en las materias que han sido transferidas a ese orden jurídico²⁰ y porque la regulación de las directivas comunitarias es

entre otras). Cuando éstos tienen por objeto disputas competenciales que tengan su origen en la trasposición al Derecho interno de una Directiva comunitaria, como en el caso enjuiciado, no corresponde a este Tribunal decidir si la Directiva ha sido o no correctamente incorporada al ordenamiento interno ni, en su caso si está siendo correctamente aplicada (SSTC 64/1991, fundamento jurídico 4.º, y 147/1996, fundamento jurídico 3.º). Más en concreto, en el ámbito de la resolución de disputas competenciales, bien sea en conflictos de competencias o en procesos de inconstitucionalidad, es también doctrina reiterada de este Tribunal (SSTC 252/1988, fundamento jurídico 2.º; 76/1991, 115/1991, 236/1991, 79/1992, 117/1992, 80/1993, entre otras) que el hecho de que una competencia suponga ejecución del Derecho comunitario no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio, porque ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía prevén una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Así pues, la determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del Derecho comunitario, bien en el plano normativo bien en el puramente aplicativo, se ha de dilucidar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias en las materias afectadas (STC 236/1991, fundamento jurídico 9º).

20. Haremos mención, para acreditar la trascendencia del carácter prevalente del derecho comunitario en el sector de las telecomunicaciones, de un ejemplo muy conocido y paradigmático: el conflicto entre Airtel y el Estado español, en relación con la licencia individual que permitió prestar a la empresa el servicio de telefonía fija y de telefonía móvil. Se trata de una vulneración del tratado constitutivo y por tanto de un supuesto de perfil jurídico distinto a

el parámetro de interpretación que permite determinar si han sido o no correctamente incorporadas al ordenamiento interno y, en su caso, si están siendo correctamente aplicadas, todo ello, sin olvidar la importancia del efecto directo de las directivas, reconocido jurisprudencialmente.²¹

La Directiva 97/13/CE²² define:

a) Las autorizaciones²³ que permiten a las empresas suministrar servicios de telecomunicaciones y establecer o explotar redes de telecomunicaciones para la prestación de dichos servicios.

b) Los requisitos esenciales,²⁴ que constituyen las razones no económicas y de interés público, que pueden llevar a un Estado miembro a establecer determinadas condiciones para el establecimiento y/o explotación de redes de telecomunicaciones o para la prestación de

servicios de telecomunicaciones, que ya habían sido incorporados al ordenamiento comunitario por la Directiva 96/19/CE, dictada para conseguir una competencia plena en el sector de las telecomunicaciones y, entre los cuales requisitos, deben destacarse los relativos a la protección del medio ambiente y a la satisfacción de los objetivos de ordenación del territorio.

El derecho comunitario, por tanto, a través de las directivas del sector de las telecomunicaciones de competencia plena y de licencias, otorga cobertura jurídica a la posibilidad de ordenación, a través de ordenanzas municipales y planes urbanísticos, del despliegue sobre el territorio de las instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil; siempre que tal ordenación pretenda garantizar, en ejercicio de las competencias de los entes locales establecidas en el derecho interno, la pro-

la aplicación de directivas que examinamos en el texto; sin embargo, es útil para destacar la trascendencia del derecho comunitario en el sector. El Estado, Airtel y Telefónica entraron en conflicto por el pago de 85 millardos de pesetas por parte de la operadora Airtel para acceder a la licencia individual que le permitió prestar el servicio de telefonía fija y el de telefonía móvil (técnicamente, entonces, una concesión), en un asunto en el que intervino la Comisión Europea. La Comisión, en diciembre de 1996, declaró incompatible el pago de 85.000 millones de pesetas con los artículos 86 y 90 del Tratado de Roma (actualmente 82 y 86), debido a la desventaja competitiva que produce y obliga al Estado español, bien a reembolsar la cantidad expresada, bien a adoptar medidas correctoras equivalentes. Los acuerdos adoptados comportaron un descuento de 15 millardos de pesetas en tarifas de interconexión de Telefónica a Airtel; la concesión a Airtel por el Estado de una licencia valorada en 26 millardos de pesetas; cesión a Airtel, en 1998, de frecuencias detentadas por Moviline; Airtel canalizará su tráfico hacia el extranjero a través de Telefónica hasta junio de 1999; autorización a Airtel para construir su propia infraestructura sin limitaciones y ampliación del período de duración de la licencia en cinco años más. (Hemos seguido en este punto a DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel: "Algunos conflictos –resueltos y pendientes– planteados en las telecomunicaciones españolas", en la obra colectiva *La liberalización de la telecomunicaciones en un mundo global*, dirigida por CREMADES, Javier y MAYOR MENÉNDEZ, Pablo. Madrid: Editorial La Ley-Actualidad, 1999, p. 205 a 207.)

La paradoja que quiero destacar es que el concurso que facilita la entrega de las licencias se adjudica porque la oferta incrementa en 50 millardos de pesetas el precio de salida y posteriormente la Comisión Europea considerará el incremento y la propia aportación contraria al derecho comunitario. Sin embargo, no se anula la licencia y el procedimiento, sino que se retornan los 85.000 millones y se incrementa el patrimonio de los accionistas en miles de millones, que es lo que en el mercado vale efectivamente la licencia. La explicación desde el punto de vista jurídico es que las bases del concurso para la obtención de las licencias que determinaban el sistema de adjudicación y la oferta voluntaria de Airtel cumplían el principio de legalidad, era ajustada a derecho desde la perspectiva del derecho español, pero no desde la del derecho comunitario. En palabras de De la Cuétara: "No se puede permitir, en el seno de la Unión Europea, la configuración libre de títulos habilitantes, en cuanto las diferencias que de ello se derivarían resultan inadmisibles bajo el Derecho Europeo de la Competencia. Adviértase que la expresión que acaba de utilizarse ('configuración libre') no quiere decir antijurídica o ajena al Derecho nacional; la libertad que se ha perdido es la de usando las reglas del Derecho nacional, dar forma a un sistema de autorizaciones que no tenga en cuenta o discrepe del común de toda la unión Europea." (DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel y otros: *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 121.)

21. Es importante destacar el principio de aplicabilidad directa o efecto directo del derecho comunitario, que constituye el derecho que posee toda persona para pedir a la Administración y al juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones; es la obligación para la Administración competente y para el juez de hacer uso de estos textos, cualquiera que sea la legislación

del país al que pertenece. Esa característica, de elaboración jurisprudencial, inicialmente se predicaba del reglamento comunitario, no de la directiva.

Puede consultarse TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel: "La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicabilidad directa de las Directivas", en *Noticias de la Unión Europea*, 1997, 150, p. 113-118; "El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y de los jueces en su aplicación", en *Revista de Administración Pública*, 1991, 125, p. 227-280, y KRAMER, Ludwib: "Sobre el efecto directo de las Directivas comunitarias de Medio Ambiente", en *Revista de Derecho Ambiental*, 1991, 7, p. 9-25.

22. La Comisión Europea pretendía, inicialmente, aplicar a los servicios de telecomunicación la misma política que se venía aplicando a las mercancías y establecer una licencia única europea. Por ello impulsó, en julio de 1992, la propuesta de Directiva del Consejo, relativa al reconocimiento mutuo de licencias y otras autorizaciones nacionales para los servicios de telecomunicaciones, al establecimiento de una licencia comunitaria única de telecomunicaciones y a la creación de un Comité Comunitario de Telecomunicaciones (COM 92, Bruselas, 15 de julio de 1992).

Esta propuesta no tuvo éxito y la Comisión, en noviembre de 1995, presenta una nueva propuesta de directiva sin hacer referencia ya a la licencia única y centrando sus esfuerzos en conseguir la armonización de los procedimientos establecidos por los estados miembros para la concesión de autorizaciones y licencias. La propuesta se concreta en la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa, como se señala en el texto, a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en los ámbitos de los servicios de telecomunicaciones.

23. El artículo 1, "Definiciones", establece:

"a) 'Autorización': todo permiso en el que se definan derechos y obligaciones específicos del sector de las telecomunicaciones y que permita a las empresas suministrar servicios de telecomunicaciones y, en los casos en que proceda, el permiso para establecer o explotar redes de telecomunicaciones para la prestación de dichos servicios, en forma de 'autorización general' o 'licencia individual' como se definen a continuación:

–'autorización general': toda autorización, con independencia de que se rija por una 'licencia por categoría' o por disposiciones legales de carácter general y que disponga o no la obligación de registro, que no exija a la empresa interesada que recabe una decisión expresa de la autoridad nacional de reglamentación antes de ejercer los derechos que se derivan de la autorización;

–'licencia individual': toda autorización concedida por una autoridad nacional de reglamentación que confiera derechos específicos a una empresa o que imponga a dicha empresa obligaciones específicas que complementen, cuando proceda, la autorización general, cuando la empresa no pueda ejercer dichos derechos hasta que se le haya comunicado la decisión de la autoridad nacional de reglamentación."

24. El artículo 1, "Definiciones", establece:

"d) 'Requisitos esenciales': las razones no económicas y de interés público que pueden llevar a un Estado miembro a establecer determinadas condiciones para el establecimiento y/o explotación de redes de telecomunicaciones o para

tección medioambiental y paisajística y la integración de las instalaciones de radiocomunicación en la ciudad y el territorio ordenado urbanísticamente.²⁵

Esta cobertura jurídica de la intervención de los entes locales se reitera en el anexo, "Condiciones que pueden imponerse a la autorizaciones", de la Directiva 97/13/CE, entre las que se incluyen los requisitos esenciales,²⁶ y en el artículo 3.2, que establece el carácter tasado de dichas condiciones y precisa que deberán justificarse objetivamente en relación con el servicios de que se trate y ser no discriminatorias, proporcionadas y transparentes.

La Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas

la prestación de servicios de telecomunicaciones. Estas razones se limitan a la seguridad de explotación de la red, al mantenimiento de su integridad y, en casos justificados, a la interoperabilidad de los servicios, la protección de los datos, la protección del medio ambiente y de los objetivos de ordenación del territorio, así como al uso eficaz del espectro de frecuencias y a la necesidad de evitar interferencias perjudiciales entre los sistemas de radio y comunicación y otros sistemas técnicos espaciales o terrestres. La protección de datos puede incluir la protección de los datos personales, la confidencialidad de la información transmitida o almacenada y la protección de la intimidad."

25. El Tribunal Constitucional, en la STC 61/1997, estableció: "Sin perjuicio de ulteriores concreciones, el urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la ordenación urbanística [...]."

26. Del "Anexo: Condiciones que pueden imponerse a las autorizaciones" de la Directiva 97/13/CE, desatacaremos todas aquellas que permiten comprender el ámbito y los objetivos de la intervención de la autoridad nacional competente en la materia de telecomunicaciones y dominio público radioeléctrico (en nuestro caso el Estado, que será competente para regular y controlar la mayor parte de condiciones) y el ámbito y los objetivos de la intervención de la autoridad nacional competente en materia de protección del medio ambiente y el urbanismo.

El anexo establece, en la parte que ahora nos interesa, lo siguiente:

"1. Toda condición impuesta a las autorizaciones ha de ser compatible con las normas en materia de competencia del Tratado.

"2. Condiciones que pueden imponerse a todas las autorizaciones, cuando esté justificado y con arreglo al principio de proporcionalidad: 2.1. Condiciones destinadas a garantizar el cumplimiento de los requisitos esenciales pertinentes. 2.2. Condiciones vinculadas al suministro de información que pueda razonablemente exigirse a fin de comprobar el cumplimiento de las condiciones aplicables y con fines estadísticos. 2.3. Condiciones encaminadas a impedir un comportamiento anticompetitivo en los mercados de telecomunicaciones, incluidas medidas para garantizar que las tarifas no sean discriminatorias y que no distorsionen la competencia. 2.4. Condiciones relacionadas con la utilización efectiva y eficaz de la capacidad numérica.

"3. Condiciones específicas que pueden asociarse a las autorizaciones generales para la prestación de servicios de redes públicas de telecomunicaciones accesibles al público y para el suministro de redes de telecomunicaciones para la prestación de dichos servicios, cuando esté justificado y con arreglo al principio de proporcionalidad: 3.1. [...].

"4. Condiciones específicas que pueden imponerse a las licencias individuales, cuando esté justificado y con arreglo al principio de proporcionalidad: 4.1. [...].

"Esta lista de condiciones se entenderá sin perjuicio de:

–todas las demás condiciones jurídicas que no sean específicas del sector de las telecomunicaciones,

–las medidas adoptadas por los Estados miembros por razones de interés público reconocidas en el Tratado, en particular, en sus artículos 36 y 56, específicamente en relación con la moralidad pública, la seguridad pública, incluyendo la investigación de actividades delictivas, y el orden público."

27. Diario Oficial número L 108 de 24/04/2002, páginas 0021-0032.

28. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2002/20/CE establece: "Condi-

cas –Directiva autorización–,"²⁷ que no debe aún trasponerse al ordenamiento interno, reitera los mismos principios y criterios.²⁸

La Directiva 97/13/CE es una directiva de armonización que se ampara en el artículo 100 A del Tratado (actual 95), que contempla expresamente las medidas encaminadas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas de los estados miembros. La directiva no se limita a armonizar los procedimientos en si mismos, sino que establece una regulación sustantiva, al determinar las condiciones que cabe imponer en ellos. De la Cuétara²⁹ lo sintetiza al afirmar que la libre iniciativa comercial es un principio fundamental en la política de competencia de la Comunidad y, al liberali-

ciones asociadas a la autorización general y a los derechos de uso de radiofrecuencias y números, y obligaciones específicas. 1. La autorización general para el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas y los derechos de uso de radiofrecuencias y de números sólo podrá estar sometida a las condiciones enumeradas respectivamente en las partes A, B y C del Anexo. Dichas condiciones deberán justificarse objetivamente en relación con la red o servicio de que se trate y deberán ser no discriminatorias, proporcionadas y transparentes." En el anexo, apartado A 5, se reitera como condición: "Requisitos en materia de medio ambiente y de ordenación urbana y del territorio, así como requisitos y condiciones referentes a la concesión de acceso a terrenos públicos o privados, o su uso, y las condiciones relacionadas con la ubicación y el uso compartido de instalaciones de conformidad con la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco) incluidas asimismo, si procede, las garantías financieras o técnicas necesarias para asegurar la ejecución correcta de las obras de infraestructura."

En el mismo sentido, la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO n.º 45 L 108, de 24 de abril de 2002).

Esta última Directiva establece en su considerando 23:

"El uso compartido de recursos puede resultar beneficioso por motivos de ordenación territorial, de salud pública o medioambientales y las autoridades nacionales de reglamentación deben fomentarlo sobre la base de acuerdos voluntarios. Cuando las empresas no dispongan de alternativas viables, puede resultar adecuado imponer la obligación de compartir recursos o propiedades. Ello incluye, entre otras cosas, la ubicación física y el uso compartido de conductos, edificios, repetidores, antenas o sistemas de antenas. La obligación de compartir recursos o propiedades sólo debe imponerse a las empresas tras una consulta pública completa."

El artículo 12 concreta la vinculación de la compartición con las necesidades medioambientales y de ordenación territorial, al establecer:

"Cubicación y uso compartido de recursos. 1. Cuando una empresa suministradora de redes de comunicaciones electrónicas disfrute, con arreglo a la legislación nacional, del derecho a instalar recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de las mismas, o pueda beneficiarse de un procedimiento de expropiación o utilización de una propiedad, las autoridades nacionales de reglamentación favorecerán el uso compartido de tales recursos o propiedades. 2. En particular cuando las empresas no tengan acceso a alternativas viables dada la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud pública o la seguridad pública, o de alcanzar objetivos de ordenación urbana y territorial, los Estados miembros podrán imponer el uso compartido de recursos o propiedades (incluida la ubicación física) a una empresa que explote una red de comunicaciones electrónicas, o adoptar medidas para facilitar la coordinación de obras públicas sólo después de transcurrido un período adecuado de consulta pública durante el cual todas las partes interesadas deberán tener la oportunidad de expresar sus opiniones. Tales sistemas de uso compartido o de coordinación podrán incluir reglas de prorrateo de los costes del uso compartido de los recursos o las propiedades."

29. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel y otros: *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 73.

zarse definitivamente las telecomunicaciones, se convierte automáticamente en la regla general también para este sector. Esta regla general puede restringirse en dos supuestos. En primer lugar, cuando se trata de exigencias esenciales tales como la seguridad del funcionamiento de las redes, el mantenimiento de su integridad, y en los casos en que estén justificados, la interoperabilidad de los servicios, la protección de los datos (que podrá incluir la protección de datos personales, la confidencialidad de la información transmitida o almacenada de la vida privada), la protección del medio ambiente y los objetivos de ordenación urbana y rural, así como la organización eficaz del espectro radioeléctrico y la necesidad de evitar interferencias perjudiciales entre los sistemas de radio y otros sistemas técnicos especiales. En segundo lugar, cuando se trate de condiciones que forman un conjunto de especificaciones de servicio público, tales como las normas comerciales sobre condiciones de permanencia, disponibilidad y calidad del servicio y las obligaciones financieras derivadas del servicio universal.

De todo ello, a nosotros nos interesa destacar que el Estado, por las competencias atribuidas en la Constitución, es el garante de la liberalización de las telecomunicaciones y el titular de la competencia legislativa y ejecutiva para establecer, y hacer cumplir, la parte más substancial de la ordenación, limitaciones y condiciones que pueden imponerse a los operadores del sector para suministrar servicios de telecomunicaciones y establecer o explotar redes de telecomunicaciones para la prestación de dichos servicios, competencia estatal subordinada a las normas comunitarias. De manera paralela, es de competencia local, en concurrencia con las comunidades autónomas y el Estado, que en el establecimiento de las redes de telecomunicaciones se garantice la protección del medio ambiente y los objetivos de ordenación urbana y rural; que constituyen ambos una exigencia del derecho comunitario.

30. La STS de 24 de enero de 2000 plantea la cuestión al resolver el recurso formulado por Telefónica contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, de 20 de marzo de 1991, por el que fue aprobada la Ordenanza municipal de calas y canalizaciones. El planteamiento es como sigue:

"Pues bien, de lo expuesto resultan una serie de consecuencias necesarias para abordar no sólo el análisis de la adecuación al ordenamiento del artículo 4.2 de la Ordenanza, a que se refiere este primer motivo de casación, sino el examen de los restantes que se contemplan en los sucesivos motivos. Estas son las siguientes:

a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio respecto a la utilización del dominio municipal que exija el tendido de redes, cables o, como dice la Sentencia de instancia, instalaciones o canalizaciones.

b) La competencia municipal se orienta a la preservación de intereses municipales y la normativa de régimen local especialmente concernida es la relativa a bienes y servicios municipales y planeamiento urbanístico. Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía

La libre iniciativa empresarial puede ser delimitada por obligaciones de contenido no económico, relativas a la protección del medio ambiente y a los objetivos de política de ordenación del territorio. El establecimiento de estos aspectos de la delimitación del derecho a la libertad de empresa en el sector de las telecomunicaciones debe realizarlos el ente con competencia sustantiva, de acuerdo con la atribución constitucional y legal de competencias, y debe concretarse en una regulación y un control objetivo, no discriminatorio, proporcional y transparente.³⁰

4. Las autorizaciones estatales y las locales que precisan las operadoras para la extensión de redes de telecomunicaciones, mediante instalaciones de radiocomunicación

4.1. La telefonía móvil como servicio de interés general que se presta en régimen de competencia

El artículo 2 LGTe define las telecomunicaciones como servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia. Éste es el punto a partida para que la ley, en el artículo 36,³¹ singularice distintos regímenes jurídicos entre los servicios de telecomunicaciones, al diferenciar tres categorías de obligaciones de servicio público: el servicio universal de telecomunicaciones, los servicios obligatorios de telecomunicaciones y las otras obligaciones de servicio público.

El artículo 37 de la ley establece el concepto y el ámbito de aplicación del servicio universal de telecomunicaciones y no incluye, como es sabido, la telefonía móvil (sí que todos los ciudadanos puedan recibir conexión a la red telefónica pública fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público, que los abonados dispongan gratuitamente de una guía telefónica y que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en el dominio público).

pública o de 'calas y canalizaciones', como la denomina el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria [artículo 4.1.a) Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.

c) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede traducirse, en ningún caso, en restricciones absolutas al derecho de los operadores al uso u ocupación del dominio público municipal, ni siquiera en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello, puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar."

31. Este artículo, y el Título II en el que se inserta, ha sido desarrollado por el Real decreto 1736/1998, de 31 de julio. Debe advertirse que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 2 de febrero de 2000, desestimó el recurso interpuesto por Telefónica contra distintos preceptos del Real decreto 1736/1998.

Este artículo es comentado por CHINCHILLA MARÍN, Carmen, en la obra colectiva dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y DE LA QUADRA-SALCEDO,

El artículo 40 relaciona los servicios obligatorios y no incluye la telefonía móvil. El precepto establece una tipología heterogénea, que abarca, entre otros, los servicios telegráficos encomendados a Correos; los servicios de emergencia que se han encomendado a las comunidades autónomas a través del número 112 y la red digital de servicios integrados.

El artículo 42 regula las otras obligaciones de servicio público y ha sido desarrollado a su vez por el artículo 42 del Real decreto 1736/1998, de 31 de julio. Establece la posibilidad de imponer obligaciones de servicio público a los operadores por razones de interés general, objetivadas en tres causas: necesidades de la defensa nacional y la seguridad pública; necesidades vinculadas a la extensión del uso de nuevos servicios y nuevas tecnologías a la sanidad, a la educación y a la cultura, y por razones de cohesión territorial.³² El despliegue de la red de instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil no constituye tampoco en su conjunto el objeto de una obligación de servicio público.

La ordenación de las instalaciones de radiocomunicación, que conforman la red de telefonía móvil, a través de ordenanzas y del planeamiento urbanístico no afecta, por tanto, ni a una red vinculada al servicio universal de telecomunicaciones ni a la de los servicios obligatorios de telecomunicaciones ni a una obligación de servicio público impuesta a los operadores. La ordenación de los entes locales se proyecta sobre las redes integradas por instalaciones de radiocomunicación de un servicio de interés general que se presta en régimen de competencia (artículo 2 de la LGTe), al que se aplica un régimen de intervención administrativa, definido por el derecho comunitario, que en sus aspectos más sustanciales es de competencia estatal, construido con base a los principios de obligación de justificar objetivamente las condiciones establecidas, no discriminación, proporcionalidad y transparencia. Estos parámetros son los que nos permitirán establecer la delimitación de competencias entre Estado y entes locales y la eventual tutela de aquél sobre éstos.

Tomás: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*. Madrid: Ed. Civitas, 1999.

32. De acuerdo con el apartado 2 del artículo, corresponde al Gobierno, mediante reglamento, determinar las obligaciones de servicio público, su contenido concreto, el alcance de las mismas, así como su forma de financiación.

33. Artículo 43. Titulares de los derechos.

Los operadores titulares de licencias individuales para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones a los que, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo I de este título, les sean exigibles obligaciones de servicio público, se beneficiarán de los derechos de ocupación del dominio público, de la aplicación del régimen de expropiación forzosa y del de establecimiento de servidumbres y limitaciones, de acuerdo con lo dispuesto en este capítulo.

Artículo 44. Derecho de ocupación del dominio público.

1. Los titulares de licencias individuales para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones a los que se refiere el artículo anterior, tendrán derecho a la ocupación del dominio público, en la medida en que ello sea

4.2. El tipo de licencia que permite prestar el servicio de telefonía móvil y derechos que otorga

La prestación de los servicios de telecomunicaciones y la extensión de redes de telecomunicaciones precisa de una autorización estatal, de la categoría de licencia individual. Las licencias individuales están reguladas en el Capítulo III del Título I de la LGTe (desarrollado por la Orden de 22 de septiembre de 1998) y constituyen el título que habilita para extender las redes de telecomunicaciones.

El ordenamiento prevé cinco modalidades de licencia individual. La "tipo A" permite la prestación del servicio público fijo sin el establecimiento o explotación de una red pública, mediante la utilización de medios de voz y transmisión de datos. La tipo B permite la prestación del servicio telefónico a través del establecimiento y la explotación de redes públicas (la B1 se atribuye a quienes prestan el servicio de telefonía fija y la B2 a quienes prestan el servicio de telefonía móvil). La tipo C permite el establecimiento o explotación de una red pública, sin que el titular pueda prestar el servicio público disponible al público (la C1 referida a redes públicas que no impliquen el uso del dominio público radioeléctrico y la C2 que sí lo implique a través de redes terrenales o basadas en satélites).

Por tanto, los titulares de licencias tipo B2 y C2 pueden establecer redes de telecomunicaciones que implican el uso del dominio público radioeléctrico y sirven de soporte para la prestación del servicio de telefonía móvil.

Los titulares de licencias individuales tienen derecho a la ocupación del dominio público, a ser beneficiarios en el procedimiento de expropiación forzosa y al establecimiento, a su favor, de servidumbres y de limitaciones a la propiedad, en los términos establecidos en el Capítulo II, del Título III, de la LGTe (artículos 43 a 46).³³

La respuesta de qué operadoras, titulares de qué tipo de licencias, se benefician de estos derechos (del tenor literal del artículo 43 se desprendía que sólo se podían beneficiar los operadores titulares de licencias indivi-

necesario para el establecimiento de la red pública de telecomunicaciones de que se trate. 2. Para el otorgamiento de dicha autorización será requisito previo el informe del órgano competente del Ministerio de Fomento que acredite que el operador posee la correspondiente licencia para la instalación de la red que pretende utilizar y que el proyecto técnico reúne todos los requisitos exigidos en el título otorgado. Las condiciones y requisitos que se establezcan por las Administraciones titulares del dominio público, para la ocupación del mismo por los operadores de redes públicas, deberán ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorios. 3. Los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar del órgano competente del Ministerio de Fomento el oportuno informe, a efectos de determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones. Los diferentes instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes del Ministerio de Fomento.

Artículo 45. Ocupación del dominio público local.

En las autorizaciones de uso de dominio público local será de aplicación,

duales a los que les sean exigibles obligaciones de servicio público), está en el artículo 44 del Real decreto 1736/1998,³⁴ cuando establece que se reconocerán esos derechos al operador que lo solicite y asuma el compromiso expreso de aceptar las obligaciones de servicio público que les sean impuestas, de conformidad con lo establecido en el Título III de la LGTe de 1998 y en este reglamento. El tenor literal de la ley, de hecho, sólo atribuía a Telefónica (única operadora que tenía impuestas obligaciones de servicio público) el derecho de ocupación del dominio público y a ser beneficiario de la expropiación del privado para implantar las redes de telecomunicaciones. Sin embargo, el reglamento lo atri-

buye a todas las operadoras titulares de licencias individuales que les permiten el establecimiento o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones, si asumen el compromiso de aceptar las obligaciones de servicio público que se le impongan en el futuro.³⁵

También debe precisarse para qué tipo de red de telecomunicaciones las operadoras tienen el derecho de ocupar el dominio público local. Esta cuestión tiene respuesta en la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1998, de licencias individuales, según la cual los operadores titulares de las licencias del tipo B y C tienen derecho a ocupar el dominio público para extender redes terrenales, pero no para extender redes basadas en saté-

además de lo previsto en el artículo anterior, lo siguiente: a) Las autorizaciones de uso deberán otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local. b) Será obligatoria la canalización subterránea, cuando así se establezca en un instrumento de planeamiento urbanístico debidamente aprobado. En todo caso, las condiciones que se establezcan para la ocupación del dominio público local, tanto para la canalización subterránea de las redes como para su financiación, deberán someterse a los principios de igualdad de trato y de no-discriminación entre los distintos operadores de redes.

Artículo 46. Expropiación forzosa.

1. Los operadoras titulares de redes públicas de telecomunicaciones a las que se refiere el artículo 43 podrán exigir que se les permita la ocupación de la propiedad privada, cuando así resulte necesario para la instalación de la red, ya sea a través de su expropiación forzosa o ya mediante la declaración de servidumbre forzosa de paso de infraestructura de redes públicas de telecomunicaciones. En ambos casos, tendrán la condición de beneficiarios en los expedientes que se tramiten, conforme a lo dispuesto en la legislación sobre expropiación forzosa. 2. La aprobación del proyecto técnico por el órgano competente del Ministerio de Fomento que reglamentariamente se determine, llevará implícita, en cada caso concreto, la declaración de utilidad pública y la de necesidad de ocupación, a efectos de lo previsto en la Ley de expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954, para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones. Con carácter previo a la aprobación del proyecto técnico, se recabará informe de la Comunidad Autónoma competente en materia de ordenación del territorio, que habrá de ser emitido en el plazo máximo de quince días desde su solicitud. No obstante, previa solicitud de la Comunidad Autónoma, este plazo será ampliado hasta dos meses si el proyecto afecta a un área geográfica relevante. 3. En las expropiaciones que se lleven a cabo para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones, cuyos titulares tengan impuestas las obligaciones de servicio público indicadas en los apartados a) y b) del artículo 36, se seguirá el procedimiento especial de urgencia establecido en el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, cuando así se haga constar en la resolución del órgano competente del Ministerio de Fomento que apruebe el oportuno proyecto técnico. 4. Las competencias de la Administración del Estado a las que se refiere este artículo se entenderán sin perjuicio de las que correspondan a las comunidades autónomas en materia de ordenación del territorio.

34. Artículo 44. Procedimiento de asignación de los derechos a que se refiere este título.

1. Los solicitantes de licencias individuales para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones que deseen que se les reconozcan genéricamente en su licencia individual los derechos de ocupación de propiedad pública o privada que se regulan en este título, deberán hacerlo constar en la solicitud del título y en el proyecto técnico que deben presentar junto a dicha solicitud. En dicho proyecto deberán incluirse las provisiones de extensión y delimitación geográfica de los derechos que el operador considere necesarios para el establecimiento y explotación de la red. Asimismo, los titulares de licencias individuales que no hayan ejercido inicialmente la facultad a la que se refiere el párrafo anterior podrán hacerlo posteriormente, solicitando del órgano que les otorgó la licencia su modificación, para que conste en su documento formalizador el reconocimiento de los derechos de ocupación de la propiedad pública y privada. En este caso, deberán presentar un nuevo proyecto técnico que incluya las previsio-

nes recogidas en el párrafo anterior. 2. La solicitud del reconocimiento de derechos en los dos supuestos señalados en el apartado 1 de este artículo deberá ir acompañada del compromiso expreso del solicitante de aceptar las obligaciones de servicio público que les sean impuestas, de conformidad con lo establecido en el Título III de la ley general de telecomunicaciones y en este reglamento. El documento en que se formalice dicho compromiso formará parte de la licencia individual, se incluirá como anexo del documento formalizador de la misma y será objeto de inscripción en el Registro Especial de Titulares de Licencias Individuales. A estos efectos, los operadores que tengan reconocidos genéricamente en su licencia individual derechos de ocupación de la propiedad pública o privada deberán, inicialmente, respetar las obligaciones de servicio público a las que se refiere el artículo 35.2 de la Ley general de telecomunicaciones y que se desarrollan en los artículos 7, 8 y 9 de este reglamento. Posteriormente, cuando ejerzan dichos derechos, se les podrán imponer otras obligaciones de servicio público, incluidas las de extensión de la red, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 40.2, b) y 42 de la Ley general de telecomunicaciones y en la sección 2.ª del capítulo III y en el capítulo IV del título anterior de este reglamento. De las licencias individuales en las que se reconozca el derecho de ocupación de la propiedad pública o privada se dará traslado al Ministerio de Fomento, a efectos de lo dispuesto en los artículos siguientes de este título.

35. García de Enterría y De la Quadra-Salcedo afirman:

"La solución reglamentaria muestra así su debilidad legal, pero también la insuficiencia de la Ley General de Telecomunicaciones a la hora de dar respuesta adecuada a esta cuestión de la expropiación. Una respuesta que hubiera exigido más imaginación para adaptar los requerimientos constitucionales sobre la privación de la propiedad a un escenario liberalizado y en competencia pero en el que no deja de tratarse de servicios considerados como interés general y que, por eso mismo, imponen a los operadores exigencias, obligaciones, condiciones o regulaciones que —se llamen o no de servicio público— persiguen objetivos de satisfacción de intereses generales aunque sea con técnicas diferentes. Desde luego las viejas técnicas de un solo concesionario beneficiario no pueden ser aplicables sin más cuando se trata de favorecer la existencia de múltiples licenciarios. Eso hace más compleja la determinación de la necesidad y exige probablemente modificaciones procedimentales, pero no permite desconocer la necesidad de adecuar los mecanismos de conciliación de interés general —y su definición en cada caso— con el particular.

"En cualquier caso son evidentes las dificultades para arbitrar nuevas categorías en un escenario de liberalización en el que persisten sin embargo objetivos de interés general. Probablemente el legislador precise, aquí y en otros países, de un cierto tiempo para ir ajustando las categorías. Lo único que se le puede pedir es cierta humildad a la hora de distanciarse de viejas técnicas, pues bien puede ocurrir, como de hecho ocurre con la ocupación del dominio público, que al final de la operación desreguladora y liberalizadora descubramos que el dominio público debe ser utilizado por los operadores de la liberalización porque el dominio público existe, esencialmente y con tal naturaleza, entre otras cosas, por su dedicación a los servicios públicos. En el contenido medular de la liberalización surge la necesidad de instituciones públicas—distintas del mercado y al para que la competencia sea viable." (GARCÍA DE ENTERRÍA Y DE LA QUADRA-SALCEDO: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*. Madrid: Ed. Civitas, 1999, p. 339.)

lites de órbita media y baja (artículos 26.3³⁶ y 29.3³⁷ de la orden ministerial).

En conclusión, en lo que afecta a la telefonía móvil, las operadoras titulares de la licencia B2 y C2 tienen derecho al establecimiento de una red pública de telecomunicaciones para prestar el servicio de telefonía móvil y a la ocupación del dominio público y privado para el despliegue de redes terrenales en los términos establecidos en el Capítulo II del Título III de la Ley 11/1998.

La ocupación del dominio público por redes públicas de telecomunicaciones tiene una especial trascendencia para las redes más comunes, las que utilizan hilos o cables.³⁸ Es una cuestión de mucha menor trascendencia respecto de la extensión de las redes de instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil. Las ordenanzas que regulan la utilización del dominio público local por las redes de servicios en general y por las redes terrenales de telecomunicación, en particular, desarrollan un marco jurídico distinto al que corresponde a las de instalaciones de radiocomunicación. La problemática que plantea la ocupación del dominio público local por redes terrenales de telecomunicaciones también es distinta a la propia de las instalaciones de radiocomunicación, sin perjuicio que ocasionalmente pueden ocupar también dominio público local.³⁹

4.3. La concurrencia de la autorización estatal para construir y poner en funcionamiento las instalaciones de radiocomunicación y la licencia de actividades y la licencia urbanística

El Real decreto 1066/2001, de 28 septiembre, aprueba el reglamento que establece las condiciones de protección

del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radiadas y medidas de protección frente a las emisiones radioeléctricas. Este reglamento tiene por objeto la autorización, la planificación y la inspección de las instalaciones radioeléctricas en razón a los límites de exposición de las emisiones.

La norma reglamentaria, una vez establece los límites de exposición a las emisiones radioeléctricas, la restricciones básicas y los niveles de referencia (el artículo 6 se remite al anexo 2 del reglamento que aprobó el real decreto); prescribe que deberá acompañarse un estudio detallado de los niveles de exposición radioeléctricas a las peticiones de autorización de instalaciones radioeléctricas, de acuerdo con lo que establece el Capítulo I del Título III de la Orden de 9 de marzo de 2000. La previsión anterior resulta completada por la Orden de 11 enero de 2002 CTE/23/2002, que establece las condiciones para la presentación de estudios y certificaciones por parte de los operadores de servicios de radiocomunicación.

La Orden de 9 de marzo de 2000, a que se refiere el Real decreto 1066/2002, en el artículo 10, último párrafo, establece: "La autorización de los emplazamientos de las estaciones fijas queda condicionada, en cualquier caso, a la ausencia de perturbaciones a otros servicios radioeléctricos, así como al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia de servidumbres radioeléctricas o aeronáuticas, de medio ambiente, ordenación del territorio o cualquier otra que resulte de aplicación. La obtención de las autorizaciones relacionadas con estas materias se la responsabilidad y corre a cargo del solicitante."

La propia normativa estatal reconoce la concurrencia de autorizaciones estatales y locales con un ámbito

36. El artículo 26, "Derechos de los titulares de licencias de tipo B", en lo que al texto interesa, establece:

"Los titulares de licencias de tipo B tendrán los siguientes derechos:

"1. Obtener de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la asignación de los números que precisen para la prestación del servicio o para el establecimiento o explotación de la red para los que estén habilitados, de acuerdo con la normativa aplicable [...].

"2. Interconectar la red que soporte la prestación del servicio telefónico disponible al público con las de los titulares de redes públicas, en los términos que se indican en este apartado [...].

"3. Ocupar, para el establecimiento o explotación de redes públicas, la propiedad pública o privada, en los términos establecidos en el capítulo II del título III de la Ley General de Telecomunicaciones y en el Reglamento de Obligaciones de Servicio Público.

"A estos efectos, los solicitantes de licencias individuales que deseen que se les reconozcan, genéricamente, derechos de los regulados en el título III del Reglamento de Obligaciones de Servicio Público deberán hacerlo constar expresamente al órgano encargado de otorgar la licencia, bien en la solicitud inicial a bien mediante petición independiente si se hubiese otorgado ya el título. En dicha solicitud deberán asumir, asimismo, el compromiso de aceptar las obligaciones de servicio público que les sean impuestas.

"En los supuestos a los que se refiere el párrafo anterior, en la resolución que otorgue la licencia individual para el establecimiento o explotación de una red pública de telecomunicaciones o en su modificación posterior, se recogerá el reconocimiento genérico de la posibilidad de ejercer derechos de ocupación de la propiedad pública o privada.

"No obstante, lo dispuesto en este apartado, no tendrán derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada los titulares de licencias

de tipo B2 que presten el servicio telefónico disponible al público, mediante redes basadas en satélites de órbita media y baja.

"4. Instalar terminales de uso público, situados en el dominio público, que permitan su uso común."

37. El artículo 29.3, respecto a los titulares de licencias del tipo C, establece: "[tienen derecho] Cuando ello sea necesario para el establecimiento de la red, en el establecimiento o explotación de redes públicas, a la ocupación de la propiedad pública o privada en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 26 de esta Orden." Es decir, en igualdad de condiciones que los titulares de licencias del tipo B.

38. García Capdepón afirma: "Aunque el concepto básico sea la red y a pesar de que la tecnología actual permita establecer varias redes sobre una misma infraestructura soporte, resulta de toda evidencia que sin la creación y utilización de esta infraestructura no es posible la existencia ni de tales redes ni de los servicios de telecomunicaciones y que dicha infraestructura, si hablamos de las redes más comunes, las que utilizan hilos o cables, precisa ser extendida por el territorio ocupando bienes que pertenecerán a particulares o a las Administraciones; de ahí la importancia de los derechos de ocupación sobre propiedades públicas o privadas que se concedan a las operadores." (GARCÍA CAPDEPÓN, Pedro María: "Dominio público y telecomunicaciones. Algunas cuestiones sobre el uso del dominio público terrestre por los operadores", en la obra colectiva que coordina CHINCHILLA MARÍN, Carmen: *Telecomunicaciones: estudios sobre dominio público y propiedad privada*. Madrid, 2000, p. 46.)

39. Cuestión que se aleja de la problemática que nos ocupa y que ha suscitado múltiples acuerdos de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, conflictos que han llegado a los tribunales (la STS, de 24 de enero de 2000, resuelve el recurso presentado contra una ordenanza municipal que regula el sistema de calas y canalizaciones) e importante bibliografía. Entre otros,

objetivo de control distinto.⁴⁰ Esta concurrencia de autorizaciones, en nuestra opinión, acredita y es consecuencia de lo siguiente:

a) El derecho comunitario, de aplicación prevalente, al liberalizar el mercado de las telecomunicaciones y al establecer un marco armonizador de las autorizaciones generales y de las licencias individuales, permite que la libre iniciativa empresarial y la libre competencia del sector sea limitada por condiciones sustantivas tasadas, entre las cuales, al tema que nos ocupa, interesan la protección del medio y los objetivos de la ordenación del territorio, definidos como requisitos esenciales. Estas dos condiciones resultan de las normas medioambientales y urbanísticas y su control se realiza mediante las licencias de actividades y urbanísticas.

b) La parte más importante, cuantitativa y cualitativamente, de las condiciones que pueden imponerse a los operadores de telecomunicaciones son competencia estatal como titular de la competencia de legislación y ejecución en materia del régimen general de las comunicaciones, radiocomunicación y dominio público radioeléctrico (artículo 149.1.21 CE).

c) Las competencias estatales sobre sanidad (bases y coordinación general de la sanidad); medio ambiente (legislación básica sobre protección del medio ambiente) y sobre urbanismo (la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en

el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales; el procedimiento administrativo común; la legislación sobre expropiación por fuerza y el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas), no permiten al Estado definir de manera concreta sobre el territorio, respecto de las instalaciones de radiocomunicación, cuáles son las afectaciones medioambientales y cuando se da satisfacción a la política de ordenación urbanística y territorial; ámbitos que por ello no son objeto de control por la autorización estatal para construir y poner en funcionamiento cada una de las instalaciones de radiocomunicación.

5. La protección del paisaje y la minimización del impacto visual

El esquema tipo de las ordenanzas que examinamos se construye con los parámetros siguientes: a) normas sustantivas de minimización del impacto sobre el medio ambiente y el paisaje; b) documentación y procedimiento de las licencias de actividades y urbanísticas; c) control sobre las actividades una vez concedidas las licencias, y d) instrumentos de información sobre el desarrollo de las redes. Hemos afirmado que la potestad normativa de los entes locales reconocida en la legislación de bases de régimen local, e implícita en la autonomía local garantizada constitucionalmente, permite el desarrollo, a través

CHINCHILLA MARÍN, Carmen: "El derecho a la ocupación del dominio público y la propiedad privada necesario para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones", en la obra colectiva que coordina, *Telecomunicaciones: estudios sobre dominio público y propiedad privada*. Madrid, 2000; GARCÍA CAPDEPÓN, Pedro María: "Dominio público y telecomunicaciones. Algunas cuestiones sobre el uso del dominio público terrestre por los operadores", citado y publicado en la misma obra colectiva; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás: "Comentarios al Capítulo II del Título II (artículo 43 a 48)", en la obra colectiva que coordinan, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*. Madrid, 1999.

40. La concurrencia de autorizaciones con un objeto de control distinto no ha pasado inadvertida a los tribunales. El TSJ de Castilla y León, en la Sentencia de 11 de octubre de 2001, en su fundamento jurídico cuarto, establece:

"[...] El hecho de que el servicio de telecomunicaciones haya sido declarado por la Ley estatal 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, de 'interés general' (artículo 2). como se alegó por la entidad demandante en el escrito de petición de la medida cautelar y se reitera en el escrito de impugnación del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento no supone que para las instalaciones de telefonía móvil de que se trata no deba obtenerse la correspondiente licencia urbanística, así como la de actividad y apertura, a las que antes se ha hecho referencia, previstas en la legislación aplicable. En este sentido ha de señalarse, y sin necesidad de mayores precisiones que esto resulta de la propia normativa aprobada sobre telecomunicaciones. Así en el artículo 16 de la citada Ley 11/1998, se hace referencia a la 'observancia', entre otros, de los requisitos específicos establecidos en materia de protección del medio ambiente, de ordenación del territorio y de urbanismo. Esto también se establece en la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998, por la que se establece el régimen aplicable a las 'autorizaciones generales' para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares, a los que se exige —artículo 10— el cumplimiento, entre otros, de la normativa aprobada en 'materia urbanística y de medio ambiente', lo que también se contempla en la Orden Ministerial de esa misma fecha referida al régimen aplicable 'a las licencias individuales'." En este mismo sentido, en la OM de 9 de marzo de 2000, por la que se

aprueba el Reglamento de desarrollo de esa Ley 11/1998, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, se establece en su artículo 8 el cumplimiento para los interesados en el uso de ese dominio público. Entre otros aspectos, de las disposiciones vigentes en materia "de medio ambiente, de ordenación del territorio o cualquier otra que le resulte de aplicación".

El TSJ del País Vasco, en su Sentencia de 16 de enero de 2001, que resuelve un recurso formulado por una comunidad de propietarios contra la concesión de una licencia de actividades a Telefónica para la instalación de equipos de telefonía móvil, establece en su fundamento jurídico quinto lo siguiente:

"Entrando en el aspecto estrictamente administrativo, en las irregularidades denunciadas en el ámbito del procedimiento administrativo, con cita en la Ley 30/1992 y las referencias que se hacen por la Comunidad recurrente a los procedimientos de concesión de licencia de obras y de actividad, hemos de decir que en principio tienen autonomía los procedimientos de concesión de obras y licencias de actividad, pero en un supuesto como el presente, en el que estamos ante una actividad calificada, sin duda se presente como trascendente y de singular importancia a estos efectos la licencia de actividad que es respecto a la que se refiere el presente recurso, y ello por la sencilla razón de que en principio lo determinante es la actividad y la obra no se presenta sino como algo accesorio y subsidiario de aquélla; [...] debiéndose concluir que se ha seguido de forma estricta lo allí establecido (se refiere a la Ley de Actividades de 1961), dado que tras la petición de la licencia de actividad y tras recaer informe en el que se plasma que desde el punto de vista municipal y del planeamiento urbanístico no existía obstáculo, se decide informar el expediente, recae informe sanitario y favorable, se da audiencia a las comunidades inmediatas, además de existir información pública, se traslada el expediente a la Diputación Foral de Bizkaia, órgano competente para imponer las medidas correctoras en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, en concreto al estar ante un suelo urbano residencial, se imponen las medidas correctoras en relación con las previsiones del Decreto del Gobierno Vasco 171/1985, de 11 de julio, donde se vienen a establecer las medidas correctoras a imponer a las actividades a desarrollar en suelo urbano residencial, viendo cómo el Departamento Foral de Medio Ambiente califi-

de ordenanzas municipales, de la legislación de actividades clasificadas o con incidencia ambiental y de la legislación urbanística. Estas ordenanzas aplican y concretan el régimen general previsto en la legislación medioambiental y urbanística a las instalaciones de radiocomunicación que se pretendan emplazar en el municipio y establecen la documentación precisa, el procedimiento a seguir y las facultades de intervención que corresponden de acuerdo con esa legislación.⁴¹ Esta consideración justifica la regulación por las ordenanzas locales de los apartados b) y c) del esquema tipo que hemos propuesto.

En las ordenanzas reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación adquieren una gran relevancia el conjunto de técnicas y sistemas dirigidos a conseguir la mimetización y ocultación⁴² de las instalaciones de radiocomunicación y la minimización del impacto ambiental y visual en todo tipo de edificación.⁴³

ca e impone medidas correctoras, informando favorablemente en tales términos la licencia solicitada, tras lo que con las actuaciones posteriores e informes complementarios se llega a la constatación de que las medidas correctoras se han establecido, por lo que recae la licencia aquí recurrida, que viene a suponer una refundición de lo que es la licencia pura de actividad y la licencia de funcionamiento, porque recae tras comprobarse que se cumplían las medidas correctoras impuestas [...]."

41. La ordenanza tipo aprobada por la Diputación de Barcelona realiza esta actuación normativa en el capítulo 5, en el que regula la tipología de autorizaciones y el régimen jurídico al que se someten, la documentación que ha de acompañar las peticiones de autorización, las actuaciones a realizar al finalizar las obras y el sistema de control y revisión medioambiental. La ordenanza a lo largo de este capítulo procede a proyectar y a aplicar el régimen previsto en la Ley catalana de intervención integral de la Administración ambiental y su reglamento de desarrollo, una vez que el Decreto 148/2001 precisa en el artículo 12 que la intervención administrativa en materia medioambiental se rige por la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la administración ambiental y la disposición adicional primera establece que instalaciones de radiocomunicación se someten al régimen correspondiente a las actividades del anexo 2.2 y cuales se someten a las actividades relacionadas en el anexo 3.

42. Nos referimos a dotar a las instalaciones de radiocomunicación de la apariencia de elementos constructivos de los inmuebles (desde una chimenea hasta el asta de una bandera) o a integrarlos en la construcción.

43. En este sentido debe destacarse la regulación establecida en la ordenanza tipo aprobada por la Diputación de Barcelona y la minuciosa regulación establecida para garantizar el mínimo impacto visual y ambiental en la ordenanza del Ayuntamiento de Valencia de Concepción.

Aunque la preocupación de los vecinos, y de los ciudadanos en general, respecto a las instalaciones de radiocomunicación, se dirige a su afectación sobre la salud, la aparatosidad y el impacto visual de algunas de las instalaciones de radiocomunicación contribuyen sin duda a incrementar la alarma social.

44. En el caso de Cataluña, el Decreto 148/2001, de 29 de mayo, habilita, en el artículo 9, a los municipios para regular mediante ordenanza las instalaciones que deben respetar los objetivos principios y criterios establecidos en el decreto. Entre estos principios y criterios se recogen de manera expresa el impacto visual y el impacto ambiental (artículo 1 del decreto). A su vez se define en el decreto el impacto visual de la manera siguiente: impacto ambiental que afecta el paisaje y que se manifiesta principalmente por el excesivo contraste de color, forma, escala, etc., entre los elementos visuales introducidos por una actividad o instalación y el medio en que se ubica; por el dominio visual de los elementos introducidos en relación con los del medio; por la ocultación de un elemento natural o artificial, o por la falta de compatibilidad entre los usos históricos que han caracterizado un paisaje y la significación que adquiere la nueva actividad o instalación en este paisaje.

La anterior regulación y lo que se señala en el texto fundamenta las normas de protección del medio ambiente y del entorno establecidas en los artí-

Interesa determinar si esas normas incluidas en las ordenanzas municipales de regulación de las instalaciones radioeléctricas, relativas a minimizar el impacto visual y a proteger el paisaje, son el resultado de ejercer competencias medioambientales o urbanísticas.⁴⁴

Para establecer el objeto de la competencia sobre medio ambiente y urbanismo es muy útil acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional, en especial a las SSTC 102/1995⁴⁵ y 61/1997.⁴⁶

A su vez, también tiene interés recordar que la estrecha interrelación entre el medio ambiente y el urbanismo ya se refleja en las primeras normas preconstitucionales.⁴⁷

En definitiva, la delimitación que ha realizado el Tribunal Constitucional de la competencia sobre medio ambiente y urbanismo y el desarrollo legislativo de éstas, permite afirmar que el ejercicio de la potestad normativa local para garantizar la protección del paisaje y minimizar el impacto

culos 12 y siguientes de la ordenanza tipo de la Diputación de Barcelona.

45. La STC 102/1995, delimita la materia medio ambiente del siguiente modo:

"El medio ambiente como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por los recursos naturales [...]. La flora y la fauna, los animales y los vegetales o plantas, los minerales, los tres 'reinos' clásicos de la Naturaleza con mayúsculas, en el escenario que suponen el suelo y el agua, el espacio natural. Sin embargo, ya desde su aparición en nuestro ordenamiento jurídico el año 1916, sin saberlo, se incorporan otros elementos que no son naturaleza sino Historia, los monumentos, así como el paisaje, que no es sólo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y cada cultura. El Estatuto de Autonomía de Madrid [...] ofrece una fórmula especialmente valiosa por su inserción en el bloque de la constitucionalidad, fórmula donde se incluye la aspiración al equilibrio ecológico y se enumeran los componentes más importantes: el aire, las aguas, los espacios naturales, la flora, la fauna y los testimonios culturales [...]."

"Ligado a todo lo ya inventariado está el paisaje, noción estética, cuyos ingredientes son naturales—la tierra, la campiña, el valle, la sierra el mar—y culturales, históricos, con una referencia visual, el panorama o la vista, que a finales del pasado siglo obtiene la consideración de recurso, apreciado antes como tal por las aristocracias, generalizado hoy como bien colectivo, democratizado en suma y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional del medio ambiente como reflejan muchos de los Estatutos de Autonomía [...]."

46. El urbanismo ha sido definido por el Tribunal Constitucional, en la STC 61/1997, del siguiente modo:

"Sin perjuicio de ulteriores concreciones, el urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la 'ordenación urbanística', como objeto normativo de las leyes urbanísticas (recogida en la primera Ley del Suelo de 1956, artículo 1.º). Sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación. El contenido que acaba de enunciarse se traduce en la fijación de lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto median ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo."

47. La STC 102/1995 afirma: "La Ley 15/1975, de 15 de mayo, sobre espacios naturales protegidos, no alude explícitamente al medio, al ambiente o al medio ambiente, pero proclama como finalidad suya 'contribuir a la conservación de la naturaleza' (artículo 1.1 y 4). A su vez, el urbanismo, por su propia esencia, que consiste en la ordenación del suelo, guarda desde siempre una relación muy estrecha con lo que se ha dado en llamar medio ambiente,

visual de las instalaciones de radiocomunicación puede realizarse a través de ordenanzas que desarrollan la legislación medioambiental y la legislación urbanística, por tratarse de un tipo de protección que coincide parcialmente con el ámbito objetivo de ambas materias.⁴⁸

La competencia para reducir el impacto visual a través de ordenanzas municipales encuentra, sin embargo, su fundamento más generalizado en la legislación urbanística autonómica, sin perjuicio de qué concretas normas autonómicas dictadas en materia de medio ambiente pueden habilitar de manera específica o genérica a los municipios.⁴⁹

En primer lugar, es preciso advertir que, en materia de impacto visual, son numerosas las resoluciones judiciales dictadas que avalan la necesidad de adecuación al entorno de las instalaciones de radiocomunicación, adecuación que exige con carácter general la legislación urbanística. La sentencia del TSJ de Andalucía de 29 de febrero de 2000 establece: “Sin cuestionar, por su evidencia, la competencia de los ayuntamientos en orden al control de la estética urbana y en la concesión o denegación de licencias cuando se trate de actuaciones privadas inconvenientes o antiestéticas, es lo cierto que las normas de disciplina urbanística a las que apela para fundar el acuerdo denegatorio de la licencia, no sirven para fundamentar la denegación de la licencia solicitada.” La sentencia del TSJ de Canarias de 28 de mayo de 1999 afirma: “En el presente caso se trata de la instalación de una antena de telefonía móvil, con una altura de 15 metros sobre el remate de la escalera, en la azotea de un edificio de seis plantas; [...] y en el entorno de los inmuebles protegidos que se han citado, y que, a juicio de los técnicos municipales, y esto es lo fundamental, rompe la armonía de la imagen visual de la zona en que se encuentra, desfigu-

rando la perspectiva propia del entorno, por lo que, ante la falta de prueba en contrario y teniendo en cuenta la presunción de objetividad y acierto de que gozan los informes técnicos oficiales, forzoso es concluir que es conforme a derecho la resolución impugnada en cuanto deniega la licencia solicitada”. La Sentencia del TSJ de Castilla y León de 9 de enero de 1998 establece: “[...] el art. 138.b) del TR de 1992 señala que las construcciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas [...]. En el presente caso, es indudable que la instalación de la antena base de telefonía móvil pretendida, con una altura de 31,90 m aproximadamente y construida en el límite del perímetro del conjunto Histórico Artístico, rompe la armonía de la imagen visual del entorno de San Ildefonso (palacio, jardín y paisaje), limitándose así el campo visual para contemplar las bellezas naturales, desfigurando la perspectiva propia del entorno, por lo que causándose un perjuicio espacial y ambiental, cabe entender que se ha vulnerado el precepto indicado, y por tanto es conforme a derecho la resolución impugnada en cuanto deniega la licencia solicitada.”

En segundo lugar, se debe recordar que la Ley del suelo de 1976 incluía las ordenanzas urbanísticas entre los instrumentos de planificación urbanística y les aplicaba el régimen jurídico de estos instrumentos.⁵⁰ Ello obligó a diferenciar entre ordenanzas urbanísticas que tenían por objeto la regulación en abstracto de determinaciones propias de los planes y ordenanzas municipales que desarrollaban la legislación urbanística u otras normas legales o reglamentarias.⁵¹ En la legislación urbanística se advierte cada vez con mayor claridad la diferenciación entre unas y otras,⁵² y en el plano doctrinal se afirma que no pueden confundirse las ordenanzas urbanísticas y las normas urbanísticas de los planes. Se señala, como contenido de

como puso de manifiesto la segunda Ley del Suelo, sucesora de la promulgada en 1956. En la construcción piramidal del planeamiento urbanístico, todos los Planes de Ordenación debían contener medidas para la protección del medio ambiente (artículos 7 y 12.1.d).”

48. Sin olvidar el fundamento que presta a la regulación el título dominio público, como acredita que ninguna duda ha planteado la legalidad de las ordenanzas reguladoras de las carteleras de anuncios (ver la ya muy antigua la STS de 2 de enero de 1989, que examina la legalidad de una ordenanza del Ayuntamiento de Burgos).

49. Artículo 9 del Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad 148/2001, de 29 de mayo.

50. La Ley del suelo de 1976, en distintos preceptos, homogeniza el régimen jurídico de los planes urbanísticos y de las ordenanzas urbanísticas. Así, por ejemplo, el artículo 56 establece que los planes, normas complementarias y subsidiarias, programas de actuación urbanística, estudios de detalle, proyectos, normas, ordenanzas y catálogos serán inmediatamente ejecutivos, una vez publicada su aprobación definitiva y el artículo 57 establece que serán nulas de pleno derecho las reservas de dispensación que se contuvieran en los planes u ordenanzas.

51. Un ejemplo paradigmático de la importancia de la diferenciación, lo constituyen las sentencias del Tribunal Supremo que examinan la legalidad de la Ordenanza sobre normas constructivas para la prevención de incendios del municipio de Barcelona, aprobada como ordenanza urbanística por la Corporación Metropolitana de Barcelona el 18 de noviembre de 1974 y la Ordenanza de prevención de incendios sobre medidas de seguridad aplica-

bles a edificios ya construidos aprobada por el Ayuntamiento de Madrid en sesión plenaria de 28 de noviembre de 1980. La primera fue tramitada como ordenanza urbanística y la segunda como ordenanza municipal, y su contenido es prácticamente idéntico.

Respecto de la ordenanza de Barcelona, se dictaron las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1990, de 3 de febrero y de 12 de mayo de 1989, y de 22 de noviembre de 1990. Respecto de la ordenanza aprobada por el Ayuntamiento de Madrid el Supremo resolvió el recurso mediante Sentencia de 15 de noviembre de 1983.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 15 de noviembre de 1983, examina la legalidad de la ordenanza una vez acordada la suspensión por la Administración del Estado y la posterior remisión a la jurisdicción contencioso-administrativa al amparo del artículo 110 de la Ley de bases de régimen local entonces vigente. El Tribunal Supremo concluirá la ilegalidad de la ordenanza indicando que para regular esta materia no es suficiente invocar la genérica potestad reglamentaria, sino que además hace falta una habilitación específica, caso a caso, por ley.

En el caso de Barcelona, la ilegalidad se planteará tan sólo respeto al carácter retroactivo o irretroactivo de la norma. El Tribunal Supremo, al ampararse la ordenanza en la legislación urbanística, además de otros motivos que ahora no vienen al caso, entenderá que se trata de una ordenanza ajustada a derecho.

52. Por ejemplo, el artículo 44 de la Ley del suelo de 1992 establece que los ayuntamientos pueden crear en la correspondiente ordenanza la cédula urbanística.

las ordenanzas urbanísticas (a las que García de Enterría denomina “ordenanzas de edificación no incluidas en un plan que se limiten a aspectos abstractos, no vinculados a ninguna directiva del planeamiento en concreto”), el referido a la policía de la construcción y de las viviendas e instalaciones en sus aspectos de seguridad y salubridad y en cuanto a relaciones de vecindad y servidumbres legales.⁵³

La legislación autonómica más reciente ha procedido a simplificar notablemente la cuestión al no incorporar entre los instrumentos de planeamiento las ordenanzas urbanísticas y regular, a su vez, de manera específica, las ordenanzas municipales en materia de urbanismo (de policía de la edificación y de policía de la urbanización), que se aprueban por los órganos de los entes locales y previo el procedimiento establecido en la legislación de régimen local.

Sirva de ejemplo la Ley del Parlamento de Extremadura 15/2001, de 14 de diciembre, que regula, en el artículo 68,⁵⁴ los instrumentos de ordenación urbanística sin incluir las ordenanzas municipales, que se limitan, según el indicado precepto, a contribuir a la ordenación urbanística y a complementar los instrumentos de planeamiento. A su vez, al regular las ordenanzas municipales diferencia su contenido respecto de los planes y establece en el artículo 85 que las ordenanzas municipales de policía de la edificación tienen por objeto “la regulación de todos los

aspectos morfológicos, incluidos los estéticos, y cuantas otras condiciones, no definitorias directamente de la edificabilidad y destino del suelo, ni formen parte del contenido necesario de los instrumentos de planeamiento urbanístico conforme a esta Ley, sean exigibles para la autorización de los actos de construcción y edificación, incluidas las actividades susceptibles de autorización en los inmuebles y que deben ajustarse a las disposiciones relativas a la seguridad, salubridad, habitabilidad y calidad de las construcciones y edificaciones”. La regulación de las ordenanzas debe ser compatible con los instrumentos de planeamiento de ordenación urbanística y las medidas de protección del medio ambiente urbano y el patrimonio arquitectónico e histórico-artístico.

En el mismo sentido la Ley del Principado de Asturias 3/2002, de 19 de abril;⁵⁵ la Ley de la Comunidad de Madrid 9/2001, de 17 de julio, que establece que las ordenanzas municipales de instalaciones de edificación y construcción “deberán” regular los aspectos relativos a la seguridad, la funcionalidad, la economía, la armonía y el equilibrio medioambientales, la estética, el ornato, la calidad, la conservación y la utilización de los edificios y demás construcciones e instalaciones, y “podrán” regular cuantos otros aspectos de la edificación y la construcción no estén reservados por esta Ley al planeamiento urbanístico;⁵⁶ la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio,⁵⁷ y la Ley

53. ENVID IRUJO, Antonio: *Ordenanzas y Reglamentos Municipales*. Tratado de derecho municipal dirigido por Muñoz Manchado. Madrid, 1990, p. 428 y 429. Afirma:

“La entrada de este nuevo elemento (los planes urbanísticos) en el urbanismo va a tener un curioso efecto sobre las ordenanzas de edificación que consiste en la división que tiene lugar de las mismas en diversos instrumentos urbanísticos: por un lado, las normas ligadas a los planes; por otro, las ordenanzas generales a que se refiere el artículo 33 y luego el artículo 42 de la reforma de 1976. Es García Enterría, de nuevo, quien capta la realidad de este fenómeno de división encontrando que siguen teniendo sentido ordenanzas generales al lado de las normas urbanísticas de los planes en los que se recogerían los aspectos técnicos, sanitarios, de seguridad, ‘de policía de la edificación’ en sí. Contenido normativo abstracto, no ligado a una directiva de planeamiento concreto.”

54. Artículo 68. Instrumentos de ordenación urbanística.

1. La ordenación urbanística se establece, en el marco de esta Ley y de las normas reglamentarias generales a que la misma remite y de las dictadas en su desarrollo, así como de las determinaciones de los instrumentos de ordenación del territorio, por los siguientes instrumentos de planeamiento: a) Los Planes Generales Municipales. b) Los Planes de Desarrollo: 1) Planes Parciales de Ordenación. 2) Planes Especiales de Ordenación. 3) Estudios de Detalle.

2. Contribuyen a la ordenación urbanística y, en su caso, la complementan, en los términos dispuestos en la sección 4.ª de este capítulo, los siguientes instrumentos: a) los criterios de ordenación urbanística, y b) las ordenanzas municipales de policía de la edificación y de la urbanización.

55. El artículo 42 regula las clases de planes y otros instrumentos de ordenación urbanística y respecto a las ordenanzas establece “las Ordenanzas Municipales de Edificación y Urbanización contribuirán a la correcta integración de la ordenación urbanística del territorio y, en su caso, completarán la establecida por el planeamiento.” El artículo 61 regula las ordenanzas municipales de edificación y urbanización y respecto de las primeras señala que “[...] tienen por objeto la regulación de todos los aspectos morfológicos, incluidos los estéticos, y cuantas otras condiciones no definitorias directamente de la edificabilidad y destino del suelo, sean exigibles para la autorización de los actos de construcción, edificación y utilización de los inmue-

bles. Deberán ajustarse a las disposiciones relativas a la seguridad, salubridad, habitabilidad, accesibilidad y eliminación de barreras urbanísticas y arquitectónicas, y calidad de las construcciones y edificaciones, y ser compatibles con los Planes territoriales y urbanísticos y las medidas de protección del medio ambiente y del patrimonio cultural, con arreglo a su legislación específica.” En cuanto al procedimiento de aprobación “se aplicarán las reglas de competencia y procedimiento establecidas en la legislación de régimen local, siempre que se aprueben con independencia del planeamiento general o de desarrollo”.

56. El artículo 32 regula las ordenanzas municipales y establece:

“1. Todos los municipios deberán contar con Ordenanzas municipales de urbanización, instalaciones, edificación y construcción, cuya aprobación, publicación y entrada en vigor se producirá conforme a la legislación de régimen local. En la publicación deberá hacerse constar expresamente el cumplimiento previo de la comunicación prevista en el número siguiente. 2. La puesta en conocimiento a la Comunidad de Madrid se hará mediante remisión a la Consejería competente en materia de ordenación urbanística, de certificación del acuerdo de aprobación y del texto íntegro de la correspondiente Ordenanza. Esta remisión se llevará a cabo con carácter previo a su publicación. 3. [...] 4. Las Ordenanzas municipales de instalaciones, edificación y construcción regularán pormenorizadamente los aspectos morfológicos y estéticos, y cuantas otras condiciones no definitorias de la edificabilidad y destino del suelo, sean exigibles para la autorización de los actos de construcción, instalaciones y edificación, incluidas las actividades susceptibles de autorización en los inmuebles. En concreto: a) Deberán regular los aspectos relativos a la seguridad, funcionalidad, economía, armonía y equilibrio medioambientales, estética, ornato, calidad, conservación y utilización de los edificios y demás construcciones e instalaciones, así como los requisitos y las condiciones de los proyectos y de la dirección, ejecución y recepción de edificaciones y restantes construcciones e instalaciones, de conformidad con la legislación reguladora de la edificación. b) Podrán regular cuantos otros aspectos de la edificación y construcción no estén reservados por esta Ley al planeamiento urbanístico.”

57. El artículo 62 establece que con independencia de las ordenanzas contenidas en los planes, y al margen de ellas, los ayuntamientos podrán regular por este medio los aspectos externos de carácter ornamental de las construcciones y, en particular, las fachadas, los carteles, los patios y los espacios visibles,

de Aragón 5/1999, de 25 de marzo.⁵⁸ En otros casos, la Ley de Murcia 1/2001, de 24 de abril, y la Ley de Castilla y León 5/1999, de 8 de abril, no regulan las ordenanzas urbanísticas ni las ordenanzas de edificación.

La legislación urbanística⁵⁹ está procediendo: a) a eliminar de los textos legales las ordenanzas urbanísticas que se aprobaban como planes, que ya no se diferenciarían de las normas urbanísticas de los planes o instrumentos de ordenación, y b) a regular de manera diferenciada las ordenanzas municipales de edificación. Estas últimas tienen por objeto la regulación de los aspectos del uso y edificación del suelo que no definen directamente su edificabilidad y su destino ni forman parte del contenido necesario de los instrumentos de planeamiento urbanístico. Se atribuye como objeto característico de las ordenanzas municipales la regulación de todos los aspectos morfológicos, incluidos los estéticos, y cuantas otras condiciones no son definitorias directamente de la edificabilidad y destino del suelo.

En definitiva, se reconoce que la regulación de los aspectos estéticos y de adecuación al entorno, en el marco establecido en la legislación urbanística, no debe realizarse necesariamente por los planes urbanísticos, sino que constituye el objeto propio de ordenanzas municipales aprobadas por los entes locales en ejercicio de la potestad reglamentaria, no la de planificación. De todo ello debe concluirse la plena legalidad de la regulación a través de ordenanza municipal del impacto visual, la mimetización y ocultación de las instalaciones de radiocomunicación, que como veremos en el próximo apartado ha sido sancionada por el Tribunal Supremo y los tribunales superiores de justicia.

6. La sanción jurisprudencial de los planteamientos aquí sostenidos

Que viene de lejos la problemática que nos ocupa lo demuestra el hecho que el Tribunal Supremo haya tenido ocasión de pronunciarse al respecto (ello implica una historia mínima de siete u ocho años, y en el caso que examinaremos de casi once, lapso temporal entre la aprobación de la ordenanza recurrida, de 1990, y la sen-

tencia que resuelve el recurso, de junio de 2001).⁶⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 2001, resuelve en el recurso de casación presentado por Telefónica de España, Sociedad Anónima contra la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de septiembre de 1994 (dictada a su vez contra el recurso promovido contra el acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona, de 28 de septiembre de 1990, sobre aprobación de la Ordenanza de instalación de antenas). La cuestión coincide con las que han sido resueltas por tribunales superiores de justicia: son conocidas y de especial importancia las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias con fecha 16 de junio de 1999 y 14 de julio de 2000.

La fundamentación del recurso de Telefónica en el recurso resuelto por la STS de 18 de junio de 2001⁶¹ es la siguiente:

a) La regulación establecida por la ordenanza actúa unas supuestas potestades municipales que inciden en un sector normativo como el de las telecomunicaciones, cuya competencia corresponde exclusivamente al Estado.

b) El fundamento de la ordenación y el respeto al paisaje es insuficiente para legitimar la ordenanza.

c) La antena, como elemento técnico que pertenece al sistema, y la red o sistema en que se inserta, tienen establecidas unas condiciones de legalidad cuya competencia está exclusivamente reservada al Estado y que ha sido objeto de una regulación específica por parte de dicha Administración.

El Tribunal Supremo valida y sanciona la legalidad de la ordenanza que, en el artículo 7, exige la obligación de presentar un plan técnico al ayuntamiento antes de proceder al despliegue de la red y establece que la licencia para cada instalación sólo podrá otorgarse una vez aprobado el citado plan por el ayuntamiento. El Tribunal Supremo afirma que “esta Sala tiene recientemente declarado, en sentencia de 24 de enero de 2000, que los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del conce-

así como las condiciones higiénico-sanitarias y las actividades susceptibles de autorización en inmuebles y viales. El artículo 79, que la aprobación de las ordenanzas urbanísticas a que se refiere el artículo 62 se llevará a cabo de conformidad con el procedimiento establecido en la legislación de régimen local.

58. El artículo 64 establece que mediante ordenanzas urbanísticas, los municipios podrán regular: a) los aspectos morfológicos y ornamentales de las construcciones y, en general, aquellas condiciones de las obras de edificación que no sean definitorias de la edificabilidad o el destino del suelo, y b) las actividades susceptibles de autorización en cada inmueble, en términos compatibles con el planeamiento. El precepto establece que para la aprobación de las ordenanzas, se aplicarán las reglas de competencia y procedimiento establecidas en la legislación de régimen local.

59. La más reciente de las normas urbanísticas autonómicas aprobadas es la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo, que establece, en su artículo 69: “Los

ayuntamientos, de acuerdo con la legislación de régimen local, pueden aprobar ordenanzas de urbanización y edificación para regular aspectos que no son objeto de las normas de los planes de ordenación urbanística municipal, sin contradecir ni alterar sus determinaciones.”

60. Hay que reiterar un hecho conocido: debe procederse a una interpretación cautelosa de las sentencias del Tribunal Supremo que acostumbran a aplicar derecho parcialmente derogado, ya que en el ámbito contencioso-administrativo la resolución de sentencias por el Tribunal Supremo es, como sabemos, extraordinariamente dilatada en el tiempo y, en cambio, la legislación, motorizada.

61. El recurso se apoya en la Ley de 31/1987, de 18 diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, pero sus argumentos se seguirán sosteniendo por la compañía, a partir de la aprobación de la Ley 11/1998, general de telecomunicaciones.

sionario u operador de servicios de telecomunicaciones por su término municipal utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores a finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores), de la ocupación del dominio público, en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (artículos 17 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre de Ordenación de las Telecomunicaciones y 43 y siguientes de la Ley 11/1998 General de las telecomunicaciones)."

Para reforzar la argumentación del Tribunal Supremo podemos señalar que: a) ninguna duda ha planteado la legalidad de las ordenanzas municipales reguladoras de las carteleras de anuncios, y b) la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, en su sesión de 5 de julio de 2001, contesta la consulta planteada por el Ayuntamiento de Carreño (Asturias) y recomienda que la actividad de los municipios se dirija principalmente a garantizar la seguridad de los elementos arquitectónicos de las instalaciones, que actúen de forma razonable y justificada desde el punto de vista de la ordenación urbana y, de manera muy singular, que se dirijan a la adopción de medidas de minimización del impacto visual desde la vía pública.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 18 de junio de 2001, establece también:

"Este principio (el derecho a explotar la actividad para la que se tiene licencia y la protección de valores distintos a los estrictos del funcionamiento del mercado de telecomunicaciones y del uso del dominio radioeléctrico) es plenamente aplicable a las instalaciones de los operadores que puedan afectar en cualquier modo a los intereses que la corporación municipal está obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales, derivadas de los riesgos de deterioro del medio ambiente urbano que las mismas puedan originar [...].

"Las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patri-

monio histórico y del medio ambiente urbano que pueda producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente. La necesidad de dicha regulación es más evidente, incluso, si se considera el efecto multiplicador que en la incidencia ciudadana puede tener la liberalización de la provisión de redes prevista en la normativa comunitaria y en la nueva regulación estatal (Directiva 96/19/CE de la Comisión de 13 de marzo y la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de Telecomunicaciones)."

Al hilo de las anteriores consideraciones se advierte, por tanto, que es la propia norma comunitaria la que establece la relación entre el establecimiento y la extensión de la red de telecomunicaciones, y la necesidad de controlar la correcta protección del medio ambiente y el cumplimiento de los objetivos urbanísticos (que son, como sabemos, requisitos esenciales previstos, es decir, objetivos de contenido no económico que pueden condicionar la actividad de los operadores).

Las conclusiones más importantes de la sentencia (fundamento séptimo)⁶² son: a) que la competencia estatal en relación con las telecomunicaciones concurre con la de los municipios para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a legislación aplicable, incluyendo la estética y la seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medio ambientales; b) que los ayuntamientos, además de aprobar ordenanzas, pueden establecer condiciones en el planeamiento urbanístico para las nuevas redes de telecomunicación; c) se reitera y ratifica el criterio de la Sala de Instancia que entiende que la competencia municipal en materia de urbanismo y medio ambiente habilita para establecer una regulación municipal en materia de antenas de telecomunicación, y d) respecto del caso concreto que no se ha probado que las exigencias técnicas de la ordenanza impidan la prestación de los servicios de telecomunicaciones o sean desproporcionadas.

Nos interesa cerrar el análisis de esta sentencia con dos aseveraciones importantes:

a) "El artículo 6 no resulta ilegal, pues la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las ante-

62. Fundamento Jurídico Séptimo.

De lo expuesto resultan las siguientes consecuencias:

a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

Por consiguiente, los ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativos a obras e instalaciones en la vía pública o de 'calas y canalizaciones' o instalaciones en edificios (artículo 4.1.a) de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local y 5 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos (artículo 25.2 a), ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urba-

nas (artículo 25.2.b), protección civil, prevención y extinción de incendios (artículo 25.2.c), ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2.d), protección del medio ambiente (artículo 25.2.f), patrimonio histórico-artístico (artículo 25.2.e) y protección de la salubridad pública (artículo 25.2.f).

b) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

nas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento.” (Fundamento jurídico décimo, apartado b.)

b) “El hecho de que el otorgamiento de las licencias de la instalación de las antenas exteriores a que se refiere el artículo 7 de la Ordenanza esté vinculada a la previa aprobación del Plan técnico constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia.” (Fundamento jurídico décimo, apartado c.)

Con independencia de cuál fuera el contenido del plan técnico previsto en la ordenanza impugnada, es importante destacar que, sin una habilitación específica y al amparo de la legislación de bases de régimen local, interpretada de acuerdo con los intereses que deben proteger los municipios, el Tribunal Supremo entiende no desproporcionada la exigencia de una planificación que examine, coordine e incluso apruebe el Ayuntamiento.⁶³

Es también de interés la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 14 de julio de 2000, que resuelve el recurso presentado por Telefónica Móviles contra las ordenanzas municipales sobre la instalación de antenas de Las Palmas de Gran Canaria. El Tribunal afirma que una atenta lectura de la ordenanza permite afirmar que las objeciones de la parte no son más que interpretaciones subjetivas. La ordenanza establece expresamente que “previa aprobación del plan técnico de desarrollo del conjunto de toda la red dentro del término municipal con criterios técnicos de cobertura geográfica [...] deberá definir la tipología de las antenas”. El Tribunal Superior de Justicia establece que “[...] el plan técnico previsto las ordenanzas lo que exige es que se determinen previamente el tipo de antenas que se va a ubicar en cada emplazamiento y justificar que la solución técnica propuesta logra una mayor cobertura geográfica entre todas alternativas posibles. Es decir, que el espíritu de la ordenanza, intenta evitar el crecimiento indiscriminado antenas por toda la ciudad en función de los intereses económicos o comerciales, trata de lograr la mejor y mayor cobertura, en función de criterios geográficos y no económicos”.

El instrumento (programa de desarrollo de la red) y los objetivos (dar cobertura al servicio de telefonía

móvil de manera compatible a un crecimiento no indiscriminado), vuelven a validarse. La optimización de los recursos territorio y ciudad, y el menor impacto en el entorno, establecido de manera compatible con la garantía de la prestación del servicio de telefonía móvil, son objetivos legítimos y al alcance de las competencias municipales y de su potestad reglamentaria.

Advertimos que estos pronunciamientos se obtienen respecto a ordenanzas que no tienen cobertura en una norma singular. Se amparan en la legislación de telecomunicaciones la legislación urbanística y la reglamentación de actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas o la norma autonómica que la desplaza; todo ello proyectado sobre los artículos de la LBRL que definen las competencias locales, en especial el 25, que debe interpretarse de manera sistemática con la atribución de potestad reglamentaria a los entes locales y con la garantía de la autonomía municipal establecida en la Constitución.

7. Dos últimas consideraciones: la protección de la salud y la compartición de espacios para las instalaciones de radiocomunicación

7.1. La cuestión de las distancias mínimas entre las instalaciones y la zonas ocupadas habitualmente por personas

La aplicación de la legislación medioambiental, la exigencia de la licencia de actividades o ambiental y la proyección, a través de una ordenanza municipal, de esa legislación sobre las instalaciones de radiocomunicación, comporta un actividad de los entes locales dirigida a controlar la contaminación producida por esas instalaciones, en forma de emisión de energía a la atmósfera potencialmente perjudicial para la salud. Sin embargo, ante la alarma social creada por estas instalaciones los vecinos exigen, en ocasiones, que las autoridades locales prohíban o desplacen estas instalaciones fuera de zonas habitadas (cuestión casi imposible de conciliar con el funcionamiento de la telefonía móvil en las ciudades grandes y medianas, cuando se demanda que sólo se autoricen instalaciones situadas en el suelo no urbanizable).

Ya hemos advertido la conexión entre la competencia sobre sanidad y sobre protección del medio ambiente en la vertiente de control y reducción de la contaminación que puede resultar perjudicial para la salud, al examinar el artículo 42 de la Ley general de sanidad y la legislación estatal, que establece distancias mínimas entre las instalaciones y los espacios que ocupan habitualmente las personas, y las normas autonómicas que

63. En la ordenanza tipo aprobada por la Diputación de Barcelona, que se haya presentado por las operadoras la información de las antenas y las instalaciones existentes y el programa de desarrollo de la red es un requisito

para poder otorgar la licencia de actividades y la urbanística. El ayuntamiento no aprueba el programa para poder otorgar la licencia, sólo debe disponer de la información.

las amplían, amparadas (caso de Navarra y Cataluña) en sus competencias sobre sanidad y sobre medidas adicionales de protección del medio ambiente, y en el principio de cautela (un compromiso entre lo científicamente demostrable y el margen de cautela exigible ante hipotéticos avances científicos que demostraran una mayor nocividad de los campos electromagnéticos).⁶⁴

Entendemos que las ordenanzas municipales, que pueden exigir el máximo rigor medioambiental a estas instalaciones, no son instrumentos jurídicos que puedan ampliar, para cada municipio, las distancias de seguridad establecidas en la legislación estatal y autonómica, respecto de las zonas ocupadas habitualmente por personas. En este punto defenderíamos el criterio sostenido en la ordenanza tipo aprobada por la Diputación de Barcelona que establece que las instalaciones de radiocomunicación deben cumplir los límites de exposición a las emisiones radioeléctricas y las distancias de protección contenidas en la normativa estatal (actualmente el artículo 8.7.d) y el anexo II del Real decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, y el artículo 3.1.f) de la Orden CTE/23/2002, de 11 de enero) y en las normas de desarrollo autonómico (en el caso de Cataluña, el artículo 5 y los anexos 1 y 2 del Decreto 148/2001, de 29 de mayo).⁶⁵ La indicada ordenanza, con idéntico criterio, en relación con las distancias respecto a espacios sensibles se remiten a las normas estatales y autonómicas (en Cataluña, a la distancia de protección de carácter preventivo establecida en el punto 3, del anexo 2 del Decreto 148/2001).

El planeamiento urbanístico sí podrá establecer emplazamientos concretos en orden a una correcta ordenación de los usos e instalaciones y de su integración en la ordenación y en el modelo de ciudad. Atenderá objetivos distintos al de protección de la salud, aunque el resultado pueda incrementar esa protección. No puede olvidarse que el plan está integrado por documentos más complejos y diferentes a las normas de una ordenanza municipal y se aprueba en el seno de un procedimiento también distinto, que incluye, entre otros, el informe del ministerio competente en telecomunicaciones, previsto en el artículo 44.3 de la LGTe de 1998 (que garantiza, al fijar los objetivos que exigen las necesidades del sector de las telecomunicaciones, que la ordenación decidida en el

plan por el ente competente en materia de urbanismo satisface las necesidades de despliegue de las redes de telecomunicaciones).

7.2. La compartición de infraestructuras de radiocomunicación⁶⁶

La cuestión planteada se circunscribe a la posibilidad de que las ordenanzas habiliten a los ayuntamientos a establecer, de manera justificada, la obligación de compartir emplazamientos por parte de los diferentes operadores, cuando razones urbanísticas, medioambientales o paisajísticas lo aconsejen, previa audiencia y publicidad a todos los posibles interesados.

Respecto a la cobertura legal para la imposición de esta obligación, es un hecho al que ya hemos hecho referencia que tanto la Directiva 97/37/CE, de 30 de junio de 1997, referida a la interconexión en las telecomunicaciones, en el apartado 14 del preámbulo y artículo 11 del texto, como la nueva Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, denominada directiva marco, en el apartado 23 del preámbulo y en el artículo 12 del texto,⁶⁷ facultan a los estados miembros para imponer, por razones urbanísticas, medioambientales o paisajísticas, el uso compartido de recursos o propiedades (incluida la ubicación física) a las empresas que exploten una red de telecomunicaciones.

La Directiva 97/37/CE ha sido transpuesta por la normativa estatal de forma limitada –básicamente constituida por el artículo 47 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de las telecomunicaciones y por los artículos 48 y siguientes del RD 1736/1998, de 31 de julio– en el sentido de que sólo resulta obligatoria la compartición de infraestructuras respecto de los bienes de titularidad pública o privada que hayan de expropiarse o ser objeto de servidumbre. Ello se ha leer en el contexto que el Estado únicamente es competente para imponer dicha compartición como titular de las competencias en materia de telecomunicaciones y seguridad pública, conforme lo establecido en los artículos 149.1 apartados 21 y 29 de la Constitución española.

Dicho de otro modo, el Estado no puede imponer el uso compartido de infraestructuras a las empresas de

64. Ver las notas número 3 y 7.

65. El artículo 10 de la ordenanza añade, respecto de las distancias de seguridad “como mínimo”, que hasta la modificación de las normas estatales y autonómicas debe entenderse referido, en nuestra opinión, a las que estas fijan en cada momento.

66. En este punto seguimos el informe elaborado por Ferran Torres Cobas, director de los Servicios Jurídicos de la Secretaría General de la Diputación de Barcelona, en relación con las alegaciones formuladas por Telefónica Móviles a la ordenanza reguladora de instalaciones de radiocomunicación, aprobada inicialmente y sometida a información pública por el Ayuntamiento de Alella (BOP de Barcelona 9.04.2002).

El informe emitido se ha incorporado a la base de datos “Informes de las asesorías jurídicas”, de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Esta

base de datos es de utilización exclusiva y conjunta de los servicios jurídicos de las diputaciones que son miembros de la Fundación Democracia y Gobierno Local.

67. El artículo 12.2 de la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, dispone:

“En particular cuando las empresas no tengan acceso a alternativas viables dada la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud pública o la seguridad pública, o de alcanzar objetivos de ordenación urbana o territorial, los Estados miembros podrán imponer el uso compartido de recursos o propiedades (incluida la ubicación física) a una empresa que explote una red de comunicaciones electrónicas, o adoptar medidas para facilitar la coordinación de obras públicas sólo después de transcurrido un período adecuado de consulta pública durante el cual todas las partes interesadas deberán tener la oportunidad de expresar sus opiniones. Tales sistemas de uso com-

telecomunicación por motivos de ordenación del territorio y urbanismo, protección del medio ambiente o sanidad, porque en el primer supuesto carece absolutamente de competencias en la materia, correspondiendo la misma a las comunidades autónomas y los ayuntamientos, y en el resto de materias las normas de desarrollo y la ejecución son también competencia de las comunidades autónomas y los ayuntamientos, lo cual quiere decir que son las comunidades autónomas y los ayuntamientos los competentes para imponer a los operadores la compartición de infraestructuras por dichas causas.

El principio de reserva la ley lo opera de forma más mitigada respecto de las ordenanzas locales aprobadas por los plenos de los ayuntamientos –a los que por mandato constitucional corresponde el gobierno y administración del municipio y la propia Constitución les garantiza su autonomía (artículo 140 CE)– que sobre el resto de normas reglamentarias, máxime cuando no se está interviniendo la actividad de los ciudadanos en general sino efectuando una ordenación sectorial, en el ámbito de las competencias municipales, de una actividad calificada como servicios de interés general prestados en régimen de competencia. En estos casos, en el ámbito de las competencias municipales, los operadores de telecomunicación se encuentran respecto del ayuntamiento en una relación de sujeción especial similar a la que ostentan respecto del Estado en el ámbito de sus competencias.

Así, al menos, lo viene entendiendo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, de la que es buena muestra la Sentencia de 18 de junio de 2001, a la que hemos hecho referencia, que invoca la ratificación por el Reino de España de la Carta Europea de Autonomía Local, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante instrumento de ratificación de 28 de enero de 1988⁶⁸ (fundamento jurídico tercero), y afirma de forma categórica que “no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente”. (Fundamento jurídico quinto.)

En otro orden de cosas, interesa destacar que a veces no será posible o conveniente la compartición de infraestructuras, pero no por ello debe renunciarse *a priori* y en todos los casos al fomento e incluso a la imposición de la misma, siempre que se den los supuestos que la hagan

aconsejable conforme a los requerimientos contenidos en las directivas comunitarias, eso sí, sólo después de transcurrido un período adecuado de consulta pública durante el cual todas las partes interesadas deberán tener la oportunidad de expresar sus opiniones. ■

partido o de coordinación podrán incluir reglas de prorrateo de los costes del uso compartido de los recursos o las propiedades.”

68. La importancia de la CEAL, aprobada en el seno del Consejo de Europa y ratificada por el Gobierno de España tras obtener la autorización de las Cortes Generales prevista en el artículo 94.1 de la Constitución, es capital, porque conforme a lo establecido en el mencionado precepto el consentimiento de las Cortes Generales permite entender derogada cualquier ley anterior que se le oponga, mientras que sus disposiciones no pueden derogarse, modificarse o suspenderse por una ley posterior, porque para ello debe seguirse la forma prevista en la propia Carta o seguir las normas gene-

rales del derecho internacional (artículo 96 CE). Pues bien, el artículo 4 de la Carta, al regular el alcance de la autonomía local, establece en sus apartados 2 y 3 lo siguiente:

“2. Las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad.

3. El ejercicio de competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía.”

La sección "Crónica de jurisprudencia" selecciona sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales de interés para el mundo local, con el fin de ayudar a mantener actualizados a los operadores jurídicos locales y de consolidar progresivamente una base de resoluciones jurisprudenciales (que será accesible desde la web de la Fundación Democracia y Gobierno Local). Por esta razón se examinan resoluciones sobre cuestiones aparentemente cerradas, conjuntamente con otras novedosas, bien por el tema, bien porque confirman líneas jurisprudenciales de dudosa aplicación a la vista de las modificaciones normativas.

Nuestro propósito es hacer la lectura de la jurisprudencia desde la óptica de quienes trabajan en el gobierno local. Es una lectura necesariamente sesgada, que se dirige a atender las necesidades más generales y comunes, y en la que se priman las sentencias que sistematizan la doctrina anterior delimitadora de líneas consolidadas de jurisprudencia.

La selección se inicia a 1 de enero de 2002. En cada número se incluirán las sentencias del período comprendido desde las de la última fecha del número anterior hasta las dictadas a seis meses del cierre de edición. Este período permite acceder a bases de jurisprudencia lo suficientemente actualizadas y disponer de resoluciones de los diversos órdenes jurisdiccionales.

En este número se seleccionan sentencias dictadas desde el 1 de enero hasta el 12 de febrero (se cerró la edición del número el 12 de agosto). El número 1 de los *Cuadernos de Derecho Local* (que se distribuirá en febrero de 2003) incluirá una selección de las sentencias dictadas entre el 13 de febrero y el 12 de junio de 2002, y así sucesivamente por períodos de cuatro meses los siguientes números, que es la periodicidad prevista para la revista. La selección de las sentencias y la coordinación de la sección ha sido realizada por Domènec Sibina Tomàs, y la elaboración y redacción de las fichas por Eva Arnal Arasa.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Concepto de domicilio

SUPUESTO DE HECHO

Un funcionario de policía entró en la habitación del hotel donde se hospedaban dos periodistas sin el consentimiento de éstos ni autorización judicial. Mientras ello sucedía, otros dos funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía vigilaban el regreso de los mencionados periodistas. Dichas operaciones se efectuaron con el consentimiento del director del hotel, quien facilitó la llave maestra para acceder a las habitaciones y acompañó al policía a las mismas. Ante ello, los mencionados periodistas interpusieron denuncia contra los funcionarios de policía y el director del hotel por los delitos de allanamiento de morada y registro de domicilio ilegal.

Para la resolución del fallo, el tribunal competente (Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla) consideró necesaria la interposición de Cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por entender que el precepto aplicable al caso podía resultar contrario a la Constitución. En efecto, el Tribunal entendió que el artículo 557 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) podía resultar contrario al artículo 18.2 de la Constitución española (CE).

El artículo 577 LECrim establece que "las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente; y los serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten así con sus familias en la parte del edificio a ese servicio destinada". Según el tribunal que interpuso el recurso, la exclusión del concepto de domicilio operada en dicho artículo resultaba contraria al derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE, por cuanto, de un lado, entendía que dicho precepto excluía ciertos lugares que deberían reputarse incluidos de conformidad con la jurisprudencia constitucional y, de otro lado, por cuanto de la exclusión se derivaba la posibilidad de entrar a dichos lugares sin autorización judicial para la realización de los registros en los mismos sin consentimiento del titular.

El Tribunal Constitucional estimó la cuestión de inconstitucionalidad y declaró inconstitucional el precepto analizado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Constitucional valoró la posible vulneración del derecho reconocido por el artículo 18.2 CE. En primer lugar, el Tribunal analizó el contenido del artículo 18 CE. En este sentido, interesó destacar dos aspectos. De un lado, indicó que el derecho a la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y el registro domiciliario del apartado segundo del artículo analizado constituye una manifestación del apartado precedente, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar. Así, indicó el Tribunal, *la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto de la protección de la intimidad personal y familiar*, sin que ello, añadió el Tribunal, reste a ambos derechos la autonomía que la Constitución les confiere. Por otro lado, el Tribunal destacó *la diferente regulación que de dichos aspectos contempla el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en su artículo 8.1. Éste regula ambos aspectos de forma unitaria*.

Entrando en el objeto de protección de los dos apartados del artículo 18 CE, el Tribunal indicó que:

"[...] el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, 'el domicilio', por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y conven-

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Cuestión de inconstitucionalidad

RESOLUCIÓN: 10/2002. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2829/1994

FECHA: 17 de enero de 2002

PONENTE: Excm. Sra. María Emilia Casas Baamonde

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 18.2 CE

DOCTRINA: Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Concepto de domicilio (FJ 4, 6 y 7)

ciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F 5; 94/1999, de 31 de mayo, F 5, y 119/2001, de 24 de mayo, F 6; en sentido similar, sobre la irrelevancia de la falta de periodicidad, STEDH 24 de noviembre de 1986, caso Guillow c. Reino Unido)." (FJ 5)

En cuanto a la definición de domicilio, el Tribunal dijo que éste:

"[...] es cualquier espacio físico cerrado en el que se despliega el ámbito de privacidad de las personas, con independencia de que tenga carácter habitual, permanente o estable, o, transitorio, temporal, accidental [...]" (FJ 4)

Sin embargo, a continuación, el Tribunal hizo una delimitación negativa de la *noción de domicilio a efectos de protección constitucional*. Así, indicó que:

"[...] ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante un domicilio constitucionalmente protegido. Y, en sentido inverso, que tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio. Así, hemos declarado que no todo 'recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales', y que, en particular, la garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a 'aquellos lugares cerrados que por su afectación —como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989, F 2)—, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad' (STC 228/1997, F 7). Igualmente, hemos señalado que 'no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el artículo 18.2 garantiza', pues la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión a los terceros (STC 69/1999, de 26 de abril, F 2). Y, finalmente, hemos advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de la vida privada del mismo (STC 94/1999, de 31 de mayo, F.5)." (FJ 6)

Dicho esto, el Tribunal indicó que:

"[...] el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el artículo 18.2 CE *reside en la aptitud para desarrollar en él la vida privada* y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual." (FJ 7)

Y es que, según indicó el Tribunal:

"[...] *su destino o uso constituye un elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos*, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o título jurídico que habite su uso o, finalmente, la intensidad y periodicidad con que se desarrolle la vida privada en el mismo." (FJ 7)

Dicho ello, el Tribunal citó algunos espacios que no pueden tener consideración de domicilio por estar destinados a actividades distintas al ejercicio de la vida privada, como la actividad comercial, cultural, política o de cualquier otra índole.

El Tribunal consideró que las habitaciones de los hoteles podían ser aptas para el desarrollo de la vida privada, por lo que admitió la posibilidad de que las mismas fueran consideradas como domicilio.

En relación con el análisis de la posible inconstitucionalidad del artículo 557 LECrim, según el Tribunal, la delimitación negativa contenida en el artículo 577 LECrim tenía como finalidad la exclusión de las exigencias que requiere dicha ley, esto es, de la autorización judicial, las entradas y el registro en el domicilio. Según el Tribunal, dicha exclusión no sería en sí misma contraria al artículo 18 CE. La incompatibilidad se produciría sólo en la

medida que el precepto impide que dichos establecimientos puedan ser considerados domicilio, en concreto las habitaciones respecto de sus huéspedes, que despliegan en ellas su privacidad. Cosa que sucede en el precepto analizado.

Siendo ello así, el Tribunal Constitucional consideró que el artículo 577 LECrim era contrario al derecho reconocido en el artículo 18.2 CE, motivo por el cual estimó la cuestión de inconstitucionalidad y declaró inconstitucional el precepto.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la interdependencia del derecho a la inviolabilidad domiciliaria en relación con el derecho a la intimidad personal y familiar, ver la STC 136/2000, de 29 de mayo.

Sobre la consideración de las habitaciones de hoteles como domicilio de quienes se alojan en ellas, ver las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS de 3 de julio de 1992; STS de 10 de julio de 1992; STS de 5 de octubre de 1992; STS de 17 de marzo de 1993; STS de 15 de febrero de 1995; STS de 2 de octubre de 1995; STS de 21 de noviembre de 1997; STS de 24 de enero de 1998, y STS de 16 de mayo de 2000.

Sobre la inviolabilidad del domicilio, ver las siguientes sentencias: STC de 27 de noviembre de 2000; STC de 22 de julio de 1999, y STC de 17 de febrero de 1984.

Sobre la necesidad de autorización judicial para entrar en el domicilio, ver las siguientes sentencias: STC de 29 de mayo de 2000; STC de 25 de julio de 1995; STC de 18 de julio de 1991; STS de 6 de junio de 2001, y STS de 3 de abril de 2001.

Tribunal Constitucional. Libertad de expresión y libertad de información

SUPUESTO DE HECHO

Una concejal interpuso Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca por considerar que dicha resolución vulneraba su derecho a la libertad de expresión reconocido por la Constitución (artículo 20.1 CE).

Al tiempo de los hechos, la recurrente de amparo era concejal por el PSOE del Ayuntamiento de Casasimarro (Cuenca). Ésta interpuso Moción de censura junto con otros concejales de la oposición contra el alcalde de la localidad, del mismo partido que la recurrente. Según la demandada, el alcalde puso trabas a la celebración de los plenos, lo cual dio lugar a la interposición de varios recursos contencioso-administrativos. En la celebración del Pleno extraordinario, la recurrente justificó el apoyo que había hasta entonces prestado a la gestión del alcalde en la promesa de éste del pago a su marido de 100.000 pesetas al mes, contratado en la radio municipal. La recurrente se ratificó en dichas declaraciones cuando el alcalde pidió, en un Pleno ordinario, por el lugar donde supuestamente habría efectuado tal promesa de pago, a lo que la concejal respondió: "En casa del alcalde, en la cocina." Por dichos hechos el alcalde interpuso querrela contra la recurrente por un delito de calumnia ante el Juzgado de lo Penal de Cuenca, delito por el cual fue absuelta. Ante dicha sentencia el alcalde interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cuenca, que condenó a la ahora recurrente como autora del delito de calumnias sin publicidad al pago de una pena de multa de seis meses con una cuota diaria de 1.000 pesetas, imponiéndose la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas.

La recurrente de amparo solicitó ante el Tribunal Constitucional la nulidad de dicha sentencia y la confirmación del fallo absolutorio en instancia. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional.

Sala Segunda. Recurso de amparo

RESOLUCIÓN: 47/2002. Recurso de amparo núm. 4273/1998

FECHA: 25 de febrero de 2002

PONENTE: Excm. Sra. Elisa Pérez Vera

DEMANDANTE: Particular. Concejal condenada por delito de calumnias

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 20.1 CE

DOCTRINA: Libertad de expresión y libertad de información (FJ 3)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La concejal recurrente fundamentó su recurso en la vulneración de la *libertad de expresión* (artículo 20.1 CE) en relación con el derecho a participar en los asuntos públicos, de modo directo o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Según afirmaba la recurrente, las manifestaciones objeto de controversia se deberían ver cubiertas por la libertad de expresión, máxime cuando fueron motivadas por la actitud del alcalde, quien creó un clima de tensión en el pleno que, según la recurrente, sería la causa de que hubiera vertido dichas declaraciones.

Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional entendió, junto con el ministerio fiscal, que el derecho fundamental que *quedaría en entredicho* no sería el derecho a la libertad de expresión, sino el derecho a la *libertad de información*.

Comparando ambos derechos, la sala indicó, siguiendo doctrina consolidada, que mientras la primera "[la libertad de expresión] *tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor*", el derecho a la información

“versa, en cambio, sobre hechos”; es decir, lo que se transmite en un caso es la idea y en otro la noticia o el dato”. (FJ 3)

A continuación, el Tribunal añadió que:

“[...] mientras la libertad de expresión resulta de una declaración de reconocimientos y protección genérica en el artículo 20.1. a) CE, sin más, el derecho a la información que reconoce y protege el párrafo d) del mismo precepto no tiene por objeto cualquier información, sino sólo la información veraz. (FJ 3)

La veracidad de la información, según el Tribunal, es un requisito indispensable para que éste pueda prevalecer ante otros derechos.

En relación con el estudio de ambas libertades, el Tribunal concluyó, siguiendo con la jurisprudencia del mismo, destacando la dificultad de determinar a la práctica cuando se encuentra ante una u otra.

En el presente caso, se entendió que se estaba ante lo segundo, pues las manifestaciones no constituían ideas sino hechos. En dicho caso, el objeto de protección no era otro que la “información veraz”. La Sala pasó a examinar la veracidad de dichas

afirmaciones y consideró que la recurrente no ha probado suficientemente el contenido de sus manifestaciones, lo cual entendió necesario dada la gravedad de las mismas. El Tribunal considera suficiente el demostrar una diligencia suficiente en relación con la averiguación o la constatación de los extremos informados; cosa que entendió que no se había hecho en el presente caso. Las circunstancias anímicas a las que hacía referencia la recurrente no se podían considerar en lo que el Tribunal estaba llamado a resolver en el presente caso.

Sobre la bases de todo ello, el Tribunal Constitucional procedió a la desestimación del recurso de amparo.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el derecho a la libertad de expresión en relación con la libertad de información, ver la STC 61/1989, de 17 de marzo (FJ 5) y la STC 223/1992, de 14 de diciembre (FJ 1 y 2).

Sobre el derecho a la información, en colisión con otros derechos fundamentales, ver la STC 197/1991, de 17 de octubre y la STC 6/1998, de 13 de enero (FJ 5).

Tribunal Constitucional. Derecho a la libertad sindical

SUPUESTO DE HECHO

Varios antiguos empleados del Ayuntamiento de Fuengirola interpusieron recurso contra el auto del Tribunal Supremo por el que se declara la inadmisión del Recurso de casación para unificación de doctrina alegando la vulneración del derecho a no sufrir discriminación por razón de la afiliación a un sindicato (artículo 28.1 CE).

Los recurrentes prestaban servicios como auxiliares en el ayuntamiento en cuestión hasta que éste extinguió sus contratos, aduciendo necesidades de reestructuración de plantilla por causas económicas (artículo 52.c) de la Ley del estatuto de los trabajadores –LET–). Ante dichos despidos los recurrentes interpusieron demanda ante el Juzgado de lo Social de Málaga, aduciendo la nulidad de los despidos por discriminación sindical, pues la mayoría de los despedidos (diecinueve de los veintitrés) estaban afiliados a un sindicato. El juzgado estimó la demanda, por considerar que el endeudamiento progresivo al que el Ayuntamiento estaba sometido no justificaba los despidos. El Tribunal entendió que la reducción de gastos de personal por medio de despidos, último recurso al que debería acudir, no constituía un cauce de viabilidad de la crisis. Asimismo, el Tribunal consideró que el Ayuntamiento no siguió criterios objetivos al analizar quiénes iban a ser despedidos.

El Ayuntamiento presentó recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Dicho tribunal estimó parcialmente el recurso: declaró que no se daban las circunstancias necesarias para la declaración de la procedencia de la extinción de las relaciones laborales de los actores (pues no se presentaron otras medidas para superar la crisis) pero sustituyó la nulidad de los despidos por la improcedencia de los mismos, con las correspondientes consecuencias legales.

Los recurrentes presentaron recurso de amparo contra tal resolución, basándose en la vulneración del derecho a no sufrir discriminación por considerar vulnerado su derecho a no sufrir discriminación por razón de afiliación a un sindicato (artículos 14 y 28.1 CE).

El Tribunal Constitucional estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con el derecho a la *libertad sindical*, el Tribunal Constitucional recordó su doctrina relativa a la *carga de prueba*. El Tribunal lo consideró de gran importancia para garantizar el

ÓRGANO: Tribunal Constitucional.

Sala Primera. Recurso de amparo

RESOLUCIÓN: 48/2002. Recurso de amparo núm. 30/1999

FECHA: 25 de febrero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Fernando Garrido Falla

DEMANDANTE: Particular. Empleados del Ayuntamiento de Fuengirola.

Miembros de un sindicato

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículos 14 y 28.1 CE

DOCTRINA: Derecho a la libertad sindical (FJ 4)

mencionado derecho frente a posibles decisiones empresariales que pudieran suponer una discriminación por motivos sindicales. En este sentido, el Tribunal indicó que, cuando se alegue que una decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado “[...] incumbe al *autor* de la medida *probar que la misma obedece a motivos razonables* y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental”. (FJ 4)

Sin embargo, a continuación, el Tribunal declaró que:

“Para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi*, no basta que el actor la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales”. (FJ 4)

Así, no basta según el Tribunal Constitucional que el actor tilde la actuación de discriminatoria.

Sin embargo, el Tribunal consideró que no se puede imponer al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo (la no-discriminación), sino la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida adoptada y el carácter ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Por todo ello, añadió el Tribunal, sería exigible un principio de prueba revelador de la existencia

de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razones sindicales.

En el caso concreto, el Tribunal consideró que el Ayuntamiento no destruyó la apariencia de discriminación antisindical, pues entendió insuficiente la crisis económica (debidamente probada) como causa objetiva y razonable suficiente para destruir dicha apariencia y alcanzar la convicción de que su actuación fue ajena a todo propósito atentatorio a la libertad sindical.

Así, el Tribunal indicó que:

"[...] ha quedado acreditada por los trabajadores la existencia de indicios de actuación empresarial contraria a la libertad sindical (artículo 28.1 CE), mientras que por parte del Ayuntamiento empleador no se ha demostrado la existencia de causas objetivas y razonables suficientes que hubieran permitido crear la apariencia discriminatoria necesaria y alcanzar la necesaria convicción de que su actuación había sido ajena a todo propósito atentatorio a la libertad sindical [...]" (FJ 4)

Es más, el Tribunal consideró que, como quiera que en el supuesto en cuestión no se exigía la autorización administrativa ni el deber de negociar con el comité de empresa, estaba obligado con más razón a justificar los motivos de la decisión.

En virtud de ello, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, reconociendo el derecho a la libertad sindical de los empleados municipales y anulando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la carga de prueba en relación con el ejercicio del derecho a la libertad sindical, ver las sentencias siguientes: STC 293/1993, de 18 de octubre (FJ 6); STC 85/1995, de 6 de junio (FJ 4); STC 82/1997, de 22 de abril (FJ 3); STC 202/1997, de 25 de noviembre (FJ 4); STC 87/1988, de 21 de abril (FJ 3); STC 293/1993, de 18 de octubre (FJ 6); STC 140/1999, de 22 de julio (FJ 5); STC 29/2000, de 31 de enero (FJ 3), y STC 308/2000, de 18 de diciembre (FJ 3).

B) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El derecho a la libertad. Privación. Excepciones. Vulneración de los artículos 5.1 y 5.4 del CEDH

SUPUESTO DE HECHO

Los demandantes, una familia de ciudadanos eslovacos, abandonaron su país. Según manifestaron, las agresiones recibidas por un miembro de la misma por *skinheads* y la posterior inactividad de las autoridades policiales al respecto motivaron que decidieran hacerlo, estableciéndose en Bélgica.

Una vez ahí, solicitaron a las autoridades belgas el asilo, solicitud que les fue denegada por entender que no presentaban pruebas suficientes que indicaran que su vida estaba en peligro en Eslovaquia, en el sentido de la Convención de Ginebra, relativa al estatuto de los refugiados. Las decisiones denegatorias del asilo iban acompañadas de decisiones negando acceso al territorio y de una orden de abandonarlo en el plazo de cinco días. Los demandantes presentaron recursos de anulación ante el Consejo de Estado, acompañados de solicitudes de suspensión ordinaria. Solicitaron asimismo la asistencia judicial gratuita, que les fue denegada.

Pasados unos meses, la policía de la ciudad de Gand convocó a varias decenas de familias zíngaras eslovacas (entre las que se encontraban los demandantes). En la convocatoria se señalaba que la medida tenía como fin completar el expediente relativo a su solicitud de asilo. Sin embargo, una vez ahí, los demandantes recibieron una nueva orden de abandonar el territorio, acompañada de una decisión de entrega a la frontera eslovaca y privación de libertad con este fin. En el mismo documento se señalaba, como recursos disponibles contra la decisión de expulsión, un recurso de anulación y de suspensión ante el Consejo de Estado, a presentar dentro de los sesenta días siguientes a la notificación de la decisión y, como recurso disponible contra la privación de libertad, una apelación a la Sala de Consejo del Tribunal Correccional.

Los demandantes fueron conducidos, junto con otras familias y un intérprete, a un centro cerrado de tránsito. Éstos alegaron que se les negó que pudieran interponer apelación alguna.

Al cabo de unos días de que acontecieran los hechos relatados, el abogado de los demandantes fue informado de la detención de sus clientes, solicitando que éstos no fueran expulsados, al tener que cuidar a un miembro de la familia. El abogado no recurrió las decisiones de expulsión y de privación de libertad.

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Tercera. Demanda núm. 51564/1999.
Asunto Conka contra Bélgica
FECHA: 5 de febrero de 2002
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 5.1 y 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos
DOCTRINA: El derecho a la libertad. Privación. Excepciones. Vulneración de los artículos 5.1 y 5.4 del CEDH (Cdos. 38, 39, 41, 43, 46 y 53)

Los demandantes fueron conducidos al aeropuerto militar, desde donde partieron hacia Eslovaquia.

Unos días más tarde, el ministro del Interior declaró que la concentración de solicitantes de asilo de nacionalidad eslovaca había hecho necesaria la repatriación colectiva de dichos ciudadanos a su país. El ministro declaró que dicha operación se había preparado correctamente "aunque la desafortunada redacción de la carta dirigida por la policía de Gand a cierto número de eslovacos pudo inducirles a error".

A la vista de lo acontecido, los demandados dirigieron una demanda contra el Reino de Bélgica ante la Comisión Europea de Derechos Humanos por detención, por ser convocados con engaño para ser posteriormente expulsados a su país en el marco de una expulsión colectiva y por no haberlos informado de los motivos de la detención ni disponer de un recurso efectivo contra la expulsión recurrida. Los recurrentes alegaron la violación del Protocolo número 4 y de los artículos 5.1 y 5.4 del CEDH y del artículo 13 del CEDH en relación con el artículo 4 del Protocolo, así como de los artículos 5.2 y 13 en relación con el artículo 3 del CEDH.

El Tribunal estimó parcialmente el recurso planteado, estimando que se habían vulnerado los artículos 5.1 y 5.4 del CEDH.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó la posible violación de ciertos artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y del artículo 4 del Protocolo número 4. De todos ellos, estimó que se habían vulnerado los artículos 5.1 y 5.4 del CEDH.

El artículo 5.1 del CEDH dice lo siguiente:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...]"

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición."

En relación con éste, los recurrentes alegaron que la detención no era necesaria para hacerles abandonar el territorio belga y que el procedimiento usado para detenerlos no había sido el adecuado, pues consideraban que se les había tendido una trampa. También alegaron que no se les había permitido interponer recurso, y que no habían podido tener contacto directo con su abogado hasta pasados unos días, cuando ya era demasiado tarde para interponer el correspondiente recurso.

En relación con la primera alegación (necesidad de la detención para proceder a la expulsión), el Tribunal consideró que no se había producido violación de dicho precepto, indicando que:

"El Tribunal señala que las partes no discuten que la detención enjuiciada tuvo lugar con vistas a la expulsión de los demandantes del territorio belga, aunque el artículo 5.1.f) es aplicable al caso. Desde luego, los demandantes niegan que fuera necesario detenerlos con dicho fin, pero esta disposición no exige que la detención de una persona contra la que está en curso un procedimiento de expulsión pueda ser considerada razonablemente necesaria, por ejemplo, para impedirle cometer una infracción o huir; a este respecto, el artículo 5.1.f) no prevé la misma protección que el artículo 5.1.c). De hecho, exige únicamente que '[esté] en curso un procedimiento de expulsión'". (Cdo. 38)

En relación con la legalidad del procedimiento usado para proceder a la detención, el Tribunal habló de la necesidad de proteger a los ciudadanos del libre arbitrio establecido por el convenio, indicando que:

"En materia de 'legalidad' de una detención, incluido el cumplimiento de las 'vías legales', el Convenio remite en lo esencial a la obligación de cumplir con las normas tanto de fondo como de procedimiento de la regulación interna, pero exige además la conformidad de toda privación de libertad con el fin del artículo 5: proteger al individuo contra lo arbitrario." (Cdo. 39).

Dicho esto, analizando la "desafortunada" conducta de la policía y las autoridades belgas en relación con la protección contra la arbitrariedad contemplada en el TEDH, el Tribunal concluyó que:

"Si desde luego no se excluye que la policía pueda legítimamente usar estrategias con el fin, por ejemplo, de desbaratar actividades criminales, en cambio, el comportamiento de la Administración que busca dar confianza a los solicitantes de asilo con vistas a detenerlos y posteriormente expulsarlos, no está exento de crítica con respecto a los principios generales enunciados por el Convenio o que éste implica.

"Ahora bien, a este respecto hay lugar para creer que aunque la redacción de la convocatoria en cuestión fue 'desafortunada', no por ello fue el resultado de un descuido, sino en cambio deseada, con el fin de incitar al mayor número de destinatarios de la convocatoria a acudir a ella [...]" (Cdo. 41)

Según el Tribunal, dichas conductas supusieron una *vulneración del artículo 5.1 CEDH*, cuyas excepciones deben interpretarse de forma estricta. El Tribunal entendió que las exigencias

en él contenido deben extenderse a la fiabilidad de las comunicaciones. En este sentido, el Tribunal indicó que:

"Conviene recordar aquí que *la lista de excepciones al derecho a la libertad que figuran en el artículo 5.1 tienen un carácter exhaustivo y que únicamente una interpretación estricta cuadra con el fin de dicha disposición*—(ver, *mutatis mutandis*, la Sentencia KF contra Alemania de 27 de septiembre de 1997, Recueil 1997-VII, p. 2975, ap. 70). En opinión del Tribunal, *esta exigencia debe reflejarse igualmente en la fiabilidad de comunicaciones tales como las enviadas a los demandantes, tengan los interesados la residencia legal o no*. El Tribunal deduce de ello que *no es compatible con el artículo 5 que, en el marco de una operación planificada de expulsión y en el deseo de facilidad y eficacia, la administración decida conscientemente engañar a las personas, incluso en situación ilegal, sobre el fin de una convocatoria, para poder privarles más fácilmente de su libertad*." (Cdo. 43)

En relación con la imposibilidad de interponer recurso a la que se refirieron los demandantes, el Tribunal consideró que ciertos elementos habían afectado la accesibilidad al mismo. Entre otros, el Tribunal tuvo en cuenta el tamaño de la letra con que dicho extremo se indicaba y la existencia de un solo intérprete (ausente en el centro cerrado). Además al no haberse podido contactar inmediatamente con el abogado, resultó inútil la interposición de cualquier recurso a la sala del Consejo. Así, el Tribunal indicó, a la vista del artículo 31.1 del CEDH, que:

"El Tribunal recuerda que el Convenio trata de garantizar derechos no solamente teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos (ver, *mutatis mutandis*, la Sentencia Matthews contra el Reino Unido (TEDH 1999, 9), (GS) núm. 24833/1994, CEDH 1999-I). En el plano de la accesibilidad que debe presentar un recurso invocado en virtud del artículo 35.1 del Convenio, ello *implica concretamente que las circunstancias voluntariamente creadas por las autoridades sean tales que los interesados tengan una posibilidad real de intentarlo*. Ahora bien, este no fue el caso en el que nos ocupa, por lo que procede rechazar la excepción preliminar en cuestión." (Cdo. 46)

En cuanto al artículo 5.4, el Tribunal consideró que sí se había producido una violación del mismo. Dicho precepto establece lo siguiente:

"Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera legal."

En relación con una posible violación del mismo, el Tribunal dijo que:

"El único recurso disponible contra su privación de libertad era el mencionado en el artículo 71 de la Ley de extranjería, ante la sala de Consejo del Tribunal Correccional. Ahora bien, este recurso *no cumple con las exigencias del artículo 5.4*.

"En efecto, la sala del consejo sólo ejerce sobre la detención que tiene como base el artículo 71 de la Ley de extranjería un control muy marginal de legalidad formal, sin interrogar sobre la proporcionalidad de la privación de libertad, es decir, sobre la cuestión de si, teniendo en cuenta los elementos de cada caso, se justificaría recurrir a él. A continuación, siendo circunstancias que rodearon la detención de los demandantes como las del caso, no era posible que la sala de consejo se reuniera." (Cdo. 53)

Basándose en ello, el Tribunal consideró procedente entender que se había producido una violación del artículo 5.4 CEDH.

En atención a lo anterior, y tras valorar la posible violación de los otros preceptos alegada por las demandantes, el Tribunal entendió que cabía estimar parcialmente el recurso, en lo relativo a los artículos 5.1 y 5.4 del CEDH. Dos miembros del Tribunal presentaron votos particulares.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la finalidad del artículo 5 del CEDH, ver las siguientes sentencias: Caso Bozano contra Francia de 18 de diciembre de 1986 (TEDH 1986, 17) y Chahal contra Reino Unido de 15 de noviembre de 1996 (TEDH 1996, 61).

Sobre el carácter exhaustivo de la lista de excepciones al derecho a la libertad del artículo 5.1 y la necesidad de hacer una inter-

pretación estricta del mismo, ver la Sentencia KF contra Alemania de 27 de septiembre de 1997, Recueil 1997-VII, p. 2975, ap. 70).

Sobre la finalidad del CEDH de garantizar derechos concretos y efectivos y no solamente teóricos o ilusorios, ver la Sentencia Matthews contra el Reino Unido (TEDH 1999, 9), (GS) núm. 24833/1994, CEDH 1999-I).

C) Jurisdicción contencioso-administrativa**Tribunal Supremo. Principio de proporcionalidad en la aplicación del derecho administrativo****SUPUESTO DE HECHO**

La propietaria de un hotel interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña contra la resolución del Ayuntamiento de Torroella de Montgrí que ordenó el derribo de obras ejecutadas sin ajustarse a las condiciones de la licencia de ampliación del hotel. La decisión disponía la restauración de la legalidad urbanística vulnerada en las obras de ampliación de un hotel en dicha localidad, acordando la consiguiente demolición de las obras no legalizables y no ajustables a la licencia de obras obtenida. El Tribunal desestimó la demanda. Contra dicha resolución, Emilia D.G. interpuso Recurso de casación.

La recurrente aducía la vulneración de las Normas Urbanísticas vigentes en el municipio en cuestión y del principio de igualdad ante la ley. Ninguno de los dos motivos prosperó.

También se invocó la infracción de la jurisprudencia relativa al *principio de proporcionalidad*, al amparo del artículo 106.1 de la Constitución, en relación con los artículos 6.2 del reglamento de servicios de las corporaciones locales y 84.2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local. Dicho motivo tampoco prosperó.

El Tribunal desestimó el Recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En relación con el *principio de proporcionalidad*, el Tribunal Supremo recordó su doctrina al respecto, indicando lo siguiente:

"[...] el principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo. Dicho principio es esencial en el Estado social de Derecho (artículo 1.1 CE), con un relieve constitucional que se manifiesta especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares." (FJ 6)

A continuación, el Tribunal se centró en la aplicabilidad en el ámbito del derecho administrativo. Al respecto indicó que:

"En el Derecho administrativo, en que se concreta el Derecho constitucional, *la proporcionalidad se manifiesta asimismo en distintos ámbitos*, permitiendo una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, *será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de libertad del administrado*. La regla de proporcionalidad será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas." (FJ 6)

El Tribunal añadió a lo dicho que el principio de proporcionalidad opera con carácter ordinario en los casos en los que el ordenamiento permite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables y sólo con carácter excepcional cuando, en conexión con los principios de buena fe y equidad, aun existiendo un único medio, éste resulta de todos modos inadecuado y

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 155/1998

FECHA: 15 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

DEMANDADO: Ayuntamiento de Torroella de Montgrí

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 106.1 CE

DOCTRINA: Principio de proporcionalidad en la aplicación del derecho administrativo (FJ 5 y 6)

excesivo en relación con las características del caso contemplado.

Entrando en el caso objeto de litigio, terminó el Tribunal por pronunciarse en relación con los casos en los que, como el analizado, las actuaciones contradicen el planeamiento urbanístico (cuyas normas son de carácter imperativo). En dicho caso, el Tribunal consideró que la administración tiene el deber de restaurar la realidad física alterada con la acción ilegal, no pudiéndose optar entre varios medios distintos, motivo por el cual no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad.

Sobre la base de lo expuesto el Tribunal Supremo no acogió el motivo de casación y declaró no haber lugar al Recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el principio de proporcionalidad, ver la STS de 16 de mayo de 1990 y la STS de 3 de diciembre de 2001, en las que se establece para los casos examinados que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad.

Tribunal Supremo. La exigencia de licencia municipal para las obras y actividades realizados por otras administraciones públicas. El procedimiento para clausurar actividades clandestinas o sin licencia

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Madrid ordenó el cese de la actividad de un almacén de papel en un inmueble arrendado por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en que hacía treinta y siete años que se venía realizando tal actividad.

Ante dicha decisión, el abogado del Estado interpuso recurso contencioso-administrativo, que se resolvió con la estimación del mismo y la nulidad de pleno derecho de la resolución del Ayuntamiento. El Tribunal basó su resolución en la indefensión que creaba la resolución municipal, adoptada sin haber seguido el procedimiento adecuado (se afirma: "La tramitación de un expediente [...] en la forma que se ha realizado, sin un informe que merezca tal nombre, sin concretar nada de lo que en ese inmueble acontece, sin comprobar lo que la Comunidad de Propietarios denuncia, no permite al Estado defenderse y le origina una definida indefensión, con olvido del artículo 24 de la Constitución Española. Con tan escasísimos datos, se dicta el acto recurrido sin haberse seguido el procedimiento adecuado."). El Tribunal de instancia considera que, en el curso del expediente, el Ayuntamiento debió haber requerido la legalización de la actividad, que tiene la condición de peligrosa por peligro potencial de incendio.

Ante dicha resolución, el Ayuntamiento interpuso Recurso de casación ante el Tribunal Supremo, denunciando la infracción de los artículos 242 y 244 de la Ley del suelo y el artículo 1 del Reglamento de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas (RAMINP), así como de la jurisprudencia en la materia.

El Tribunal Supremo estimó el recurso y anuló la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal estudió si la Administración General del Estado tenía la obligación de solicitar la licencia al Ayuntamiento.

El Tribunal Supremo estimó procedente acoger el motivo de casación aducido por el Ayuntamiento de Madrid al considerar que la actividad que dio lugar a la resolución municipal estaba obligada a solicitar y disponer de la oportuna licencia municipal y el Ayuntamiento —que resolvió tras comprobar el ejercicio de la actividad y dar audiencia al titular de la actividad— no estaba obligado a solicitar la legalización previamente a la clausura. Legalización necesaria para el ejercicio de la actividad, según el artículo 84 de la Ordenanza especial de la tramitación de licencias, que establece la sujeción a licencia de las actividades que se desarrollen y las instalaciones que se implanten en el término municipal de Madrid.

El Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

"Y procede acoger tal motivo de casación, pues ciertamente como refiere la sentencia recurrida y se desprende de las nor-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 4.^a. Jurisdicción contencioso-administrativa.

Recurso de casación núm. 7274/1996

FECHA: 15 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Antonio Martí García

DEMANDANTE: Ayuntamiento de Madrid

DEMANDADO: Administración General del Estado

DOCTRINA: La exigencia de licencia municipal para las obras y actividades realizados por otras administraciones públicas (FJ 2). El procedimiento para clausurar actividades clandestinas o sin licencia (FJ 2 y FJ 3)

mas que el Ayuntamiento de Madrid cita como infringidas, la Administración Estatal estaba obligada a solicitar y tener oportuna licencia para el ejercicio de la actividad de almacén de papel que realizaba [...]". (FJ 2)

Más adelante, la indefensión causada por las deficiencias del procedimiento seguido, la falta de calidad de las actuaciones practicadas y por la falta de requerimiento de legalización, es rebatida por el Supremo, que dispone:

"[...] por un lado, como se ha visto y las actuaciones muestran, la Administración pudo defenderse y se defendió, no sólo en el trámite de audiencia que el Ayuntamiento le concedió, sino también por medio del recurso de reposición que contra la primitiva resolución interpuso, y al alegar, entre otros, que no tenía obligación de solicitar licencia, es obvio que la Corporación local tenía que adoptar la orden de clausura, pues la Administración ni tenía licencia ni estaba al parecer dispuesta a solicitarla, al menos según se advierte de los términos de su escrito de defensa, y por otro, esta sala, en supuestos similares a los de autos, en los que se trataba de ejercicio de actividad sin licencia, ha reconocido la potestad y obligación de los Ayuntamientos de proceder al cierre de su actividad, tras el oportuno trámite de audiencia, que aquí aparece cumplido con suficiencia, sentencias de 28 de mayo de 2001, 30 de octubre de 2001 y 17 y 27 de diciembre de 2001." (FJ 2)

Basándose en ello, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al Recurso de casación y anuló la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

Tribunal Supremo. Adopción de medidas cautelares en las actividades molestas mientras no se adoptan las medidas correctoras impuestas

SUPUESTO DE HECHO

Un ayuntamiento impuso el cierre de un establecimiento propiedad de una empresa de espectáculos durante ocho días. El motivo que adujo el ayuntamiento en relación con el cierre del local fue la emisión de ruidos por encima de los niveles sonoros permitidos, debiéndose clasificar por ello como actividad molesta. Ante dicha resolución, por la empresa de espectáculos interpuso recurso contencioso-administrativo.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Burgos desestimó el dicho recurso. La empresa de

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 4.^a. Jurisdicción contencioso-administrativa.

Recurso de casación núm. 6599/1996

FECHA: 16 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Rodolfo Soto Vázquez

DEMANDADO: Ayuntamiento de Burgos

DOCTRINA: Adopción de medidas cautelares en las actividades molestas

espectáculos recurrió dicha resolución ante el Tribunal Supremo, que desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En los fundamentos de derecho, el Tribunal Supremo recordó su doctrina relativa a la adopción de medidas cautelares en relación con las denominadas “actividades clasificadas”. En este sentido, indicó que:

“El artículo 24 de la Ley Comunitaria 5/1993 autoriza a los alcaldes a suspender cautelarmente la actividad clasificada como molesta, bien por incumplimiento o transgresión de las condiciones impuestas para la ejecución del proyecto, bien por razón de daños graves, bien por riesgos o peligros inmediatos para las personas y bienes, en tanto que no desaparezcan las circunstancias que los ocasionan. Al estipularlo así no hace sino concretar la potestad genérica de adoptar medidas provisionales que viene atribuida a la Administración por el artículo 72 de la Ley 30/1992 para asegurar la resolución que en su día hubiera de adoptarse en el expediente instruido al efecto. (FJ 2) [...]

A mayor abundamiento ha de recordarse que *la adopción de medidas cautelares de suspensión de actividad en materias de actividades clasificadas como molestas*, con el fin de hacer cesar la excesiva y reiterada emisión de ondas sonoras que implica molestias para los vecinos de un inmueble, *ha sido constantemente reconocida por la Jurisprudencia de esta misma Sala* (Sentencias de 30 de octubre y 22 de noviembre de 2000 entre las últimas dictadas sobre la materia) como medio adecuado para restablecer el sosiego perturbado en tanto no se adopten las medidas correctoras adecuadas.” (FJ 2)

Dicho esto y analizados los motivos de casación alegados por la recurrente, el Tribunal desestima el Recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la adopción de medidas cautelares en “actividades clasificadas”, ver las siguientes sentencias: STS de 30 de octubre y STS de 22 de noviembre de 2000.

Tribunal Supremo. Los criterios de valoración de los sistemas generales sin aprovechamiento urbanístico

SUPUESTO DE HECHO

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia sobre fijación de justiprecio. En su parte dispositiva se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el propietario de los terrenos objeto de litigio, contra los acuerdos del jurado en materia de justiprecio de finca litigiosa, declarando la fijación ajustada a derecho.

En el escrito presentado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el propietario de los terrenos, expropiados con motivo de la construcción de la autovía Madrid-Valencia, solicitaba que le fuera reconocido el derecho a percibir la cantidad de 50.221.500 pesetas, más los intereses legales, por la expropiación. El justiprecio fijado por los acuerdos del jurado ascendía a 4.268.827 pesetas, incluido el porcentaje de afección. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró que la clasificación urbanística de los terrenos expropiados era de suelo rústico, entendiéndose insuficientemente acreditada la clasificación como suelo urbanizable programado.

El Tribunal no asumió el dictamen del perito arquitecto actuante en el recurso, por entender que se basaba en valoraciones del mismo jurado pero para terrenos colindantes, calificados como urbanos y urbanizables programados de próximo desarrollo urbanístico, cosa que, según el Tribunal, no concurría en el presente caso. También se consideraron inidóneas las valoraciones relativas a otros acuerdos expropiatorios por entender que los proyectos sobre los que recaían eran distintos al examinado.

Contra dicha resolución, el propietario interpuso recurso de casación, alegando los siguientes motivos: infracción del artículo 14 de la Constitución y de los artículos 1216, 1218, 1251 y 1253 del Código civil, así como de los artículos 39 (relativo a los criterios de valoración de las fincas) y 43 de la Ley de expropiación forzosa y el 105 de la Ley del suelo y de la jurisprudencia que lo desarrolla.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación por infracción del artículo 105 de la Ley del suelo de 1976 y de la jurisprudencia que lo desarrolla. Anuló la sentencia y los acuerdos recurridos y declaró el derecho del recurrente a ser indemnizado con la cantidad 28.210.134 pesetas, más el 5% de afección y los intereses legales de acuerdo con el artículo 52.8 de la Ley de expropiación forzosa.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Sección 6.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 9574/1997. En el mismo sentido dos sentencias del mismo día 17 de enero, de las que es ponente José Manuel Sieira Miguez

FECHA: 17 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 14 CE y 105 de la Ley del suelo

DOCTRINA: Los criterios de valoración de los sistemas generales sin aprovechamiento urbanístico (FJ 4 y 5)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo analizó los motivos de casación. En relación con la vulneración del artículo 14 de la Constitución, entendió que el derecho que éste reconoce no quedaba vulnerado:

“[...] la valoración de los terrenos expropiados y la determinación del justiprecio ha de hacerse en atención a las específicas y singulares características de las fincas expropiadas, no siendo admisible la invocación de otros precedentes, con carácter general.” (FJ 4)

El Tribunal Supremo ahondó en el estudio del sexto motivo de casación, relativo a la vulneración del artículo 105 de la Ley del suelo y de la jurisprudencia que lo desarrolla. El mencionado precepto establece la *determinación del valor urbanístico en función del aprovechamiento que los terrenos tengan asignado*. El Tribunal, como en otras sentencias en casos similares, consideró que, al tratarse de suelo destinado a sistemas generales, llamados a servir al conjunto urbano, *debe valorarse como suelo urbanizable*. Así, dijo el Tribunal:

“El sexto motivo, si bien de forma sucinta pero suficiente, denuncia la infracción del artículo 105 de la Ley del Suelo y de la Jurisprudencia que lo desarrolla.

“Según dicho precepto, actualmente en vigor después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, por la que se derogó parcialmente el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, el valor urbanístico se determinará en función del aprovechamiento que los terrenos tengan asignado.

“Para ello, en el presente caso, habrá que recordar, una vez más, que el proyecto ‘Unión de la A-4 con la Autovía de Alcorcón-Leganés, Tramo A.4 a N-401, está previsto en el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, debiendo ser calificada dicha expropiación como urbanística, con independencia de la Administración que haya de acometer tal actuación, tal y como se reconoce, entre otras, en la sentencia de esta Sala de 23 de enero de 2001.

“Desde esta perspectiva, al tratarse de suelo destinado a sistemas generales, llamados a servir al conjunto urbano, debe valorarse como suelo urbanizable, dado su destino, sentencias de 29 de enero de 1994, 9 de mayo de 1994, 3 de diciembre de 1994 y, entre las más recientes, la de 25 de mayo de 2000.

“Al no haber seguido esta doctrina la sentencia de instancia, para quien el suelo ha de valorarse como no urbanizable, esto es conforme a su valor inicial, ha de ser casada, previa la estimación de este último motivo.

“Como razonan las sentencias de 30 de abril de 1996, 16 de julio de 1997, 10 de enero de 1998, 17 de abril de 1999, 7 de marzo y 3 de mayo de 2000, a pesar de estar clasificado de no urbanizable, el suelo para sistemas generales o dotaciones llamadas al conjunto urbano por el planeamiento debe, a efectos de su valoración, considerarse como suelo urbanizable, pues de lo contrario se incumpliría la obligación de equidistribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento, tal y como establecen los artículos 3.2.b) y 87.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, ya que el trazado y caracte-

rísticas de la red viaria y el desarrollo de los sistemas generales de ordenación urbanística del territorio (artículos 12.2.1.e y 2.2.a del citado Texto Refundido), se incluyen específicamente entre las previsiones para el suelo urbano y el urbanizable.” (FJ 5)

Se desestimaron los demás motivos de casación, pero el arriba expuesto resultó suficiente para que el Tribunal estimase parcialmente el recurso de casación y dejase sin efecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Se declaró el derecho del recurrente a ser indemnizado en la cantidad de 28.210.134 pesetas, más el 5% en concepto de premio de afectación y los intereses legales.

Para la determinación de la cantidad arriba mencionada el Tribunal Supremo acudió al aprovechamiento medio del suelo urbanizable programado del Plan General de Madrid (0,39 metros de techo por metro de suelo, al que resto el 10% de cesión gratuita). Para valorar la edificabilidad que resultaba de ese aprovechamiento proyectado sobre el terreno expropiado, tomó como referencia el valor fijado administrativamente para las viviendas de protección oficial.

Debe advertirse, para comprender el alcance de la doctrina, que el sistema viario no tiene atribuido aprovechamiento urbanístico y que sí lo tienen los equipamientos.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre los criterios de valoración de los terrenos con destino a sistemas generales, ver las siguientes sentencias: STS de 23 de enero de 2001; STS de 19 de diciembre de 2000; STS de 28 de noviembre de 2000; STS de 18 de mayo de 2000; STS de 3 de mayo de 2000; STS de 20 de enero de 1998; STS de 30 de abril de 1996; STS de 5 de febrero de 1994, y STS de 29 de enero de 1994.

Tribunal Supremo. Ilegalidad del cobro de tasas por petición de licencia urbanística en los supuestos de desistimiento de la petición

SUPUESTO DE HECHO

Una caja de ahorros solicitó licencia para la segregación de una parcela a un ayuntamiento, ingresando 421.000 pesetas. El ayuntamiento indicó que la entidad peticionaria debía subsanar una serie de defectos. Posteriormente, la caja de ahorros desistió de la anterior petición, motivo por el cual pidió que le fuera devuelta la cantidad entregada. En ese momento la licencia aún no había sido concedida. La petición de la caja de ahorros fue denegada por el ayuntamiento. Ante ello, la caja de ahorros interpuso recurso contencioso-administrativo, recurso que fue estimado, dándose la orden de devolución de la cantidad indicada.

Contra dicha resolución, el ayuntamiento interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que declaró no haber lugar a los motivos de casación formulados y desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Supremo analizó en sus fundamentos de derecho la posibilidad de exigir una tasa por licencia urbanística cuando el interesado desiste antes de obtenerla.

En este sentido, siguió la jurisprudencia consolidada en la materia. El Tribunal Supremo consideró en numerosas sentencias que la actividad municipal debe ordenarse a un resultado, cual es la obtención de la licencia. De modo que cuando una actividad municipal sea denegatoria de una licencia o no conceda lo solicitado, desaparece la razón de ser del tributo.

Al entrar a analizar el hecho imponible de las tasas municipales, el Tribunal indicó que éste consiste en la prestación de ser-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 6966/1996

FECHA: 19 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. José Mateo Díaz

DEMANDANTE: Caja de Ahorros Municipal de Burgos

DEMANDADO: Ayuntamiento de Burgos

DOCTRINA: Ilegalidad del cobro de tasas por petición de licencia urbanística en los supuestos de desistimiento de la petición (FJ 2)

vicios o la realización de actividades que beneficien especialmente a personas determinadas.

En concreto, el Tribunal indicó que el hecho imponible de las tasas por licencias urbanísticas es la actividad municipal, técnica y administrativa, conducente a verificar que los actos de edificación, construcción y uso del suelo se ajustan a las normas urbanísticas de edificación, seguridad y policía previstas en la ley, el plan general, los planes parciales, los programas y las normas urbanísticas. Según el Tribunal, dicha actividad debía culminar con el otorgamiento o denegación de la licencia pero,

en cualquier caso, para la exigencia de la tasa se requiere el otorgamiento de la licencia municipal.

El Tribunal Supremo estableció:

“La cuestión debatida en la instancia se reduce a determinar si es exigible una tasa por licencia urbanística que no llegó a expedirse por desistimiento de la entidad interesada, que había abonado su importe al presentar la solicitud.

“La sentencia impugnada utiliza doctrina de esta Sala, citando al efecto las sentencias de 16 de mayo de 1989, 24 de febrero de 1992 y 18 de diciembre de 1995, según la cual la actividad municipal se ordena a un resultado –la obtención de una licencia–, de tal modo que si la actividad municipal conduce a una denegación, o no-concesión de lo solicitado desaparece la razón de ser del tributo.

“Dicha doctrina se ha mantenido con posterioridad a estas citas de forma continuada, pudiendo citarse, entre otras, nuestras sentencias de 13 de enero –dos sentencias de esta fecha–, y 24 de septiembre de 1996, 12 de junio y 3 de julio de 1997, 16 de abril de 1998, 30 de marzo de 1999, así como cuantas en ellas se citan.

“En palabras de la sentencia de 12 de junio de 1997, el hecho imponible de las tasas municipales es, con carácter general, y según dispone hoy el artículo 20 LHL, la prestación de servicios o la realización de actividades de la competencia municipal que benefician especialmente a personas determinadas, y concretamente el hecho imponible de la tasa por licencias urbanísticas es la actividad municipal, técnica y administrativa, conducente

a verificar y controlar que los actos de edificación, construcción y uso del suelo, a que se refería el artículo 78 TRLS, se ajustaran a las normas urbanísticas de edificación, seguridad y policía previstas en la Ley, plan general, planes parciales, programas y normas urbanísticas, actividad que debe culminar con el otorgamiento, en plazo, de la licencia, o con su denegación, pero con la particularidad de que para la exigencia de la tasa se requiere el otorgamiento de la licencia municipal.” (FJ 2)

El hecho que la ordenanza municipal estableciera el devengo de la tasa en los supuestos de desistimiento, el Tribunal Supremo lo consideró irrelevante:

“Y mucho menos tiene relevancia el tercer motivo, que ha de ser rechazado igualmente, pues el precepto de la Ordenanza en que se apoya no puede ser tomado en consideración, al oponerse abiertamente a la doctrina expuesta, y devenir, en consecuencia, nulo y carente de efectos, declaración que se hace en el marco exclusivo del presente recurso, al no haberse suscitado contienda alguna sobre el mismo en la presente litis.” (FJ 3)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el cobro de tasas municipales en el supuesto de no concederse la licencia administrativa, ver las siguientes sentencias: STS de 16 de mayo de 1989; STS de 24 de febrero de 1992; STS de 18 de diciembre de 1995; STS de 13 de enero de 1996; STS de 24 de septiembre de 1998, y STS de 30 de marzo de 1999, entre otras.

Tribunal Supremo. Posibilidad de los grupos políticos municipales de disponer de personal a su servicio con cargo a los presupuestos municipales

SUPUESTO DE HECHO

Un ayuntamiento denegó por silencio administrativo la solicitud de un concejal consistente en el otorgamiento de una subvención destinada a la contratación de un funcionario administrativo para su grupo municipal. Contra dicha resolución, el concejal interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, al amparo de la Ley 62/1978 de protección de derechos fundamentales, que desestimó la petición. Por ello la concejal interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando, entre otros motivos, la vulneración del artículo 23 CE (relativo al derecho a participar en los asuntos públicos y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos) y del artículo 14 CE (principio de igualdad).

El Tribunal Supremo desestimó los motivos de casación y declaró no haber lugar al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal Supremo analizó el contenido del artículo 23 de la Constitución y declaró que el derecho a participar en los asuntos públicos y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y los cargos públicos en condiciones de igualdad incluyen el derecho al desempeño de las funciones o los cargos públicos. Sin embargo, declaró el Tribunal, son derechos de configuración legal y, como tales, es la ley la encargada de ordenar su contenido, delimitando con ello el alcance del derecho fundamental. Por tanto, indicó el Tribunal, para hallar la ordenación de los derechos y las facultades que les corresponden a los distintos cargos y funciones públicas habrá que estar a la ley que desarrolla dichos derechos.

Así, en palabras del Tribunal Supremo:

“El derecho a participar en los asuntos públicos y el derecho

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Sección 7.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 930/1999

FECHA: 21 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Manuel Goded Miranda

DEMANDANTE: Concejal

DEMANDADO: Ayuntamiento de Fuengirola

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 23.1 y 2 CE

DOCTRINA: Posibilidad de los grupos políticos municipales de disponer de personal a su servicio con cargo a los presupuestos municipales (FJ 3)

a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, derechos consagrados en el artículo 23, apartados 1 y 2, de la Constitución que están a este respecto íntimamente ligados, incluyen el derecho al desempeño de las funciones o cargos públicos de acuerdo con lo previsto en la ley. Pero este derecho fundamental, como expresa el último inciso del artículo 23.2, es un derecho de configuración legal, correspondiendo por tanto, a la ley el ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicas, delimitando así el ámbito del derecho fundamental, dentro siempre del respeto a su contenido esencial, como de una manera reiterada ha declarado el Tribunal Constitucional.” (FJ 3)

En el análisis del desarrollo normativo del derecho fundamental, el Tribunal recordó que el Reglamento de ordenación, funciona-

miento y régimen jurídico de las entidades locales sólo exige que los grupos políticos dispongan de un despacho o local para reunirse de manera independiente y recibir visitas, así como de una infraestructura mínima de medios materiales y personales, en la medida de las posibilidades funcionales de la organización administrativa de la entidad local. En ningún caso, indicó el Tribunal, la ley establece la obligación de proporcionar un secretario administrativo a los grupos políticos ni el deber de conceder una subvención para el mantenimiento de dicho cargo. Pues bien, el artículo 27 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, sólo exige que los diversos grupos políticos dispongan de un despacho o local para reunirse de manera independiente y recibir visitas de los ciudadanos, así como de una infraestructura mínima de medios materiales y personales, siempre en la medida de las posibilidades funcionales de la organización administrativa de la entidad local. El precepto reglamentario no obliga a los ayuntamientos a proporcionar a cada grupo político un secretario administrativo ni, por tanto, a

pagar una subvención para el mantenimiento de este cargo, como ha razonado la sentencia de instancia, con cita de la sentencia de esta sala de 14 de octubre de 1997, cita que consideramos acertada. No existe en el caso examinado posposición alguna de un reglamento de régimen interior del Ayuntamiento de Fuengirola, ya que el acuerdo del Pleno de 20 de junio de 1991 quedó revocado por un segundo acuerdo plenario de 28 de junio de 1995 (fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia) ni puede hablarse de costumbre cuando el pago de la subvención surgió de una resolución municipal expresa, revocada después.

En consecuencia, no apreciamos que la denegación presunta del pago de la subvención solicitada, objeto del recurso contencioso-administrativo, haya incurrido en infracción del artículo 23 de la Constitución.

Por su parte, el Tribunal declaró que tampoco se había vulnerado el artículo 14 CE, por cuanto el Ayuntamiento no había otorgado la subvención solicitada a ninguno de los grupos políticos.

Siendo ello así, el Tribunal Supremo desestimó los motivos de casación y declaró no haber lugar al recurso.

Tribunal Supremo. El derecho de audiencia en el procedimiento de suspensión de obras en curso sin licencia urbanística o excediéndose de lo permitido por ésta

SUPUESTO DE HECHO

Un ayuntamiento acordó el derribo de unas obras. El motivo que se adujo para hacerlo era la falta de licencia urbanística para la realización de las mismas. Contra dicha resolución, el titular de las obras interpuso recurso de reposición, recibiendo respuesta desfavorable de la Administración, motivo por el cual el titular mencionado interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Dicho recurso fue denegado, lo que motivó la interposición del titular de las obras de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que desestimó la petición del demandante. Entre los motivos de casación, el recurrente alegó la omisión del trámite de audiencia, lo cual supondría, según el recurrente, una vulneración del artículo 84 de la LRJPAC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal entró a analizar el carácter preceptivo del trámite de audiencia. De éste dijo que:

"1) Es conveniente que la Administración cumplimente este trámite, a ser posible en toda clase de procedimientos. 2) El trámite invocado *no tiene la naturaleza obligatoria* que la recurrente le atribuye. La Constitución en el artículo 105.c) *contempla su previsión 'cuando proceda'*, lo que demuestra su naturaleza contingente. En este orden de ideas conviene subrayar que incluso el artículo 84 de la LRJ-PAC contempla la hipótesis en que de dicho trámite se puede prescindir. 3) que la naturaleza cautelar del procedimiento de suspensión de obras, como pone de relieve la sala de instancia, cuando se carece de licencia y no se conoce el promotor de las obras, ni su dueño, hace extraordinariamente dificultoso el cumplimiento del trámite invocado por el recurrente pues el procedimiento tiende principalmente a impedir la continuación de unas obras que carecen de previa licencia, lo que convierte en prioritaria la suspensión de las obras [...]" (FJ 4)

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Sección 5.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 8969/1997

FECHA: 21 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Manuel Vicente Garzón Herrero

DEMANDADO: Ayuntamiento de Argenton

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 84 LRJPAC

DOCTRINA: El derecho de audiencia en el procedimiento de suspensión de obras en curso sin licencia urbanística o excediéndose de lo permitido por ésta (FJ 4)

El Tribunal destacó la naturaleza cautelar del procedimiento de suspensión de las obras, orientado a impedir la realización de obras carentes de licencia urbanística. Indicó que la realización del trámite de audiencia se ve enormemente dificultado cuando el titular carece de licencia o se desconocen el promotor o el dueño de las obras, como sucedía en el caso estudiado.

Siendo ello así, el Tribunal entendió que no procedía la suspensión de las medidas cautelares y desestimó el recurso de casación.

Tribunal Supremo. Tasas y precios públicos municipales. Las ordenanzas municipales reguladoras de las zonas de estacionamiento. Valor probatorio de las denuncias efectuadas por los controladores en las zonas de aparcamiento con horario limitado

SUPUESTO DE HECHO

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra una resolución municipal, sobre multas de tráfico por impago del precio público aprobado por ese municipio. Tras ello, la demandante interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que, siguiendo su reiterada línea jurisprudencial, desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal Supremo recordó que hay una jurisprudencia consolidada en la materia objeto de controversia que conllevará a la desestimación del recurso. Así, el Tribunal indicó que:

“Ya en las Sentencias de 22 de septiembre y 15 de octubre de 1999, 29 de mayo, 14 de julio y 25 de noviembre de 2000, 28 de abril, 14 de julio, 6 y 28 de noviembre de 2001 se ha pronunciado esta Sala reiterando la potestad de los Ayuntamientos de desarrollar el Reglamento General de Circulación siempre que se respeten los principios de razonabilidad, proporcionalidad y congruencia, así como admitiendo la validez de las ordenanzas sobre estacionamiento de vehículos cuando autorizan la retirada de los mismos y la exigencia de la tasa por aparcamiento; todo lo cual se conforma con lo declarado en interés de la Ley (Sentencia de 26 de diciembre de 1996) respecto a la posibilidad de que las ordenanzas municipales reguladoras de las zonas de estacionamiento de vehículos puedan limitar el tiempo máximo que se permite tenerlo en un mismo lugar dentro de dichas zonas y sancionar con la retirada del mismo y la consideración de infracción administrativa el infringir tales preceptos, en la medida en que al hacerlo así se impide el equitativo reparto de tales espacios entre los eventuales usuarios.

Si a ello añadimos la necesidad de mantener, por razones de seguridad jurídica, la doctrina ya establecida, es fácil comprender que se impone la desestimación de los cinco motivos alegados en pro de la casación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 13 de junio de 1996 en las que se trata de articular razonamientos invalidantes de la doctrina jurisprudencial mencionada y a favor de la anulación de la multa de cinco mil pesetas impuesta a la recurrente, cuyo acceso a este Tribunal Supremo únicamente puede encontrar justificación mediante la impugnación de la Ordenanza del Servicio de Regulación y Control del Estacionamiento, dictada por el Ayuntamiento de Murcia (artículo 93.3 en relación con el 39.2 y 4 de la Ley Jurisdiccional).” (FJ 1)

Ello no obstante, fundamentó la desestimación de los cinco motivos de casación. En el primero de ellos, el Tribunal indicó la imposibilidad de declarar inconstitucional por falta de habilitación legal el establecimiento de un precio público por estacionamiento de vehículos en un terreno de dominio público municipal, pues existe una norma que los considera como uno de los recursos financieros propios de dichos entes (Ley de 28 de diciembre de 1998). El Tribunal dijo que:

“[La] capacidad y autonomía [de los municipios] para verificarlo con sumisión a la normativa establecida no puede ser más evidente.” (FJ 2)

El Tribunal indicó asimismo que dicho título habilitante se mantiene tanto si la contraprestación pecuniaria recibe el nombre de tasa o de precio público. En similares términos se pronunció para los motivos segundo y tercero.

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Sección 4.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 6162/1996

FECHA: 23 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Rodolfo Soto Vázquez

DEMANDADO: Ayuntamiento de Murcia

DOCTRINA: Tasas y precios públicos municipales. Las ordenanzas municipales reguladoras de las zonas de estacionamiento. Valor probatorio de las denuncias efectuadas por los controladores en las zonas de aparcamiento con horario limitado (FJ 1, 2 y 3)

En relación con el cuarto motivo de casación, el Tribunal manifestó que el Tribunal de Instancia no había infringido el artículo 142 del Reglamento de circulación. La recurrente alegaba que dicho tribunal había convalidado señales de tráfico no reglamentarias. Sin embargo, el Tribunal consideró que:

“[...] lo único que establece la sentencia de Murcia es que la señal empleada era lo suficientemente expresiva de la obligación de estacionamiento limitado, sin que en ningún momento pudiese inducir a confusión de su significado, perfectamente captable por la recurrente, por lo que en todo momento carece de consistencia.” (FJ 3).

Por último, el Tribunal desestimó el quinto motivo de casación. La recurrente alegaba vulneración de la presunción de inocencia por haberse basado la resolución en testimonio de parte en el conflicto. El Tribunal entendió que dichas declaraciones se habían valorado como una prueba más. El razonamiento del Tribunal es como sigue:

“Finalmente se replantea el antiguo problema de la credibilidad de las denuncias efectuadas por los controladores en las zonas de aparcamiento con horario limitado, sosteniendo que se ha violado el principio de presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución al confirmarse en la instancia la sanción impuesta al demandante sobre la única base de su testimonio, pese a que se ha declarado (Sentencia de 1 de octubre de 1991) que dichos controladores no son agentes de la autoridad y sus manifestaciones carecen de la presunción de veracidad.

La anterior argumentación, que al igual que las anteriores se limita a reiterar en términos casi idénticos las alegaciones ya efectuadas ante el Tribunal de Instancia, parte al igual que las anteriores de un presupuesto falso. El Tribunal de Instancia no ha afirmado en su sentencia que el testimonio de los controladores de la zona de estacionamiento merezca una especial credibilidad, ni que a éstos se les puede considerar como agentes de la autoridad. Basta la lectura del quinto de los fundamentos de hecho de la sentencia recurrida para constatarlo. El Tribunal ha sostenido, con toda corrección, que el testimonio-denuncia del controlador es un elemento más de prueba que ha de ser ponderado racionalmente cuando se emite en la forma reglamentariamente prevista, ratificando su denuncia inicial con expresa mención de sus circunstancias personales, y también

que ha de ser valorado racionalmente en conjunto con cualesquiera otros elementos probatorios. Por lo tanto no cabe hablar de desconocimiento de la inicial presunción de inocencia que constitucional y legalmente es atribuible a todo ciudadano, cuando se ha ponderado en el curso de un procedimiento administrativo seguido con todas las garantías legales, y ratificando esa apreciación por el Tribunal de instancia, el valor de esa manifestación o denuncia, *llegándose a la conclusión de su certidumbre, no tan sólo por el contenido de la misma, sino por la ausencia de una explicación razonable en contrario.*" (FJ 3).

Por todo ello, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la potestad de los ayuntamientos de desarrollar el reglamento general de circulación respecto a la posibilidad de que las ordenanzas municipales reguladoras de las zonas de estacionamiento de vehículos puedan limitar el tiempo máximo que se permite tener un vehículo en un mismo lugar dentro de dichas zonas y sancionar con la retirada del mismo y la consideración de infracción administrativa el infringir tales preceptos, ver las siguientes sentencias: STS de 22 de septiembre de 1999; STS de 15 de octubre de 1999; STS de 29 de mayo de 2000; STS de 14 de julio de 2000; STS de 25 de noviembre de 2000; STS de 28 de abril de 2001; STS de 14 de julio de 2001; STS de 6 de noviembre de 2001, y STS de 28 de noviembre de 2001.

Tribunal Supremo. Derecho de reversión. No puede presumirse implícitamente transmitido

SUPUESTO DE HECHO

Unas fincas propiedad de la sociedad Sancti Petri, S.A. fueron expropiadas por el Ministerio de Defensa. Dicha sociedad se disolvió, adjudicándose la totalidad del saldo de deudores a la sociedad Financiera Centauro, S.A., que poseía la totalidad de las acciones del capital social de la sociedad disuelta. Las fincas adjudicadas por el concepto del saldo de deudores fueron vendidas por Financiera Centauro, S.A. a una tercera sociedad, Salicrup, S.A.

Posteriormente, el Ministerio de Defensa desafectó las fincas expropiadas y publicó el correspondiente anuncio para que los interesados pudieran proceder al ejercicio de los derechos de reversión. Tras ello, la Financiera Centauro, S.A., ahora denominada Fomento Centauro, S.A., solicitó la reversión, solicitud que fue desestimada por el Ministerio de Defensa, por entender que había transmitido los derechos de reversión de las fincas expropiadas a Salicrup, S.A., al venderle las fincas que le habían sido adjudicadas en el proceso de disolución de la sociedad Sancti Petri, S.A. Por ello, agotada la vía administrativa, se presentó recurso contencioso-administrativo.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ministerio de Defensa, confirmatoria en vía de recurso de la dictada por la Gerencia de Infraestructura de la Defensa. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló la mencionada resolución y declaró el derecho de reversión de Fomento Centauro, S.A. Contra tal resolución, el abogado del Estado interpuso recurso de casación que fue desestimado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal recordó su jurisprudencia relativa al derecho de reversión, indicando que:

"[...] la reversión surge cuando, una vez consumada la expropiación, se produce alguno de los supuestos contemplados en el artículo 54 de la ley de expropiación forzosa y 63 y siguientes del Reglamento, siendo un derecho de configuración legal –de condición resolutoria creada por la Ley [...], de naturaleza autónoma, transmisible por actos ‘inter vivos’ y ‘mortis causa’." (FJ 3)

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Sección 6.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 6162/1996

FECHA: 24 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. José María Álvarez Cienfuegos

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 54 de la Ley de expropiación forzosa

DOCTRINA: Derecho de reversión. No puede presumirse implícitamente transmitido (FJ 3)

Más adelante, el Tribunal añadiría, en relación con su transmisión, que:

"Tal derecho, en sí mismo transmisible, pero por su propia calidad y contenido, ofrece un contenido propio, sustantivo y principal que no puede presumirse implícitamente transmitido, cuando ninguna referencia se ha hecho al mismo." (FJ 3)

Así, según el Tribunal, no se puede producir la transmisión implícita del derecho. Al transmitirse las fincas a la tercera sociedad, no se produjo de forma alguna la transmisión de tal derecho.

Dicho esto y desestimado también el segundo motivo de casación, el Tribunal acordó la desestimación del recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la naturaleza del derecho de reversión, ver las siguientes sentencias: STS de 22 de mayo de 1995; STS de 11 de julio de 1995; STS de 31 de octubre de 1995, y STS de 11 de abril de 1989.

Tribunal Supremo. Contratación administrativa. Baja temeraria y desproporcionada

SUPUESTO DE HECHO

El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) adjudicó, previo concurso por procedimiento abierto, el contrato de suministro en soporte CD-ROM de sentencias y demás resoluciones de determinados órganos jurisdiccionales y su distribución. La Mesa de Contratación se planteó la cuestión de que las ofertas económicas hechas a dos editoriales podrían estar incursas en baja temeraria o desproporcionada. Ello fue comunicado a dichas empresas, solicitándoles que reiteraran por escrito que sus ofertas económicas eran suficientes para cumplir los compromisos establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas del concurso. La Mesa solicitó también el asesoramiento establecido en el artículo 84.3 LCAAPP de 1995 (actual 83.3 de la LCAAPP de 2000), respecto al carácter desproporcionado o temerario de las bajas. Ambas editoriales respondieron a la solicitud, demostrando su solvencia a los efectos del concurso por su posición en el mercado.

Finalmente, la Mesa de Contratación del CGPJ acordó proponer al órgano de contratación que no considerara la oferta incursa en baja temeraria o desproporcionada y se adjudicara el concurso a El Derecho Editores, S.A., al cual se requirió la presentación de una fianza equivalente al 4% del presupuesto de licitación. Dicha editorial presentó aval en concepto de fianza definitiva.

Editorial Aranzadi, S.A. solicitó al CGPJ que resolviera el contrato por no haberse presentado en tiempo hábil la garantía definitiva del contrato. La editorial recurrente consideró que la incursión en temeridad implicaba el deber de afianzar el importe total del contrato adjudicado. El CGPJ desestimó dicha solicitud, tras lo cual la recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, que desestimó la petición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal Supremo entró a analizar el contenido de los artículos 37.4 y 82.4.b) y 5 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas (que se corresponde con los artículos 36.4 y 83.4 y 5 de la Ley de contratos de 2000), para dilucidar si podían entenderse aplicables para el caso enjuiciado, esto es, si se da el presupuesto de hecho por éstos contemplado, consistente en que el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición del adjudicatario no puede ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias. En relación con el análisis de dichos artículos, el Tribunal puntualizó que:

"[...] el artículo 37.4 alude al supuesto de adjudicación a un empresario cuya proposición hubiese estado incursa inicialmente en presunción de temeridad, a la que se refiere el artículo 84.2.b), con lo que está invocando lo establecido en este precepto, añadiendo que en este caso el órgano de contratación exigirá al contratista la constitución de una garantía definitiva por el importe total del contrato adjudicado. El artículo 84.5 reitera lo expuesto en el artículo 37.4, con remisión expresa al mismo.

"No resulta admisible comprender aisladamente estos preceptos [...]. Para que proceda la exigencia al contratista de una fianza definitiva por el importe total del contrato adjudicado (norma especialmente onerosa y por tanto de interpretación estricta) es forzoso tomar en cuenta el artículo 84.2.b), al que se remite el artículo 37.4, citado a su vez por el artículo 84.5.

"El supuesto de hecho necesario para la exigencia de la fian-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 179/1998

FECHA: 28 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Manuel Goded Miranda

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículos 37.4 y 84.2 y 5 de la Ley de contratos de las administraciones públicas

DOCTRINA: Contratación administrativa. Baja temeraria y desproporcionada (FJ 3 y 4)

za definitiva por el importe total del contrato adjudicado es, pues, que *el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de una baja desproporcionada o temeraria.*

"Conforme a los hechos ocurridos, la Mesa de Contratación, no el órgano de contratación, que es la Presidencia del CGPJ (artículo 26 del Reglamento 1/1986, del Consejo, de 22 de abril), la Mesa –decimos– se limitó a adelantar una posibilidad (las ofertas ‘podrían’ estar incursas en baja temeraria o desproporcionada) y a solicitar las oportunas explicaciones y asesoramiento sobre este extremo.

[...]

"En conclusión, la proposición de El Derecho Editores, S.A. no ha estado incursa en ningún momento en una presunción fundada de temeridad o desproporción, no pudiendo calificarse como tal una simple duda expresada por la Mesa de Contratación y rechazada después ante las explicaciones y asesoramiento recibidos, lo que determina que, faltando el presupuesto de hecho de aplicación de la norma, no sea exigible al adjudicatario del contrato la fianza definitiva por el importe total del contrato adjudicado, como pretende Editorial Aranzadi, S.A." (FJ 3)

El Tribunal consideró, por tanto, que en el caso enjuiciado "ni el órgano de contratación ha presumido que exista una baja desproporcionada o temeraria, ni, lo que es esencial, se ha llegado a producir una presunción ‘fundada’ acerca de ello", pues el órgano que se cuestionó la temeridad fue la Mesa de Contratación.

Tras ello, el Tribunal analizó el contenido del artículo 84.5. Éste contempla la posibilidad de exigir garantía definitiva en la adjudicación de la subasta por el importe total del contrato adjudicado. En contra de lo que sostenía la recurrente, el Tribunal consideró que no era de aplicación al caso, en el que el procedimiento de adjudicación es un concurso. El Tribunal establece:

"[...] el artículo 84.5, en cuanto establece que en la adjudicación de la subasta pueda exigirse una garantía definitiva por el importe total del contrato adjudicado, en caso de proposiciones incursas en presunción de temeridad, no es aplicable al procedimiento de concurso. El apartado 5 del artículo 84 es lógica continuación del apartado 4, que regula la adjudicación de las subastas a favor de la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración y, en su defecto, al mejor postor no incursado en temeridad. Es decir, es un precepto pensado para un procedimiento en que la adjudicación tiene en cuenta únicamente el precio ofrecido por el

empresario, no los demás criterios que sirven de base para la adjudicación de los concursos (artículo 87.1).” (FJ 4)

La aplicabilidad a los concursos de los preceptos relativos a la subasta, lo resolvió del siguiente modo:

“En este sentido, los preceptos relativos a la celebración de la subasta rigen para los concursos, excepto en lo que sea exclusivamente aplicable a la forma de adjudicación propia de la subasta, según previene el artículo 91 de la LCAP.

“El informe 18/1996, de 5 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se limita a entender (conclusión primera) que, de conformidad con las Directivas comunitarias y el artículo 84, en los concursos resulta imposible el rechazo automático de proposiciones desproporcionadas o temerarias, por esta sola circunstancia, sin comprobar o verificar su posible cumplimiento, pero destacando (conclusión tercera) que, al faltar el presupuesto de hecho determinante de la aplicación de los artículos 37.4 y 84.5, no resulta exigible al adjudicatario (del concurso) la garantía definitiva por el importe total del contrato prevista en los citados artículos.

“Por lo que se refiere a los artículos 37 de la Directiva Comunitaria 92/50/CEE (publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 24 de julio de 1992), 27 de la Directiva 93/36/CEE y 30 de la Directiva 93/37/CEE (ambas publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades de 9 de agosto de 1993), regulan la procedencia de no rechazar automáticamente las ofertas anormalmente bajas, pero sin incluir norma alguna relativa a la

prestación en estos casos de una garantía o fianza extraordinaria, que es la cuestión discutida en el proceso.” (FJ 4)

Finalmente, la causa de resolución del contrato por la no-constitución de la garantía definitiva la interpreta del siguiente modo:

“Por último, el mandato del artículo 42.1 de la LCAP es concluyente: la Administración declarará resuelto el contrato en caso de no cumplirse el requisito de constituir la garantía definitiva por causas imputables al adjudicatario. Esta norma debe aplicarse en relación con el artículo 113.2, aunque éste no haga mención de la imputabilidad del contratista, no sólo por su carácter específico, sino porque responde al principio de derecho según el cual la responsabilidad por los actos de una persona está siempre ligada a su imputabilidad. En el supuesto debatido la constitución por el Derecho Editores, S.A. de una fianza definitiva por importe de 16 millones de pesetas es imputable a la Administración, que así se lo exigió. Solamente en el caso de que se entendiese procedente requerirle la prestación de una fianza por mayor importe, y no la prestase, el contrato incurriría en causa de resolución, por incumplimiento de una obligación imputable al adjudicatario, sin que exista aquí ignorancia de la ley, que a ninguna de las dos partes del contrato puede reprochársele, o aplicación automática de una norma, sin consideración alguna de a quien pudiese ser atribuible su hipotético incumplimiento, incumplimiento que, debemos reiterarlo, no se ha producido.” (FJ 4)

Sobre la base de ello y a otras valoraciones relativas a la prestación de la fianza, el Tribunal desestima el recurso.

Tribunal Supremo. El alcance del concepto temeridad a los efectos de la imposición de costas

SUPUESTO DE HECHO

El titular de una discoteca interpuso recurso contencioso-administrativo contra el decreto de un ayuntamiento que ordenaba el cierre de un local ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que estimó parcialmente el recurso. Dicha resolución fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, a fin de que estimara su pretensión en todos los motivos y reconociera la existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal valoró la conveniencia de estimar los dos motivos de casación analizando el contenido del artículo 95.1.4 de la Ley de jurisdicción de 1956, artículo en el que se basan las argumentaciones de la recurrente.

En primer lugar, la recurrente interesaba que el Tribunal apreciara la existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración, junto con la correspondiente indemnización. Según la recurrente, en el presente caso se daban los elementos necesarios para tal reconocimiento. Sin embargo, el Tribunal consideró, siguiendo el planteamiento del Tribunal de Instancia, que no procedía estimar dicho motivo, por cuanto no había relación causal entre la medida cautelar de cierre y ciertos gastos efectuados en cuyo concepto entendía el recurrente que debía ser indemnizado. En efecto, el Tribunal de Instancia había excluido la indemnización de daños y perjuicios, como medida de restablecimiento de la situación jurídica individualizada.

En el segundo motivo de casación, el recurrente alegó que el ayuntamiento en cuestión había actuado con mala fe y temeridad y por ello debió ser condenado en costas. A raíz de ello, el Tribunal analizó las dos posiciones jurisprudenciales en relación con el planteamiento en casación de la temeridad o mala fe que justifica la imposición de costas procesales. La primera corriente doctrinal considera que la decisión de la imposición en cos-

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Sección 4.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 7708/1996

FECHA: 28 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Montalvo

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 95.1.4 de la Ley de Jurisdicción de 1956

DOCTRINA: El alcance del concepto temeridad a los efectos de la imposición de costas (FJ 3)

tas es de la exclusiva incumbencia del órgano jurisdiccional de instancia, no pudiendo ser revisado en casación. Así, el Tribunal dijo que:

“Según una de dichas posiciones, ‘la aplicación de la penalidad de la condena en costas está sometida al prudente arbitrio de los Tribunales de instancia, no siendo revisable en casación (sentencias de la Sala 1.ª de 28 de abril de 1983, 8 de julio de 1983, 13 de diciembre de 1983, 10 de abril de 1984, 14 de junio de 1984, 27 de septiembre de 1985, 21 de diciembre de 1985, 26 de febrero de 1986, 20 de junio de 1986, 10 de noviembre de 1988 y 2 de octubre de 1995). Y con arreglo a esta doctrina, en ocasiones, esta misma Sala ha señalado que la apreciación de las razones conducentes a la imposición o no de las costas originadas por el litigio, entraña un juicio valorativo de la exclusiva incumbencia del órgano jurisdiccional de instancia, juicio que al no estar sometido a preceptos específicos o de doctrina legal, salvo en los supuestos de excepción expresamente previstos en la Ley, queda confiado al prudente arbitrio de dicho Tribunal y no

susceptible, por tanto, de ser impugnado en casación' –Sentencia de 11 de octubre de 1982 y las más recientes de 21 de marzo, 28 de abril, 8 de julio y 13 de diciembre de 1983 y 14 de junio de 1984, 30 de mayo de 1997, 23 de junio de 1999 y 11 de octubre de 2001–." (FJ 3)

A continuación, el Tribunal hizo referencia a la otra corriente jurisprudencial, favorable a la revisión de la imposición de costas en casación en determinados supuestos. Así, el Tribunal dijo que:

"Según otra tesis, también reflejada en nuestra jurisprudencia, tiene acceso a la casación la revisión del pronunciamiento sobre la imposición de costas, teniendo en cuenta que el criterio legal invocado es el de la apreciación de una conducta procesal de mala fe o temeridad, lo que obliga al juzgador a llenar suficientemente de contenido ese concepto jurídico indeterminado de temeridad procesal, aportando, junto a su motivación, elementos objetivos que sean expresión de que la parte a condenar actuó con temeridad (STS de 15 de diciembre de 1997, 20 de enero de 1999, 17 de octubre de 2000, 3 de julio y 14 de abril de 2001)." (FJ 3)

Este segundo criterio fue el acogido por el Tribunal, que, tras ponderar la conducta del ayuntamiento, consideró que no podía imputársele temeridad, con lo cual tampoco procede la imposición de costas. Así, el Tribunal indicó que:

"Ahora bien, ni siquiera siguiendo esta última corriente que permite revisar en casación las cuestiones relacionadas con la imposición de costas en la instancia cabe acoger el motivo de que se trata, pues *ni la sentencia recoge una conducta procesal del Ayuntamiento que revele una instrumentación del proceso no acorde con la finalidad de defensa del acto recurrido, ni tampoco, en la propia motivación de la anulación del Decreto de la Alcaldía, a la que se atiene la sentencia para justificar el fallo,*

cabe apreciar mala fe o temeridad. En efecto, es la falta de validez o la inadecuada medición de los decibelios, que no se ajusta a la normativa sobre ruidos, la razón de decidir del Tribunal de instancia, aquella en la que se basa para anular el cierre o clausura provisional. O, dicho en otros términos, es 'la falta de constancia fidedigna de la superación del nivel sonoro de la discoteca clausurada, lo que determina la improcedencia del acto administrativo' y de tal dato no puede extraerse que sea temeraria la conducta procesal de la Corporación municipal al oponerse a la demanda formulada por la recurrente." (FJ 3)

Dichos razonamientos justificaban, según el Tribunal, la desestimación del recurso de casación.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la imposibilidad que en casación se da entre los pronunciamientos del Tribunal de Instancia en relación con las costas procesales, ver las siguientes sentencias: STS de 28 de abril de 1983; STS de 8 de julio de 1983; STS de 13 de diciembre de 1983; STS de 10 de abril de 1984; STS de 14 de junio de 1984; STS de 27 de septiembre de 1985; STS de 21 de diciembre de 1985; STS de 26 de febrero de 1986; STS de 20 de junio de 1986; STS de 10 de noviembre de 1988; STS de 2 de octubre de 1995; STS de 11 de octubre de 1982; STS de 21 de marzo de 1983; STS de 28 de abril de 1983; STS de 8 de julio de 1983; STS de 13 de diciembre de 1983; STS de 14 de junio de 1984; STS de 30 de mayo de 1997; STS de 23 de junio de 1999, y STS de 11 de octubre de 2001.

Sobre la posibilidad de que en casación se entre los pronunciamientos del Tribunal de instancia en relación con las costas procesales, ver las siguientes sentencias: STS de 15 de diciembre de 1997; STS de 20 de enero de 1999; STS de 17 de octubre de 2000; STS de 3 de julio de 2001 y STS de 14 de abril de 2001

Tribunal Supremo. Necesidad de expediente acreditativo de la oportunidad y conveniencia en el procedimiento instruido para la creación de sociedades mercantiles municipales

SUPUESTO DE HECHO

El Pleno de un ayuntamiento acordó la "creación de sociedad municipal para hacerse cargo del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria del término municipal de dicho municipio, nombramiento del Consejo de Administración, aprobación de los estatutos", que se tradujo en aprobar la constitución y los estatutos de una sociedad municipal, con nombramiento del correspondiente Consejo de Administración, autorización del desembolso del capital social y la autorización al alcalde para otorgar la correspondiente escritura y elevar a público el acuerdo. Contra dicha resolución, diversos concejales del ayuntamiento interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que lo estimó. Los concejales alegaron la falta de motivación del acuerdo de la convocatoria y que la adopción del acuerdo se había efectuado prescindiendo del procedimiento legal establecido

Los razonamientos de la sentencia para estimar el recurso son:

a) el Ayuntamiento, mediante el acuerdo impugnado, decide ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas en régimen de libre concurrencia, conforme al artículo 128.2 de la Constitución, a través de la creación de una empresa mercantil propiedad del ayuntamiento cuyo objeto social no consiste en la prestación de un servicio público esencial;

b) la libre iniciativa económica exige que la actividad sea de utilidad pública y que se acredite la conveniencia y la oportunidad de la medida o, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989, que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar sea una actividad de indudable interés

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Sección 4.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 6139/1996

FECHA: 1 de febrero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

DEMANDANTE: Concejales

DEMANDADO: Ayuntamiento de Marbella

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local

DOCTRINA: Necesidad de expediente acreditativo de la oportunidad y conveniencia en el procedimiento instruido para la creación de sociedades mercantiles municipales (FJ 4 y 5)

público en el momento de su creación, pues así lo impone el artículo 103.1 de la Constitución y, de manera específica en el caso de actividades empresariales de las entidades locales, el artículo 86.1 de la Ley de bases;

c) la tramitación de un expediente cuyo contenido está determinado en el artículo 97.1 del texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, y

d) el expediente, de rigurosa exigencia, no existe, como expresamente reconoce el ayuntamiento, y ello determina la nulidad de pleno derecho del acuerdo impugnado, conforme al artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992.

El Ayuntamiento de Marbella interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que lo estimó pero mantuvo la nulidad del acuerdo municipal, sobre la base de razonamientos distintos a los de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó la cuestión planteada en el recurso, consistente en averiguar si la creación de una sociedad municipal que tuviera por objeto un servicio público local esencial implica ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución y, en consecuencia, exige como presupuesto *la tramitación del expediente acreditativo* de la conveniencia y la oportunidad de la medida a que se refiere el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local (LBRL) regulado en el artículo 97 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril.

El Tribunal estableció:

“Son servicios públicos locales, en sentido amplio, cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales (artículo 85.1 Ley de Bases del Régimen Local). [...] *La gestión de servicios públicos por medio de gestión directa a través de una empresa en régimen privado de capital municipal no exige que se trate de los servicios esenciales* comprendidos en el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, sino que puede realizarse en otras materias en régimen de concurrencia con la iniciativa privada, siempre que se trate de actividades que sean de utilidad pública y se presten dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes (artículo 96 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local).

“Sin embargo, *el hecho de que se trate de servicios esenciales no altera sustancialmente los requisitos establecidos por la Ley para dicha creación*. Estos requisitos, en efecto, *derivan sustancialmente del carácter excepcional que supone la creación por la entidad local de una empresa sujeta al Derecho mercantil, con la consiguiente sustracción a los principios del Derecho público, cualquiera que sea la significación de las actividades de interés público que a que dedique su actividad*.

“Por consiguiente, en todos estos casos nos hallamos ante una aplicación del principio comprendido en el artículo 128.2, inciso primero, de la Constitución, con arreglo al cual ‘Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica’. Este principio tiene su reflejo, en el ámbito local, en el artículo 86 de la Ley de Bases del Régimen Local, la cual recoge la iniciativa pública local en el ejercicio de actividades económicas en régimen de libre concurrencia (apartado 2) o en régimen de reserva y consiguiente posibilidad de establecer el efectivo monopolio (apartado 3).

“El artículo 86.1 de la Ley de Bases del Régimen Local establece que las Entidades locales, mediante expediente acredita-

tivo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución. Una vez afirmado esto, el artículo 86.2 añade que cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

“*Se advierte, en consecuencia, que la necesidad de previo expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida encaminada al ejercicio de la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas, en este caso consistentes en la prestación de un servicio público esencial, es común a todos los casos de creación de empresas mercantiles para la gestión de servicios públicos*. Por lo demás, *la necesidad de que se pronuncie el Pleno sobre la forma de gestión del servicio cuando se trata de actividades que vayan a ser ejercidas por empresas municipales en régimen de pública concurrencia*, por no tratarse de un servicio prestado en régimen de monopolio con arreglo a la Ley, *no supone que en el caso de gestión de servicios públicos esenciales por este medio no deba pronunciarse igualmente el Pleno de la Corporación*. En efecto, por una parte, el artículo 97.1 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, al regular dicho expediente, prescribe con carácter general la aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad Local [letra d)]. En segundo lugar, el artículo 86.3, II, de la Ley de Bases del Régimen Local establece la efectiva ejecución de las actividades comprendidas en el artículo 86.3, I, en régimen de monopolio requiere, entre otros requisitos, lo dispuesto en el número 2 de este artículo. A su vez, el artículo 97.2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril exige que el acuerdo sea adoptado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.” (FJ 2)

El Tribunal Supremo manifestó su desacuerdo con el pronunciamiento vertido por la sentencia recurrida, pues entendió, como hemos reseñado, que en el caso concreto se trataba de la prestación de un servicio esencial y que también en este supuesto era necesaria la existencia de un expediente previo que acredite la oportunidad y la conveniencia de la medida. El Tribunal Supremo, aun sin compartir los razonamientos de la sentencia recurrida, llegará a la misma conclusión en el sentido de que la ausencia de expediente previo implica la nulidad de pleno derecho a que se refiere el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992. Así, estableció:

“En el caso examinado, como afirma la sentencia recurrida sin oposición de la parte hoy recurrente, *el expediente cuya tramitación exige la ley no ha existido*, como expresamente reconoce el Ayuntamiento. La naturaleza y la finalidad de dicho expediente lo convierten en presupuesto procedimental esencial para legitimar la inmisión del poder público en la actividad económica privada, tal como aparece configurado en la Ley de acuerdo con los principios constitucionales. Por ello, aun sin compartir sus razonamientos, debemos estar conformes con la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que *la ausencia de expediente previo implica la nulidad de pleno derecho* a que se refiere el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992.” (FJ 5)

Tribunal Supremo. Procedimiento administrativo. Caducidad de los expedientes administrativos

SUPUESTO DE HECHO

El Ministerio de Obras Públicas y Transportes emitió una orden mediante la cual se declaraba la caducidad de un expediente de legalización de obras. Contra dicha orden, el solicitante de las mismas interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado. Dicho fallo fue recurrido en casación por el abogado del Estado y el Tribunal Supremo desestimó el recurso.

El demandante había solicitado la legalización de unas obras con las que se invadían unos terrenos de dominio público marítimo-terrestre. La Dirección General de Puertos y Costas consideró posible la legalización con condiciones, que sometió a la aceptación del solicitante. La resolución relativa a la aceptación de condiciones, en una nota estampada por tampón sobre la última página, contenía una leyenda dónde se indicaba lo siguiente: "Deberá contestar con la aceptación, o reparos en su caso, antes de transcurridos diez días a partir de la fecha de recibo de esta notificación. Transcurridos esos diez días sin haber contestado, habrá incurrido en paralización del expediente, por lo cual, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley de procedimiento administrativo, se le advierte que, transcurridos tres meses más, se producirá la caducidad del mismo."

Transcurridos casi diez años desde la notificación del anterior acto de trámite, sin que se hubiera producido ninguna actuación procedimental, la resolución impugnada en el recurso contencioso-administrativo declaró la caducidad del expediente de legalización de las obras. El recurrente sostiene que la advertencia de caducidad no podía preceder a la efectiva paralización del procedimiento.

La Audiencia Nacional estimó el recurso y anuló el acto que declaró caducado el procedimiento. La Administración General del Estado formuló recurso de casación y alegó la infracción del artículo 99 de la Ley de procedimiento administrativo. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó el contenido del artículo 99 de la Ley de procedimiento administrativo, en concreto en relación con el momento como debe efectuarse la advertencia de la efectiva paralización del expediente.

En relación con el momento en que debía efectuarse la advertencia, el Tribunal entendió que debería haberse efectuado una vez se habían empezado a producir los efectos en cuestión mediante un acto expreso. En este sentido, el Tribunal manifestó que:

"[...] dicha advertencia se concibe como un acto a dictar

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 6680/1995

FECHA: 4 de febrero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez

DEMANDADO: Administración General del Estado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 99 de la Ley de procedimiento administrativo

DOCTRINA: Procedimiento administrativo. Caducidad de los expedientes administrativos (FJ 2)

inmediatamente después de que el expediente hubiera quedado paralizado. En la misma línea, el tenor literal del artículo 92.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en que se regula hoy el instituto de la caducidad que analizamos, conduce a la interpretación de que la *advertencia ha de hacerse cuando se produzca la paralización*."

"Pero, además, en congruencia con aquella finalidad de garantía del particular a la que obedece la regulación de la caducidad, debe concebirse la 'advertencia' como un acto de ordenación del procedimiento, que, dando cuenta del hecho que se opone a su continuación y de las consecuencias de la inactividad, se notifique como tal al interesado. Aquella finalidad exige un acto expreso de advertencia del estado de paralización y de las consecuencias de la inactividad." (FJ 2)

En cuanto a la *procedencia de efectuar la advertencia mediante tampón*, el Tribunal consideró que no debería haberse hecho mediante tampón, indicando que:

"Cuando, como ocurrió en el caso de autos, el acto administrativo que se notifica no es, *ni por su contenido ni por lo que en él se dispone, el de advertencia y, además, ésta se inserta mediante un tampón, con la lógica inseguridad* de que su leyenda obrara, y obrara legible, en la copia del acto utilizada para la notificación, aquella seguridad desaparece." (FJ 2)

Sobre la base de dichos pronunciamientos, el Tribunal Supremo entendió procedente desestimar el recurso de casación.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. La libertad sindical como límite a la potestad disciplinaria de las AAPP. Libertad sindical y libertad de expresión

SUPUESTO DE HECHO

La Diputación Provincial de Jaén emitió una resolución por la que se declaraba JMT como responsable de dos faltas graves con sanción de nueve meses de suspensión de empleo y sueldo, extensiva a su condición de representante sindical, por la publicación de un artículo en una revista informativa de una asociación sindical.

El sancionado era presidente de la asociación sindical que edita la revista informativa. Las actuaciones judiciales en el orden penal (autos 23-5-2000 y 15-12-2000 del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Jaén y auto de 16-2-2001 de la Audiencia Provincial de Jaén), establecieron que las expresiones contenidas en la revista informativa de la asociación sindical son constitutivas, a lo

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 456/2001

FECHA: 4 de febrero de 2002

PONENTE: Excmo. Sra. M.ª Luisa Martín Morales

DEMANDADO: Diputación Provincial de Jaén

DOCTRINA: La libertad sindical como límite a la potestad disciplinaria de las AAPP. Libertad sindical y libertad de expresión (FJ 3)

sumo, de una falta de injurias leves del artículo 620.2 del actual Código penal, y excluyen de responsabilidad penal a don Juan M. T., que no fue el autor del artículo.

La sanción disciplinaria impuesta por la Diputación fue recurrida ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que estimó el recurso. La Diputación Provincial de Jaén apeló dicha resolución ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que desestimó el recurso, con expresa imposición de las costas.

La Diputación Provincial fundamenta el recurso en: a) que al final del artículo parece constatar la autoría colectiva del mismo, no teniendo credibilidad la confesión efectuada por don Juan H. B. de ser el autor material del referido artículo, a pesar de ser así considerado en la jurisdicción penal; b) que el sancionado es el presidente de la asociación; c) que no opera el principio de *non bis in idem* respecto de la resolución adoptada en el auto de 23-5-2000 dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 8 de Jaén, y continuado en el auto de 16-2-2001, emanado de la Audiencia Provincial de Jaén, porque los bienes jurídicos protegidos son diversos; d) la libertad de expresión no es absoluta, sino que tiene ciertos límites como es la disciplina en el ámbito organizativo, y e) no se ve afectada la libertad sindical; el artículo 2.b) de la Ley 9/1987, de 12 de junio, establece que los funcionarios en situación de suspensión no serán elegibles, no detallando nada respecto de la suspensión como pérdida sobrevenida del requisito de elegibilidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal valoró la naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria y la aplicación de los principios de culpabilidad, responsabilidad y presunción de inocencia. En este sentido afirmó:

“La potestad disciplinaria de la Administración, según tiene sentado la jurisprudencia participa fundamentalmente de las características del Derecho general ‘punitivo’, y entre sus principios que lo configuran, destaca esencialmente el de ‘culpabilidad’ y ‘responsabilidad’, considerando a este respecto el juzgador de instancia, que tales extremos no se han dado en el caso enjuiciado, a tenor de las actuaciones judiciales en el orden penal [...]. Todo lo cual le lleva, al juzgador de instancia, a concluir, que no aparece acreditada la existencia de la falta grave, de desconsideración con los superiores por parte del recurrente.

“[...] Este planteamiento, esgrimido en la sentencia objeto de apelación, tiene más bien relación con la infracción de otros derechos fundamentales como es el de presunción de inocencia artículo 24 CE –no alegado por la parte recurrente en primera instancia–, y como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril, no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador [...]. En un sentido similar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/1990, de 17 de septiembre, *razona que la presunción de inocencia también despliega sus efectos protectores en el orden administrativo disciplinario, constituyendo una presunción ‘iuris tantum’ que garantiza el derecho a no sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad.*” (FJ 3)

La vinculación del órgano administrativo que ejerce la potestad disciplinaria respecto de los hechos declarados como probados en vía penal se reiteró como sigue:

“Además, en esta materia es de aplicación el apartado segundo del artículo 137 de Ley 30/1992 [...]; de modo que si hay sanción penal no cabe que la Administración sancione con posterioridad –por el principio de ‘non bis in idem’–, pero si acaban no habiéndola puede proseguir el expediente administrativo sancionador, aunque los hechos probados en vía penal serán los únicos que pueda considerar la Administración en efectos

sancionadores.” (FJ 3)

La importancia de determinar los bienes jurídicos protegidos en el ejercicio de la potestad disciplinaria se acreditó al afirmar al TSJ de Andalucía:

“De estimarse que el contenido del artículo publicado afecta al mismo bien jurídico protegido en el ámbito penal que en el administrativo, la Administración, en el ejercicio de su potestad sancionadora, debió atenerse al criterio expuesto con anterioridad por la Jurisdicción Penal, ya que el auto firme de la Audiencia Provincial de Jaén en la que se constata la exclusión de responsabilidad alguna de don Juan M. T., al no incluirse en ninguno de los grupos delimitados en el artículo 3 CP regulador de la denominada responsabilidad en cascada en las infracciones penales contra el honor, es de fecha 16 de febrero de 2001, previo a la propuesta de resolución en el expediente sancionador administrativo –de fecha de 30 de marzo de 2001, y la resolución sancionadora que es objeto del recurso –de 7 de mayo de 2001–.

“[...] Sin embargo, el bien jurídico protegido en el ámbito penal y en el administrativo es distinto; y en este sentido, la Sala entiende que el bien jurídico a proteger en la Jurisdicción Penal venía constituido por el honor del señor N., y el bien jurídico protegido en el ámbito administrativo era la honorabilidad de la propia Corporación Local –la Diputación Provincial–. En igual sentido, aunque se excluya de responsabilidad penal a don Juan M. T., cabe plantearse si su Presidencia en la Asunción Sindical Independiente le atribuye cierta responsabilidad en la publicación del artículo en cuestión; concretándose por la Sala, que al menos ha servido de vehículo para que el contenido del referido artículo tuviera trascendencia pública.”

Dicho esto, el Tribunal estudió si cabía atribuir alguna responsabilidad a JMT. En este sentido, el Tribunal analizó el alcance del derecho a la libertad de expresión en el ámbito sindical, indicando que:

“Si las manifestaciones se hubieran efectuado en el estatuto mencionado, la relación funcional (donde rige la relación de sujeción especial del funcionariado con la Administración, que lleva inherente la dependencia jerárquica respecto de los superiores) debería considerarlas vejatorias, aunque leves, y por ello, susceptibles de sanción administrativa. Más –puntualizó el Tribunal– estas manifestaciones se han vertido en el ámbito sindical (en la revista de las así respaldadas por el órgano en cuestión, que asume el contenido de lo publicado) en el ejercicio de la libertad de expresión sindical, cuyo desarrollo está dotado de mayores garantías y protección (como regula la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas); por lo que no puede entenderse en este marco que las expresiones tengan la consideración de vejatorias, suponiendo la sanción impuesta por la Administración Pública una vulneración de la libertad de expresión, en esta consideración de ejercitarse en el marco sindical.” (FJ 3)

Para finalizar el Tribunal examina las consecuencias que comporta el reconocimiento constitucional de la libertad sindical, en especial la prohibición de suspender la representación sindical:

“Para analizar la posible vulneración o no de la libertad sindical –artículo 28 CE– por la extensión de la sanción total de un año y medio de suspensión de empleo y sueldo a la calidad del expedientado de miembro de la Junta de Personal de la Diputación Provincial, al prohibirle el acceso a edificios de la Diputación y sus Organismos Autónomos a los fines de representación sindical; ha de reseñarse la sentencia del TS de 14 de abril de 1997 estudia el fenómeno de la representación de los empleos de la Administración que no puede disolverse en un

simple contenido de la resolución de empleo (funcionarial, estatutaria o laboral), como una relación intersubjetiva de índole individual entre el empleado y el ente empleador, con una posición de subordinación jerárquica de aquél a éste. Considera el TS, por el contrario, que con el instituto de la representación de los empleados se busca precisamente compensar los efectos de esa subordinación jerárquica individual, constituyendo al efecto una estructura jurídica de carácter colectivo, superpuesta a las plurales relaciones individuales, en la que el órgano representativo se sitúa en un plano de horizontalidad respecto al ente empleador. Desde esta consideración sustancial de la función jurídica de los órganos de representación no cabe aceptar de principio, salvo que exista una norma precisa que así lo establezca, que fenómenos operantes en el plano de las relaciones individuales de empleo, deben operar con idéntica funcionalidad en el plano de los órganos de representación, pues entre ambos tipos de estructuras jurídicas existe una diferencia cualitativa clara.

“Por ello, cabe extraer de dicha sentencia el dato fundamental de la compatibilidad entre el hecho de la interrupción de la prestación laboral y la subsistencia de la función representativa, así como la conclusión afirmada en el Fundamento Jurídico 5.º ‘in fine’ de la STC 78/1982 de que ‘subsiste el derecho de representación sindical, dado su carácter, sin que pueda entenderse suspendido sobre la base de la interpretación de un precepto que no impone tal suspensión’. El desempeño de un cargo de representación no es una prerrogativa a derecho individual, o no lo es sólo, sino que antes que nada es una función de proyección colectiva, establecida a favor de los representados,

siendo este factor el que debe tenerse en cuenta primordialmente a la hora de decidir los problemas de la dinámica del cargo representativo. El análisis del régimen de los órganos de representación y de la situación de sus miembros integrantes debe destacarse que no se prevé ninguna causa de suspensión de su ejercicio, por lo que, en la medida en que éste es referible al contenido del derecho fundamental de la libertad sindical (artículo 28.1 CE), una suspensión del mismo no prevista por la Ley, impuesta por el ente empleador frente al que se ejerce la representación, entra directamente en colisión con tal derecho fundamental. Además, el apelado goza de unos derechos y garantías, como miembro de la Junta de personal de la Diputación, cual es el Derecho a no ser sancionado durante el ejercicio de sus funciones, ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, siempre que la sanción se base en la acción del funcionario en el ejercicio de su representación, como establece el artículo 11 c) de la Ley 9/1987 de 12 de mayo de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (equiparable al artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical). Esta disposición se aplica a los miembros de las Juntas de Personal y a los Delegados Sindicales, cualidades que recaen en el expedientado, puesto que don Juan ostenta la condición de representante de una organización sindical con permiso para el ejercicio de funciones sindicales, reconocidos estos extremos por la propia Administración, en las actuaciones que han sido practicadas en el referido expediente disciplinario.” (FJ 4)

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Establecimiento como cláusula contractual de exenciones fiscales en el ámbito de concesiones administrativas. Principio de buena fe

SUPUESTO DE HECHO

El Instituto Catalán del Suelo impugnó el decreto del Ayuntamiento de Barcelona desestimatorio de una reclamación interpuesta contra las liquidaciones del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO) y de la tasa por licencia urbanística correspondientes a las obras de construcción de dos grupos de viviendas protegidas, promovidas por la entidad recurrente.

La recurrente invocó la necesidad de aplicar el artículo 7 del convenio entre el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña y el alcalde de Barcelona para la promoción, la construcción y el financiamiento de viviendas protegidas en la ciudad de Barcelona, de 11 de marzo de 1996. En dicho convenio se acordaba que en las actuaciones de remodelación de barrios y construcción de viviendas llevadas a cabo por el Instituto Catalán del Suelo, el Ayuntamiento asumiría el pago de todos los impuestos o las tasas municipales que gravasen la transmisión de los solares, la construcción de las edificaciones y la obtención de licencias, así como cualquier otro tributo local que pudiera generarse hasta la plena disponibilidad de los edificios por sus usuarios. Por su parte, el Instituto Catalán del Suelo se haría cargo de los gastos derivados de las calificaciones provisionales de las actuaciones de promoción pública. incluidas en el convenio llevadas a cabo por el Ayuntamiento de Barcelona.

La parte demandada se opuso a la aplicación de la mencionada disposición, alegando que las ordenanzas municipales de carácter tributario no prevén la exención de tributos locales, “no siendo posible que por acuerdo entre las partes se cambie el sujeto pasivo del impuesto, tratándose simplemente de un compromiso de pago, que entraña la exigencia del tributo sin perjuicio de la exigencia de los acuerdos entre las partes”. (FJ 3)

El Tribunal estimó el recurso.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 1.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1110/1997

RESOLUCIÓN: 17/2002

FECHA: 3 de enero de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Emilio Rodrigo Aragonés Beltrán

DEMANDANTE: Comunidad Autónoma de Cataluña

DEMANDADO: Ayuntamiento de Barcelona

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 133.3 de la Constitución; artículos 10, 14 y 30 de la Ley general tributaria

DOCTRINA: Establecimiento como cláusula contractual de exenciones fiscales en el ámbito de concesiones administrativas. Principio de buena fe (FJ 5 y 6)

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal estudió la conveniencia de aplicar el artículo 7 del mencionado convenio. En su análisis, el Tribunal valoró la posibilidad de conceder beneficios fiscales opuestos a los previstos legalmente, desde la perspectiva del principio de legalidad. Para ello, el Tribunal se fundamentó en la jurisprudencia en la materia.

En primer lugar, el Tribunal hizo referencia a la doctrina de la propia sala, que establece que sólo por ley se pueden establecer quienes sean sujetos pasivos de un impuesto o cuáles sean las exacciones tributarias. Sobre la base de ello, no se podría admitir que el Ayuntamiento dispusiera sobre la materia objeto de controversia. El Tribunal se refirió a la sentencia de esa misma sala 85/1998, de 30 de enero, indicando que:

“Esta Sala, a partir de la sentencia de esta Sección núm. 85/1998, de 30 de enero de 1998 (recurso núm. 518/1991), viene declarando que si bien debe prescindirse de la huida teoría de los derechos adquiridos y que las Leyes pueden derogar, con mayor o menor alcance retroactivo, los beneficios fiscales anteriormente concedidos, por lo que ha de convenirse con la sentencia de la Sección 3ª de esta misma Sala de 7 de marzo de 1997 en que *ningún contrato puede establecer pactos o cláusulas que sean contrarios a las Leyes y quiénes sean sujeto pasivo de un impuesto o cuáles sean las exenciones tributarias sólo puede establecerse por Ley* (artículos 14 y 30 Ley General Tributaria y 133.3 de la Constitución, por lo que *no se trata de materia sobre la que pudiera disponer el Ayuntamiento ni de presente ni de futuro, tal inicial conclusión ha de ser objeto de una sustancial matización.*” (FJ 5)

Ello no obstante, el Tribunal consideró que, establecida la concesión de beneficios fiscales en las cláusulas de convenios entre entes públicos y los contribuyentes, una vez percibidos los beneficios por los entes públicos, éstos no pueden, en base al principio de buena fe, entre otros, desconocer lo que ellos mismos prometieron. Así, el Tribunal declaró que:

“En efecto, no obstante todo lo anterior, siendo patente y clara la nulidad, sin otros efectos, de todas aquellas cláusulas de concesión de beneficios fiscales que no esté recíprocamente condicionada a otras cláusulas o pactos de lo que se conviene, cuando, por el contrario, se trate de *concesión de beneficios fiscales que se encuentre entre las condiciones de pactos o convenios entre los entes públicos y los contribuyentes, si estos entes públicos perciben aquello a lo que los particulares se comprometieron, no cabe luego aceptar que desconozcan lo que ellos, a su vez, prometieron, lo que sería contrario a la buena fe, al principio de respeto a los actos propios y a la propia naturaleza bilateral o sinalagmática de este tipo de convenios, cuya nulidad, en todo caso, nunca podría detenerse en las cláusulas que benefician a una de las partes, sino que habría de afectar a todo el conjunto.*” (FJ 5)

A continuación, el Tribunal hizo referencia a una serie de sentencias que se pronuncian en el sentido de lo expuesto por el mismo (STS de 16 de noviembre de 1993; STS de 5 de abril de 1991, y STS de 25 de mayo de 1992). Por último, el Tribunal se refirió a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que establece que:

“[...] en que los beneficios fiscales contenidos en cláusulas concesionales no se han visto afectados por lo previsto en la disposición adicional 9 LHL, por cuanto ésta establece una derogación de todos los beneficios fiscales que ‘estuvieran establecidos en los tributos locales, tanto en forma genérica como específica, en toda clase de disposiciones distintas de las de Régimen Local’, y de dicho tenor literal se infiere claramente que *dicha supresión o derogación de beneficios fiscales se refiere tan sólo a los establecimientos en normas ajenas a las de Régimen Local, esto es, en las disposiciones distintas de las de Régimen Local, por lo que no resultan afectados los pliegos de cláusulas, que aun cuando constituyen la ‘lex contractus’ con fuerza vinculante para las partes, tiene, como es sabido, una naturaleza puramente contractual.*”

Sentado lo anterior y entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal puntualizó que, si bien no se estaba ante un contrato concesional, sino ante un convenio de colaboración administrativa, su lectura evidenciaba, según éste, la necesidad de aplicar al mismo la doctrina relativa a los contratos concesionales, pues, según el Tribunal, “*no cabe que una de las partes pretenda desligarse de sus obligaciones y continuar exigiendo el cumplimiento de las asumidas por la otra parte en el convenio.*” (FJ 6)

Dicho ello, el Tribunal añadió que:

“En suma, no se trata de ningún compromiso municipal de asumir una carga tributaria en el futuro (interpretación que, sea dicho de paso, sería radicalmente contraria al principio de economía procesal), o de comprometer una especie de subvención en ese sentido [...] *de una cláusula inserta en un convenio con recíprocas prestaciones, que no puede posteriormente obviarse invocando su ilegalidad sin, a la vez, declarar la nulidad de la totalidad de lo convenido, con devolución de las recíprocas prestaciones.*” (FJ 6)

En virtud de ello, el Tribunal consideró que debía estimarse el recurso contencioso-administrativo, anulando la resolución municipal que dio lugar al mismo, por no ajustarse a derecho.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la imposibilidad de que un contrato establezca pactos o cláusulas contrarios a las leyes y la necesidad de que sea por ley que se determine quiénes sean sujetos pasivos de un impuesto o cuáles sean las exenciones tributarias, ver la STSJ de Baleares 85/1998, de 30 de enero de 1998.

Sobre la necesidad de que, una vez percibidos los beneficios por los entes públicos, éstos no puedan, sobre la base del principio de buena fe, entre otros, desconocer lo que ellos mismos prometieron, ver las siguientes sentencias: STS de 16 de noviembre de 1993; STS de 5 de abril de 1991, y STS de 25 de mayo de 1992.

Sobre la aplicación del artículo 9 de la LHL, ver la STSJ de Madrid de 8 julio 1996.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Carácter revisable de los actos administrativos dictados en aplicación de una disposición anulada

SUPUESTO DE HECHO

La empresa propietaria de un inmueble pagó la cantidad de 2.295.351 pesetas establecida en un expediente de reparcelación. Este expediente se tramita en la ejecución de un proceso de reparcelación discontinua, en aplicación de lo dispuesto en el PGOU de Sevilla y la Ley del suelo de 1976 (texto refundido aprobado por el Real decreto 1346/1976).

La empresa recurrió en vía contencioso-administrativa contra el acto que le obligó a efectuar el ingreso, y el recurso fue desestimado por Sentencia de 30 de marzo de 1994, sentencia firme.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1998 anuló los preceptos 9.4, 9.9, 9.10, 9.11, 9.12, 9.14 y 9.15 de la Revisión del PGOU que establecían la carga reparcelatoria.

La empresa afectada, a la vista de la anulación del Plan General que imponía la reparcelación discontinua, consideró que se daban los requisitos exigidos para la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por ello ejercita en vía administrativa la expresa acción, y alternativamente la solicitud de revisión de actos firmes al amparo de lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 62 de dicho texto. La solicitud es desestimada por silencio.

La empresa interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo denegatorio presunto, desestimatorio del recurso interpuesto contra la resolución desestimatoria presunta por silencio por la que se desestimaba la petición de la actora en el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Después hace extensivo el recurso a la resolución expresa de la Comisión Ejecutiva de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 9 de febrero de 2000, por la que se acuerda no admitir a trámite la solicitud, relativa a la devolución de la carga reparcelatoria de la finca por importe de 2.295.351 pesetas declarando la inadmisión del recurso de alzada interpuesto en 16 de julio de 1999, contra la desestimación por silencio de la referida solicitud.

El recurso contencioso-administrativo presentado ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, fue desestimado por sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal mantuvo la posición de no admitir la revisión de actos declarados nulos. En su análisis, el Tribunal hizo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable a supuestos similares al enjuiciado.

El Tribunal se refirió a la Sentencia de 31 de octubre de 2000. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación presunta de una petición a un ayuntamiento de devolución de una cantidad entregada en concepto de depósito, constituido para sufragar la reparcelación discontinua sobre la finca sobre la que se había solicitado licencia de obras. En dicha sentencia, el Tribunal indicó que no se podía proceder a la devolución de las cantidades. Refiriéndose al caso enjuiciado en ese momento, el Tribunal se pronunció en el siguiente sentido:

"[...] esta Sala ha declarado que la reclamación de devolución de las cantidades ingresadas por los aludidos conceptos no resulta procedente cuando el pago de la carga económica para la reparcelación y obtención de la licencia hubiera devenido firme y consentido ya que según se desprende de la exégesis del artículo 86.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), mientras que las sentencias que en estimación de una pretensión de anulación anulen una dispo-

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2.^a. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso administrativo núm. 94/2000

FECHA: 9 de enero de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Antonio Montero Fernández

DEMANDADO: Administración pública. Ayuntamiento de Sevilla

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 102 de la Ley 30/92, de 11 de noviembre del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (LRJPAC); artículo 106.2 de la Constitución española

DOCTRINA: Carácter revisable de los actos administrativos dictados en aplicación de una disposición anulada (FJ 3, 4 y 5)

sición general producen efectos 'erga omnes' quedando la misma sin efecto para todos, *las que en estimación de una pretensión de plena jurisdicción anulen un acto por ser nula la disposición en que se fundaba sólo los producen en cuanto a los que hubieran sido parte en el pleito respecto a esa pretensión sin que supongan en modo alguno un reconocimiento de la situación jurídica de quienes no dedujeron la misma.*" (FJ 2)

En relación con la nulidad de las disposiciones generales, el Tribunal indicó que ésta se retrotrae al momento de la declaración (efectos *ex nunc*). Sin embargo, y de acuerdo con la mencionada jurisprudencia, el Tribunal señaló que, por razones de seguridad jurídica, *sólo cabe la impugnación para los actos no firmes*. El Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

"[...] aunque en puridad de doctrina la declaración de nulidad de una disposición general, por ser de pleno de derecho produzca efectos 'ex nunc' y no 'ex tunc', es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que [los efectos] se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas, se encuentra atemperada por el artículo 120 LPA, en el que, con indudable aplicabilidad tanto en los supuestos de recurso administrativo como a los casos de recurso jurisdiccional, se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando la anulación a la derogación en que los efectos son 'ex nunc' y no 'ex tunc', si bien sólo respecto de los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general." (FJ 3)

A continuación, el Tribunal analizó los requisitos necesarios para que prospere la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Al respecto, mencionó la existencia de una jurisprudencia consolidada. Según dicha jurisprudencia, los requisitos serían tres: la existencia de un daño efectivo, que el daño sea consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración, y, por último, que no se hubiera producido fuerza mayor.

En relación con la existencia de daño, el Tribunal concretó cuándo se produce ésta, indicando que:

"La lesión resarcible se produce cuando el daño patrimonial existente es objetivamente antijurídico. No es, por ello, el aspecto

subjetivo de una actuación antijurídica de la Administración lo que determina el nacimiento de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio en el sentido que los administrados no estén obligados a soportarlo. Ya el antiguo artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado aclaraba que “la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización. La lectura constitucional que de los requisitos exigibles nos hace el artículo 106.2 de la Constitución, permite concluir que la responsabilidad por anulación se debe enmarcar en el régimen normal regulador de la responsabilidad de la Administración Pública, sin que la ilegalidad de un acuerdo comporte automáticamente la responsabilidad por ser la anulación cuestión independiente de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.”

A continuación, el Tribunal estudió la aplicación al caso del artículo 102 de la LRJPAC. Dicho precepto regula la acción de nulidad. Según el Tribunal, la vía contemplada por dicho precepto no era admisible. Al respecto, el Tribunal indicó que:

“En definitiva, la vía del artículo 102 del Texto Legal [...] la declaración por sentencia de la nulidad de una disposición reglamentaria, no acarrea la nulidad de aquellos actos de aplicación de la misma, que firmes afectan a un tercero ajeno al proceso de ilegalidad reglamentaria.” (FJ 4)

El Tribunal recordó la existencia de una línea jurisprudencial que confirmaría dicha postura en un caso similar. El Tribunal Supremo, sobre la base de la Ley 30/1992, y haciendo referencia a su vez a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, reconoció la existencia de una línea doctrinal contraria a la mantenida por éste, que se pronunció como sigue:

“[...] es cierto también que desde el punto de vista doctrinal y teórico se mantiene que, en materia de nulidad de disposiciones administrativas de carácter general, rige el principio no sólo de que esa utilidad es de pleno derecho, como, por otra parte, establecía el artículo 47.2 LPA aquí aplicable y sigue estableciendo el artículo 62.2 de la vigente, sino también el de que, con la misma calificación, de dicha nulidad se comunica, poco menos que ineluctablemente, a todos los actos administrativos que en la disposición anulada encontraran su cobertura legal y, además, con la eficacia ‘ex tunc’ y con la imprescriptibilidad de las posibilidades de impugnación que esa característica de la nulidad de tal naturaleza. Sin embargo no es menos cierto que este sistema no es el legal. La propia Ley de Procedimiento Administrativo, antes mencionada, artículo 120.1, establecía ya una primera limitación consistente en que la anulación no podía afectar a los actos ante-

rioros firmes consentidos, como no podía ser hoy de otra forma, ante la vigencia del principio constitucional de seguridad jurídica, artículo 9 CE y ante el hecho de que ni siquiera en el supuesto máximo de nulidad de disposiciones generales, como es el de inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley, artículo 40.1 Ley 2/1979 de 3 octubre, Orgánica del Tribunal Constitucional, puede aceptarse una solución diferente. Es más: como este último Tribunal tiene declarado, STC 45/1989, de 20 febrero, no sólo deben declararse no susceptibles de revisión las situaciones decididas mediante sentencia con eficacia de cosa juzgada sino también, por exigencias del mencionado principio de seguridad jurídica, las derivadas de actuaciones administrativas que hubieran ganado esa condición, la de firmeza se entiende, en su ámbito.” (FJ 4)

Por los motivos expuestos, el Tribunal desestimó el recurso.

El presente Supuesto de hecho es muy similar al de un caso enjuiciado por la Sala 1.ª del mismo Tribunal por las mismas fechas (STSJ de Andalucía de 30 de enero de 2002). En dicho caso, planteado también después de anularse el Plan General de Sevilla, el Tribunal estimó el recurso contencioso-administrativo al considerar que era pertinente proceder a la indemnización de los perjuicios causados por los actos dictados en ejecución de disposiciones nulas de pleno derecho.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado como consecuencia de haberse declarado por el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad y la nulidad del gravamen complementario sobre la tasa de juego, al objeto de que le fueran reembolsados a los recurrentes las cantidades embolsadas a las arcas del Estado en el concepto establecido por la disposición anulada, ver las siguientes sentencias: STS de 7 de abril de 2001; STS de 13 de junio de 2000, y STS de 30 de septiembre de 2000.

Sobre la transmisión de la nulidad a todos los actos administrativos en que una disposición anulada encuentra su cobertura legal, ver las siguientes sentencias: STS de 24 febrero de 1995; STS de 20 junio de 1995, y STS de 27 julio 1995.

Sobre la imposibilidad de declarar susceptibles de revisión tanto las situaciones decididas mediante sentencia con eficacia de cosa juzgada como las derivadas de actuaciones administrativas que hubieran ganado esa condición, ver la siguiente sentencia: STC 45/1989, de 20 de febrero.

El Supuesto de hecho es muy similar al de la sentencia de las mismas fechas de la Sala 1.ª del mismo Tribunal (STSJ Andalucía de 30 de enero de 2002), con resultado estimatorio.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Carácter revisable de los actos administrativos dictados en aplicación de una disposición anulada

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Sevilla cobró coactivamente a un propietario la cantidad de 11.551.000 pesetas por aplicación de los artículos relativos a la reparcelación discontinua de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla, cuya nulidad fue declarada por Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1998. La persona afectada solicita en vía administrativa no la anulación de los actos liquidatorios firmes sino el pago de la cantidad satisfecha, por entender que concurre responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de las normas reglamentarias.

La Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla desestimó tácitamente, por silencio administrativo, la reclamación de indemnización formulada. El TSJ estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anula la resolu-

ción recurrida y condena a la Administración demandada al pago de 11.551.000 pesetas (69.422,91 euros) más los intereses legales desde que se reclamó su devolución.

Se trata de una petición de indemnización formulada como consecuencia de la declaración de nulidad de determinados preceptos de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla. Este recurso se resolverá de manera distinta y con doctrina contradictoria a la establecida en el recurso resuelto por sentencia de 8 de enero de 2002, por la Sección 2.ª de la misma la Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal se fundamentó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2001 dictada en relación con las peticiones de

devolución de las cantidades ingresada por el concepto de gravamen complementario sobre la tasa de juego establecido por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996 de 31 de octubre. Dicha sentencia recoge la doctrina de dos sentencias, también del Tribunal Supremo, de 2000. La doctrina de las sentencias mencionadas está presente en algunas sentencias de dicho Tribunal, que aportan una novedad a la doctrina anterior del Tribunal Supremo que establece los actos de aplicación de una disposición de carácter general anulada, si no han sido objeto de recurso, son firmes y sólo son revisables por la vía de la anulación de oficio. La sentencia estableció:

“El Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de abril de 2001, recogiendo la doctrina fijada en las sentencias de 13 de junio, 15 de julio y 30 de septiembre de 2000, con relación a la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, como consecuencia de haber sido declarado por el Tribunal Constitucional, en sentencia 173/1996, de 31 de octubre, inconstitucional y nulo el gravamen complementario sobre la tasa de juego establecido por el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, al objeto de que le fueran reembolsadas las cantidades ingresadas en las arcas públicas por tal concepto ha indicado el hecho de no haberse agotado los recursos administrativos y jurisdiccionales para obtener la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de gravamen complementario no es obstáculo para considerar como antijurídico el daño causado y, por consiguiente, para ejercitar con éxito la acción por responsabilidad patrimonial derivada del acto inconstitucional del legislador [...]”

La sentencia de Tribunal Supremo afirma encontrar apoyo de sus tesis en la Ley de procedimiento administrativo:

“[...] En apoyo de esta tesis debemos recordar que la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece un procedimiento para la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho (artículo 102), y, entre las primeras, el artículo 62.2 de la propia Ley incluye las que vulneren la Constitución, y aunque este precepto no predica tal nulidad de los segundos, salvo que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional [apartado 1.a)], *es evidente que si la disposición a cuyo amparo se dicta o ejecuta el acto es nula de pleno derecho, éstos quedan afectados por idéntico vicio invalidante y, por consiguiente, son también radicalmente nulos de pleno derecho, con independencia de que razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), correcta y debidamente apreciadas, aconsejen mantener los efectos del acto compensándolos con una adecuada reparación, según prevén los artículos 139.2 y 141.1 de la misma ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, y así lo establece expresamente el artículo 102.4 de esta Ley, con lo que, en definitiva, se viene a sustituir la lógica e inherente consecuencia de la declaración de nulidad radical de un acto o de una disposición por una indemnización siempre que no exista el deber jurídico de soportar el daño o perjuicio causado por ese acto o disposición nulos de pleno derecho.”

El Tribunal Superior de Justicia proyecta la doctrina del Tribunal Supremo al supuesto de anulación de un plan urbanístico del siguiente modo:

“El Tribunal Supremo reconoce pues el derecho de los particulares a ser indemnizados por los perjuicios causados en aplicación de una Ley declarada inconstitucional, aun cuando no se

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Sección 1.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 476/2000

RESOLUCIÓN: 10/2002. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2829/1994

FECHA: 30 de enero de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Eugenio Frías Martínez

DEMANDADO: Administración pública. Ayuntamiento de Sevilla

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 102 de la Ley 30/92, de 11 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (LRJPAC); artículo 106.2 de la Constitución española

DOCTRINA: Carácter revisable de los actos administrativos dictados en aplicación de una disposición anulada (FJ 3, 4 y 5)

puedan revisar los actos firmes, dado que no se trata de revocar los mismos sino de obtener una reparación por unos daños causados por una norma inconstitucional, considerando dichos daños antijurídicos, no teniendo que ser soportados por los particulares. En el caso de la sentencia comentada, existía incluso cosa juzgada al haber sido desestimados los recursos jurisdiccionales interpuestos contra las liquidaciones, afirmándose que la reclamación de responsabilidad patrimonial era la única vía que quedaba a los administrados, pero expresamente reconoce la posibilidad de acudir directamente a esta vía sin necesidad de instar la declaración de nulidad en vía administrativa. Por su parte, en la sentencia de 13 de junio de 2000, el recurrente no había recurrido las liquidaciones dejándolas firmes en vía administrativa y el Alto Tribunal reconoció igualmente la indemnización. La doctrina citada es aplicable al caso de autos, pues las liquidaciones abonadas por la reparcelación, fueron exigidas en virtud de una disposición general declarada nula por el Tribunal Supremo, de modo que causaron al recurrente unos perjuicios antijurídicos, por lo que al quedar firmes las liquidaciones en vía administrativa, es ésta la única forma que tiene de resarcirse de los daños causados por la Administración por el incorrecto uso de su potestad reglamentaria, por lo que el recurso ha de ser estimado.” (FJ 3)

El Tribunal condenó a la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla al pago de 11.551.000 pesetas (69.422,91 euros) más los intereses de dicha cantidad, en aras al principio de indemnidad, desde el día en que se reclamó su devolución hasta la fecha de notificación de esta sentencia, y, a partir de la notificación de esta nuestra sentencia, se deberá proceder en la forma establecida por el artículo 106.2 y 3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El contrapunto de esta doctrina puede encontrarse en la sentencia de la misma a Sala de fecha 8 de enero de 2002.

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Naturaleza jurídica de los cementerios. Bienes de dominio público. Concesiones a perpetuidad de sepulturas en los cementerios

SUPUESTO DE HECHO

Un Ayuntamiento de Ahigal emitió resolución por la que se ordenaba a un particular retirar la cruz que éste había instalado en un cementerio municipal careciendo de licencia municipal, y se le autorizaba a colocar dicho objeto encima de la lápida.

Contra dicha resolución, el titular afectado interpuso recurso contencioso-administrativo. En el escrito de demanda, el recurrente solicitó que “se declare la nulidad de la ejecución de un paseo y unos nichos construidos en las proximidades de la sepultura mencionada, en el referido cementerio, por estimarse construidos en terrenos que se dice de su propiedad o, de forma subsidiaria, se declare el derecho a la inutilización o derribo de los nichos que limitan la posesión de la sepultura de su propiedad, se suspenda el enterramiento en los referidos nichos y, por último, se le indemnice en los daños y perjuicios ocasionados”.

El Tribunal desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó la procedencia de las peticiones formuladas por el recurrente. Al respecto, el Tribunal consideró que algunas se excedían del acto recurrido, pues se pedía el pronunciamiento sobre actos que ni siquiera habían causado estado, al no haber sido impugnados en tiempo y forma, y respecto a los cuales ni siquiera se había traído documental al proceso. Dichas cuestiones fueron por tanto desestimadas, centrándose el análisis en la orden de cambio de emplazamiento de la cruz. Para ello se estudió la naturaleza de los derechos a la mencionada sepultura, que la recurrente configuraba como de propiedad privada, naciendo con ello las potestades correspondientes a este derecho.

Sin embargo, el Tribunal no admitió la tesis mantenida por el recurrente, por cuanto *los terrenos en los que se pretendía ubicar la cruz eran de dominio público*, debiéndose someter a las peculiaridades de su régimen jurídico. No cabría, según el Tribunal, la apropiación de dichos bienes. Así, respondiendo a la tesis del recurrente, el Tribunal indicó que:

“No podemos aceptar esa premisa pues *los cementerios son bienes de dominio público* como se corresponde con la imposición que se hace en el artículo 25.2º.j) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, sometiendo dichos bienes a una actividad administrativa acentuada por las peculiaridades de su destino, contemplada en legislación variada (Ley de Sanidad) principalmente en el vigente Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio.” (FJ 4)

Establecida la naturaleza de bienes de derecho público de los cementerios, el Tribunal pasó a describir las consecuencias de ello, indicando que:

“Consecuencia de todo ello es que *no cabe entender que en los cementerios exista una propiedad particular como la actora pretende para justificar su pretensión* en contra de la actividad desarrollada por la Corporación en el cementerio con la construcción de los nichos y el paseo. Y buena prueba de ello es la misma potestad que en el mencionado Reglamento se confiere a las Administraciones de incluso cambiar el destino del terreno dentro del cementerio (artículo 57) y su acondicionamiento (artículo 60).” (FJ 4)

Por último, el Tribunal se refirió a la STS de 11 de octubre de 1999 para reafirmar su tesis relativa a la imposibilidad de apropiación de los bienes objeto de controversia, indicando que:

“Y es sintomático de lo que decimos lo declarado por el Tribunal Supremo en *sentencia de 11 de octubre de 1999* en cuanto *parte del ‘carácter de bienes de servicio público municipal de los*

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1726/1998

RESOLUCIÓN: 23/2002

FECHA: 14 de enero de 2002

PONENTE: Ayuntamiento de Ahigal (Cáceres)

DEMANDADO: Administración pública. Ayuntamiento de Sevilla

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 25.2 de la Ley reguladora de las bases de régimen local

DOCTRINA: Naturaleza jurídica de los cementerios. Bienes de dominio público. Concesiones a perpetuidad de sepulturas en los cementerios (FJ 4)

cementerios y, por ende, su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, así como la imposibilidad legal del otorgamiento de licencias o concesiones por tiempo indefinido, pero no menos cierto que, como afirma la sentencia aquí impugnada en su tercer fundamento de derecho, la posibilidad de concesión a perpetuidad del lugar de enterramiento no es una auténtica y real transmisión de la propiedad en el sentido civil del término —a lo que cabría añadir que tampoco es una auténtica concesión de un servicio público municipal ni la autorización concreta de utilización del dominio público—, sino un mecanismo jurídico en virtud del cual se permite al titular de un enterramiento la facultad de conservar los restos de sus familiares por tiempo indefinido en el lugar donde descansan, [...] en el artículo 61.b) del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 22 de diciembre de 1966 (después sustituido por el de 20 de julio de 1974), ya que, entre los derechos y deberes que dicho artículo reconocía a los Ayuntamientos en Cementerios Municipales, estaban los de ‘distribución y enajenación de parcelas y sepulturas’, conceptos jurídicos éstos suficientemente expresivos de la validez de las transferencias municipales a perpetuidad del derecho —no de la enajenación, concesión o autorización, cabría añadir— ‘funerario’.” (FJ 4)

Sentada la naturaleza de bienes de dominio público de los cementerios y la imposibilidad de apropiación, el Tribunal indicó que para poder hacer uso de dichos bienes era precisa la obtención de licencia, de la que carecía el actor. Siendo ello así, según el Tribunal, ello “legitimaba la actuación de la Corporación de realizar el requerimiento de retirada de la cruz y, al menos, su emplazamiento en lugar autorizado”. (FJ 5)

Por todo ello el Tribunal entendió que procedía desestimar el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la imposibilidad de apropiación de los cementerios por la naturaleza de bienes de dominio público de los mismos, ver la STS de 11 de octubre de 1999.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Permiso de trabajo de los extranjeros. Motivación. Denegación

SUPUESTO DE HECHO

La DP de Trabajo de Lleida emitió resolución por la que se desestimaba un permiso de trabajo. Según dicha Administración, justificaba la denegación el informe emitido por la oficina del INEM en la provincia respecto a la existencia de demandantes de empleo en la actividad y la categoría profesional solicitada.

La recurrente alegó, entre otros motivos, la falta de motivación de la resolución.

El Tribunal estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, antes de entrar en el análisis del objeto de controversia, el Tribunal hizo referencia a la complejidad de la legislación relativa a la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros e indicó, citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la Constitución no exige la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles en materia de acceso al trabajo. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, ésta se produciría, con excepciones, una vez producida la contratación.

“Dado el contenido del artículo 13 CE resulta innegable que la condición jurídica del extranjero está regulada en nuestro país, al tiempo de la actuación impugnada, por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, complementada por el nuevo Reglamento de ejecución de la citada Ley, el RD 155/1996, de 2 de febrero. No obstante, con posterioridad se ha dictado la LO 4/2000, ulteriormente modificada por la Ley 5/2000, e incluso se ha cumplido la previsión de elaboración de nueva norma reglamentaria, RD 864/2001, de 20 de julio. Se está ante una compleja legislación en la que la equiparación de derechos entre nacionales extranjeros no es plena constitucionalmente sino que responde al standar mínimo que rige en otros países de nuestro entorno socio-político. Así todos aquellos derechos atribuidos a los individuos independientemente de su nacionalidad derivados de su carácter de persona humana (derecho a la vida, a la intimidad física y moral) garantizados por los Tratados y Pactos internacionales están reconocidos a los ciudadanos extranjeros. Pero, además de limitaciones constitucionales (como el artículo 23 de la CE en relación con el artículo 13.2) existen los llamados derechos no absolutos en los que el control del Estado no ha desaparecido por completo pudiendo ser objeto su ejercicio y disfrute de restricciones por los Estados, con la sola exigencia previa de que una Ley determine su exacto alcance y contenido (artículo 13 CE). Así el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a que ‘constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles en materia de acceso al trabajo ‘sino’ sólo, con excepciones, una vez producida la contratación’ (sentencia de 107/1984, de 23 de noviembre, posteriormente reiterado en sentencias 99/1985, 115/1987, 94/1993, 116/1993, 12/1994, 242/1994 y 95/2000).

“Además ni la ‘Carta Social Europea’ ni el ‘Convenio europeo del Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante’ ambos signados por España, comportan al extranjero más que el derecho a no ser discriminado respecto al nacional en el ámbito protector de la seguridad social y la legislación laboral (desempleo, despido...). Se parte de la necesidad de la autorización previa al trabajo, o, en su caso, a la residencia, por la autoridad de cada país (artículo 8 Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1977). Tampoco el Proyecto de Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea elaborada mediante la participación conjunta de instituciones comunitarias y Estados Miembros de la Unión Europea altera sustancialmente el antedicho marco pues determinados derechos se los atribuye exclusivamente a ‘los nacionales de terceros países autorizados a trabajar’.

ÓRGANO:

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2.ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 737/1997

RESOLUCIÓN:

58/2002

FECHA:

18 de enero de 2002

PONENTE:

Ilma. Sra. Celsa Pico

Lorenzo

DEMANDADO:

Delegación Provincial del Ministerio de Trabajo

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículos 23 y 13.2 de la Constitución española (CE); artículo 51.1 del Real decreto 1119/1986, de 26 de mayo

DOCTRINA:

Permiso de trabajo de los extranjeros. Motivación. Denegación (FJ 3 y 5)

“La citada ordenación legal de 1985, no obstante respetar los escasos Convenios y Tratados de establecimiento suscritos entre España y diversos Estados, se encontraba inspirada, al igual que la anterior (Leyes 118/1969, de 30 de diciembre y 58/1980, de 15 de diciembre), por la atención al mercado nacional de trabajo (artículo 18.1 de la LOE) vinculando permisos de residencia y permiso de trabajo (artículo 15.1 LOE). Sin embargo, tras la promulgación del RD 155/1996, de 2 de febrero, en la relación por cuenta ajena, puede concederse el permiso de trabajo tanto si se justifica un contrato de trabajo como si se presenta un mero compromiso, mientras por cuenta propia (artículo 76) se tomará en cuenta no sólo la incidencia de la actividad a realizar en la creación de empleo, aportación de capital o nuevas tecnologías o mejora condiciones de producción, así como la acreditación de las autorizaciones exigibles para la instalación, apertura y funcionamiento de la actividad, como por otro lado recogía el artículo 40 del derogado al tiempo del acto impugnado, Reglamento de 26 de mayo de 1986. Ningún cambio relevante opera en tal campo la Ley 4/2000, al continuar mencionado su artículo 35.2. ‘la situación nacional de empleo’ para la concesión inicial del permiso de trabajo por cuenta ajena, independientemente de la posibilidad de regularización permanente si se cumplen determinadas condiciones.” (FJ 2)

Dicho ello, el Tribunal entró en materia. Así, el Tribunal analizó la posición de la Administración en el marco legal correspondiente para conceder o denegar una solicitud de permiso de trabajo, y el correspondiente permiso de residencia. En primer lugar, el Tribunal hizo referencia a la necesidad de motivación de la denegación de los permisos de trabajo. El Tribunal se refirió a la normativa anterior a la LO 7/1985 y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, indicando que:

“En el ámbito de la legislación anterior a LO 7/1985 *la discrecionalidad de la Administración se sometía a amplias restricciones siendo de absoluta necesidad la motivación de las resoluciones denegatorias* (así la sentencia del TS de 20 de noviembre de 1987). Tal posición se mantiene en la Ley Orgánica 7/1985 pese a las amplias facultades que el legislador atribuyó a la autoridad administrativa laboral como se evidencia en la reglamentación aprobada por RD 155/1996. *El Tribunal Supremo ha reiterado* (sentencias de 27 y 28 de febrero, 15 de junio, 7 de julio, y 21 de septiembre, 22 de noviembre de 1990, 3 de junio de 1997, 12 de enero de 1998) *la necesidad de la motivación de la resolución para el debido conocimiento de los interesados y la posterior defensa de sus derechos.*” (FJ 3)

En relación con la motivación, el Tribunal puntualizó que ésta no puede consistir en la mera mención del precepto aplicable, si bien podría limitarse a expresar el contenido del mismo. El Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

"[...] sin que baste la mera cita del articulado legal que protege el mercado nacional de empleo para desestimar una pretensión. Sin embargo, ha dicho también, sentencias del 25 de febrero y 7 de marzo de 1991, que 'no cabe confundir la brevedad y la concisión de los términos con la falta de motivación', reputando motivación suficiente la expresión de 'no quedar justificada la necesidad o conveniencia para el empleo y la economía nacional al cubrir con un extranjero la actividad solicitada, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.4.a)'. En consonancia con ello son múltiples los pronunciamientos (sentencias del 18 julio de 1991, 1 y 4 de junio, 13 de noviembre de 1992, 18 de octubre de 1994) respecto a que la situación nacional de empleo constatada en base a los informes del Instituto Nacional de Empleo son razón suficiente para la denegación de una solicitud." (FJ 3)

La mención a informes del INEM, como se hace en el presente caso, sería válida como único argumento para denegar la solicitud, si bien, según el Tribunal, la falta del mismo podría comportar la nulidad por falta de motivación, pues la alusión a los mismos tiene carácter preceptivo. Siendo ello así, el Tribunal puntualizó que dicho carácter preceptivo no implicaba que su ausencia diera lugar a la retroactividad. Sin embargo, en el presente caso, el Tribunal indicó que se estaba ante un supuesto de renovación de un permiso. El Tribunal indicó al respecto que:

"Por el contrario, la ausencia del informe del INEM a que se refiere el artículo 51.1 RD 1119/1986, de 26 de mayo, comporta la nulidad de lo actuado (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1994) al actuar fuera de los límites que establece el ordenamiento para el adecuado ejercicio de la potestad discrecional. No obstante la preceptividad de tales informes (STS 6 febrero y 4 de junio de 1992), su ausencia no da lugar a la retroactividad (STS 6 y 27 de junio de 1997). Mas aquí estamos en el ámbito de la renovación de un anterior permiso en la que la Administración debe renovar si subsisten las mismas circunstancias que determinaron la primera o anterior concesión conforme al artículo 19.1 LO 7/1985, de 1 de julio." (FJ 3)

Entrando en el caso enjuiciado, el Tribunal volvió a hacer referencia a los informes del INEM sobre la demanda de empleo. Al respecto, el Tribunal comparó el tenor literal de los mismos con la realidad de la demanda de empleo en la zona. El Tribunal hizo refe-

rencia a los denominados "nichos laborales": sectores de actividad (como el de los trabajos agrícolas de temporada) que, a pesar de la tasa de desempleo existente, no son cubiertos en su totalidad por trabajadores españoles. A ello, el Tribunal añadió que quedaba probado que los ciudadanos de la región no acudían cuando se les ofrecía un empleo en el sector en el que el recurrente deseaba trabajar, quedando vacantes las plazas correspondientes. Con ello, carecería de justificación el argumento basado en el hecho de que no había puestos de trabajo disponibles.

El Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

"[...] no acreditándose de manera razonable que alguno de los inscritos como demandantes de empleo en la provincia de Lleida estuvieran dispuestos a trasladarse desde sus respectivos municipios al de Alcarràs y evidenciándose —merced al retardo en resolver la jurisdicción contencioso-administrativa lo que permite conocer lo acontecido en estos últimos años —la necesidad de mano de obra en el sector agrícola en la provincia de Lleida, en las fechas a que se refiere el acto impugnado, no resulta ajustada a derecho la denegación sustentada en la existencia de demandantes de empleo en el sector y área geográfica." (FJ 5)

Siendo ello así, el Tribunal consideró procedente la estimación del recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la necesidad de motivación de los actos administrativos denegatorios de la solicitud de trabajo, ver las siguientes sentencias: STS de 20 de noviembre de 1987; STS de 27 y 28 de febrero, 15 de junio, 7 de julio, 21 de septiembre y 22 de noviembre de 1990; STS de 3 de junio de 1997, y STS de 12 de enero de 1998.

Sobre los términos en los que debe entenderse la motivación, ver las siguientes sentencias: STS de 25 de febrero y STS de 7 de marzo de 1991.

Sobre la admisibilidad de los informes del INEM como razón suficiente para la denegación de una solicitud de trabajo, ver las siguientes sentencias: STS de 18 julio de 1991; STS de 1 y 4 de junio de 1992; STS de 13 de noviembre de 1992, y STS de 18 de octubre de 1994.

Sobre la nulidad de las actuaciones por falta de informe del INEM, ver la siguiente sentencia: STS de 7 de diciembre de 1994.

Sobre el hecho de que la falta del informe del INEM no da lugar a la retroactividad, ver las siguientes sentencias: STS de 6 febrero de 1992; STS de 4 de junio de 1992, y STS de 6 y 27 de junio de 1997.

Tribunal Superior de Justicia de Baleares. La suspensión de planes urbanísticos. Discrecionalidad en la actuación de la Administración ("ius variandi"). Motivación

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Calvià adoptó un acuerdo de inicio de trabajos de revisión de su Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) y solicitó al Consejo Insular de Mallorca que acordase la suspensión parcial del mismo. En el acuerdo, se hacía referencia a la apuesta por un cambio de modelo territorial, aplicando una "nueva filosofía de desarrollo".

El Consejo Insular de Mallorca acordó la suspensión de la vigencia del planeamiento en el ámbito de determinadas áreas del PGOU de dicho municipio clasificados como suelo urbanizable no programado y como suelo urbanizable programado transitorio.

Contra dicha resolución, un particular interpuso recurso contencioso-administrativo. En concreto, el recurso se interpuso por afectar cierto suelo urbanizable. El recurrente alegó, entre otros motivos, falta de motivación del acuerdo.

El Tribunal desestimó el recurso.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Baleares. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 105/1997

RESOLUCIÓN: 60/2002

FECHA: 25 de enero de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Fernando Socías Fuster

DEMANDADO: Administración pública. Comunidad Autónoma de Baleares

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 163.3 del Reglamento de planeamiento. Disposición adicional cuarta de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo. Exposición de motivos de la Ley 6/1999, de 3 de abril, de directrices de ordenación territorial

DOCTRINA: La suspensión de planes urbanísticos. Discrecionalidad en la actuación de la Administración ("ius variandi"). Motivación

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal estudió las alegaciones aducidas por el demandante, basadas fundamentalmente en la falta de motivación del acuerdo impugnado. Para ello, el Tribunal analizó la posibilidad de suspender el planeamiento durante el proceso de revisión del mismo y, a continuación, valoró el alcance que debería tener la motivación.

En primer lugar, el Tribunal analizó la finalidad de la suspensión del planeamiento. Al respecto, haciendo referencia a su carácter preventivo, indicó que:

"La suspensión de la vigencia del planeamiento [...] tiene por finalidad que mientras se desarrollen los trabajos de reconsideración del planeamiento no se desvirtúen a la efectividad de las medidas previstas, esto es, impedir actos de edificación y uso del suelo conformes con el planeamiento en vigor y que pugnan con las previsiones del nuevo planeamiento o, lo que es lo mismo, la finalidad de esta medida cautelar no es sino garantizar que no se producirá una ulterior consolidación de los criterios y opciones que, precisamente, se quieren cambiar [...]."

Dicho ello, el Tribunal se refirió al régimen jurídico de la suspensión de la vigencia del planeamiento en el derecho estatal. Al respecto, el Tribunal destacó el sometimiento de la suspensión de los planes a una condición resolutoria, esto es, la aprobación de normas complementarias y subsidiarias del planeamiento. El Tribunal se refirió a las consecuencias del cumplimiento y el incumplimiento de dicha condición, indicando que:

"La eficacia de la suspensión de la vigencia del Plan General se somete a una condición resolutoria –aprobación de Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento, por las que se establece una ordenación urbanística provisional, en el plazo máximo de seis meses a partir del acuerdo de suspensión– cuyo incumplimiento implicará que el Plan resulte plenamente vigente –artículo 163.3 del Reglamento de Planeamiento–. La publicación del acuerdo de suspensión de la vigencia del Plan General comporta, en primer término, la suspensión del otorgamiento de licencias y, en general, la suspensión de cualquier acción urbanizadora.

Cumplida la condición resolutoria, esto es, aprobadas las Normas Subsidiarias, se pueden conceder licencias pero, en buena lógica, de acuerdo con las nuevas previsiones –artículo 163.2 del Reglamento de Planeamiento–."

Y es que, como indicó el Tribunal:

"La inicial vocación de vigencia indefinida de los planes [...], no implica imposibilidad de su alteración mediante los mecanismos de revisión o modificación."

El Tribunal se detuvo en la facultad de revisión de la que dispone la Administración en el planeamiento, esto es, el llamado *ius variandi* o *potestad discrecional*, que le permite alterar el contenido de los instrumentos del planeamiento. En ese punto, el Tribunal destacó la gran discrecionalidad que cabe en los instrumentos de planeamiento. El Tribunal se refirió a la importancia que en ese terreno cobran los intereses públicos en detrimento de los intereses privados. Como consecuencia de ello, indicó el Tribunal, *la discrecionalidad en ese terreno va más allá de un carácter meramente técnico*, gozando de un gran componente de juicio de oportunidad. En palabras del Tribunal:

"[...] En suma, no sólo pueden contemplarse la toma de decisiones sobre el planeamiento desde unos criterios técnico-urbanísticos, sino también desde criterios sociológicos, económicos, culturales, medioambientales, etc.)."

A continuación, el Tribunal hizo referencia a las repercusiones de esa amplia discrecionalidad en el control de los actos realizados en virtud de ésta. Al respecto, citó jurisprudencia del Tribunal Supremo, que delimita el alcance del control sobre las actividades discrecionales en materia de planeamiento. Sobre la base de dicha jurisprudencia, el Tribunal indicó que:

"[...] el éxito alegatorio argumenta frente al ejercicio de aquella

potestad tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración ha incurrido en error, o al margen de aquella discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídicas o con desviación de poder o con falta de motivación en la toma de sus decisiones; directrices todas estas condensadas en el artículo 3 en relación con el 12 TR/1976 [...]. En consecuencia, el control se limita a examinar si concurre alguno de los mencionados supuestos de error, alejamiento de los intereses generales, falta de motivación, desviación de poder o desconsideración de la seguridad jurídica."

Dicho lo anterior, y en relación con la motivación, el Tribunal señaló que:

"[...] resulta estéril la discusión acerca de si la suspensión cautelar tiene o no carácter excepcional. La controversia debe plantearse respecto a la decisión de alteración del plan, ya que la suspensión –como medida cautelar– no tiene mayor trascendencia que su carácter instrumental y provisional al servicio de la eficacia de esta futura alteración del planeamiento. Así pues, la suspensión propiamente dicha, no precisaría de otra motivación que afirmar su necesidad para asegurar la viabilidad y efectividad del futuro planeamiento de ordenación territorial, además de explicitar las razones del ámbito territorial afectado. La verdadera motivación debe reservarse para la decisión de alteración del planeamiento."

Siguiendo con la motivación del acuerdo impugnado, el Tribunal admitió la necesidad de motivación de la decisión de revisar el Plan, si bien puntualizó que:

"No obstante, como quiera que la determinación de este ámbito territorial está vinculado al que ha de ser objeto de revisión, en realidad nos encontramos nuevamente con el hecho de que la justificación no es otra que la remisión a que éste es el ámbito que se pretende alterar y por ello se justifica la suspensión del planeamiento en el mismo."

A continuación, haciendo referencia a las alegaciones pronunciadas por el recurrente, el Tribunal añadió que:

"[...] en el supuesto de que la suspensión viniese impuesta unilateralmente por el órgano urbanístico superior –con independencia e incluso con posible oposición de la Administración municipal– obviamente la medida merecería el carácter de excepcional o especial, traduciéndose en una necesidad de mayor motivación de la intención de revisar el planeamiento –y consiguientemente de la medida de suspensión– contra la voluntad municipal. Pues bien, éste no es el caso que nos ocupa. La parte demandante alega que carece de justificación alguna el que se pretenda la alteración del Plan General, tan solo 5 años después de su aprobación, sin que en este lapso temporal hayan concurrido elementos que justifiquen el arbitrario cambio de política urbanística."

El Tribunal entendió que no cabía aceptar el argumento esgrimido por el recurrente, atendida la concurrencia de factores ya expuestos por el Tribunal (amplio margen de discrecionalidad de la Administración y la consideración en el planeamiento de parámetros que van más allá de los puramente urbanísticos) y de las particularidades del territorio insular. Sobre este último punto, el Tribunal señaló que:

"[...] en los territorios insulares –y en particular en municipios de alta saturación urbanística como sin duda lo es el de Calvià–, la obvia limitación de terreno disponible justifica que el criterio tendiente a limitar la capacidad de desarrollo, sea un parámetro atendible por el planificador. [...] Se quiere con ello expresar que la noción de la 'protección del territorio y de sus recursos naturales' se presenta para las islas con un carácter más acentuado y es argumento relevante para motivar cambios de políticas territoriales, tan pronto se constata riesgo o presión urbanística sobre tales recursos."

Según el Tribunal, el soporte normativo de dichos argumentos se hallaría en la disposición adicional cuarta de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo. Según el Tribunal, ésta “[...] alude a que la legislación urbanística de los territorios insulares podrá establecer unos específicos criterios en atención a ‘la peculiaridad del hecho insular, su limitada capacidad de desarrollo territorial y a la necesidad de compatibilizar una suficiente oferta de suelo urbanizable con la protección de los elementos esenciales del territorio’.”

En términos similares se pronuncia la Ley 6/1999, de 3 de abril, de directrices de ordenación territorial.

A continuación, asumido que el control judicial no puede entrar “en la valoración del mayor o menor acierto de la filosofía del planificador”, el Tribunal hizo referencia al *control sobre los elementos reglados* de la decisión discrecional. Al respecto, el Tribunal indicó que no era procedente admitir ninguno de los motivos invocados por el recurrente “error, alejamiento de los intereses generales, falta de motivación, desviación de poder o desconsideración de la seguridad jurídica”. En relación con “desconsideración a la seguridad jurídica”, el Tribunal, refiriéndose a la doctrina del Tribunal Supremo, indicó que:

“Como reiteradamente tiene establecido el Tribunal Supremo, frente al ‘ius variandi’ los derechos de los propietarios no son un obstáculo, al margen de las indemnizaciones procedentes. No puede argumentarse que sólo la inmovilidad de los planes garantiza seguridad jurídica.”

Por último, y contra la supuesta incongruencia alegada por el recurrente en relación con el criterio de selección de áreas desclasificadas, el Tribunal indicó que quedaba justificado el adelantado desarrollo del proceso urbanizador en el suelo objeto de controversia.

Basándose en los motivos expuestos, entre otros, el Tribunal desestimó el recurso contencioso-administrativo.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la potestad discrecional o *ius variandi* de la Administración urbanística al planificar, ver las siguientes sentencias: STS de 28 de febrero de 1995; STS de 30 de octubre de 1991; STS de 30 de noviembre de 1992; STS de 16 de febrero de 1993; STS de 23 de febrero de 1993; STS de 22 de febrero de 1994; STS de 6 de abril de 1994, y STS de 19 de julio de 1994.

Tribunal Superior de Justicia de Baleares. Demolición de obras legalizables por falta de solicitud de legalización

SUPUESTO DE HECHO

El Ayuntamiento de Es Castell otorgó a una particular licencia de obras. Tras la realización de las mismas, el Ayuntamiento consideró que en la obra (cerramiento y cubrimiento del patio posterior de la vivienda realizada en planta pero sobre el indicado cerramiento) se había producido un exceso, concediendo un plazo de cinco días para justificar que las mismas se ajustaban a la licencia. Al no presentarse alegaciones, se requirió a la particular la solicitud de licencia de obras.

Transcurrido el plazo de solicitud, el Ayuntamiento formuló propuesta de demolición, concediendo un plazo de diez días para alegaciones. Transcurrido dicho plazo, el Ayuntamiento acordó la demolición de las obras.

Contra dicha resolución, la titular de las obras interpuso recurso contencioso-administrativo, solicitando la declaración de nulidad o anulación de la orden de demolición. Entre otras alegaciones, la recurrente destacó el carácter legalizable de gran parte de las obras, pudiendo operar en lo que no eran legalizables los principios de proporcionalidad y congruencia.

El Tribunal Superior de Justicia de Baleares desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó la procedencia de formular la propuesta de demolición de unas obras cuando ni se ha solicitado la correspondiente licencia ni se han presentado alegaciones al respecto. El Tribunal destacó en varias ocasiones el hecho de que, pudiendo la recurrente haber procedido a la legalización de las obras, no lo hizo.

En este sentido, el Tribunal indicó que:

“En efecto, no habiéndose solicitado la licencia en momento alguno, la Ley impone que se formule propuesta de demolición y también impone que cuando, como en el caso que ocurre, tampoco se presentan alegaciones a esa propuesta, el Ayuntamiento tiene que acordar la demolición —artículos 66.2 y 3 y 67.1 de la Ley de la Comunidad Autónoma 10/1990.” (FJ 2)

En relación con la alegación de la recurrente relativa a la posibilidad de legalizar las obras, el Tribunal indicó que ello no afectaba en nada la resolución, pues, pudiéndose haber solicitado ésta, no se hizo. En este punto, el Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Baleares. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Única. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1149/1998
RESOLUCIÓN: 114/2002
FECHA: 1 de febrero de 2002
PONENTE: Ilmo. Sr. Pablo Delfont Maza
DEMANDADO: Ayuntamiento de Es Castell
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 66.2 y 3 y 67 de la Ley de la Comunidad Autónoma 10/1990
DOCTRINA: Demolición de obras legalizables por falta de solicitud de legalización (FJ 2)

“Así las cosas, el resultado de la prueba pericial practicada en el juicio a instancia de la señora S. ha revelado que una parte de las obras realizadas por aquélla sin encontrarse amparadas por la licencia en su día otorgada serían legalizables y otra parte —menor— no lo sería, pero, aun cuando así sea, *las cosas no cambian de lugar, puesto que de lo que se trata es de que la señora S., pudiendo solicitar la licencia cuando para ello fue requerida por el Ayuntamiento, sin embargo, no quiso hacerlo y no lo hizo, de modo que la demolición se convirtió así en consecuencia insoslayable.*” (FJ 2)

En relación con la posibilidad de legalizar las obras, más adelante, el Tribunal indicó que:

“[...] lo cierto es que la propia recurrente ha reconocido desde el primer momento que se excedió, como también reconoció que no quiso intentar la legalización por considerar que no era posible, e igualmente han quedado concretadas en la prueba pericial practicada a su instancia el alcance de las obras ejecutadas sin licencia, que no son sino aquellas cuya demolición ordena el acuerdo municipal que se combate.”

El Tribunal tampoco estimó las alegaciones relativas a la falta de titularidad del inmueble en el que se realizaban las obras por parte

de la recurrente ni la aplicación del principio de proporcionalidad, del que dijo que, si bien “[...] la conecta con la escasa entidad de las obras ilegalizables, [...] no toma en consideración que todas las obras que realizó excediéndose de la licencia en su día concedi-

da ya son ilegalizables porque las que pudieron ser legalizadas en su momento, sin embargo, ni siquiera se intentó”. (FJ 2)

Basándose en los motivos expuestos, el Tribunal entendió que procedía la desestimación del recurso.

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Anulación de normas subsidiarias de planeamiento. Equilibrio interno en el seno de las unidades de actuación. Interposición de recurso indirecto contra planes urbanísticos

SUPUESTO DE HECHO

Una particular (propietario de una parcela) interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de un ayuntamiento por la que se aprobaba definitivamente un proyecto de compensación de una unidad de ejecución, así como la modificación de las normas subsidiarias de planeamiento de dicho municipio. La recurrente solicitaba la anulación del proyecto de compensación en lo referente a la imputación de la parcela del pago de cierta cantidad de pesetas y la declaración de su derecho a no contribuir a las cargas de urbanización.

La recurrente alegó que en la unidad de ejecución se podían distinguir entre la zona este y la zona oeste. En la primera, iba a realizarse cierta actividad urbanizadora. En la zona oeste, donde se encontraba la parcela de la recurrente, no se iba a efectuar ninguna actividad urbanizadora ni a implantar servicios que no existiesen con anterioridad. Según la recurrente, como quiera que la compensación se efectuaba en proporción a la participación de la parcela en la parte de la totalidad de cargas de urbanización del ámbito de equidistribución y que la acción urbanizadora a ella no le reportaba ningún beneficio, era improcedente la delimitación de la unidad. Así, la recurrente cuestionaba la participación en los costes de urbanización al no patrimonializarse ningún incremento de aprovechamiento. Asimismo, la recurrente alegó que *las normas subsidiarias de planeamiento incumplían el principio de equidistribución al incluir su parcela en la mencionada unidad de ejecución*.

El Tribunal estimó parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En orden a admitir el recurso fundamentó la posibilidad de impugnar indirectamente un plan urbanístico a través de sus actos de aplicación:

“Comenzando por la relativa a la del examen de la excepción de inadmisibilidad del recurso ante la firmeza de las Normas Subsidiarias, la misma no puede acogerse al ser el propio planeamiento el que delimita la Unidad de Ejecución, y al tener el instrumento carácter normativo reglamentario por lo que es susceptible de recurso indirecto.” (FJ 2)

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal estudió la conveniencia de incluir la edificación consolidada en la Unidad de Ejecución. Al respecto el Tribunal, refiriéndose a su propia jurisprudencia en la materia, señaló que:

“Hemos dicho en alguna sentencia relativa a la misma Unidad de Ejecución, aunque los planteamientos debate eran muy diferentes, que quedaba suficientemente justificado –incluir determinada edificación consolidada en la Unidad de Ejecución– en cuanto la actuación adecuada y remata el entorno de las parcelas consolidadas, consolida varios edificios anteriormente declarados en situación de fuera de ordenación, crea conexiones entre los viales que rodean la Unidad y adjudica a los propietarios de las parcelas consolidadas aprovechamientos edificatorios distintos de los que el planeamiento anterior reconocía, por lo que, en aquel caso, llegábamos a la conclusión de que la actuación urbanística generaba plusvalías igualmente para los propietarios de algún edificio consolidado (sic).” (FJ 3)

Sin embargo, el Tribunal admitió que en el caso enjuiciado se

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2.ª.

Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 521/1998

RESOLUCIÓN: 38/2002

FECHA: 11 de enero de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Félix Martín Corredera

DEMANDADO: Ayuntamiento de Arrasate-Mondragón

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 121 del TR 1976

DOCTRINA: Anulación de normas subsidiarias de planeamiento. Equilibrio interno en el seno de las unidades de actuación. Interposición de recurso indirecto contra planes urbanísticos (FJ 3 y 4)

producían ciertas circunstancias que exigían matizar la teoría mencionada, y es que, como admitió el Tribunal:

“[...] el edificio de la demandante no patrimonializa ningún aprovechamiento adicional, y las obras de edificación, y muy acentuadamente las de urbanización, se realizan en la zona Noroeste, mientras que en la zona sur-oeste las obras de urbanización afectan muy poco.” (FJ 3)

En relación con el caso enjuiciado, el Tribunal añadió que:

“[...] la clave de bóveda de nuestro razonamiento hace arranque de la situación de que los costes de urbanización atribuidos a la finca de la actora y el aprovechamiento lucrativo a ella atribuida no guardan adecuada relación de proporcionalidad y vinculación internas, sin que, dicho entre tanto, esto suponga ningún menosprecio a la calidad del Proyecto de Compensación [...]”

Dicho ello, y en relación con la Unidad de Actuación, el Tribunal indicó que era posible una *reducción de la contribución* de los propietarios o una compensación a cargo de la administración. El Tribunal se expresó en los siguientes términos:

“[...] cuando la actuación en una Unidad de Actuación no sea presumiblemente rentable por resultar excesivas las cargas en relación con el escaso aprovechamiento previsto para las zonas edificables, podrá autorizarse, sin modificar las determinaciones de planeamiento, una reducción de la contribución de los propietarios a las mismas o una compensación a cargo de la Administración, procurando equiparar los costes de la actuación a las de otras que hayan resultado análogas.” (FJ 4)

A continuación, el Tribunal destacó la necesidad de mantener cierto equilibrio dentro de cada unidad de actuación (principio de equidistribución). Ello fundamentaría los pronunciamientos anteriores. El Tribunal señaló que:

“[...] es un principio legal urbanístico que el equilibrio se produzca también dentro de cada Unidad de Actuación, esto es, el requisito mínimo de la delimitación de las Unidades de Ejecución es que la garantía del reparto equitativo de beneficios y cargas tenga lugar dentro del espacio delimitado, o dicho de otro modo,

que es precisamente el supuesto que aquí ocurre, *no es correcta la delimitación en perjuicio algún propietario, beneficiando de modo desproporcionado a los otros propietarios de la misma Unidad* (los situados en la zona Noreste) [...]”. (FJ 4)

A continuación el Tribunal citó jurisprudencia del mismo, de la que se puede extraer que:

“En suma, la *Unidad de Ejecución*, tras la modificación de las Normas Subsidiarias, *no es rentable para la parcela de la actora, incumpléndose también el requisito del equilibrio interno en el seno de la unidad*, lo cual conduce a la estimación de la demanda.”

Por lo expuesto el Tribunal consideró que procedía la estimación de dicho motivo, procediendo a la estimación parcial del recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre la viabilidad económica, en la que se declara que sólo puede establecerse mediante un examen comparado de los bene-

ficios previstos y las cargas de la actuación, ver la siguiente sentencia: STS de 25 de febrero de 1992.

Sobre la necesidad de un equilibrio interno entre beneficios y cargas, en el seno de cada Unidad de Ejecución, ver la siguiente sentencia: STS de 15 de octubre 1997.

Sobre el hecho de que en determinados polígonos o unidades de actuación el resultado de la actuación no sea presumiblemente rentable, ver la siguiente sentencia: STS de 24 de junio de 1994.

Sobre la admisión del recurso indirecto contra planes urbanísticos, ver las siguientes sentencias: STS de 24 de abril de 1989; STS de 24 de abril de 1989 (Ar 3927); STS de 21 de marzo de 1990; STS de 1 de junio de 1990; STS de 10 de julio de 1990; STS de 21 de noviembre de 1990; STS de 7 de marzo de 1991; STS de 11 de junio de 1992; STS de 27 de septiembre de 1989; STS de 14 de marzo de 1989; STS de 6 de noviembre de 1990; STS de 4 de marzo de 1992; STS de 21 de septiembre de 1993, y STS de 27 de junio de 1994.

D) Jurisdicción civil

Tribunal Supremo. Responsabilidad por daños. Mal funcionamiento de una central nuclear

SUPUESTO DE HECHO

Los titulares de una piscifactoría interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Guadalajara contra una compañía eléctrica por los daños y perjuicios causados en la piscifactoría (muerte de truchas), por el funcionamiento de una central nuclear. La demandante solicitaba en concepto de indemnización por dichos daños la cantidad de 160.000.000 pesetas

El Tribunal condenó a la compañía eléctrica al abono de 62.371.506 pesetas. Dicha sentencia fue recurrida por la demandada mediante recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Guadalajara, que desestimó el recurso. Contra dicha sentencia, la compañía eléctrica formalizó recurso de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, alegando los siguientes motivos al amparo del número cuarto del artículo 1692 de la Ley de enjuiciamiento civil:

- Infracción del artículo 1962 del Código civil.
 - Infracción de la jurisprudencia relativa a los efectos atenuadores de la responsabilidad en el supuesto de concurrencia de culpa del perjudicado.
 - Infracción del artículo 59.1 de la Ley de aguas.
- El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La sentencia recurrida declaraba como hechos probados que la muerte de las truchas de la piscifactoría de la recurrida fue causada por el aumento de temperatura de las aguas seis grados por encima del límite autorizado:

“[...] aumento de la temperatura de las aguas, seis grados aproximadamente, por encima del límite autorizado de los 30 grados centígrados, lo que actuó como determinante decisivo para ocasionar la mortandad masiva de las truchas que se producían en las instalaciones de la sociedad demandante Piszolla, sin que dicho aumento de la temperatura se hubiera justificado por causas naturales, es decir que sólo obedeció el calentamiento de las aguas a la conducta industrial agresiva de Unión Eléctrica Fenosa, S.A. que no obtuvo autorización para rebasar el referido límite de 30 grados y dejó también de cumplir la previsión impuesta en la concesión de construir torre de refrigeración.”

El Tribunal Supremo consideró suficientemente probada la relación causal entre el daño y el resultado causado. El Tribunal

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Jurisdicción civil. Recurso de casación núm. 2355/1997

FECHA: 16 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil

DOCTRINA: Responsabilidad por daños. Mal funcionamiento de una central nuclear (FJ 1)

entró a valorar el alcance de la culpa cuando el causante de un daño dispone de autorización para realizar una determinada actividad y que el responsable del daño debe justificar que en el ejercicio de la actividad obró con la diligencia debida y usó todas las medidas a su alcance; todo ello en conexión con la doctrina de la Sala de Casación Civil en relación con la culpa cuasi-objetiva. El Tribunal estableció que:

“La causa ha de ser adecuada y estar integrado de efectividad suficiente el acto que la pone de manifiesto, para que del mismo se derive como consecuencia necesaria el resultado dañoso producido, sin dejar de lado que las centrales nucleares representan por sí mismas un riesgo notorio que impone adoptar todas las medidas, incluso sobrepasando las reglamentarias, para evitar que su funcionamiento resulte negativo a las personas o a las cosas, lo que ya de principio y teóricamente así se presenta y resulta previsible, por lo que, ocasionado el daño, la intensidad del grave riesgo instaurado actúa en línea de cuasi-objetivización, conforme a la doctrina actual de esta Sala de Casación Civil, lo que impone a quien resulta responsable justificar que en el ejercicio de la actividad, aun contando con las autorizaciones administrativas pertinentes, obró con toda la diligencia a su alcance e incluso que extremó las medidas, lo que bien pudo conducir en este caso a una decisión de disminuir la producción o controlarla debidamente ante una grave catástrofe ecológica, pues en estos casos no cabe hablar de excesos en la previsión, sino más bien de necesidades imperiosas.” (FJ 1)

En el caso objeto de controversia, el Tribunal entendió que le empresa hubiese podido evitar el perjuicio con medidas como la reducción de la producción o su mayor control. Al considerar

probado el perjuicio económico a la actora y la concurrencia de un actuar culposo, la sala consideró necesario que la actora asumiera la reparación, en la cuantía establecida por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Guadalajara.

La sentencia incorpora como fundamento de la decisión las sentencias dictadas en recursos de objeto similar. A ellas se refiere del siguiente modo:

“Este último motivo contiene denuncia de haberse infringido el artículo 59.1 de la Ley de Aguas y su desarrollo se refiere a que la concesión administrativa que autorizaba el funcionamiento de la piscifactoría debería respetar los derechos de tercero, es decir de Unión Eléctrica Fenosa, S.A. en cuanto a la explotación de la central nuclear.

“Efectivamente se trata de derechos coexistentes y compatibles que caben ser utilizados dentro de los límites administrativos impuestos y con el adecuado uso racional de los mismos, sin interferir con daño los derechos de uno en los derechos del otro, que es lo que aquí ha ocurrido, pues la recurrente llevó a cabo una actuación culposa, suficientemente demostrada, como queda dicho, y

por el solo hecho de resultar concesionaria preexistente nada le autorizaba a hacer un uso dañoso de la concesión, que resultó abusivo dado los resultados negativos que ocasionó.

“En supuestos como el presente la jurisprudencia así lo ha entendido y así la sentencia de 25 de marzo de 1995 acoge los daños en piscifactoría por consecuencia de operaciones de fumigación. La sentencia de 22 de mayo de 1995 se refiere a un caso de mortandad de huevos embrionarios y alevines de trucha por vertidos de escombreras de tierras arcillosas y gravas. La sentencia de 26 de enero de 1996 declara culpa ecológica representada por caída de cable eléctrico en piscifactoría y la de 23 de julio de 1999, refiere el supuesto de causación de daño por la acción de una pala removedora que ocasionó una serie de desprendimientos de tierras con alto porcentaje de materias bituminosas y arcillosas que alcanzaron la piscifactoría, provocando la muerte de gran número de truchas.

“En todos estos supuestos la relación de causalidad actúa bien precisada y determinante del estrago, como es lo que en el caso que nos ocupa ha concurrido.”

Audiencia Provincial de Zaragoza. La “servidumbre” prevista en el artículo 9 de la Ley de propiedad horizontal. Límites

SUPUESTO DE HECHO

Un juzgado de primera instancia declaró la constitución de servidumbre a favor del demandante sobre las porciones de un patio de luces y del techo de un local situado en los bajos de un inmueble de propiedad de uno de los demandados, y cuyo uso venía atribuido a los otros codemandados. La constitución de dicha servidumbre permitiría a la demandante construir un ascensor. La parte codemandada interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, que estimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, la Audiencia Provincial analizó el contenido de los artículos 9.1 y 17 de la LPH. El Tribunal valoró el peso que debía tener el interés general frente a los intereses particulares vulnerados en el caso enjuiciado.

En su análisis, recordó el contenido del artículo 17, que exige la mayoría de 3/5 para la modificación del título constitutivo cuando se trata de establecer el servicio común de interés general de “ascensor”. A continuación, se refirió a su propia jurisprudencia en un caso en el que también se enjuiciaba la ocupación de cierto volumen de un local por un ascensor (ST 780/2001, de 21 de diciembre). Recordando la mencionada sentencia, el Tribunal dijo que:

“Ya en esa resolución se acusaba al citado artículo 9.1.c) de una ‘significativa imprecisión’, sobre todo cuando la ‘servidumbre’ afecte a un elemento privativo relevante, pues *es preciso cohesionar el interés general subyacente en los artículos 9.1.c) y 17 con el derecho dominical individual recogido en el artículo 3.a) del mismo texto legal*. En este sentido, es cierto que toda servidumbre, aparente o no, continua o discontinuada, supone una limitación del derecho real de propiedad. Sin embargo, ese gravamen no puede llegar al extremo de conllevar un menoscabo que inutilice total o parcialmente el elemento privativo y mucho menos que llegue a conllevar un menoscabo que inutilice total o parcialmente el elemento privativo y mucho menos que llegue a convertirse en una especie de ‘expropiación’ privada de naturaleza forzosa. Por ello la Sentencia de 21 de diciembre de 2001, prudentemente considera que los límites entre la servidumbre de obligada aceptación y la privación inadmisibles habrá de hacerse caso por caso.” (FJ 5)

Siendo ello así, el Tribunal consideró que, en el caso enjuiciado, la privación dominical que supondría la constitución de la

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Zaragoza. Sección 5.ª. Jurisdicción civil.

Recurso de apelación núm. 472/2001

RESOLUCIÓN: 52/2002

FECHA: 1 de febrero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Antonio Luis Pastor Oliver

DEMANDADO: Ayuntamiento de Arrasate-Mondragón

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículos 9 y 17 de la Ley de propiedad horizontal (LPH)

DOCTRINA: La ‘servidumbre’ prevista en el artículo 9 de la Ley de propiedad horizontal. Límites (FJ 5)

servidumbre sería de tal envergadura que representaría exceder del mismo concepto de servidumbre de la LPH, por lo cual estimó el recurso:

“Y en el supuesto cuyo enjuiciamiento ahora nos ocupa, la colocación del ascensor va a suponer la privación de un volumen que no tanto por su amplitud, sino por su eficacia, va a suponer una importante limitación para el local. Es decir, los 3,456 m³, que suponen 1,20 m² de altura y 2,88 m² de superficie, impedirán el acceso al local de camiones, aunque no el de furgonetas y turismos. Sin duda, esto supone una merma importante en el dominio del señor C. No sólo desde un punto de vista de la extensión de *ius dominical*, sino desde la óptica de la funcionalidad del local.” (FJ 6)

“Por lo tanto, entiende este tribunal que esa privación dominical excede del concepto de ‘servidumbre’ al que se refiere el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, lo que conllevará necesariamente a la desestimación de la demanda y a la estimación del recurso de apelación; sin perjuicio, claro está, de los posibles acuerdos extrajudiciales a los que pudieran llegar. Acuerdos que por tal naturaleza no son imponibles jurídicamente.” (FJ 7)

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre las limitaciones del contrato de servidumbre, ver la ST de la Audiencia Provincial de Zaragoza 780/2001, de 21 de diciembre.

E) Jurisdicción penal

Audiencia Provincial de Barcelona. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

SUPUESTO DE HECHO

El acusado A.S.S. era presidente del consejo de administración, administrador y gerente de una empresa dedicada a la fabricación de grasas y aceites refinados. Como resultado del proceso productivo se generaban aguas residuales, que eran vertidas por medio de un colector a una riera que desembocaba en el río Besòs. Los vecinos denunciaron los hechos a la policía local, que recogió muestras de los vertidos. Posteriormente, la policía judicial recogió nuevas muestras, que fueron analizadas por distintas entidades. De los resultados de las muestras se observó que los vertidos contaminaban gravemente el torrente receptor, "imposibilitando el desarrollo de organismos acuáticos, suponiendo un grave riesgo para la riera [...]".

La empresa que representaba el acusado contaba con la licencia de apertura de establecimiento y ejercicio de actividades, y estaba dada de alta en el Registro de Productores de Residuos Industriales, abonaba el canon de saneamiento y efectuaba declaración anual de residuos.

La Audiencia Provincial de Barcelona condenó a A.S.S. como autor de un delito contra el medio ambiente, a las penas de multa de seis meses con una cuota diaria de 10.000 pesetas y multa de cuatro meses, con la misma cuota diaria, y seis meses de inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad empresarial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal recordó en sus fundamentos de derecho que el delito de que se acusaba a A.S.S. era un delito de peligro concreto. Al analizar los elementos del tipo, indicó que:

"[...] se exige que el vertido suponga un riesgo concreto para el medio ambiente, que debe quedar debidamente acreditado." (FJ 1)

Según el Tribunal:

"La prueba idónea para la acreditación de este extremo es la pericial." (FJ 1)

Dicha prueba fue practicada y con ella quedó demostrada la alteración sustancial de las condiciones naturales del torrente.

El Tribunal consideró asimismo que el acusado era el responsable en concepto de autor, pues era el máximo responsable de la empresa y tenía conocimiento del carácter contaminante de los vertidos. Por ello, lo declaró culpable del delito antes mencionado. Ello con independencia de que la empresa dispusiera de las licencias pertinentes.

Al analizar la posible existencia de circunstancias agravantes, el Tribunal valoró el carácter clandestino de la actividad (esto es, funcionar careciendo de las licencias preceptivas) y concluyó que

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 3.ª. Jurisdicción penal

RESOLUCIÓN: Procedimiento abreviado núm. 72/2001

FECHA: 23 de enero de 2002

PONENTE: Excm. Sra. Ana Ingelmo Fernández

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 325 CP

DOCTRINA: Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (FJ 1, 2, 3 y 5)

adolecía de tal carácter. Así, el Tribunal, refiriéndose al conocimiento por parte de la Administración de la actividad de la empresa, indicó que:

"Una vez concedida la licencia, *el organismo local competente tiene la obligación de revisar las instalaciones y efectuar el acta de comprobación*, y que en este caso, a pesar de las diferentes licencias otorgadas, el acta de comprobación no se efectuó hasta el 26 de enero de 2001. Pero *la falta de esa comprobación no es sólo imputable al acusado, sino al organismo local, que era el obligado a efectuarla*; tal requisito *no puede conferir el concepto de clandestinidad a la empresa, pues la autoridad local conocía perfectamente la existencia de la empresa*, a la que cobraba los correspondientes impuestos, y conocía la situación administrativa de la misma."

Así, según el Tribunal, el desconocimiento del incumplimiento de las exigencias legales era responsabilidad de la Administración, que debiera haberse encargado de exigir a la empresa la revisión de las instalaciones y efectuado el acta de comprobación.

Sí se estimó la existencia de una atenuante, pues tras los hechos acontecidos la empresa de que el acusado era responsable dejó de verter al torrente, lo cual permitiría la regeneración de la misma, así como la de la riera y el río Besòs.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el delito contra los recursos naturales de emisión de vertidos, ver la STS de 14 de febrero de 2001.

Sobre la existencia de una atenuante de reparación del daño causado, ver la STS de 21 de julio de 2001.

Audiencia Provincial de Palencia. Delito de desobediencia

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de lo Penal de Palencia condenó a J.S.C. y a A.S.C., como autores de un delito de desobediencia, a la pena de ocho meses de prisión cada uno. Contra dicha resolución, los acusados interpusieron recurso de apelación, recurso que fue estimado parcialmente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Los recurrentes fueron condenados por desobediencia en su calidad de representantes legales de una empresa. Según hechos probados, desatendieron tres veces a requerimientos efectuados por el juzgado de primera instancia en el que se ejecutaba una sentencia de separación matrimonial de un emplea-

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Palencia. Sección Única. Jurisdicción penal. Recurso de apelación núm. 9/2002

RESOLUCIÓN: 5/2002

FECHA: 25 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Ángel Muñoz Delgado

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 634 CP

DOCTRINA: Delito de desobediencia (FJ 2)

do de la empresa. Se les requería que certificasen los haberes que el empleado percibiera a efectos de embargo. Los acusados alegaron que, como quiera que dicho empleado fue despedido después del primer requerimiento, la cantidad a embargar hubiese sido muy baja tras el primero y los otros dos requerimientos hubiesen resultado inoperantes.

Ante ello, el Tribunal indicó que los recurrentes debían haber atendido al requerimiento con independencia del resultado del mismo, pues, como recordó el Tribunal:

“[...] lo que a los efectos del tipo penal interesa no es si como

consecuencia del cumplimiento de la orden judicial van a lograrse los fines a que este se endereza o en qué medida, si se da o no el cumplimiento por el destinatario a un mandato claro que emana de autoridad competente con las formalidades legalmente exigidas [...]” (FJ 2)

Dicho lo anterior, el Tribunal recordó que se daban todos los elementos del tipo en la actitud de los acusados, pues su resistencia al cumplimiento fue “frontal y reiterada a lo largo del tiempo”. Por ello desestimó dicho motivo de apelación, estimando solamente el recurso en lo relativo a las costas procesales.

Audiencia Provincial de Zaragoza. Faltas contra el orden público. Falta de respeto y consideración debida a las autoridades y sus agentes

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de Instrucción núm. 10 de Zaragoza condenó, como autor de una falta del artículo 634 del CP, a la pena de treinta días de multa, con una cuota diaria de 700 pesetas. Contra dicha resolución, el acusado interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, que estimó el recurso y absolvió al acusado de la falta por la que se había condenado.

Los hechos probados son los siguientes:

“Que sobre las 11.40 horas del 5 de marzo de 2001, encontrándose Iván M.C. en la calle Pedro Porter de Zaragoza, haciendo de cabezudo y persiguiendo a los niños en sentido hacia donde había circulación rodada, fue apercibido por un agente de la Policía Local, para que no lo hiciera, respondiéndole: ‘tonto, más que tonto; que lo único que eres es un payaso y a la próxima vez que me digas algo te pego con el látigo, payaso’.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal analizó el contenido del artículo 634 CP, que diferencia dos modalidades de conducta: faltar al respeto y desobedecer levemente. El Tribunal recordó que el acusado fue condenado por el primer supuesto. En ese caso, el ilícito se produciría cuando se “*perjudique de forma efectiva la concreta función pública desarrollada por las autoridades y sus agentes, sin incluirse [...] conductas de ‘falta de respeto’ que, sin trascendencia en la función pública, serían objeto de protección penal mediante los delitos de calumnia o injuria,*” (FJ 3)

Analizando los elementos del tipo, el Tribunal recordó que el bien jurídico protegido por el tipo es el orden público, entendido éste como referido al sometimiento al ordenamiento jurídico y a la autoridad estatal, llamado ‘principio de autoridad y dignidad de la función pública’. El Tribunal indicó que el bien jurídico protegido por este tipo no es la autoridad en sí misma, sino que:

“[...] ha de ponerse siempre en relación con el ejercicio de las funciones públicas que dicha autoridad desarrolla, de lo que se deduce –siguió el Tribunal– que el objeto de la protección es la función pública, no el órgano.” (FJ 1).

De ahí el Tribunal concluyó que:

“[...] sólo se persiguen en vía penal aquellas conductas que perjudican de modo efectivo las condiciones en las que las autoridades o sus agentes desarrollan la función social que la comunidad les ha encomendado.” (FJ 1)

“El Código Penal de 1995 ha destipificado el desacato como delito en tanto se entendió por los legisladores que dicha infracción protegía de forma privilegiada a las autoridades, en su condición personal y particular (las acciones típicas consistían en calumniar, injuriar, insultar o amenazar a las autoridades), y no por la trascendencia en la función que desarrollaban. Por ello, el artículo 634 del Código Penal no puede entenderse como la recuperación del desacato, eliminado entre los delitos, debién-

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Zaragoza. Sección 3ª. Jurisdicción penal. Recurso de apelación núm. 204/2001

RESOLUCIÓN: 22/2001

FECHA: 25 de enero de 2002

PONENTE: Excmo. Sr. Julio Arenere Bayo

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 634 CP

DOCTRINA: Faltas contra el orden público. Falta de respeto y consideración debida a las autoridades y sus agentes (FJ 1 y 3)

dose interpretar los actos descritos en el artículo 634 CP como conductas diferenciadas, exclusivamente desde la intensidad, del correspondiente delito de resistencia o desobediencia previsto en el artículo 556 del Código Penal, y en ningún caso como una modalidad leve de desacato. Conforme a los anteriores razonamientos, la conducta descrita, “falta de respeto y consideración debida a las autoridades y sus agentes”, diferenciada de la desobediencia leve (segunda acción típica del artículo 634 CP) y de la perturbación leve del orden público (artículo 633 CP), no puede interpretarse sino como aquella otra conducta que perjudique de forma efectiva la concreta función pública desarrollada por las autoridades y sus agentes, sin incluirse, para evitar una indebida aplicación del destipificado desacato, conductas de “falta de respeto” que, sin trascendencia en la función pública, serían objeto de protección penal mediante las figuras de la calumnia o injuria.” (FJ 3)

El Tribunal entendió que, si bien la actitud del acusado podía resultar ofensiva para el agente de la autoridad, al no constar la trascendencia pública de la misma ni la afeción a la función pública, no se infringía el bien jurídico protegido en el precepto analizado, procediendo por tanto la revocación de la sentencia y consiguiente absolución del acusado de la falta que se le imputaba.

“Si examinamos los hechos enjuiciados y que han sido declarados probados, debe tenerse en cuenta que no se ha condenado por una falta de desobediencia sino por una falta de respeto del acusado, que ejerciendo y disfrazado de cabezudo en las fiestas, estaba ‘encorriendo’ a los niños, acto adecuado y propio de la función que desempeñaba, momento en que al ser requerido por el policía local, le profirió las expresiones de payaso, tonto y le auguró un latigazo, que es el acto con el que se amenaza a los niños en este festejo. Son pues expresiones y actos propios del acto lúdico que se estaba realizando. No consta la trascendencia que tuvieron tales expresiones en el incidente

ocurrido, si dicha expresión fue escuchada por otras personas y menos aún, que la expresión proferida trascendiera al público con tal intensidad que afectara o perjudicara a la función pública que en esos momentos estaba desarrollando el agente de Policía Local, ni que hubiera un ánimo concreto de menospreciar, vejar o perjudicar, la función pública que desarrolla la Policía Local de Zaragoza. No cabe duda que la expresión proferida puede resultar ofensiva para el Policía Local, pero dado

que no consta la trascendencia pública, ni la afección a la función pública, no se infringe el bien jurídico protegido en el artículo 634 del Código Penal tal como antes se ha expuesto, y sí, a lo sumo, se atenta contra el honor del funcionario en su condición particular, lo que se protege penalmente mediante el delito o falta de injurias, que no ha sido objeto de acusación, y por el que no se puede condenar al acusado."

Audiencia Provincial de Cáceres. Los "graffitis" como delito de daños

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de lo Penal de Plasencia condenó a D.G.A. como autor de un delito de daños, a la pena de multa de diez meses con una cuota diaria de 1.000 pesetas, debiendo indemnizar a la empresa ferroviaria perjudicada en concepto de responsabilidad civil en la cantidad de 175.000 pesetas por deterioros y 279.887 pesetas por gastos ocasionados. Contra dicha resolución el acusado interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cáceres, alegando inexistencia de daños, por no poderse tipificar como tales (lo están para los bienes inmuebles pero no para los muebles) y falta de dolo, pues, según el recurrente, "en ningún caso la intención era causar daños". El acusado, junto con otras personas, había pintado "graffitis" en los vagones de un ferrocarril. La Audiencia Provincial de Cáceres desestimó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho, el Tribunal entró a analizar el contenido del artículo 263 CP, que define los elementos del delito de daños.

En primer lugar, el Tribunal acotó la noción de "daños", inexistente en el precepto analizado. En este sentido, el Tribunal indicó que:

"Si bien tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han venido efectuando una función interpretadora de dicho delito, y entendiéndose el daño en su doble significado gramatical y jurídico, como sinónimo de *detrimento*, ha de configurarse el contenido exacto del delito, dentro de un amplio y genérico compendio desde el que la acción punible de dañar se corresponde con los verbos *destruir* como pérdida total, *inutilizar* como pérdida de su eficacia, productividad y rentabilidad, *deteriorar* como pérdida parcial del valor cualquiera que sea su representación, así como alteración de la sustancia o cualquier menoscabo o desmerecimiento, siempre bajo la casualidad de un único 'animus damnandi' o intención concreta de causar un detrimento patrimonial de forma consciente y voluntaria en un bien ajeno cuya propiedad está protegida por el derecho y cuyo detrimento es valorable económicamente, cualquiera que sea su íntima motivación, salvo que se acredite otro propósito que pueda exculpar su acción." (FJ 2)

Sobre la base de dichas definiciones, el Tribunal indicó que los hechos enjuiciados debían considerarse como delito de daños pues, según el juzgador:

"No es necesario para la existencia de dicho delito que las cosas pierdan definitivamente su aptitud para servir al fin a que se destinaban, circunstancia que sólo daría lugar a que se valorara el importe del daño como equivalente a su coste de sustitución, ni tampoco que se haya producido una destrucción total o parcial del mismo, bastando sólo que se produzca un *menoscabo o alteración respecto de su estado anterior*." (FJ 2)

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Cáceres. Sección 1.ª. Jurisdicción penal.
Recurso de apelación núm. 14/2002
FECHA: 29 de enero de 2002
PONENTE: Juan Francisco Bote Saavedra
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 263 del Código penal (CP)
DOCTRINA: Los "graffitis" como delito de daños (FJ 2 y 3)

En el caso enjuiciado, se entendió que las pintadas efectuadas alteraron el estado de los bienes sobre los que se efectuaron los mismos, lo cual originó un perjuicio patrimonial, que tuvo que ser asumido por la empresa ferroviaria, propietaria de los mismos. Más adelante, el Tribunal puntualizó que "Si este supuesto se hubiera producido en un automóvil que obligaría a su limpieza nadie pondría en duda que se trataría de unos daños, aunque los mismos no incidan daños en la función y finalidad del automóvil." (FJ 2). En este sentido, el Tribunal quiso destacar que la jurisprudencia en la materia no es pacífica, si bien puntualizó que la tesis sostenida en el caso enjuiciado era la mayoritaria.

En relación con el elemento subjetivo del tipo, el Tribunal consideró que en el caso objeto de controversia hubo dolo por parte del autor de las pintadas. Así, en relación con el posible dolo, el Tribunal consideró que:

"[...] aunque es cierto que pertenece al fuero interno del acusado, no es de recibo negar el mismo alegando que las pintadas constituyen 'una expresión artística' y que la única finalidad era realizar fotografías a las pintadas para su posterior publicación en una revista especializada, y aunque ello pueda ser cierto, ello no elimina el daño causado, pues dicha finalidad también la podía obtener realizando las pintadas en bienes propios, como por ejemplo en el vehículo de su propiedad, pero no en los ajenos." (FJ 3)

Analizados ambos elementos del tipo y efectuadas las apreciaciones mostradas, y tras valorar otras alegaciones de carácter procesal, el Tribunal entendió que procedía la desestimación del recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el delito de daños, ver las siguientes sentencias: STAP de Zamora de 5 de junio de 1998; STAP de Huelva de 16 de diciembre de 1997; STAP de Cádiz de 2 de diciembre de 1997; STAP de Álava de 17 de noviembre de 1997, y STAP de Barcelona de 3 de octubre de 1997.

Audiencia Provincial de Tarragona. Prevaricación de los funcionarios públicos

SUPUESTO DE HECHO

Una catedrática de escuela universitaria, doctora en Filología Románica y profesora de Lengua Española en la Universidad Rovira i Virgili, se dirigió al Defensor del Pueblo denunciando que consideraba que se habían vulnerado los derechos de los estudiantes por el modo en que se habían desarrollado las pruebas de selectividad en el Tribunal en el que ella actuaba como vocal en junio de 1998. La catedrática manifestó que tuvo que salir de la sala en que se realizaban las pruebas para hacer fotocopias y así poder entregar los exámenes en lengua castellana. Por las mismas fechas, otro catedrático, profesor en la misma universidad, se dirigió a la misma institución manifestando su preocupación por la constitucionalidad normativa de las Pruebas de Aptitud para el Acceso a la Universidad (PAAU) de ese año. Los reclamantes manifestaron que los presidentes de los tribunales en los que ellos participaron habían recibido la orden de no repartir los pocos ejemplares impresos en lengua castellana.

El rector de la mencionada universidad (L.M.A.F.), tras recibir una carta del adjunto segundo del Defensor del Pueblo en la que se informaba acerca de la reclamación y se le solicitaba la emisión de informe preceptivo pidió a E.P.M. que abriera una investigación sobre dichas quejas. Éste a su vez consultó a J.I.R., quien expresó que no figuraba referencia de incidente alguno.

A primeros del año siguiente, los reclamantes presentaron solicitud para actuar como correctores de los tribunales de acceso a la universidad (PAAU) en la convocatoria del año siguiente a los hechos acontecidos.

En abril de ese mismo año el rector de la universidad emitió el informe solicitado por el Defensor del Pueblo, negando que los presidentes de los tribunales recibieran la orden de no repartir los pocos ejemplares impresos en lengua castellana y que se les negara a los alumnos la solicitud de obtener un ejemplar en castellano.

A principios de mayo de 1999, se comunicó a los reclamantes de forma verbal que habían sido excluidos como vocales de las pruebas de acceso a la universidad "por haber recibido un escrito del Defensor del Pueblo y por no haber cumplido la normativa".

A finales de mayo de 1999, el Rectorado emitió un comunicado sobre el incumplimiento de la normativa por parte de los reclamantes, al no dar cuenta de ninguna incidencia al presidente de del tribunal ni al coordinador de las PAAU sobre el reparto de los exámenes en castellano.

En junio de 1999, el Defensor del Pueblo remitió al rector de la universidad una carta según la cual se había tenido conocimiento de la exclusión de los profesores por las quejas al Defensor del Pueblo, solicitándose un nuevo informe, informe que fue contestado justificando la exclusión de los profesores en el incumplimiento de las pruebas de desarrollo de la Comisión del COU y de las PAAU del Consejo Interuniversitario de Cataluña. Ese mismo día, se comunicó a la profesora su inadmisión como miembro del tribunal de las PAAU.

El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Tarragona absolvió a L.M.A.F. y a J.I.R. del delito de prevaricación de los que estaban acusados. Contra dicha resolución el ministerio fiscal y la acusación particular interpusieron recurso de apelación. La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona desestimó los recursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En sus fundamentos de derecho la Audiencia analizó la *naturaleza, ámbito y requisitos del delito de prevaricación* (artículo 404 CP). Dicha norma establece que:

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Tarragona. Sección 2.ª. Jurisdicción penal. Recurso de apelación núm. 902/2001

FECHA: 11 de febrero de 2002

PONENTE: Ilmo. Sr. Xavier Nouvilas Puig

DISPOSICIONES ANALIZADAS:

Artículo 404 del Código penal

DOCTRINA: Prevaricación de los funcionarios públicos (FJ 3)

"La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años."

En el análisis de los elementos del tipo, la Audiencia se refirió a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como elemento indispensable para la producción del tipo, la Audiencia indicó, en primer lugar, que es necesario que se emita una resolución que constituya una *infracción del ordenamiento jurídico* de cierta envergadura, siendo insuficiente una mera infracción administrativa para la producción del mencionado delito. Así, la Audiencia puntualizó que:

"En virtud de la citada jurisprudencia podemos establecer que el delito de prevaricación exige como requisito esencial *el dictado de una resolución injusta en asunto administrativo, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado*, siendo constante la doctrina del Tribunal Supremo al determinar que *la injusticia de la resolución no se identifica con su ilegalidad*, es decir, con el dato de que la resolución no sea conforme a derecho (extremo que podría acarrear su anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no exige su criminalización), *sino que el concepto de resolución injusta queda limitado a aquellas resoluciones que, de modo flagrante y clamoroso, desbordan la legalidad vigente*. Así, *la simple discordancia de la resolución con la normativa reguladora de la cuestión administrativa* que resuelve, tanto en el ámbito competencial, como en el procedimental o en el fondo, *no transmuta automáticamente en delictiva la actuación del funcionario o autoridad que la dicte*, lo que vaciaría de contenido la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que el elemento normativo del tipo únicamente concurre cuando la contradicción con el ordenamiento jurídico es patente, notoria e incuestionable, apartándose la resolución dictada de la legalmente procedente, de una manera tan palmaria y llamativa que no puede sostenerse racionalmente como plausible la decisión adoptada." (FJ 3)

Entrando en qué *conductas* podrían ser constitutivas del delito analizado, la Audiencia indicó que:

"De esta manera la injusticia a que se refiere la resolución puede verse concretada en la absoluta falta de competencia del sujeto activo del delito, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, de modo que ésta implique un torcimiento del derecho, o una contradicción con el ordenamiento jurídico, de tal manera patente y grosera, que pueda ser apreciada por cualquiera, no bastando, como se ha dicho "ut supra", la mera ilegalidad que puede ser producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en cuestiones jurídicas." (FJ 3)

En segundo lugar, la Audiencia analizó el *contenido subjetivo* del tipo, apuntando la necesidad de que su autor actúe a sabien-

das de que su conducta es contraria a derecho, debiéndose probar tal circunstancia suficientemente. La Audiencia se pronunció en los siguientes términos:

“Ha de remarcarse finalmente que, tal como se ha anunciado anteriormente, junto al relatado requisito objetivo del tipo, la infracción penal ha de llevar consigo un segundo requisito subjetivo, o *intención deliberada en el agente con plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, lo que el texto penal asume con la expresión de “a sabiendas”*, elemento de la culpabilidad en el que reside la primordial diferencia cualitativa entre la ilegalidad administrativa y la tipicidad penal. La intención dolosa o el repetido conocimiento de ilegalidad, no basta deducirla de las consideraciones más o menos fundadas, sino, que *es necesario que, como en todo derecho incriminatorio, concorra una prueba evidente o fehaciente que no deje duda alguna del comportamiento anímico*. Es pues necesaria la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.” (FJ 3)

Entrando en el caso objeto de controversia, el Tribunal consideró que no se daban los elementos del tipo: ni la conducta antijurídica ni una actuación a sabiendas de que la conducta no es ajustada a derecho. En relación con el carácter antijurídico de la conducta, el Tribunal consideró que los acusados actuaron haciendo uso de una potestad discrecional, entendiendo que no se había incurrido en arbitrariedad. Así, el Tribunal indicó que:

“[...] los acusados verificaron la exclusión dentro de un criterio absolutamente discrecional como lo es la falta de idoneidad para el cargo y que emanaba de una normativa que, se estime

ahora ilegal o no, entonces era vigente y aplicable, razón por la cual de lo actuado resulta cuanto menos dudoso establecer que los acusados actuaron bajo un criterio de arbitrariedad o venganza, esto es, a sabiendas de que actuaban ilegalmente, por lo que la aplicación del principio ‘in dubio pro reo’ nos ha de llevar en esta alzada a mantener el criterio absolutorio de instancia.” (FJ 6)

Más adelante, en relación con la arbitrariedad como causa de anulabilidad o nulidad, el Tribunal señaló que:

“Con relación al primer punto cabe reseñar que, ya hablemos de anulabilidad o de nulidad de actos administrativos, para ubicarnos en los parámetros de la esfera penal de la prevaricación es necesario que, además de la ilegalidad administrativa, concorra un plus de antijuridicidad residente en el concepto de la arbitrariedad sin el cual nos es posible la aplicación del artículo 404 del Código Penal.”

Como se ha indicado, dicha arbitrariedad, según el Tribunal, no se producía en el caso enjuiciado.

Sobre la base de dichas argumentaciones, el Tribunal consideró que no había lugar a la estimación del recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Sobre el delito de prevaricación, ver las siguientes sentencias: STS de 16 de mayo de 1992; STS de 23 de abril de 1997; STS de 30 de abril 1997; STS de 15 de julio 1998; STS de 22 de mayo de 2001; STS de 28 de mayo de 2001, y STS de 16 de junio de 2001. ■

- 5 **PRESENTACIÓN**
- 6 **ESTUDIOS**
- 7 **La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (I)**
Vicenç Aguado i Cudolà
- 44 **El régimen jurídico de las subvenciones locales**
José Luis Requero Ibáñez
- 59 **El silencio administrativo. Su nueva regulación y conflictos procesales**
José María Macías Castaño
- 74 **INFORMES DE LAS ASESORÍAS JURÍDICAS DE LOS ENTES LOCALES**
- 75 **La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios**
Susana Martínez Novella
- 97 **La legitimación de los grupos políticos municipales para presentar reclamaciones, sugerencias o iniciativas ante el Ayuntamiento**
Álvaro García López
Ramón Valentín López Rey
- 102 **La compatibilidad del proyecto de ejecución de rehabilitación del Teatro Pérez Galdós con el régimen jurídico de protección a que está sometido el inmueble: Bien de Interés Cultural, con categoría de Monumento, también protegido a través del planeamiento urbanístico**
Carlos Manuel Trujillo Morales
- 124 **Una propuesta presentada por un grupo de la corporación para ser debatida y votada en el Pleno ordinario –presentada con anterioridad a la convocatoria del mismo– debe incluirse necesariamente o no, en el orden del día de una sesión plenaria, cuando dicha cuestión es objeto de dictamen por la comisión informativa**
Antonio Serrano Pascual
- 128 **La posibilidad de concesión de la licencia de apertura para la legalización de la actividad preexistente en un ámbito sujeto a planeamiento especial**
Francisco Cacharro Gosende
- 136 **Reflexiones sobre la problemática de la tributación local en un marco de servicios liberalizados, en especial las acciones emprendidas en defensa de la hacienda municipal por el consorcio Localret**
Pedro Luis Martínez Pallarés
- 144 **CRÓNICA DE LAS ORDENANZAS Y LOS REGLAMENTOS LOCALES**
- 146 **Las ordenanzas municipales reguladoras de las actividades y las instalaciones de radiocomunicación**
Domènec Sibina Tomàs
- 170 **CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA**
Domènec Sibina Tomàs
Eva Arnal Arasa
- 171 **A) Jurisdicción constitucional**
- 174 **B) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos**
- 176 **C) Jurisdicción contencioso-administrativa**
- 201 **D) Jurisdicción civil**
- 203 **E) Jurisdicción penal**